



جامعة الجيلالي ليايس سيدي بلعباس

كلية الحقوق و العلوم السياسية 19 مارس 1962

المنازعات المتعلقة بصفات الأشغال

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

فرع: التجريم في الصفقات العمومية

تخصص: قانون

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

بودالي محمد

إعداد الطالبة:

خمليشي حنان

أمام لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر " أ "	السيد: مخاشف مصطفى
مشرفا و مقررا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	السيد: بودالي محمد
عضوا مناقشا	جامعة خميس مليانة	أستاذة محاضرة " أ "	السيدة: بن سالم خيرة
عضوا مناقشا	المركز الجامعي عين تموشنت	أستاذة محاضرة " أ "	السيدة: زعزوعة فاطمة

السنة الجامعية: 2019 / 2020

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

إلى الروح الطاهرة " أبي الغالي " رحمه الله الذي كان معلمي ومثلي الأعلى في الحياة ، وكان سندي ودعمي في مشواري، الذي علمني حب الخير والاعتماد على النفس والذي جعلني أعرف معنى التحدي والنجاح و آمل أن يراني دوما في الطليعة .

إلى التي غرست في نفسي مخافة الله في السر والعلن وحببت إلى قلبي العلم والفضيلة والإيمان و إجتهدت في تربيته ، إليك "أمي " أطال الله في عمرك. إلى رياحين حياتي إخوتي حفظهم الله جميعا .

إلى الذين أحبونا و أحببناهم وكانوا مثالا في الإخلاص والوفاء.

إلى كل من علمني حرفا و أنار لي دربا و كان لي على الصعاب معينا .

إلى كل هؤلاء أتقدم بهذا الجهد المتواضع .

شكر و تقدير

الحمد و الشكر لله ينبغي لجلال وجهه و عظيم سلطانه .
أتقدم بالشكر و التقدير إلى الأستاذ الدكتور الفاضل بودالي محمد
الذي مدني من منابع علمه بالكثير ، و الذي ما توانى عن مد يد
المساعدة لي في جميع المجالات، و حمدا لله بأن يسره في دربي و يسر
به أمري و عسى أن يطيل الله في عمره ليبقى نبراسا متألئنا في سماء
العلم و العلماء.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر و التقدير إلى جميع أعضاء لجنة
المناقشة الموقرين على ما تكبدوه من عناء في قراءة أطروحتي المتواضعة
و إغنائها بمقترحاتهم القيمة .

جزاهم الله عني كل خير .

قائمة أهم المختصرات

1 - باللغة العربية

ب.ر: بدون رقم

ب.س.ن : بدون سنة نشر

ب.ط: بدون طبعة

ج ر ج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ج: جزء

د ش إ ع: دفتر الشروط الإدارية العامة

ص: الصفحة

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة

ط: الطبعة

ع: العدد

ف: فقرة

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية

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

ق.م: القانون المدني

AJDA :L'actualité juridique de droit administratif

CE: Conseil d'Etat

C.P.C.A: code De Procédure Civile et Administrative

C.P.C.F : code De Procédure Civile Français

EDIT: Editeur

J.O.R.F : Journal Officiel de la République française

N: Numéro

O.P.U :Office des publications universitaires

OP-CIT: Ouvrage pré cité

P:Page

T:Tome

V:Volume

مقدمة

تقوم الإدارة في الأنظمة القانونية الحديثة بنوعين من الأعمال، فتارة تصدر عنها أعمال مادية تقوم بها تنفيذًا لقانون معين أو تنفيذًا لقرار إداري، وتارة أخرى تقوم الإدارة بأعمال وتصرفات قانونية بحيث تستأثر في تحقيق النفع العام، بامتيازات ووسائل لا مقابل لها في نطاق القانون الخاص.

وأعمال الإدارة القانونية ليست من صنف واحد، فهي أحيانًا تقوم بالعمل بإرادتها المنفردة و تتجلى صورة ذلك في القرار الإداري، وأحيانًا أخرى تقوم بأعمال تعاقدية، عن طريق دخولها في روابط عقدية كثيرة بهدف قيامها بنشاطها و اضطلاعها بأعباء الخدمة العامة، و تلبية حاجات الجمهور¹.

لا تقل الرابطة التعاقدية أهمية عن القرارات الإدارية فهي وسيلة للإدارة تساعدها في تنفيذ مشاريعها وتسيير مرافقها، غير أن دخول الإدارة في روابط عقدية قد يخضعها في بعض الأحيان للقانون الخاص كالقانون المدني والتجاري، وقد يخضعها لتنظيم خاص عند اختيارها لأسلوب الصفقات العمومية.

وينتج عن هذه الروابط العقدية ما يسمى بالعقد الإداري و الذي يعتبر عقداً أو اتفاقاً يبرمه شخص معنوي عام باستعماله امتيازات السلطة العامة لتسيير مرفق عام وحسب أساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ثم إن هذا العقد يتميز عن بقية العقود وذلك من ناحية طرفيه باعتبار أن أحدهما شخص معنوي عام كالإدارة العامة، الهيئات الوطنية المستقلة، الولاية، البلدية المؤسسة العمومية الإدارية، كما أن محله مرفق عام وأنه يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وذلك من خلال الامتيازات الممنوحة لهذا الشخص العام في مواجهة الطرف المتعاقد كامتياز التدخل للإشراف على تنفيذ العقد .

ومن بين هذه العقود الإدارية نجد "الصفقة العمومية" والتي يحوز قانونها أهمية كبيرة في القانون الإداري نظراً لاحتوائه على أحكام قانونية مميزة على أحكام القانون الخاص، إذ تتميز الصفقة العمومية بنفس مميزات العقد الإداري لذا فهي تحوز هي الأخرى أهمية بالغة، بحيث تستعملها الدولة و باقي الأشخاص المعنوية العامة والخاصة في ضخ الأموال العامة وتطوير الاقتصاد قصد الحفاظ على توازنه، والتي ما انفكت تسجل حضوراً قوياً بالنظر إلى عدد المؤسسات العمومية المبرمة لها، على اختلاف أنواعها

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل و المتمم و النصوص التطبيقية له، دار جسر للنشر و التوزيع، ط3، 2011 ص6

(إداري، ثقافي، علمي، مهني، صناعي، اقتصادي..) وهذا في الحقيقة ما يساهم في تنشيط العجلة الاقتصادية من خلال زيادة حجم النفقات العامة و بالتالي اللجوء إلى الطلبات العمومية.² ومن هذا المنطلق نجد أن كل دولة تحتاج لغرض إنعاش المشاريع التنموية سواء الوطنية والمحلية إلى آلية الصفقة العمومية التي يعول عليها لترشيد إستعمال المال العام في إطار تسوية النفقات العمومية ولأجل تحقيق الغرض الأخير يضع المشرع في الحسبان عند صياغة الإطار القانوني الناظم لكيفية إبرام الصفقة و تنفيذها، الأوضاع الاقتصادية القائمة و المحتملة في الدولة، وذلك من أجل هدف أسمى وهو النهوض بالاقتصاد الوطني مع تجنب الخسائر.³

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة الجزائرية ممثلة في مختلف هيكلها على المستوى المركزي أو المحلي على حد سواء، لأنها تعتبر أهم قناة تتحرك فيها الأموال العامة، ذلك أن البرامج والخطط الاستثمارية التي تضعها السلطات المركزية المختصة إنما يقع تنفيذها من قبل الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية، فلو وضعت السلطة المختصة برنامجاً لإنجاز مجموعة سكنات خلال مدة معينة على المستوى الوطني، فإن تنفيذ هذا البرنامج سيتجسد في شكل صفقات عمومية تبرم مع مجموعة مقاولات وشركات ومؤسسات بغرض تحقيق المطلوب⁴، هذا بالنسبة للصفقات العمومية الداخلية .

بالمقابل إذا تعلق الأمر بالمشاريع الضخمة التي تتطلب تقنيات عالية و إمكانيات متطورة والتي تتميز بنوع من التعقيد تلجأ الدولة بشأنها إلى إبرام صفقات عمومية دولية، تبرم بين الأشخاص الاعتبارية العامة و المؤسسات الأجنبية و التي يعتبر فيها الطرف الأجنبي صاحب الفضل في إضفاء صفة الدولية للصفقة العمومية الممنوحة له كمشروع الطريق السيار والذي حصلت من خلاله مؤسسات أجنبية منها مجمع صيني CITIC/ERCC على حصة البرامج المتعلقة بالطريق وسط البلاد بطول 169 كلم والطريق الغرب بطول 359 كلم ، ونجد المجمع الياباني كوجال COJAAL الذي حصل على برنامج الطريق السيار شرق بخط طول 399 كلم لوحدها⁵، وكذا مشروع المسجد الأعظم .

² - خلف الله كريمة ،منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق ، قسنطينة، 2012-2013، ص 2 .

³ -شوقي يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 09، جانفي 2018، ص 342

⁴ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 7 .

⁵ - شايبي نوال، صفقات الأشغال العمومية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق- بن عكنون – 2012-2013 ، ص 78 .

غير أن الدراسة لا تشمل هذا النوع من الصفقات وإنما تقتصر على دراسة صفقات الأشغال الداخلية المتعلقة بالمشاريع البسيطة (كترميم الطرقات، بناء الأرصفة، بناء المدارس، بناء المستشفيات.. الخ). وبناء على ذلك نجد أن الصفقات العمومية هي الطريقة المفضلة عند الدولة لتنفيذ سياستها العامة والتي تنجز من خلالها برامج التنمية وهي وسيلة أساسية للتجسيد الميداني للاستثمارات والمشاريع العمومية وبالتالي فهي من أهم الأدوات التي تساهم في النهوض والرقى بالاقتصاد الوطني خاصة إذا علمنا أن برنامج المخطط الخماسي والذي أطلقه رئيس الجمهورية لسنوات 2015-2019 قد رصد له أكثر من 262 مليار دولار وهو مبلغ كبير جدا .

ومن هنا تحل صفقة إنجاز الأشغال مكانة بارزة ضمن الصفقات العمومية المبرمة في الجزائر إن لم تكن أبرزها على الإطلاق، و ذلك نظرا لحجم الغلاف المالي المخصص لها ، وكذا الدور الهام الذي تلعبه كوسيلة من وسائل الإدارة في تجسيد مشاريعها المختلفة .

و تجدر الإشارة هنا إلى أنه تم طرح موضوع صفقة الأشغال العامة في المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية، الذي إنعقد في مدريد "إسبانيا" في المدة من 3 إلى 8 سبتمبر 1956⁶، كما كان المشرع الفرنسي السباق في إصدار أول قانون بخصوص صفقات الأشغال العامة وهو قانون "بليفيز" عام 1919، حيث أسند بموجب المادة 04 منه مهمة الفصل في المنازعات التي تثور بشأن الأشغال العامة للجهة القضائية الإدارية المتمثلة في مجالس الأقاليم (محاكم العمالات آنذاك)⁷، و من هنا أصبحت تحظى نظرية الأشغال العامة بمجال قانوني واسع.

أما في الجزائر فقد وجدت الأشغال العمومية منذ الفترة الاستعمارية، حيث عملت فرنسا على جعل الدولة الجزائرية جزءا و إقليميا تابعا لها، فمددت تشريعاتها بما فيها ما يتعلق بعقود الأشغال العامة، لتطبيقها على ما ينجز منها على الإقليم الجزائري، و لما تحصلت الجزائر على استقلالها عملت جاهدة للتخلص من التبعية التشريعية، غير أن إمكانيات الدولة آنذاك سواء البشرية أو الفنية كانت جد محدودة، وتخوفا من دخولها في فراغ تشريعي يمس جميع المستويات حينما تتخلى عن التشريع الفرنسي، قرر المشرع

⁶ - بن شعبان علي ، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2011، 2012، ص 15 .

⁷ -Grégory Kalfèche, Des marchés publics a lac Commande Publique l'évolution du droit des marchés publics ,Thèse pour l'obtention du grade de Docteur ,Université Panthéon- Assas (Paris II) Droit – Economie–Science sociales ,Discipline Droit ,2004, p49,50 ;

- حابي فتيحة، لنظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013، ص 2.

الجزائري بموجب القانون رقم 257/62⁸ المؤرخ في 31/12/1962 الاستمرار بالعمل بالتشريعات الفرنسية عدا ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية وكانت النصوص المتعلقة بالأشغال العمومية من بين التشريعات التي امتد العمل بها إلى غاية المرسوم رقم 103/64⁹ المؤرخ في 26/03/1964 المتضمن تنفيذ المشروعات إذ قرر المشرع الجزائري بموجب هذا المرسوم إنشاء لجنة مركزية للصفقات العمومية وعهد لها اختصاص إنجاز الأحكام القانونية و إجراء تنفيذ الصفقات.

وفي تاريخ 16/11/1964، أصدرت هذه اللجنة رأيا بشأن مشروع دفتر الشروط الإدارية صادقت عليه وزارة تجديد البناء والأشغال العامة، و دخل حيز التنفيذ بموجب المادة 4 من قرارها المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المؤرخ في 21/11/1964¹⁰ ابتداء من 01/01/1965 وهو بذلك أول تشريع وطني ينظم عقود الأشغال العامة بالجزائر، و الذي يعتبر مرجعا قانونيا هاما إلى يومنا هذا. ونظرا للنقص الذي كان موجود في النصوص القانونية خلال هذه لفترة وخاصة فيما يتعلق بصفقات الأشغال العمومية، استوجب إعداد تشريع يلائم الظروف المعاشية اجتماعيا و اقتصاديا فتم إصدار الأمر رقم 90/67¹¹ المؤرخ في 17/07/1967 الذي جاء في إطار التوجه الاشتراكي المتبع في تلك الحقبة، والذي ينظم صفقات الأشغال العمومية دون غيره، حيث نصت المادة 01 منه على أن "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات و المكاتب العمومية قصد إنجاز الأشغال أو توريدات أو خدمات...."

وصدر بعد ذلك المرسوم رقم 145/82¹² المؤرخ في 10/04/1982 يتضمن صفقات المتعامل العمومي والذي يعتبر أول تعديل جوهري في هذا المجال، حيث جاء يعبر عن الرغبة في التغيير في مرحلة الثمانينات، فقد تزامن هذا النص مع بعض التحولات في المجال الاقتصادي إذ أصبحت المؤسسات العمومية تمثل المتعامل الاقتصادي التابع للقطاع العام، و قد نصت المادة 04 منه على أن "صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود و مبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم ، قصد إنجاز أشغال أو اقتناء المواد و الخدمات".

⁸ - القانون رقم 157/62 ، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 2، المؤرخ في 11 جانفي 1963 .

⁹ - المرسوم رقم 103/64 الممضى في 26/03/1964 المتضمن تنظيم اللجنة المركزية للصفقات ، ج، ر، عدد 27 مؤرخة في 31 مارس 1964 .

¹⁰ - القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ، ر ، ع 06 الصادرة بـ 19 جانفي 1965 .

¹¹ - أمر رقم 90/67 مؤرخ في 17/06/1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج، ر، عدد 52 الصادرة في 27 يونيو سنة 1967 .

¹² - مرسوم تنفيذي رقم 145/82 ممضى في 10 أبريل 1982، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، عدد 15 الصادرة في 13 أبريل سنة 1982

ثم صدر بعد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 434/91¹³ المؤرخ في 09/11/1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و أخرج المؤسسات الاقتصادية من إخضاعها لقواعده، تماشيا مع القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12/01/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية¹⁴ والذي استثنى من أحكامه صفقات الأشغال العمومية التي تبرمها المؤسسات والهيئات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري من أحكام قانون الصفقات العمومية ، و قد نصت المادة 03 منه على أن: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز أشغال أو اقتناء المواد و الخدمات..."

ولم يكتف المشرع الجزائري بهذه التعديلات، بل أصدر المرسوم الرئاسي رقم 250/02¹⁵ المؤرخ في 24/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ونص على عقد الأشغال في نصي المادة 03 و 11 منه، الذي عدل بموجب المرسوم الرئاسي 301/03¹⁶ المؤرخ في 11/12/2003، ثم جاء المرسوم الرئاسي رقم 338/08¹⁷ المؤرخ في 26/10/2008، والذي نص على عقود الأشغال العمومية التي تبرمها و منح لها صفة الصفقة العمومية، وعليه خضوعها إلى نص هذا المرسوم وتلاههم المرسوم الرئاسي 236/10¹⁸ المؤرخ في 07/10/2010 الذي ألغى تماما المرسوم 250/02، الذي نص في المادة 13 منه على صفقة إنجاز الأشغال كنوع من أنواع الصفقات العمومية ونص فيها على أنه: "... تهدف صفقات الأشغال إلى قيام مقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها، في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع و إذا تم النص على تقديم خدمات في الصفقة ولم تتجاوز مبالغها قيمة الأشغال ، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال ."

¹³ - مرسوم تنفيذي رقم 434/91 مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، عدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991

¹⁴ - القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12/01/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية، ج، ر، عدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 1988 الملغى جزئيا بموجب الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج، ر، عدد 55 المؤرخ في 27 سبتمبر 1995 (الملغى).

¹⁵ - مرسوم رئاسي رقم 250/02، مؤرخ في 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، عدد 52 الصادرة في 28 يوليو 2002.

¹⁶ - مرسوم رئاسي رقم 301/03، الممضى في 11 سبتمبر 2003، ج، ر، عدد 55 المؤرخة في 14 سبتمبر 2003، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية السالف الذكر.

¹⁷ - مرسوم رئاسي رقم 338/08، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج، ر، عدد 62 الصادر في 09 نوفمبر 2008، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 250/02 السالف الذكر.

¹⁸ - المرسوم الرئاسي 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، عدد 58 الصادرة في 07 أكتوبر 2010، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج، ر، عدد 14، الصادرة في 06 مارس 2011، و المرسوم الرئاسي رقم 222/11 المؤرخ في 11 جوان 2011، ج، ر، عدد 34، الصادرة في 19 جوان 2011، و المرسوم الرئاسي رقم 23/12، المؤرخ في 18 يناير 2012، ج، ر، عدد 04 الصادرة في 26 يناير 2012، و المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013، ج، ر، عدد 02 لسنة 2013. (الملغى)

من خلال هذه المراسيم المتعاقبة نجد أن المشرع الجزائري، وإن نص على صفقات إنجاز الأشغال كنوع من أنواع الصفقات العمومية، إلا أنه لم يضع لها تعريفا لها وهو الأمر الذي تقطن له من خلال المرسوم 247/15¹⁹ المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي ألغى المرسوم 10-236 السابق وإذ لم يعط تعريف مباشر لها، إلا أنه حدد الهدف منها ومجالها وهي العناصر المهمة في التعريف بنصه على أنها: "تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتائجها وظيفة اقتصادية أو تقنية.

تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها.²⁰

ومن هنا يظهر لنا جليا بأن صفقة إنجاز الأشغال لها مميزات وخصائص تميزها عن سائر أنواع الصفقات الأخرى بحيث ينصب موضوعها على منشأة (عقار أو عقار بالتخصيص) وتتم لفائدة شخص معنوي عام، ويكون الهدف منها هو تحقيق مصلحة عامة، وتكون محددة بسقف مالي معين وفق ما تقتضيه المادة 13 من نفس المرسوم، كما نجد أنه في معظم جوانبها العملية تحتوي على المجالات الأخرى، أي أنها ذات صلة وثيقة بصفقات الدراسات والخدمات و صفقات التوريد.

ولما كان لصفقة الأشغال صلة بالمال العام من خلال تخصيص مبالغ ضخمة لها من جهة وأنها ترتب حقوق والتزامات لأطرافها من جهة أخرى، فإنها لاشك تثير منازعات مختلفة ومتعددة على مستوى مرحلة إبرام الصفقة أو مرحلة تنفيذها حين تصطدم مصلحة الإدارة مع مصلحة المتعامل المتعاقد وهو الأمر الذي تظالنا به الأخبار كل يوم سواء عن طريق الصحف ومختلف وسائل الإعلام أو عبر ما يدور في أروقة المحاكم من دعاوى كثيرة من قبل المقاولين الذين لم يستطيعوا الحصول على حقوقهم المالية لدى الإدارة مقابل ما أنجزوه من أشغال تنفيذ لعقود مبرمة معها، وهو ما يلحق بهم أضرار وخسائر فادحة تصل ببعضهم إلى درجة الإفلاس أو التوقف النهائي عن النشاط، وهو الأمر الذي يفرض وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات.

وتعد منازعات صفقات إنجاز الأشغال بوجه خاص من أهم المواضيع التي تطرح العديد من الإشكالات القانونية في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، وهذا نظرا لكثرتها وتنوعها وكذا خصوصيتها

¹⁹ - المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج، ر، عدد 50 الصادر في 20 سبتمبر 2015. الذي ألغى المرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر.

²⁰ - المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق ص ع ت م ع السالف الذكر.

المستمدة من خصوصية هذا النوع المتميز من العقود، لاعتبارها أداة هامة في تجسيد مشاريع الدولة المختلفة، وكذا اعتبارها من أهم قنوات استغلال و صرف المال العام الأمر الذي أدى بالمشروع الجزائري من خلال المراسيم المتعاقبة المتضمنة تنظيم الصفقات العمومية وصولا إلى المرسوم الرئاسي 247/15 الساري المفعول، إلى وضع قواعد قانونية محكمة تتعلق بصفقات الأشغال، حيث استطاع الإحاطة إلى حد بعيد بمعظم جوانب صفقات الأشغال العمومية ووضع عدة طرق وآليات لتسوية منازعاتها، الودية منها والقضائية، ضمانا لتحقيق الغرض من اعتمادها وحفاظا وصونا للمال العام .

ولا يخفى ما لهذه الدراسة من أهمية، كون أن صفقات إنجاز الأشغال هي من أكثر الوسائل التي تستعملها الإدارة العامة لإنجاز المنشآت التي تحتاج إليها في إدارة مرافقها، وكذا ارتباطها بالمال العام نظرا لضخامة الأموال المرصودة لهذه المشاريع، وما يكتنف هذا النوع من الصفقات من منازعات تطال جميع مراحل حياة صفقة الأشغال .

من وهنا تظهر أهمية الموضوع باعتباره جديرا بالبحث والدراسة، حيث لا يقتصر ذلك على النواحي الفقهية المتعلقة بطبيعة المنازعة وخصائصها وأسبابها بل تتجاوزها إلى المجال العملي ويتعلق الأمر بإجراءات المنازعة و اللجان المختصة بنظرها وآليات التسوية الودية، وكذا إظهار الطرق القانونية المتبعة لإنهاء النزاع المتعلق بالصفقة قضاء .

وكان الدافع لاختيار هذا الموضوع يتعلق أساسا بالوقوف على أهم النزاعات والمشاكل التي تواجهها عملية إبرام و تنفيذ صفقات إنجاز الأشغال، مما يؤثر تأثيرا بالغا على مدة ونوعية المشاريع ، و التي غالبا ما تعرف تأخرا، و نوعية غير متجانسة مع ما هو مقيد في دفتر الشروط، مما يطرح العديد من المنازعات المتعلقة إما بمرحلة الإبرام أو التنفيذ، و كذا الوقوف على أهم الإجراءات القانونية التي جاء بها المشرع من أجل تسوية هذا النوع من النزاعات .

وعلى هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم مسألة تسوية منازعات صفقات الأشغال بما يكفل الحفاظ على مصالح المصلحة المتعاقدة و المتعامل الاقتصادي ؟ وما هو موقف العمل القضائي الإداري الجزائري حول منازعات صفقات الأشغال الناجمة عن الخلافات المتعلقة بإبرام وتنفيذ هذا النوع من الصفقات؟

وتستلزم خصوصية الموضوع المتمثلة في ارتباطه بجوانب نظرية بحتة وأخرى عملية ، بالاعتماد على مجموعة من المناهج العلمية ، التي لا يمكن الاستغناء عنها، و المتمثلة أساسا في المنهج التاريخي الذي يستلزمه الموضوع من الناحية التشريعية والتنظيمية، فضلا عن إتباع المنهج التحليلي الذي اعتمدنا عليه

بدرجة كبيرة عند دراستنا للنصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية بصفة عامة و صفقات إنجاز الأشغال بصفة خاصة، و في بعض الأحيان اعتمدنا على المنهج المقارن في مقارنة بعض المسائل أو العينات بما هو موجودا في التشريعات المقارنة كالتشريع المغربي والمصري والفرنسي وذلك من أجل تنوير المشرع إلى الاجتهادات القضائية التي ابتكرتها التشريعات المقارنة وذلك للاستفادة منها .

للإجابة على الإشكالية الرئيسية التي يثيرها الموضوع، نقسم الموضوع إلى بابين، يتعلق **الباب الأول** بالنظام القانوني لمنازعات صفقات الأشغال نتناول من خلاله الطبيعة القانونية لصفقات الأشغال للإحاطة أكثر بمفهوم صفقات الأشغال و الآثار المترتبة على إبرامها في **الفصل الأول** لنتمكن بعد ذلك من التطرق إلى المنازعات الناشئة عن صفقات الأشغال في مرحلتي الإبرام و التنفيذ في **الفصل الثاني** أما **الباب الثاني** فسيتم التطرق من خلاله إلى تسوية منازعات صفقات الأشغال إذ سنتناول فيه التسوية الودية لصفقات الأشغال مبرزين خصوصية الطعون الإدارية في هذا الشأن وكذا آلية التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات في **الفصل الأول** لنتنقل بعد ذلك إلى التسوية القضائية التي يتم اللجوء إليها في حالة عدم جدوى آليات التسوية الودية ، و المتمثلة أساسا في اللجوء إلى القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد الذي جاء به المشرع الجزائري لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المرتبط أساسا بالإخلال بقواعد المنافسة والإشهار، و إما سلوك دعوى الإلغاء وذلك لإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة وإما اللجوء إلى دعاوى القضاء الكامل والذي تتدرج من خلاله دعاوى (الفسخ، البطلان والتعويض) لتسوية هذه النزاعات وذلك من خلال **الفصل الثاني** منه .

يقصد بالمنازعات في صفقات الأشغال تلك التي تنشأ بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد (المقاول) بخصوص تفسير أو تنفيذ بنود الصفقة والتي يمكن أن تنشأ حتى قبل إبرام الصفقة من خلال الطعون المخولة للمتريشحين للصفقات من أجل المنازعة في المنح المؤقت للصفقة مثلا، كما يمكن أن تنشأ أثناء سريان الصفقة بسبب عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته المحددة في الصفقة، أو رفض المصلحة المتعاقدة دفع مقابل ما تلقتة من المتعامل المتعاقد .

كما أن المنازعة يمكن أن تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة بسبب تنفيذها على غير النحو المتفق عليه أو خارج الأجل المتفق عليها أو حتى بعد غلق الصفقة بسبب العيوب الخفية، و يمكن أن تشكل الضمانات المقدمة أيضا موضوعا للمنازعة في صفقات الأشغال .

غير أن الإلمام بموضوع المنازعات في صفقات الأشغال يتطلب منا قبل الحديث عن موضوع المنازعة التعرض أولا إلى الطبيعة القانونية لصفقات الأشغال(الفصل الأول) ثم إلى المنازعات المتعلقة بصفقات الأشغال (الفصل الثاني)

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لصفقة إنجاز الأشغال

تعتبر صفقة الأشغال العامة من أهم و أبرز الصفقات العمومية على الإطلاق وذلك نظرا لطبيعتها القانونية الخاصة و لأهميتها في تدبير الشأن العام و إنفاق الأموال العمومية ، ولاعتبارها من أكثر الوسائل التي تلجأ إليها الدولة من أجل تنفيذ سياستها الاقتصادية أيا كان نظامها السياسي .

لذلك أولاها المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن جميع تشريعات البلدان المختلفة ، أهمية كبيرة و ذلك بتنظيمها والتصيص عليها - كما وضعنا سابقا- عبر مختلف المراسيم السابقة ،بداية من المرسوم الرئاسي 257/62 وصولا إلى المرسوم الرئاسي 15-247 الساري المفعول حاليا .

تعد صفقة إنجاز الأشغال أحد أنواع الصفقات العمومية المحددة في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15 / 247¹ ويتم تحديد الطبيعة القانونية لصفقة الأشغال بإبراز الجوانب المحيطة بهذه الصفقة ، ولتوضيح ذلك إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول للبحث في ماهية صفقات الأشغال و نعرض في المبحث الثاني الآثار المترتبة على إبرامها .

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات - المرفق العام ، السالف الذكر

المبحث الأول: ماهية صفقة الأشغال

إذا ما رغبت الإدارة في تنفيذ أشغال عامة، تطرح أمامها ثلاث خيارات¹، تمثل الطرق أو السبل التي من خلال إحداها تستطيع القيام بذلك :

- إما عن طريق التسيير المباشر.
- أو عن طريق الامتياز.
- وإما عن طرق مقاوله الأشغال العامة و هو الخيار الثالث .
- فبمقتضى الطريقة الأولى (التسيير المباشر)، تتولى الإدارة بذاتها تنفيذ الأشغال العامة، مستعملة أموالها و أعوانها، وما تقتنيه من مواد و سلع من مورديها .
- وغالبا ما يرتبط اختيار الإدارة لهذا الأسلوب بالأشغال البسيطة ،كأشغال الصيانة البسيطة مثلا .
- أما الطريقة الثانية المتمثلة في امتياز الأشغال العامة، فمؤداها أن تلجأ الإدارة إلى شخص آخر (عام أو خاص،طبيعي أو اعتباري) يدعى (الملتزم) فتبرم معه عقد يسمى عقد الالتزام يتعهد بموجبه هذا الشخص المتعاقد بإنجاز، أو إنشاء، أو تهيئة منشأة عامة،مقابل استغلالها بعد إنجازها والحصول على رسم من قبل المرتفقين مقابل استعمالهم لها .
- أما الطريقة الثالثة فتتمثل في إبرام عقد أشغال عامة (صفقة) أو مقاوله أشغال عامة ، وهذا حين تلجأ الإدارة إلى شخص متخصص (مقاوله الأشغال العمومية) تعد معه صفقة تتمثل في عقد الأشغال العامة، بموجبه يقوم المقاول بتنفيذ الشغل العام لحساب الإدارة مقابل ثمن محدد تدفعه له.
- وتعتبر هذه الطريقة أو هذا الأسلوب الأخير أهم الأساليب وأكثرها في تعاملات الإدارة وهو أسلوب يتضمن شروطا وإجراءات تكفل حسن تنفيذ الأشغال على الوجه المطلوب،وتضمن بالتالي تحقيق النفع العام .
- لذلك من الطبيعي أن يخضع هذا الأسلوب أو هذا العقد لنظام قانوني متميز ليس فقط في عقد المقاوله في القانون الخاص، بل حتى عن باقي العقود الإدارية .

ولغرض الإحاطة بماهية صفقات إنجاز الأشغال سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول للبحث في العناصر التي تبرز لنا مفهوم صفقة الأشغال،ونبين في المطلب الثاني طرق إبرامها .

¹ - بن شعبان علي ، مرجع سابق ، ص ص 1، 2

المطلب الأول : مفهوم صفقة إنجاز الأشغال

تعد صفقة الأشغال العمومية أبرز وأهم آلية لتجسيد سائر البرامج والعمليات الاستثمارية المتعلقة بالهيكل القاعدية في أرض الواقع، من خلال عمل تعاقد يربط بين الإدارة كمتعامل عمومي من جهة والمتعامل المتعاقد من جهة أخرى بعنوان صفقة، و تحديدا صفقة الأشغال .

وتتميز صفقة الأشغال عن باقي الصفقات العمومية الأخرى من جوانب عديدة سواء من موضوع العقد أو المعيار المالي الذي يحكم صفقة الأشغال، و للإحاطة بجميع الجوانب التي تبين لنا مفهوم صفقة الأشغال، سنتعرض إلى التعريف بهذه الصفقة مبرزين عناصر قيامها في الفرع الأول، ثم نبين الأطراف المتعاقدة بخصوص هذه الصفقة في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف صفقات الأشغال

لا يوجد تعريف تشريعي للأشغال العامة وإنما ما يوجد هو فقط بعض التشريعات الخاصة التي يصف فيها المشرع بعض الأشغال بأنها أشغال عامة، و حسنا ما فعل المشرع بعدم تعريفه للأشغال العامة لأن الأمر يتعلق بنوع دائم التطور، فينبغي عدم إعاقة بنص تشريعي، أو وضع نص يصعب التقيد به¹ تاركا أمر تعريفه للفقهاء والقضاء .

وبالرغم من أن موضوع الأشغال العامة لم يكن محددًا بالقانون، فإن المشرع الفرنسي جعل المنازعات المتعلقة بالأشغال العامة من اختصاص القاضي الإداري منذ البداية و ذلك بموجب المادة الرابعة من قانون 28 بليفيوز عام 1919 للسنة الثامنة للثورة الفرنسية، وذلك لأن عقود الأشغال العامة من أوائل العقود الإدارية بتحديد القانون.² وهي في ذات الوقت عقود إدارية بطبيعتها، مما يجعل القضاء يستند إليها في سحب اختصاصه إلى كثير من العقود الإدارية بطبيعتها إذا ما تضمنت عنصرا من عناصر الأشغال العامة .

ولما كان المشرع الذي جعل النظر في المنازعات التي تنشأ بمناسبة الأشغال العامة من اختصاص القضاء الإداري ولكن دون أن يعرف الأشغال العامة، فإن عبء تحديد ما يدخل في مدلول الأشغال العامة أصبح واقعا على كاهل الفقهاء و القضاء .¹

¹ -أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات عقود الأشغال العامة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية العدد 27 ، 2015ص226 .

² - Grégory Kalfèche, op .cit p 49,50 ، مرجع سابق،ص2 ، كما أشار إلى ذلك بن شعبان علي ،

ولقد اهتم الفقه بتعريف صفقة الأشغال العمومية²، فعرفها الأستاذ سليمان الطماوي على أنها " عبارة عن اتفاق بين جهة الإدارة و أحد الأفراد و الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة بمقابل متفق عليه في العقد ووفق الشروط الواردة فيه"³ و عرفها الأستاذ أحمد محيو بأنها " العقد الذي يتم بين الإدارة و أحد الأفراد و الشركات (مقاول) بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية ، ولتحقيق منفعة عامة مقابل ثمن "⁴.

كما تم تعريفها على أنها: "اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير - بمقابل- بإنشاء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقا لمنفعة عامة."⁵

وعرفها الدكتور عبد اللطيف الشدادي على أنها عقود صفقات يكون موضوعها تنفيذ أشغال مرتبطة بعملية البناء و إعادة البناء، الهدم، الإصلاح و التجديد ، تهيئة و صيانة المباني، كما تشمل صفقات الأشغال الأعمال الملحقة بالأشغال كحفر الآبار والتصاميم، والدراسات الطبوغرافية ،والدراسات الجيوتقنية، والأعمال المشابهة لها والمرتبطة بالأشغال "⁶.

بينما عرفها الفقيه الفرنسي André De Laubadère بأنها " عقد تبرمه الإدارة و تخضع للنظام القانوني العام للقيام بأداء أشغال عامة في عقار و لحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام "⁷.

إلى جانب هذه التعريفات يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن عقد الأشغال العامة لا يتميز ولا يختلف عن عقد المقاولة إلا في خصائصه الإدارية من تعاقد عن طريق المناقصات العامة و إمكانية توقيع الجزاءات دون حكم و تنفيذ العقد جبرا على المقاول بطريق ردي .

¹ - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 3

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر النشر و التوزيع، الجزائر، 2007 ، ص 77

³ - د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس القاهرة، مصر، 1991، ص 125

⁴ - ces contrats ont été définis par-pr.Ahmed Mahiou dans son ouvrage en langue française .cours d'institutions administratives 3eme édition ,o p u,1981,p234. « ce sont des contrats par lequel des entrepreneurs s'engagent vis-à-vis de l'administration a exécuter des travaux d'intérêt général relatifs a des immeuble en contrepartie l'administration s engage a verser le prix convenu.

نقلا عن حابي فتيحة، مرجع سابق، ص 11 .

⁵ - هيبية سردوك ، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009 ص 26.

⁶ - عبد اللطيف الشدادي، نظام الصفقات العمومية (في ضوء مرسوم 20مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال 2016، الجزء الأول، مطبعة سليكي أخوين ، ط1، طنجة، 2019 .

⁷ - حابي فتيحة، مرجع سابق، ص 11 .

ف عقد الأشغال العام هو "عقد المقاولة المعروف في القانون المدني عندما يتصل موضوعه بمرفق عام"¹، يجب أن يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ، و هذا ما يجعله مميّزا عن عقد المقاولة المكرس في القانون المدني²، فعقد المقاولة يمكن أن يكون موضوعه منقولاً على خلاف الأشغال العامة .

كما يعرف عقد الأشغال العامة على أنه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة خاصة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب الشخص المعنوي العام و تحقيقاً للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد.³

لقد عرفت المادة 1111 -فقرة 2 من الأمر رقم 1074-2018 الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 2018 المتضمن جزء تشريعي من قانون الطلب العمومي الفرنسي، صفة إنجاز الأشغال العامة بأنها تلك الصفة التي ينصب موضوعها على:

- إما تنفيذ أو تصميم و تنفيذ الأشغال المدرجة في القائمة المرفقة بهذا القانون.
- إما إنجاز أو تصميم وإنجاز بأي وسيلة كانت عمل يفي بالمتطلبات المحددة من قبل المشتري الذي له تأثير حاسم على طبيعته أو تصميمه .
- وتعتبر المنشأة نتيجة لمجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية الموجهة لإتمام وظيفة اقتصادية أو تقنية في حد ذاتها⁴ .

¹ - محمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع ، المجلد الأول، العقود الواردة على عقد العمل ، عقد المقاولة، دار النهضة العربية القاهرة ، 1964، ص 325.

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، 2007 ، مرجع سابق ، ص 78 .

³ - عبد الحميد الشورابي، العقد الإداري، في ضوء الفقه و التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 105 .

⁴ - ART 1111-2 de L'Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique « Un marché de travaux a pour objet:

-Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;

-Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné a remplir par lui-même une fonction économique ou technique. », JOF N° 281 du 5 décembre 2018.

بينما نص المشرع الجزائري بموجب القانون 247/15 المتضمن ق ص ع ت م ع على أنه:

" تهدف الصيغة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع ، و تعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيقتها وظيفة اقتصادية أو تقنية.

- تشمل الصيغة العمومية للأشغال بناء أو تجديد صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها ، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها ."¹

وبناء على ما سبق ، يمكن تعريف صيغة إنجاز الأشغال على أنها اتفاق مكتوب يبرم بين الإدارة أو إحدى الهيئات العمومية المنصوص عليها في المادة 06 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 247/15 للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت لحساب و تحت مسؤولية الإدارة المتعاقدة مقابل مبلغ مالي وفق الشروط التي ينظمها العقد على أن يكون الهدف من إبرام الصيغة هو تحقيق المنفعة العامة ، وهو ما سنفصله وفق ما يلي:

أولاً: ورود صيغة الأشغال في شكل مكتوب

إذ يجب أن تتم صيغة إنجاز الأشغال في شكل عقد إداري مكتوب² موقع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي المتعاقد الذي يتم اختياره للقيام بالأشغال لحسابها يتضمن التحديد المسبق للالتزامات وحقوق كل الأطراف وفق دفتر شروط يتم إعداده مسبقاً من قبل المصلحة المتعاقدة .

ويجب أن تشير كل صيغة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كما يظهر لنا تأكيد المشرع على الشكل المكتوب للصيغة من خلال تأكيده على ضرورة أن تتضمن الصفقات العمومية بشكل عام بما فيها صفقات الأشغال على البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 95 من ذات المرسوم، إذ تنقسم هذه البيانات إلى بيانات جوهرية وأخرى تكميلية :

¹ - المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون ص ع ت م ع، السالف ذكرها .

² تنص المادة 2 من قانون 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أن " الصفقات العمومية هي 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 الأشغال"

-البيانات الجوهرية:

تتمثل البيانات الجوهرية التي يتعين أن تتضمنها الصفقات العمومية بشكل عام في مايلي:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة.

- هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة و صفتهم ،

- موضوع الصفقة محددًا وموصوفًا وصفاً دقيقًا.

- المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري، حسب الحالة.

- شروط التسديد.

- أجل تنفيذ الصفقة

- بنك محل الوفاء

- شروط فسخ الصفقة

- تاريخ توقيع الصفقة ومكانه .

- البيانات التكميلية لصفحة الأشغال :

إضافة إلى البيانات الجوهرية المشار إليها سابقا، نص المشرع على البيانات التكميلية التي ألزم من خلالها

المصلحة المتعاقدة أن تقوم بتضمينها في عقد صفقة الأشغال و تتمثل هذه البيانات فيما مايلي:

- كيفية إبرام الصفقة ،

- الإشارة إلى دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل

جزءا لا يتجزأ منها.

- شروط عمل المناولين و اعتمادهم أن وجدوا.

- بند التحيين ومراجعة الأسعار

- بند الرهن الحيازي، إن كان مطلوبا .

- العقوبات المالية و كفيات حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها.

- كفيات تطبيق حالات القوة القاهرة .

- النص في عقود المساعدة التقنية على أنماط مناصب العمل، وقائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم

وكذا نسبة الأجرور و المنافع الأخرى التي تمنح لهم .

- شرط استلام الصفقة .
- القانون المطبق و شروط تسوية الخلافات
- شروط العمل التي تضمن احترام تشريع العمل .
- بنود السرية و الكتمان
- بند التأمينات
- بنود العمل التي تضمن احترام قانون العمل
- البنود المتعلقة بحماية البيئة و التنمية المستدامة
- الشروط المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية، و بالإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل و المعوقين.

نستخلص مما تطرقنا إليه أن المشرع أولى اهتمام كبير بمسألة الشكل الذي يجب أن تصدر فيه عقود الصفقات العمومية بصفة عامة بما فيها صفقات الأشغال ، وذلك من خلال تأكيده على ضرورة إفراغ عقد الصفقة في شكل كتابي حسب ما تضمنته المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالفة الذكر ولم يكتفي بهذا فقط، و إنما أكد على ضرورة إلتزام المصلحة المتعاقدة بوجود أن تتضمن تلك العقود البيانات الجوهرية والتكميلية المذكورة آنفاً والمنصوص عليها في المادة 95 من ذات المرسوم ، الأمر الذي من شأنه أن يحمي حقوق المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد على حد سواء .

ثانيا - ورود الأشغال على منشأة (عقار أو العقار بالتخصيص)

فمحل عقد الأشغال العامة يكون دائما عقارا، سواء كان عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص، ويستوي بعد ذلك أن يكون القصد من العقد إنشاء أو ترميم هذا العقار¹، أو صيانتته ، و يأخذ حكم العقار بالتخصيص كإقامة الخطوط التلفونية أو مد الأسلاك تحت الماء و غير ذلك²، أما المنقول فإنه لا يكون أبدا محلا لعقد أشغال عامة حتى ولو كان مندرجا في أموال الدومين العام حتى لو إعتبر العقد الوارد عليه عقدا إداريا ومهما كان ضخامة المنقول³. ويرجع اشتراط أن يرد عقد الأشغال على عقار إلى الارتباط الوثيق بين الأشغال العامة و المرافق العامة.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث ، 2007، ط2008 ، ، ص57 .

² - جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، مصر 2000، ص 40 .

³ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ،دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، ط 3، 1975، ص115 .

وقد كان الغرض من فكرة الأشغال العامة في البداية هو خدمة الأموال العامة و لهذا كانت الأشغال العامة تقتصر على الأعمال الخاصة بعقارات تدخل في نطاق الأموال العامة، بحيث لو تمت الأشغال على عقار يدخل في نطاق المال الخاص فإن العقد يكون عقدا خاصا، كما ارتبطت فكرة الأشغال العامة بالمرفق العام فتعتبر أشغالا عامة تلك التي تتم على عقارات متعلقة بأحد المرافق العامة.¹

غير أن مجلس الدولة الفرنسي فصل بين الأموال العامة وبين الأشغال العامة وكذلك بين المرافق العامة والأشغال العامة، حيث انتهى إلى أنه ليس من الضروري أن تتم الأشغال على عقار يدخل في الأموال العامة ولا أن يكون العقار مخصصا لمرفق عام، بل يكفي أن يكون المقصود بالأشغال تحقيق نفع عام مثال ذلك عقود الأشغال التي تتم في أحد العقارات المملوكة للملتزم في عقد الالتزام، فهذه العقود تعد عقود أشغال عامة لأن هذه الأعمال ستعود بالنهاية إلى الإدارة.

وقد توسع القضاء الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة فلم يقصرها على أعمال البناء أو الترميم، بل أدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بصيانة العقارات العامة كتنظيف المنشآت أو الطرق العامة،و أيضا إعتبر العقد إداريا إذا تعلق بنقل المواد اللازمة لتنفيذ العمل.²

لذلك لكي يصنف العقد ضمن خانة صفقات الأشغال لا بد أن يكون محل العقد منشأة و التي تعرف قانونا بأنها: "مجموعة أشغال بناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية".³

وذلك ببناء أو ترميم أو صيانة أحد العقارات⁴ التابعة للمصلحة المتعاقدة الوارد ذكرها في المادة 06 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، و بالتالي إذا انصب موضوع العقد على منقول فلا يمكن اعتبار ذلك من قبيل صفقة إنجاز الأشغال.

غير أن القضاء الإداري الفرنسي توسع في مفهوم الأشغال العامة و أدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بصيانة العقارات العامة و أيضا إذا تعلق العقد بنقل المواد اللازمة لتنفيذ هذه الأعمال⁵ بل وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي إخراج جثث الموتى من قبورها و إعادة دفنها - في إطار إعادة تهيئة المقبرة- من قبيل الأشغال العامة.⁶

¹- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق،ص ص 57 ، 58 .

²- نفس المرجع ، ص 58 .

³- المادة 29 ف3 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 السالف الذكر.

⁴- المادة 28 من نفس المرسوم .

⁵- عبد العزيز عبد منعم خليفة، المرجع السابق،ص 58

⁶- بن شعبان علي ، مرجع سابق ، ص 5.

ثالثا - تنفيذ الأشغال لحساب شخص معنوي عام :

يتعين أن تتم أعمال الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام سواء كان شخصا معنويا عاما إقليميا أو مرفقيا وسواء كان الشخص المعنوي مالكا للعقار موضوع عقد الأشغال العامة أم لا ، ومن ثم فإذا قام شخص معنوي عام باستئجار عقار لتشغيله كمستشفى مثلا فإن العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي مع أحد الأفراد أو الشركات للقيام بأعمال الصيانة أو الترميم للعقار، يكون من عقود الأشغال العامة بغض النظر عن عدم ملكية الشخص العام الذي تم العمل لحسابه للعقار ما دامت آثار العقد سوف تتصرف إليه، و يتقرر انصراف أثر العقد للشخص المعنوي العام إذا كان هذا الشخص قد ساهم في تمويل الأشغال العامة و أشرف باستمرار و دقة على تنفيذ العمل موضوعها.¹

وعليه حتى نكون بصدد صفة إنجاز الأشغال بمفهوم التشريع المعمول به في هذا المجال يجب أن تكون الأشغال محل الصفة منجزة لحساب أحد الأشخاص المعنوية العامة المحددة على سبيل الحصر في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15 المذكورة سابقا، ووفق الشروط والإجراءات المحددة قانونا.

فإنجاز الأشغال لحساب شخص قانوني عام، يعد شرطا بديها لاعتبار الأشغال عامة، باعتبار عقد الأشغال العامة عقدا إداريا و بناءا على المعيار العضوي السائد فقها وقضاءا بل و تشريعا سواء كان هذا الشخص إقليميا أو مرفقيا على أساس أن أحكام قانون الصفقات تحكم عقود الهيئات الإدارية باعتبارها عقودا إدارية، غير أنه لا اعتبار أن الأشغال تمت لحساب شخص معنوي لا يشترط أن يكون هذا الأخير مالكا للعقار محل الأشغال، إذا كان مصيره في النهاية يؤول إليه²، على نحو ما تم توضيحه أنفا .

رابعا: هدف الأشغال هو تحقيق مصلحة عامة

ويعتبر هذا العنصر أكثر عناصر الأشغال العامة تطورا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فقد ارتبطت فكرة الأشغال العامة في بادئ الأمر بفكرة الدومين العام فكل عقود الأشغال التي ترتبط بالدومين العام تعد عقودا إدارية أما إذا ارتبط العقد بعقار يدخل في نطاق الدومين الخاص فلا يعتبر العقد إداريا³، و لكن سرعان ما فصل القضاء الإداري بين الفكرتين⁴، و توجت هذا الاتجاه محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 24 أكتوبر 1942

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق، ص 59 .

² - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 5، 6 .

³ - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية بدراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، ط 3، 1975، مرجع سابق ، ص 117.

⁴ - عبد العزيز منعم خليفة، المرجع السابق، ص 58.

في قضية " Préf des Bouches-Rhones " حيث تقول (...و حيث أن الضرر المدعى به يرجع إلى إهمال في صيانة دار القضاء في مدينة Aix) و هي مخصصة كلها لمرفق العدالة، و بالتالي لتحقيق مصلحة عامة و من ثم فإن الدعوى تدخل في اختصاص المجلس الإقليمي باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون حاجة للبحث فيما إذا كان المبنى يدخل في نطاق الأموال العامة أو الخاصة لاستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة¹.

كما ارتبطت أيضا فكرة الأشغال العامة بالمرفق العام، و لكن مجلس الدولة الفرنسي فصل كذلك بين الفكرتين واعترف بصفة الأشغال العامة لأعمال تمت على عقارات غير مخصصة لمرافق عامة².

وهكذا فقد أصبح القضاء الإداري الفرنسي يشترط لإضفاء صفة الأشغال العامة على أشغال معينة أن تستهدف الإدارة من ورائها تحقيق مصلحة عامة مع تحقق الشرطين السابقين (أن يكون موضوع العقد عقارا و أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام) ، و تجدر الإشارة هنا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعتبر المصلحة المالية للإدارة من المصالح العامة، و على خلاف هذا فقد اعتبر أشغالا عامة تلك التي تستهدف بناء مساكن شعبية قصد إسكان العمال أو تشييد مبنى لمعرض تجاري³ ، كما توسع في مفهوم الأشغال العامة ويمقتضى هذا المفهوم الواسع اعتبار أشغال إعادة تشجير الغابات إذا نفذتها الدولة لحساب الأفراد أشغالا عامة⁴.

خامسا: خضوع صفقة الأشغال لمعيار مالي محدد

لما كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخرينة العامة و جب حينئذ ضبط حدود مالية معينة لاعتبار العمل التعاقدى صفقة، و ينبغي أن تكون هذه الحدود معقولة، فالعمليات المالية البسيطة لا يمكن إدراجها تحت عنوان صفقة وهذا بهدف بعث قدر من المرونة في النشاط الإداري.

والمتمتع لحركة النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر يسجل لا شك أن عقد الأشغال العامة يعد العنصر الثابت والمميز في تنظيمات الصفقات العمومية على اختلاف المراحل والنصوص، وأن المعيار المالي لهذه الصفقة يمثل العنصر المميز لها اعتبارا أن جميع النصوص الواردة في تنظيم الصفقات العمومية على

¹ - سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، 1975، مرجع سابق ، ص128

- بن شعبان علي، مرجع سابق ، ص 7.

² - عبد العزيز منعم خليفة، مرجع سابق، ص37

³ - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة 1975، مرجع سابق ، ص129.

⁴ - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص10 .

اختلاف مراحل صدورها رسمت جميعها حدودا مالية أو عتبة مالية لاعتبار العملية التعاقدية صفقة أشغال عامة، فالعمليات البسيطة لا تكلف الخزينة أموالا كبيرة ولا تحتاج أن تضبط بعنوان صفقة.¹

والغرض الأساسي طبعا من فرض حدود مالية معينة و تغييرها بين الفترة والأخرى هو إضفاء قدر من المرونة على العمل الإداري، وتمكين الإدارة من ممارسة نشاطها وتلبية حاجات الأفراد، فلا يمكن عمليا إجبار الإدارة على التعاقد في كل الوضعيات و كل الحالات تحت مسمى صفقة عمومية، وما تفرضه هذه الأخيرة من إشهار إلزامي وإجراءات طويلة وجب إتباعها، جهات رقابة عديدة داخلية وخارجية، فمثل هذه القيود ستشكّل لا شك العمل الإداري.

ويكمن الغرض من وراء فرض حدود مالية دنيا لاعتبار العقد صفقة عمومية، و بالتالي وجوب إخضاعها لتنظيم الصفقات في ترشيد النفقات العامة أي حماية المال العام و حوكمة الصفقات العمومية والوقاية من الفساد.²

فقد عرف السقف المالي الموجب إجبارا لتطبيق تنظيم الصفقات العمومية ارتفاعات متتالية منذ بداية ظهور التنظيمات الجزائرية للصفقات العمومية فمن ألفي دينار جزائري 2000 دج بموجب الأمر 90/67 إلى خمسمائة ألف 500.000 دج في ظل المرسوم الرئاسي 145.82³، ليصل إلى مليوني دينار جزائري 2.000.000 دج بموجب المرسوم 434/91،⁴ ثم ليستقر في الفترة بين 1991 إلى 1994 في حدود ثلاثة ملايين دج، ثم لم يلبث بعد ذلك أن رفع إلى أربع ملايين 4.000.000 دج .

فالمادة 5 من المرسوم الرئاسي 250/02 حددت مبلغ أربعة ملايين 4.000.000 دج أو ما يزيد عنها لاعتبار العقد صفقة و يخضع إبرامها للتنظيم الجاري به العمل في مجال الصفقات العمومية .

ولم يستقر الأمر طويلا إذ خضع المرسوم الرئاسي 250/02 لتعديل بموجب المرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، و بموجب هذا المرسوم بدأ التمييز بين الأسقف المالية لصفقات الأشغال و التوريدات من جهة و صفقات الخدمات والدراسات من جهة أخرى، فقد أوصل المرسوم السقف المالي للأشغال والتوريدات إلى أكثر

¹ - عبد الغني زعلان، المعيار الموضوعي والمالي لصفحة الأشغال العامة في ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018، ص 555.

² - نفس المرجع، ص 556.

³ - نص المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 145/82 السالف الذكر .

⁴ - نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 434/91 السالف الذكر .

من 6.000.000 دج¹ ، كما منح هذا المرسوم إمكانية تحيين المبالغ وذلك برفع أو خفض هذه الأسقف وذلك بموجب المادة 5 منه .

وخضع المرسوم الرئاسي 250/02 مرة أخرى إلى تعديل لاعتبارات مالية وهذا بموجب المرسوم الرئاسي 338/08 محدثا التغيير مرة أخرى في السقف المالي الواجب لاعتبار العقد صفقة عمومية ،ومس هذا التعديل المادة 5 التي رفعت في العتبة المالية لصفحة الأشغال واللوازم إلى أكثر من 8.000.000 دج².

أما المرسوم الرئاسي 10-236 فحدد العتبة المالية المطلوبة لاعتبار العقد صفقة أشغال واللوازم إلى أكثر من 8.000.000 دج³ ،وهنا نلاحظ جليا أن المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 10/236 أبقى على حدود السقف المالي التي كانت معتمدة في المرسوم الرئاسي 338/08 السابق الإشارة إليه .

ومن هنا نجد أن العتبة المالية لصفحة الأشغال ظلت مستقرة على حالها ، كما كرس نفس المرسم لوزير المالية سلطة تحيين المبلغ بصفة دورية تبعا لمعدل التضخم المسجل رسميا ، وهذا الأمر في غاية طبيعته فوزارة المالية هي الوزارة الوصية على الشأن المالي لمختلف قطاعات الدولة، وهي من تعلم قبل غيرها بنسب التضخم المسجلة رسميا بناءا على معطيات تتوفر لديها .

وبعد ذلك ألغي المرسوم الرئاسي 10/236 و جاء المشرع بتنظيم جديد وهو المرسوم الرئاسي 15/247

وتم تغيير العتبة المالية لدواع فرضتها الظروف المالية للدولة من الفترة ما بين 2010 و 2015 ونسب التضخم المسجلة لدى مصالح وزارة المالية ، أين تم تغيير الأسقف المالية لجميع أنواع الصفقات من بينها صفقات الأشغال وهو ما أكدته المادة 13 منه التي تنص على أنه:"كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج أو ما يقل عنه للأشغال أو اللوازم وستة ملايين 6.000.000 دج للدراسات أو الخدمات ،لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب."

¹ -المادة 5 من المرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 11/09/2003 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 250/02.

² - كما رفع السقف المالي إلى أكثر من 4.000.000 دج لخدمات الدراسات و الخدمات ، و ذلك بموجب نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 338/08 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 250/02 السالف الذكر.

³ - و أكثر من أربعة ملايين دينار 4.000.000 دج لخدمات الدراسات أو الخدمات نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، السالف الذكر (الملغى)

مع الإبقاء على سلطة وزير المالية في تحيين المبالغ بين الفترة و الأخرى ، كلما اقتضى الأمر ذلك وهذا مع مراعاة لنسب التضخم المسجلة على مستوى الإدارة المركزية.

الفرع الثاني: أطراف صفقة الأشغال

تشمل صفقة إنجاز الأشغال في الأصل طرفين و هما المصلحة المتعاقدة (أولا) والمتعامل الاقتصادي (ثانيا) غير أنه هناك أطراف أخرى (ثالثا) تتولى المساهمة في إنجاز المشروع موضوع الصفقة والإشراف على إدارته ومراقبة حسن تنفيذه وهما مسؤول المشروع الذي يعين من طرف المصلحة المتعاقدة وفق أحكام القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 والمناول الذي يتعاقد معه المتعامل المتعاقد بموجب عقد مناولة بعد موافقة المصلحة المتعاقدة بالإضافة لأجهزة المراقبة التقنية لسلامة البناء و احترام شروط العمران و هي CTC و هو مما سوف نتناوله بالتفصيل في هذا الفرع .

أولا - المصلحة المتعاقدة :

لقد حصر المشرع الجزائري الأشخاص التي يمكن لها إبرام صفقة إنجاز الأشغال بموجب المادة 6 من المرسوم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، و أطلق عليها إسم المصلحة المتعاقدة وهي تتمثل في:

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما يكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

ثانيا - المتعامل الاقتصادي :

من نصوص قانون الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري حصر طرفي الصفقة العمومية في شخص معنوي عام كطرف أول والذي يسمى -كما سبق و ذكرنا- "مصلحة متعاقدة" وشخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين كطرف ثاني يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى أو في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما هو محدد في

المادة 81 من هذا القانون¹ والذي يكلف بإنجاز الأشغال محل الصفقة والمزم بأداءها حسب الشروط و الكيفيات المتفق عليها في العقد ودفتر الشروط ، و الذي اصطلح عليه المشرع بمصطلح 'المتعامل الاقتصادي' .

و الظاهر أن المشرع الجزائري عمد إلى تغيير المسمى من المتعامل المتعاقد إلى المتعامل الاقتصادي و في ذلك توحيد للمصطلح في قانون المنافسة.²

ثالثا : الأطراف المتدخلة في الصفقة

1- من جهة المتعاملين:

برجعنا إلى نص المادة 37 السالفة الذكر، نجد أن المشرع نص على أنه يمكن للمتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين Persones Physiques أو معنويين Persones Morales يلتزمون إما فرادى أو في إطار تجمع المؤسسات Groupement d'entreprises.

وهكذا بالنسبة للمتعامل المتعاقد ، نجد أن المشرع من خلال ذلك أجاز للمتعامل الاقتصادي اللجوء ولو بصدد صفقة واحدة إلى متعامل واحد أو إلى متعاملين متعددين.

-أصناف المؤسسات المعنية:

يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و /أو المؤسسات الأجنبية.³

وقد وردت هذه القائمة بهذا الترتيب الذي لا يمكن إلا أن يكون مقصودا ، رغم أن مواد التنظيم لم تميز بين المؤسسات على أساس انتمائها صراحة، إلا في الحالات التي خصت فيها المؤسسات الوطنية والمؤسسات الأجنبية الخاضعة للقانون الجزائري التي يملك الجزائريون أغلبية رأسمالها ببعض أنواع طلبات العروض أو بهامش الأفضلية.

¹ - المادة 37 من القانون 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، السالف ذكره.

² - لعور بدر ، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية حسب التشريع الجزائري، اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 17 ديسمبر 2015 ، ص6.

³ نص المادة 38 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

أشكال تجمع المتعاملين:

في العادة يكون المتعامل المتعاقد شخصا واحدا ولا يحتاج هذا الأمر إلى توضيح ، إذ لا تصح صفقة بدون وجود طرفين على الأقل، أما بالنسبة لكون المتعاملين المتعاقدين متعددين، فيعرف هؤلاء بإسم المتعاملون المتعاقدون المتجمعون Partenaires contractants Conjoints et solidaires وهم المتعاملون الذين أمضوا عقد إلتزام موحد Acte d'engagement unique يأخذ هذا التعدد أو التجمع أشكالا التجمع بالتضامن و التجمع بالاشتراك¹.

التجمع المؤقت لمؤسسات بالتضامن: (التجمع بالتضامن)

بعنوان هذا الشكل من التجمع، فإن كل المتعاملين الذين يدخلون ضمنه يكلفون بإنجاز مشروع الصفقة كاملة بالتضامن فيما بينهم²، ويعين غالبا أعضاء التجمع المؤقت لمؤسسات صاحب الأغلبية الذي يكون بمثابة متعامل متعاقد أساسي و وكيل يمثل جميع الأعضاء إزاء المصلحة المتعاقدة و يعمل على تنسيق إنجاز خدمات أعضاء التجمع³، يصبح مؤهلا للتعامل باسم الرفقاء المتضامنين .

تمضى الصفقة أيضا من طرف كل أعضاء الفرقة، الذين يتحملون المسؤولية متضامنين اتجاه المصلحة العامة، وذلك عن العرض الذي قدموه، وعن تنفيذ الصفقة في حالة الحيازة عليها ، وتبعا لذلك يقع على كل منهم الإلتزام بالمشروع كلية، متحملا ما يمكن أن ينتج من نقائص بسبب أخطاء رفقائه في العقد.

يجب أن يحتوي العرض الذي يتقدم به التجمع بالتضامن إلى المنافسة، معلومات عن الهيكل التنظيمية للقائمة المشتركة أو المتضامنة، و كفاءات عملية و تشكيلة ووظائف أعضاء هذا الفريق.⁴

و بالتالي يتعين على التجمع بالتضامن أن يقدم عقد التزم وحيد بين المبلغ الإجمالي للصفقة و مجموع الأعمال التي يلتزم أعضاء التجمع بإنجازها بكيفية تضامنية، مع العلم أنه يمكن أن يبين عقد الإلتزام المذكور عند الاقتضاء الأعمال التي يلتزم كل عضو بإنجازها في إطار الصفقة المذكورة.⁵

¹ - خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، ط2011، ص236

² - تنص المادة 81 ف 4 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر على أنه: "يكون التجمع المؤقت لمؤسسات متضامنة، عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة."

³ - نص المادة 81 ف 7 على مايلي: "يعين أعضاء التجمع المؤقت لمؤسسات صاحب الأغلبية، إلا في حالة الإستثناء المعلل كما ينبغي في التصريح بالإكتتاب، كوكيل يمثل جميع الأعضاء إزاء المصلحة المتعاقدة و ينسق إنجاز خدمات أعضاء التجمع ."

⁴ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص237، 236.

⁵ - عبد اللطيف الشداددي، مرجع سابق، ص 62 .

كما يتعين على كل عضو من أعضاء التجمع بالتضامن، بمن فيهم الوكيل أن يثبت بصفة فردية توفره على المؤهلات القانونية المطلوبة.

و يتم تقييم المؤهلات المالية و التقنية للتجمع بالتضامن على أساس دمج الموارد البشرية و الوسائل التقنية والمالية لمجموع أعضائه للاستجابة بشكل تكاملي للشروط المحددة لهذه الغاية، ويتم تقييم مؤهلات أعضاء التجمع كالتالي:

بالنسبة لصفقات الأشغال الخاضعة لنظام تأهيل و تصنيف طبقا للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل، يجب على التجمع أن يثبت توفره على المؤهل أو المؤهلات المطلوبة، كما يجب على أعضاء التجمع الآخرين أن يثبتوا توفرهم، على الأقل بصفة فردية، على المؤهل أو المؤهلات المطلوبة والصفة المرتب مباشرة بعد الصنف المطلوب.¹

ويتم الدفع في إطار التجمع المؤقت لمؤسسات متضامنة في حساب مشترك مفتوح باسم التجمع، وتعد الكفالات باسم الوكيل، و إذا كان التجمع مختلطا يتكون من شركات خاضعة للقانون الجزائري و شركات أجنبية، فإنه يمكن استثناء، دون المساس بطبيعة التجمع ، أن تعد الكفالات باسم كل عضو.²

ويبقى منطقيا أنه بصدد استدراج عروض، لا يمكن لمؤسسة قدمت عرضها في إطار قائمة أن تقدم عرضا آخر على حدى لنفس الغرض، كما أن كل مؤسسة لا يمكن أن تكون عضوا إلا ضمن قائمة واحدة.³

التجمع المؤقت لمؤسسات متشاركة (التجمع بالاشتراك)

ضمن هذا الشكل من التجمع، يقتسم أعضاء الأشغال التي تشكل الصفقة في شكل حصص ، ويتكلف كل متعاقد بإنجاز حصته⁴، رغم أنه يعين من بينهم من يمثلهم إزاء المصلحة المتعاقدة بصفته صاحب الأغلبية الذي يعتبر وكيل التجمع بالشراكة، وهو بذلك فضلا عن أنه يتكفل بالتنسيق لإنجاز خدمات أعضاء التجمع⁵، يقع عليه أيضا القيام بتنظيم كفاءات تنفيذ الأشغال وقيادتها⁶، و يكون متضامنا وجوبا لتنفيذ الصفقة مع كل عضو من أعضاء التجمع بشأن التزاماتهم التعاقدية إزاء المصلحة المتعاقدة.⁷

1- عبد اللطيف الشدادى، مرجع سابق، ص ص 63، 62 .

2- نص المادة 81 ف 8 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

3- خرشي النوي ، مرجع سابق، ص 237 .

4- المادة 81 ف 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره ، بنصها على أنه: "يكون التجمع المؤقت لمؤسسات متشاركة ، عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمات التي وضعت على عاتقه .

5- نص المادة 81 ف 7 من نفس المرسوم.

6- خرشي النوي، مرجع سابق، ص 237 .

7- نص المادة 81 ف 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

ويتم الدفع في إطار التجمع المؤقت لمؤسسات مشاركة في حسابات كل عضو من التجمع، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع ، وتعد الكفالات باسم كل عضو من التجمع ، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع¹ .

إن ما يميز هذا الشكل من التجمع ، أي بالشراكة ، هو أن المقاولات المشكلة له تقوم باختصاصات تكميلية، أي يلتزمون بتنفيذ العمليات الموكولة إليهم على سبيل الحصر ، و التي تكون غالبا على شكل حصص تقنية ، و تتم الإشارة إلى ذلك في عقد الالتزام المقدم أثناء إيداع العرض، كما يجب أن يتضمن عقد الالتزام المبلغ الإجمالي و توزيعه على كل عضو من أعضاء التجمع² .

وبهذا فإنه يمكن اعتبار أن تقسيم حصص الأشغال على المتعاقدين ، هو معيار تمييز المتعاقدين المشتركين عن المتعاقدين المتضامنين، فإذا كانت الحصص مقسمة بين المتعاقدين وكان من بين هؤلاء من هو معين في عقد الالتزام كوكيل لمجموعة المتعاقدين، فإن هؤلاء يعتبرون متعاقدين مشتركين، أما إذا لم يتم تقسيم الأشغال إلى حصص موزعة، ولم يتم تعيين وكيل ، فإن المتعاقدين يعتبرون متعاقدين متضامنين³ .

- **المناول :** و هو كل شخص طبيعي أو معنوي يكلف من طرف المتعامل المتعاقد بموجب عقد مناولة بعد موافقة المصلحة المتعاقدة و تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد يقوم بإنجاز جزء من الأشغال المتفق عليها⁴

2- من جهة المصلحة المتعاقدة

يعرف صاحب المشروع على أنه الشخص المعنوي المتصرف باسم الإدارة و لصالحها وبهذه الصفة فهو مكلف بضمان نجاح المشروع وتوفير وسائل التمويل الضرورية و تتحدد مسؤوليته في:

وضع آجال قياسية لإنجاز المشروع .

تجسيد المشروع ، تمويله ، شروط تسييره و صيانتته.

كما أنه مسؤول عن رفع العراقيل والحواجز التي تعترض العقار (المراد الإنجاز عليه) والحصول على رخص البناء.

¹ - نص المادة 81 ف9 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

² - عبد اللطيف الشداوي، مرجع سابق، ص 62

³ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص 237، 238 .

⁴ . المادة 140 من المرسوم الرئاسي 245/15 .

وصاحب أو مسؤول المشروع بالنسبة لصفقات الأشغال قد يفوض غيره للقيام مقامه بمتابعة الإنجاز فقد يكون هذا الغير هيئة عمومية مؤهلة للقيام بهذا الغرض أو كل شخص معنوي أو طبيعي من أشخاص القانون الخاص للإشراف على الأشغال و ليتحمل مسؤولية تصور المشروع المزمع إنجازه أو متابعة تنفيذه أوهما معا، ويمكن لصاحب المشروع كذلك أن يعهد بتنفيذ كل أو بعض من مهام الإشراف على المشروع إلى إدارة أو هيئة عمومية، كما يمكن أن يعهد إلى موظف بمهمة تتبع تنفيذ الصفقة إذا كانت أهميتها و تعقيدها يبرران ذلك.¹

وهو ما أصطلح عليه الدكتور باهي محمد بالإشراف المنتدب على المشروع ، و الذي يتم بموجب اتفاقيات تبرم في هذا الصدد.²

- أجهزة المراقبة التقنية :

وهي الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التي يكلفها القانون بمهمة مراقبة المشاريع المنجزة والتأكد من مدى مطابقتها للقواعد التقنية للبناء والعمران وقوانين البناء والتعمير الساري بها العمل، وتقوم هذه الأجهزة بمهام المراقبة أثناء تنفيذ و بعد إتمام إنجاز الأشغال لضمان إنجاز المشروع ومراقبته، وتقوم بهذه المهام هيئة المراقبة التقنية للمنشأة (CTC) .

ويجب على أجهزة المراقبة التقنية أن تتوفر لديها المؤهلات المهنية و التخصص التقني و الوسائل الضرورية للقيام بمهامها .

كما قد يبرم اتفاقيات مع هيئات مراقبة تقنية أخرى كهيئة المراقبة التقنية لأشغال الري CTH و هيئة المراقبة التقنية للأشغال العمومية CTPP ، فضلا عن إبرامها اتفاقيات مع مكاتب الدراسات ، وذلك وفق ما تقتضيه طبيعة المشروع³، كما قد يشترط في بعض المشاريع التي تستدعي ذلك في المتعامل المتعاقد وجود مكتب دراسات تابع له تبعية مباشرة أو عن طريق عقود، ويتم تحديد المهام التي توكل لمكتب الدراسات في دفتر الشروط، ومن بين ما يمكن أن يعهد له، البحث في إمكانيات اقتصاد المشروع و تخفيض تكلفته و آجال إنجازه ، كما يمكن أن يعهد له ضمن دفتر الشروط ووفقا لقواعد المهنة بإجراء دراسات تكميلية للأرضية عند الضرورة ، كما قد يكلف بالقيام

¹ - باهي محمد، منازل صفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية ، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة ، طبعة 2015 ص 100 .

² - نفس المرجع ، ص 100 .

³ - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص ص 40 ، 41 .

ببعض المهام المتعلقة بتنفيذ المشروع و التي تتم في شكل دراسة وصفية تبريرية و تفسيرية للإجراءات التقنية المقترحة ، الخاصة بالمشروع أو أجزاء المشروع أو حصصه .¹

إن العلاقة بين صاحب المشروع هيئات المراقبة التقنية ينظمها القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988.²

كما يعتبر المهندس المعماري كذلك مت دخلا في الصفقة، حيث يقوم بوضع التصور المعماري للمشروع و تتبع الأشغال من بدايتها إلى تسليمها³، و بالتالي فإن التعاقد معه يكون ضروريا لتنفيذ صفقات البناء و الأشغال⁴، وقد أعطت المنظومة القانونية الخاصة بالتعمير للمهندس المعماري دور إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخص البناء، و ألزمت أن يدرج المشروع المعماري التصاميم و المستندات المكتوبة التي تعرف بموقع البناء و تكوينها و تنظيمها و حجمها و مظهر واجهاتها وكذا اختيار الألوان و المواد ، كما حددت المنظومة القانونية هدف مخطط المهندس المعماري الذي يجب أن يرمي إلى تشجيع الهندسة المعمارية في إطار الخصوصيات المحلية و الحضارية للمحيط⁵.

كما يتدخل بعض الأشخاص في الصفقة للقيام بمهام الرقابة المالية و المحاسبية و هما المراقب المالي و المحاسب العمومي ، إذ يأتي دور المراقب المالي لإتمام الرقابة على بالالتزام بالنفقة و للتأكد من نظامية النفقة العمومية وذلك حسب المجالات المحددة من طرف القانون و التنظيم المعمول بهما ، كما ، بينما يتمثل عمل المحاسب في آخر إجراءات التسديد ليؤدي مراقبة محاسبية ، يقع على الأمر بالصرف بالالتزام بها، كما يمكنه صرف النظر عنها في حدود معينة ووفق إجراءات و مسؤوليات حددها التشريع ، وبذلك نجد أن جميع العمليات المالية هي من اختصاص الأمرين بالصرف و المحاسبين العموميين تطبيقا لقاعدة فصل الأمر بالصرف عن المحاسب .

¹ - خرشي النوي ، مرجع سابق ، ص ص 361،360 .

² المقرر الوزاري المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كليات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك ، ج .ر.ع 43 المؤرخة في 26 أكتوبر 1988

المعدل بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 يوليو 2001، ج.ر.ع 45 المؤرخة في 12 أوت 2001 .

³ - عبد اللطيف الشدادي ، مرجع سابق، ص 50

⁴ - نفس المرجع، ص 54 .

⁵ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص 362 .

المطلب الثاني: صيغ و إجراءات إبرام صفقات الأشغال

تحظى صفقة إنجاز الأشغال بأهمية خاصة وذلك بالنظر إلى حجم الغلاف المالي المخصص لقطاع الأشغال العمومية و أهميتها في وضع البنية التحتية للاقتصاد الوطني، غير أنه لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام ينبغي على المصلحة المتعاقدة تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وتحقيق التوازن بين الطرفين و ذلك بالدعوة إلى المنافسة المشروعة بأكبر قدر ممكن بعد تحديد احتياجاتها غرض الحصول على أفضل النوعيات بأقل الأثمان¹ مع ضمان احترام المبادئ الأساسية التي تحكم هذه العملية المتمثلة أساسا في حرية الوصول للطلب العمومي ومبدأ المساواة و شفافية الإجراءات هو ما كرسه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 من خلال المادة 5 منه²، وأكد عليه من خلال نص المادة 9 من القانون 06-01 المعدل و المتمم المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وحرص على ضرورة احترامها على جميع مراحل الصفقة .

لضمان ذلك نظم المشرع صيغ إبرام صفقة الأشغال تنظيميا دقيقا ومحكما (الفرع الأول)، وإجراءات إبرامها قبل أن تتخذ صيغتها النهائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صيغ إبرام صفقات الأشغال

إن المصلحة المتعاقدة في غالبية النظم القانونية ليست حرة في اختيار المتعاقد معها، بل هي مجبرة على التعاقد بكيفيات و إجراءات محددة، وهو ما فعله المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لصيغ إبرام الصفقات العمومية وذلك في المواد من 39 إلى 52 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

وحسب المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 : "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي"

ومن هنا نجد أن المشرع اعتمد في هذا المرسوم على طريقتين لإبرام الصفقات العمومية، وتتمثلان في طلب العروض كقاعدة عامة وتعدّ بمثابة الدعوة للمنافسة وكذلك تجسيدا لمبدأ الشفافية والمساواة بين المعتمدين، في حين

¹ - قذوح حمامة ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية ، 2004 ، ص 05.

² - المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ص ع ت م ع تنص على أنه: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم ."

يشكل التراضي الاستثناء في إبرام الصفقات العمومية تلجأ إليه الإدارة في الحدود التي يسمح بها القانون ،على الرغم من أن التوجه الجديد في مجال الصفقات العمومية يتجه نحو تحرير المصالح المتعاقدة في إبرام عقودها على أساس أنه إذا كان الهدف الأساسي لقانون الصفقات العمومية هو الوصول إلى التعاقد بأفضل الشروط عن طريق أعمال إجراءات المنافسة فإنه يمكن الوصول إلى نفس الأهداف بواسطة توسيع مجال التفاوض الحر عند القيام بعملية الإبرام.¹

ووفقا لما تقدم قد تلجأ المصلحة المتعاقدة لإجراء طلب العروض في الحالات العادية (أولا) ،وقد تلجأ لإجراء التراضي في الحالات غير العادية (ثانيا).

أولا: إجراء طلب العروض كأصل في إبرام صفقات الأشغال

قبل الحديث عن مفهوم طلب العروض يمكن القول أن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام الجزائري تدارك التناقض الذي تضمنته مختلف التنظيمات السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر، فنجد مثلا أن قانون الصفقات العمومية السابق الملغى 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يطلق على تسمية appel d'offres باللغة العربية مصطلح المناقصة، وهو ما يشكل خطأ في التسمية أو الترجمة، إذ أن تسمية المناقصة تتناقض بين اللغة العربية واللغة الفرنسية، فالمناقصة تعني L'adjudication.²

إن القاعدة العامة في التعاقد الإداري قبل صدور ق ص ع و ت م ع الأخير، كانت هي طريقة المناقصة، و نظرا للتناقض الذي يعتري النص العربي بالمقارنة مع النص الفرنسي، إذ كان يقوم النص العربي على معيار الثمن وحده، في حين النص الفرنسي كان يعتمد على معيار أفضل عرض، و هذا ما يتعارض مع مفهوم المناقصة حيث تعرضت هذه الطريقة للعديد من الانتقادات على الصعيد الدولي لأنها لا تحقق المصلحة العامة للإدارة، و خاصة في ظل التطور العلمي و التقدم التكنولوجي الذي يشهده عالم الإدارة العامة، ونشوء فكرة الحكومة الإلكترونية و بالتبعية نظرية العقد الإداري الإلكتروني، و هذا ما دفع بالمشروع إلى تدارك هذا الوضع القانوني، واستبدال طريقة المناقصة بطلب العروض³، مما يدفعنا للتعريف بهذه الطريقة، و كذا تحديد الأشكال التي تعرفها .

¹-François Liorens et Pierre couteaux .contrats et marchés publics. Quel avenir pour la négociation dans les marchés publics. Revue mensuelle lexisnexus jurisclesseur,n°8-9 aout-septembre 2001.p02 .

² - خالد خليفة ، طرق إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر ، 2017، ص 6.

³- بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام ، جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق و العلوم السياسية ، سنة 2017-2018، ص 13.

1- تعريف إجراء طلب العروض:

لقد اعتمد المشرع الجزائري على أسلوب طلب العروض في أول قانون للصفقات العمومية وهو الأمر رقم 67-90 وذلك من خلال نص المادة 42 منه والتي تنص على أنه: "يجب على الإدارات أن تلجأ إلى طلب العروض عندما تستلزم الخدمات المقررة من مقدمي العروض مؤهلات تقنية وإمكانيات مالية كافية". من خلال هذه المادة نستنتج أن هذا الأسلوب يستعمل عندما تكون الإدارة بحاجة إلى متعهدين ذوي مؤهلات تقنية وإمكانيات مالية كافية لتنفيذ الصفقة، ورغم الأهمية التي أولاها الأمر 90/67 لأسلوب طلب العروض، إلا أنه سرعان ما تجاهله في النصوص القانونية اللاحقة المنظمة للصفقات العمومية إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 247/15، إذ عرف المشرع الجزائري من خلاله طلب العروض على أنه: "إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهّد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل انطلاق الإجراء"¹.

ومن هنا نجد أن قانون الصفقات العمومية أعطى تعريفا أوسع لطلب العروض مقارنة بما كانت عليه من قبل، لأنه يرجعنا إلى المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى عرف المناقصة بأنها: "إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل العروض".

فتعريف طلب العروض، مقارنة بتعريف المناقصة سابقا، توسع من جهة المعايير التي ينبغي الاعتماد عليها في منح الصفة العمومية، لاسيما منها تلك المتعلقة بالمزايا الاقتصادية، من جهة أخرى استبعد كل شكل من أشكال المفاوضة، وذلك أسوة بالقانون الفرنسي الذي نص على:

« L'appel d'offre est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. »²

2 - أشكال طلب العروض:

حدّد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15 - 247 في المادة 42 منه أشكال طلب العروض، حيث قام بحذف المزايدة بعدما كانت منصوص عليها في القوانين السابقة، وبالتالي يكون للإدارة حرية واسعة في التعاقد وذلك باختيارها لإحدى الطرق والتي تتمثل في:

¹ - المادة 40 من المرسوم 247/15 السالف الذكر.

² - خليفة خالد، مرجع سابق، ص7.

- طلب العروض المفتوح¹ (مناقصة مفتوحة سابقا)
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا (مناقصة محدودة سابقا)
- طلب العروض المحدود (استشارة إنتقائية سابقا)

أ- طلب العروض المفتوح :

هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا² ، و الذي يمر بالإجراءات العادية من مرحلة الإعلان عن الصفقة، إلى غاية مرحلة دراسة الطعون من قبل لجنة الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، و هو نفس التعريف الذي أورده القانون السابق المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في مادته 29. ويضمن هذا الشكل بسبب عدم محدوديته أكبر قدر من المشاركة فيضمن بالتالي احترام المبادئ العامة المتعلقة بالشفافية وحرية المنافسة وسعتها وسهولة المشاركة للوصول إلى الطلبية العامة ،فليس هناك شروط انتقائية أو إقصائية ،وكل من توفرت فيه شروط طلب العروض المعلن عنه التقدم بعرضه فإبرام الصفقة محل الإعلان يكون مشروط فقط بمقارنة الأسعار المعروضة من طرف المترشحين³.

وجاء تعريف طلب العروض المفتوح كذلك مشابها لما أورده قانون الصفقات العمومية الوضعي الفرنسي الذي نص على أنه :

« L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre »⁴.

ولكن بالمقابل من ذلك ، فإن ما تضمنه هذه الصيغة من سعة مشاركة لا يؤدي بالضرورة إلى أكبر قدر من المنافسة، ذلك أن هذه العروض قد لا تكون كلها مطابقة أو تستجيب كلية لمتطلبات المشروع، أو صادرة عن مؤسسات تملك القدرات التقنية و المالية الضرورية لإنجاز المشروع ، لذلك فمن عيوب هذا الشكل هو وضع عروض أمام المصلحة المتعاقدة بعدد أكبر مما يستلزم إجراءات و مقارنات بحجم يأخذ من وقت المصلحة المتعاقدة، دون أن يتقيد بالضرورة على حصول منافسة أوسع ، و بالتالي على أحسن عرض⁵.

¹ « Un appel d'offre ouvert est la procédure de passation qui offre à tout candidat, sans distinction, la possibilité de soumissionner, ce qui permet et d'assurer une concurrence étendu », SABRI. MOHAMED , AOUDIA KHALED , LALLEM MOHAMED, **guide de gestion des marchés publics**, édition du sahel, 2000, p76.

² - المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 ، المذكور سابقا .

³ - YVES Gaudemet ;traite de droit Administratif Général 16^{ème} Edition, L.G.D.J, Paris ,2002.P689 .

⁴ -Code des Marchés publics français ,édition 2006 ,article33 .9. نقلا عن خالد خليفة، مرجع سابق، ص 9.

⁵ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص 177 .

ب- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة.¹ و قد بينت الفقرة 2 من المادة 44 من المرسوم أنه يقصد بالشروط المؤهلة القدرات المالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع" ولا تفوتنا الإشارة إلى أن هذا الشكل يتطابق في مدلوله مع معنى المناقصة المحدودة الذي كان مكرسا في ظل أحكام قانون الصفقات العمومية الملغى وعادة ما يخص هذا الإجراء المشاريع الضخمة التي تتطلب إمكانيات مادية و فنية عالية.²

كما أن هذا الإجراء يقتصر فيه تقديم التعهدات والعطاءات على من تتوفر فيهم شروط ومواصفات تضعها الإدارة مسبقا، كاشتراط الخبرة و امتلاك إمكانيات معينة، وذلك نظرا لأهمية وضخامة و صعوبة العملية التي تتطلب مبدئيا الخبرة و الإمكانيات العالية.³

ج- طلب العروض المحدود (استشارة انتقالية سابقا)

طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقالية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل، مدعون وحدهم لتقديم تعهد.⁴ هنا نلاحظ أن المشرع قام بتقييد المصلحة المتعاقدة بعدد محدد من المترشحين، على أساس ما يتمتعون به من مؤهلات مهنية ومالية .

فطلبات العروض المحدودة ملائمة للأعمال والتوريدات ذات الأهمية الكبيرة، كإنشاء مطار جوي أو ميناء بحري والتي يفرض فيها المشرع على المقاولين المنفذين لها حيازة شهادة التخصص والتصنيف المهنيين كأصل عام.⁵ -المزايدة: تم استبعادها في أحكام هذا المرسوم كشكل من أشكال طلبات العروض .

د - المسابقة:

هي الإجراء الذي يضع رجال الفن في منافسة قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة¹

¹ - المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر .

² - على الدين زيدان و محمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، ج2، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 869 .

³ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ، الجزائر ، 2005 ، ص 31 .

⁴ - المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر .

⁵ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي ببيروت ، 2002، ص 512.

وهي إجراء مخصص للأشخاص الطبيعيين دون المعنويين لأنه يركز على الجانب الفني، ودعم هذا الشكل من طلبات العروض بأساس قانوني يحفظ الإدارة من الوقوع في التهمة والشك .

كما حدد المشرع المجالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة لطريقة المسابقة ، وهي كالآتي:

- مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات، كما أنه لم يجز للمصلحة المتعاقدة إبرام صفقة الإشراف على الإنجاز بموجب المسابقة وجوبا، إلا إذا توافرت الشروط التالية:

- لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 13 من المرسوم.

- يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية، أو التي لا تحتوي على مهام تصميم².

قد تكون المسابقة محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، و تكون مسابقة الإشراف على الإنجاز محدودة وجوبا.

كما تمر هذه الطريقة بإجراءات من انتقاء واختيار المتعامل المتعاقد في دعوة المترشحين كمرحلة أولى إلى تقديم

أظرفة ملفات الترشيحات فقط، وبعد فتح الأظرفة وتقييمها، حيث لا يدعى لتقديم العرض التقني والخدمات

والعرض المالي، إلا المترشحون الذي جرى إنتقائهم أوليا، والذي لا يمكن أن يتجاوز عددهم 5 متعاملين، ويتم

إعلان عدم الجدوى المسابقة في حالة عدم تقدم أي متعامل بالعرض التقني وفي هذه الحالة يمكن لمصلحة

المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، ويتم تقييم هذه العروض من قبل لجنة التحكيم تحدد تشكيلتها الهيئة

المعنية بالصفقة العمومية، سواء كان مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي

، على أن تمنح لهم تعويضات حسب نسب و كفاءات يحددها المرسوم التنفيذي.

ويتم إرسال الأظرفة إلى لجنة التحكيم التي تقوم بدورها بدراستها و التوقيع على محضر الجلسة مرفقا برأي معل

يبرز أعضاء اللجنة من خلاله رأيهم حول التصميم أو المشروع محل الصفقة، كما لا يمكن أن يرفق الظرف التقني

بالعرض المالي الذي يقدمه المرشح، و لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض من جهة أخرى³.

ثانيا : إجراء التراضي كاستثناء لإبرام صفقات الأشغال

إن إجراء طلب العروض يمر عن طريق إجراءات معقدة وطويلة المدى مما يجعل الإدارة لا تستطيع اللجوء إليها

في بعض الظروف، كما أن بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات لهذا تم الترخيص للإدارة بإمكانية

التعاقد بكيفية التراضي، ومن هنا سنتناول تعريف هذا الإجراء و الأشكال التي يتخذها وفق مايلي:

¹- نص المادة 47 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام السالف الذكر .

²- نص المادة 47 ف 3 من نفس المرسوم .

³- المادة 48 من المرسوم 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام السالف الذكر .

1-تعريف إجراء التراضي

يعتبر التراضي أسلوبا استثنائيا من أساليب إبرام الصفقات ،و الذي يجد سنده القانوني من خلال نص المادة 41 من القانون 247/15 التي تعرف التراضي على أنه: " إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ."

فالتراضي إجراء استثنائي بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها متحررة من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب طلب العرض بأشكاله المختلفة وهذا ما جعل المشرع يولي عناية بالغة إلى ضبط حالات اللجوء إليه وتقرير قواعد وشروط إعماله ، إذ أكد بصورة صريحة على أن التراضي استثناء و ليس بأصل .

2-أشكال التراضي

حسب نص المادة 41 من المرسوم 247/15 يتخذ التراضي شكلين أساسيين:

التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة ، وقد حدد المشرع حالات و شروط اللجوء إليهما، و يفهم من ذلك أن المشرع قد قيد سلطة المصلحة المتعاقدة بما تم التخصيص عليه في المادتين 50 و 51 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام السالف الذكر .

أ - التراضي البسيط:

إذا كان إجراء التراضي استثناء عن القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، فإن إجراء التراضي البسيط يعد الاستثناء على الاستثناء، لأنه بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة مع متعامل وحيد بمجرد تطابق إرادتهما على محلها وفق لدفتر الشروط معد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة، دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار أو الدعوة للمنافسة.¹

لذلك نجد أنه بصدور المرسوم الرئاسي 247/15 أزيل كل الغموض الذي شاب هذا النوع من التراضي بتوضيح أدق جوانبه بدءا من جعله إجراء استثنائيا، إذ نصت المادة 41 فقرة 2 على إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم" يلاحظ إعادة وتأكيد المشرع الجزائري على الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط، رغم أنه قد سبق وجعل من التراضي قاعدة استثنائية في الإبرام في نص المادة 39 فهذه الإعادة لم تكن لرغبة منه في التكرار وإنما تأكيدا على أن التراضي في صورته البسيطة يعد استثناء على استثنائية التراضي بصفة عامة، بما يؤدي إلى تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اعتمادها.

¹ - BENNADJI Cherif, "Marchés publics et corruption en Algérie", Revue d'études et de critique social, N°25, Alger, 2008, P144.

وهذا راجع لخطورة هذا الإجراء وما يتمخض عنه من نتائج سلبية أثرت وستؤثر على المال العام وكذا تأثيره على حقوق المتعاملين الاقتصاديين الآخرين، فيعتبر التراضي البسيط مجالا خصبا للفساد. لذلك تستدعي هذه الصيغة رقابة أكبر، و أخلاقيات أعمق، من أجل ذلك أحيط اللجوء إليها بمجموعة من الشروط قد لا تتوفر إلا نادرا و يمكن إيجاز الشروط التي أوردها التنظيم في حالات الاحتكار وحالات الاستعجال وحالة الأولوية الوطنية.¹

أ-01- حالات التراضي البسيط:

تتمثل حالات التراضي البسيط فيما يأتي :

-حالة الاحتكار :عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية²، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية(بموجب قرار مشترك بين وزير المالية ووزير الثقافة)

-حالة الاستعجال الملح، المعطل بخطر(داهم أو مفاجئ وغير متوقع وغير متعمد)يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، ولا يسع المصلحة المتعاقدة التكيف مع آجال إبرام الصفقات العمومية.

-حالة التمويل المستعجل وغير المتوقع والمتعلق بتلبية حاجات السكان الأساسية.

حالة مشروع استعجالي وغير متوقع ذو أولوية وأهمية وطنية وبعد موافقة مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10.000.000.00 دج(عشرة ملايين دج)، أو الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا قل مبلغ الصفقة عن المبلغ السالف الذكر

عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية العمومية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الإستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء ،إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج و إلى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر .

¹ - خرشي النوي، مرجع سابق،ص165.

² - المقصود بالاحتكار حسب المادة 03 فقرة 3 من الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المتضمن قانون المنافسة،ج،ر عدد 43 بتاريخ 2003/07/20 (المعدل و المتمم بقانون رقم 12/08 مؤرخ في 2008/07/25 ، ج.ر عدد 63 بتاريخ 2008/07/02، معدل و متمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 2010/08/15، ج.ر عدد 46 بتاريخ 2010/08/18) بأنه " الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها ."

عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطاتها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات ذات الطابع الإداري، وتنظم العملية بقرار من وزير المالية¹.

ففي حالة توفر حالة من الحالات السالفة الذكر تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها وتكون لها حرية للتفاوض معه دون التقيد بإجراءات إبرام الصفقات العمومية التي يتطلبها إجراء طلب العروض.

أ- 02 - شروط التراضي البسيط:

يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط، أن:

تحدد حاجاتها حسب الشروط والكيفيات المحددة في المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15 مع مراعاة الحالات الاستثنائية المحددة في ذات المرسوم؛

-تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي كما هي محددة في المادة 54 من ذات المرسوم ؛

-تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية، كما هي محددة في المادة 72 من ذات المرسوم؛

-تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 من ذات المرسوم؛

-تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية².

ب- التراضي بعد الإستشارة:

يعتبر التراضي بعد الاستشارة ذلك الإجراء الذي يسمح بإبرام الصفقة بموجب استشارة بسيطة محدودة بواسطة وسائل مكتوبة و مخصصة و مهيأة لذلك دون اللجوء إلى الشكليات الأخرى³، المعتمدة في أسلوب طلب العروض.

ب- 01 - حالات التراضي بعد الاستشارة:

بينت المادة 51 من المرسوم الرئاسي أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات الآتية:

- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية

- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

¹ - المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام السالف الذكر.

² - المادة 50 من نفس المرسوم .

³ - جدي وفاء، أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة التراث، مجلد 6 عدد 21، 2016، ص 67 .

- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.
- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت آجالها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.
- في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية و تحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك و في هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

تحدد كليات تطبيق أحكام هذه المادة عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية¹. ولكن رغم المحاسن والإيجابيات التي يمكن أخذها على هذه الصيغة، إلا أن أسلوب التراضي بعد الاستشارة يبقى يتميز بصفة الخطورة، خاصة إذا علمنا أنه كلما اتسعت سلطة المصلحة المتعاقدة التقديرية و حريتها كلما زادت درجة الخطر المترتب على تصرفاتها خاصة في ظل محدودية المنافسة التي يتضمنها هذا الأسلوب².

الفرع الثاني: إجراءات إبرام صفقات الأشغال

¹ - المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، السالف الذكر .

² - جدي وفاء، مرجع سابق، ص 69 .

وفقا لعملية إبرام صفقة الأشغال عن طريق طلب العروض، فإنها كغيرها من الصفقات العمومية تمر بمراحل طويلة حتى تظهر لحيز الوجود خاصة فيما يتعلق بأسلوب طلب العروض، فالمشرع قد حرص من خلال مواد كثيرة وردت في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلى أن يدفع المصلحة المتعاقدة على تجسيد الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبادئ حرية الوصول للطلب العمومي و مبدأ المساواة و شفافية الإجراءات التي تحكم سائر أنواع الصفقات العمومية .

وتقتضي جملة هذه المبادئ التريث في مرحلة الإبرام وحسن اختيار المتعاقد وهو ما يستوجب أيضا مرور الصفقة بمراحل طويلة يمكن إجمالها في مرحلتين كبيرتين:

المرحلة الإعدادية و تحضير الغلاف المالي (أولا)، والمرحلة التنفيذية وظهور الصفقة للعلن (ثانيا)

أولا: المرحلة الإعدادية و تحضير الغلاف المالي:

تتم خلال هذه المرحلة جملة من الإجراءات تتمثل في:

أ- تحديد الحاجيات:

لقد نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام عل أنه: " تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية تحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استنادا إلى تقرير إداري صادق و عقلائي حسب الشروط المحددة في هذه المادة .

و يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها و مدتها بدقة استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة .

ومن هنا نستخلص أن المشرع أوجب أن يكون تحديد الحاجات في كل أنواع الصفقات بدون استثناء تحديدا مفصلا بشكل واضح وبوصف دقيق للخدمات المطلوبة، ومواصفاتها التقنية .

وفي هذا الشأن نجد أن مسألة تحديد الاحتياجات في صفقة الأشغال هي أكثر تعقيدا ،إذا ما قورنت بنوع آخر من الصفقات (لوازم ، خدمات، دراسات) ، إذ يعتبر مسألة التحضير لهذه الأنواع مسألة بسيطة ، كون المتدخلين فيها ينتمون في أغلب الأحيان إلى نفس المصلحة أو من يعملون تحت سلطاتها ، في حين أن المتدخلين في التحضير لصفقات الأشغال فضلا عن تنوعهم و تعددهم ، فإنهم في الأغلب ينتمون إلى هيئات مختلفة ،قد تتضارب أهدافها أحيانا ، إضافة إلى ارتباط مراحل التحضير لصفقة الأشغال ببعضها البعض ، إذ يرهن نجاح كل

مرحلة، نجاح المرحلة التي تليها، وفيما يلي نورد موجز عن هذه المراحل في شكل نقاط ، بما يقتضيه الموضوع من اقتضاب و استرسال¹.

ب- إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع:

وتتم دراسة الجدوى الاقتصادية بواسطة مجموعة من الدراسات التي تسعى إلى تحديد المزايا التي يحققها إنجاز المشروع ومدى تلاؤمها مع ما سيتم ضخه من نفقات عمومية لإنجازه ومن ثم فإن هذه الدراسة تسمح بمناقشة كل الاحتمالات والاختيارات المطروحة لإنجاز المشروع و اختيار البديل المناسب والضروري لتنفيذه، ويقيم مدى نجاعة المشروع في تحديد المزايا التي سيحققها في حالة إنجازه².

ب-01-دراسة الملائمة :

برجعنا إلى المرسوم التنفيذي 277/98³ خاصة ما تم التخصيص عليه في المادة 06 منه على أنه لا يمكن أن تعرض للتسجيل بعنوان ميزانية الدولة للتجهيز إلا المشاريع التي يبين ملفها العناصر التي تبرز الملائمة الاقتصادية والاجتماعية للمشروع و الأولوية الممنوحة لها ، في حين غاب هذا الشرط عن تسجيل المشاريع القطاعية ومخططات التنمية البلدية .

ومن هنا يتضح لنا أن دراسة الملائمة تتم عن طريق إبراز الأهمية و المنفعة التي يعود بها المشروع المراد إنجازه على المستوى الاجتماعي والاقتصادي ومناقشة جميع المزايا التي يمكن أن يحققها المشروع.

ب-02-الدراسة البيئية:

وهي تشمل دراسات تقوم بها المصلحة المتعاقدة للتأكد من أن المشروع المراد إنجازه ليس له تأثير على البيئة وكذا تحديد التدابير اللازم اتخاذها للتقليل من الآثار الضارة للمشروع المراد إنجازه و المواد المراد إقتناؤها على البيئة وتقدير مدى تكاليف هذه الأضرار،وتتم هذه الدراسات في شكل تحقيق علني يخضع لمصادقة صريحة من الوزير المكلف بالبيئة و تهيئة الإقليم سواء بالموافقة أو الرفض⁴.

وقد أولى المشرع الجزائري هذه الدراسة البيئية أهمية كبيرة من خلال المرسوم التنفيذي رقم 83-03 المتعلق بحماية البيئة⁵ ، و كذا المرسوم التنفيذي 90-78 المتعلق بدراسات التأثير في البيئة¹، لا سيما المادة 2 منه²

¹ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص 37

² SABRI. MOHAMED , AOUDIA KHALED , .LALLEM MOHAMED, Guide de gestion des marches publics, op.cit.p19

³ - المرسوم التنفيذي 277/98 المؤرخ في 13 يوليو 1998 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج، ر، عدد 51 لسنة 1998 .

⁴ - SABRI. MOHAMED , AOUDIA KHALED , .LALLEM MOHAMED ; guide de gestion des marchés publics ;op cit.p20.

⁵ - المرسوم التنفيذي 83-03 المؤرخ في 05 فبراير 1983 المتعلق بحماية البيئة، ج ر عدد 06 الصادرة في 8 فبراير لسنة 1983 ص 380 (الملغى) بموجب المرسوم التنفيذي 10/03 المؤرخ في 19 جمادي الأول عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، ج، ر عدد 43 الصادرة في 20 يوليو سنة 2003 ص 6.

المرسوم التنفيذي رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة³ خاصة المادة 15 منه⁴ وكذا المرسوم التنفيذي رقم 145/07 الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة التأثير وموجز التأثير على البيئة⁵.

ج- معرفة أدوات التعمير و الهيئات المعنية بالتعمير:

إذ تعتبر أدوات و تنظيمات التهيئة والتعمير الإطار الذي تتحرك ضمنه صفقات ومشاريع الأشغال، إذ حتى و إن كان الأمر يتعلق بمشروع عمومي فإنه لا يجوز إستعمال الأراضي أو البناء على نحو يتناقض مع تنظيمات التعمير.

ج-01- توفر الوعاء العقاري والدراسات المتعلقة به:

إذ يجب أن يتوفر الوعاء العقاري المراد توظيفه ، ما يجعله ملائما لإقامة المشروع، فلا يجوز إستعمال الأراضي أو البناء عليها على نحو مخالف للقواعد المتعلقة بالتعمير .

وتتشكل أدوات التعمير من المخططات التوجيهية للتهيئة والتنظيم الحضري، و مخططات شغل الأراضي وتعد من اللجان المعنية بالتعمير، اللجنة الولائية للفن المعماري و التهيئة الحضرية و البناء ولجنة اختيار الأرضية ضمن مهام الوكالات المحلية للضبط العقاري والحضري وتتولى في هذا الإطار لجنة تؤسس لغرض اختيار الأراضي التي تخصص للبناء ، تضم ممثلين عن مختلف القطاعات لاسيما (البناء و التعمير و الأشغال العمومية و الفلاحة والغابات...الخ) و تتم اختيارات اللجنة في ظل احترام المبادئ العامة التي تحكم حماية الأراضي الفلاحية وحماية البيئة واحترام قواعد التعمير وقابلية الأرض للبناء.

تبنى اختيارات اللجنة على مجموعة من الاعتبارات تتعلق بخصائص القطعة الأرضية، ومدى توفر المنافذ والطرق المؤدية إليها، وإمكانية وصول الشبكات إليها، وموقعها بالنسبة إلى الطرق العمومية وموقعها بالنسبة إلى الحدود الفاصلة، و ارتفاع المباني وتجانس المزمع بناؤه مع الجوار من حيث العلو و المظهر الخارجي.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 78/90 المؤرخ في 27 فبراير 1990 المتعلق بدراسات التأثير في البيئة ، ج ر 10 الصادرة في 7 مارس 1990

² - إذ تنص المادة 2 منه على مايلي: "يخضع الإجراء القبلي الخاص بدراسة التأثير لجميع الأشغال و أعمال التهيئة و المنشآت الكبرى التي يمكن بسبب أهميتها و أبعادها و آثارها، أن تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر بالبيئة ، ولا سيما الصحة العمومية و الفلاحة و المساحات الطبيعية، و الحيوان، و النبات ، و المحافظة على الأماكن و الآثار و حسن الجوار."

³ - المرسوم التنفيذي 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، السالف ذكره.

⁴ - إذ تنص المادة 15 من ذات المرسوم على مايلي: "تخضع مسبقا و حسب الحالة ، لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة ، مشاريع التنمية و الهياكل و المنشآت الثابتة و المصانع و الأعمال الفنية الأخرى، و كل الأعمال و برامج البناء و التهيئة ، التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا على البيئة ، لا سيما على الأنواع و الموارد و الأوساط و الفضاءات الطبيعية و التوازنات الإيكولوجية و كذلك على إطار و نوعية المعيشة ."

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 145/07 المؤرخ في 19 ماي 2007 الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى و كيفيات المصادقة على دراسة التأثير وموجز التأثير على

البيئة، ج ر 34 الصادرة في 22 ماي 2007 ص92

وترتبط شروط قابلية القطع الأرضية للبناء، بضرورة تلاؤمها و مراعاتها للاقتصاد الحضري و الفلاحي أو للمعالم الأثرية والثقافية، أو للتوازنات البيئية عندما تكون موجودة في مواقع طبيعية، و اشتراط انتقاء وجود خطر تعرضها المباشر للأخطار الناتجة عن الكوارث الطبيعية.

مع التأكد من توفر الأراضي الصالحة للبناء على إمكانيات التزويد بالماء و الكهرباء و الغاز و شبكات صرف المياه .

وبناء على ذلك نجد أنه يقتضي أي مشروع أشغال توفير وعاء عقاري لإقامة المشروع، سواء صغر هذا المشروع أو كبر، سواء تم الحصول عليه عن طريق التراضي أو إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة فبعد حيازته يقتضي الأمر استصدار التصاريح والتراخيص (رخص بناء، هدم... الخ) التي تمكن المصلحة من بدأ الإنجاز¹.

ويفترض أن تكون المصلحة المتعاقدة قد تأكدت مسبقا من صلاحية المشروع للبناء، وذلك بعد القيام بإجراءات حيازته، بناء على ملاحظات سطحية أو بالنظر إلى البنايات المجاورة، غير أن المشروع الفعلي في عملية البناء يستلزم تعميق هذه الدراسات بما يسمح للمهندس المعماري من إعداد خطته وفقا للمعلومات التي نتجت عن هذه الدراسات، و يتعلق الأمر على الخصوص بدراسة التربة والدراسات الطبوغرافية.

ج-02- دراسة التربة :

تكتسي دراسة التربة أهمية كبرى لغاية احترام قواعد البناء التي تفرضها طبيعة الوعاء العقاري الذي وقع عليه الاختيار لإقامة المنشأة أو البناء ، تفاديا للكوارث الطبيعية الناتجة عن هشاشة البناءات و التي ترجع في كثير من الأحيان إلى لسطحية الدراسات التي تمت بشأنها ، أو انطلاق مشاريعها دون القيام بإجراء دراسة التربة أو الاكتفاء بدراسات سطحية سابقة لمواقع مجاورة التي يمكن أن تختلف تركيبية تربتها عن تركيبية التربة للوعاء العقاري للمشروع.

وتكتسي دراسة التربة أهميتها من حيث إظهارها لقابلية الأرض للبناء و استيفائها لشروطه من خلال :

التأكد من مدى سلامة الأرضية من عيوب انزلاق التربة و ظاهرة التعويم،

التأكد من خلو الأرض من مخاطر الانهيار و الانشقاق و الخسف ،

دراسة خطر الزلازل و خطر حرائق الغابات، و الأخطار الناجمة عن المحيط،

حساب مقدار الضغط السطحي لسرير الأرض،

حساب ضغط الارتفاعات المائية التي يحتمل حدوثها، وعمق المنابع المائية.

¹ - خرشي النوي ، مرجع سابق ، ص 37 وما يليها

وبعد التأكد من المعلومات السابقة، تتم دراسة باطن الوعاء العقاري بسير أعمال التربة، عن طريق إحداث حفر يتمشى و حجم المشروع، إضافة إلى القيام بعملية تحليل عينات التربة المستخرجة من مستويات مختلفة قصد معرفة تركيبها وخصائصها وحركتها كالانقفاخ و الانكماش، إضافة إلى محتوياتها على المعادن المؤثرة و مواد التعرية و عوامل الصدأ و التأثيرات الكيميائية الأخرى.

وتغطي النتائج المحصل عليها من الحفرة الواحدة مساحة تصل إلى 5000 م² مع إمكانية توسعة هذا المجال، إذا لوحظ تجانس واسع لطبيعة التربة في المنطقة، ولم يكن الأمر يتعلق بمنشآت كبرى¹.

يستخلص من اختبار التربة معرفة مدى مقاومة التربة لمختلف المظاهر والعوامل والمخاطر، كما تسمح النتائج بإتمام أو التدقيق في الدراسات الاقتصادية المرتبطة بالمشروع و البث في الاختيارات التقنية الأكثر ضمانا، مثل نوعية وشكل الأسس الصلبة و عمقها، و سماكتها و المواد المستعملة في إنشائها مع خلاصة حول قواعد البناء اللازمة و مجمل الإحترازاات التقنية الواجبة.

ويضمن التقرير المفصل الذي يعده المهندس الجيولوجي نقل هذه المعلومات أيضا إلى المهندس المكلف بإعداد ومتابعة خطط و تصاميم البناء.

ج-03 الدراسات الطبوغرافية

تهدف الدراسة الطبوغرافية إلى مساعدة المهندس المكلف بإنجاز التصاميم، بالوضع بين يديه رسوم بيانية، ومعلوماتية، وتحديد معالم الأرض وحدودها عن طريق عمليات مسح و وصف المساحات الأرضية وفقا لإحداثيات، وتدخل ضمن الدراسة الطبوغرافية :

رسم المخططات العقارية البلدية لتحديد هوية المالكين و تفاصيل عن القطع،

وضع المعالم الضرورية للسطح ورسم إحداثيات القطعة الأرضية،

تحديد نقاط الإحداثيات ضمن أعمال التثليث ،

إقامة حدا أو حدودا بين ملكيتين عقارينتين، و رسم المعالم،

وضع حدود مستقبلية داخل ملكية عقارية واحدة، في إطار لقسمة العقارية.

ج-04 دراسة الشبكات و إمكانيات العبور

قد اشترط القانون رقم 03/04 المؤرخ في 2004/08/14 على " أن يستفيد كل بناء معد للسكن من مصدر للمياه الصالحة للشرب، وأن يتوفر على جهاز لصرف المياه يحول دون تدفقها على سطح الأرض، كما إشتراط التنظيم تزويد التجزئات والمجموعات السكنية من البالوعات تمكن من صرف المياه المستعملة من كل نوع مباشرة، و تنتهي

¹ - خرشي النوي ، مرجع سابق، ص ص 67، 68 .

هذه الشبكة إلى منشأة واحدة للتصفيه، وتنصب في وسط طبيعي أو تنتهي إلى أقل عدد من هذه المنشآت عند الاستحالة"، وفضلا عن ذلك يجب أن توفر الأرضية إمكانية العبور لها.¹

بعد استيفاء الإجراءات التحضيرية الأولية المتمثلة في الحصول على الأرضية المراد إنجاز المشروع عليها وإجراء الدراسات الجيو تقنية عليها (دراسة التربة و الدراسة الطبوغرافية) للتأكد من مدى مطابقتها و صلاحياتها لإنجاز المشروع عليها وعدم تأثيره على البيئة ودراسة وضعيات شبكات المياه والغاز والكهرباء .. الخ، تقوم باستصدار الرخص اللازمة من الجهات المختصة قبل البدء في الأشغال، يتم تسجيل المشروع بإحدى الوسيلتين رخصة البرنامج أو قروض الدفع .

د- توفير الاعتماد المالي :

إذ لا يمكن إبرام صفقات الأشغال دون التوفر على اعتماد مالي أو تغطية مالية كافية للمشروع، وفي هذا الإطار نجد أن كل المشاريع تخصص لها قيمة مالية في شكل رخصة برنامج تتمثل في مقرر تسجيل الذي يتضمن تسجيل العملية مشيرا إلى رقمها و عنوانها و مبلغها .

يتم الحصول على الاعتماد المالي من خلال الحصول على الموافقة من الهيئات المختصة ، فيما يخص صفقات الأشغال فإنه يتم تسجيل العملية ثم منح للمصلحة المتعاقدة AP رخصة برنامج Autorisation de programme التي تتضمن اعتمادا ماليا من أجل الشروع في إبرام الصفقة وذلك من خلال ميزانية التجهيز .

ويقصد بنفقات التجهيز "الإنفاق الرأسمالي" تلك النفقات المتعلقة بزيادة القدرة على توفير الخدمات العامة، و يدخل في ذلك بناء المستشفيات و بناء المدارس .. إلخ.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة الحصول على إعتمادات مالية و ذلك من خلال ميزانية التسيير التي تسمح لها بإبرام صفقات عمومية ، ومن مكونات نفقات التسيير الإنفاق الإجباري في كل الدول الصناعية والنامية²

وبناء على ذلك نجد أن الوعاء المالي للصفقة أحيانا يرصد على حساب الاعتماد المالي للدولة وأحيانا أخرى يقيد ويحسب في ميزانية الإدارة المعنية أو ما يسمى بميزانية القطاع نبين ذلك فيما يلي:

تمويل الصفقة عن طريق ميزانية الدولة:

قد تمول الصفقة عن طريق ميزانية الدولة اعتبارا أن المشروع ذو نفع عام ،كأن يتعلق الأمر بإنجاز إقامة جامعية أو فضاء بيداغوجي بـ 5000 مقعد، فهنا في هذه الحالة ينبغي إعداد ملف كامل بالتنسيق بين مصالح وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ومصالح وزارة المالية ومصالح أخرى ذات العلاقة من أجل الحصول على الاعتماد

¹- خرشي النوي ، مرجع سابق ، ص ص70،71 .

²- خليفة خالد، مرجع سابق، ص 29 .

المالي، وإذا رصدت المصالح المختصة مبلغا ماليا للصفحة المتعلقة بإنجاز إقامة جامعية أو فضاء بيداغوجي صار للوالي المختص إقليميا صفة الأمر بالصرف فيما يخص هذه الصفقات¹.

- تمويل الصفقة عن طريق ميزانية القطاع أو ميزانية المؤسسة:

مما لا شك فيه أن لكل قطاع من قطاعات الدولة سنويا ميزانية ترصد لتحقيق جملة الأهداف المسطرة في كل قطاع، فلولاية ميزانية وللبلدية وللجامعة ولديوان الخدمات الجامعية ولكل قطاع ميزانيته السنوية كما أن إجراءات إعداد الميزانية والمصادقة عليها من قبل الأجهزة المختصة يأخذ هو الآخر زمنا طويلا فوجب حينئذ على كل إدارة معنية أن تسطر احتياجاتها المختلفة وتقدرها وتأخذها بعين الاعتبار في مرحلة إعداد الميزانية، وإذا اعتمدت الجهات المختصة ميزانية قطاع ما، صار الرئيس الإداري مخولا للتوقيع على الصفقة من ذلك والي الولاية أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مدير الجامعة .. إلخ².

ثانيا: المرحلة التنفيذية و ظهور الصفقة للعلن

تمر الصفقة إذا أبرمت بطريق طلب العروض بمراحل طويلة فصلها فيما يلي:

أ- إعداد دفتر الشروط

تقوم المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن صفقة الأشغال، بإعداد دفتر الشروط، يتم وضعه تحت تصرف المتنافسين، يتضمن الشروط العامة للصفقة والأشكال المطلوبة لتقدير مطابقة الأشغال المراد إنجازها ومواصفاتها و تحدد فيها التزامات الأطراف المتعاقدة من مبلغ كفالة، تعويضات، تسبيقات كفاءات التسديد وشروط فسخ العقد ... الخ .

وتشمل دفاتر الشروط وفق نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15 على الخصوص مايلي:

دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية."

فبعد أن تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد دفتر الشروط تعرضه أمام لجنة الصفقات المختصة بحسب التقدير الإداري للمشروع.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011، مرجع سابق، ص141

² - نفس المرجع، ص142

1- الإعلان عن طلب العروض:

بعد التحضير للصفحة باختيار المشروع وفقا للحاجات الاجتماعية والاقتصادية، وكذا دراسة إمكانية تنفيذ المشروع من الناحية الفنية ودراسة تكاليف المشروع و مقارنتها بالمردود الاقتصادي¹، وإعداد دفتر الشروط وعرضه أمام لجنة الصفقات المختصة لدارسته و منح التأشير بخصومه، تقوم بالإعلان عن طلب العروض تكريسا لمبدأ الشفافية في الصفقات العمومية ، و ذلك من أجل فتح المجال أمام جميع المتعهدين الذي تتوفر فيهم الشروط المحتواة في كل من دفتر الشروط و الإعلان ، وذلك من أجل اختيار المتعامل الذي يقدم أفضل عرض. والإشهار الصحفي يكون إلزاميا في جميع أشكال طلب العروض و كذا إذا تعلق الأمر بالتراضي بعد الاستشارة وذلك وفقا لمقتضيات نص المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

ونصت المادة 65 على ضرورة أن يتم تحرير طلب العروض باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

كما بين قانون الصفقات العمومية المعلومات والبيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان²، و التي تمكن المهتمين من المقاولين من اتخاذ القرار حول الدخول للمنافسة من عدمه وفق الشروط المطلوبة .

2- تقديم و إيداع العروض:

بعد الإعلان عن طلب العروض يتقدم المترشحون الراغبون في التعاقد مع المصلحة المتعاقدة صاحبة الإعلان بسحب دفتر الشروط الذي يتم عادة من مكتب الصفقات العمومية لدى هذه المصلحة المتعاقدة ليتم فيما بعد الإطلاع على بنوده و موضوعه، وفي حالة قبول المترشحين الراغبون في المشاركة في طلب العروض بإيداع عروضهم التي ينبغي أن تكون مطابقة لما يحتويه إعلان طلب العروض ودفتر الشروط.³ على أن تشمل العروض على ملف الترشح و عرض تقني وعرض مالي.⁴

¹ - فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية و آليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة، سبتمبر، 2009، ص، 117 .

² - نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالف الذكر.

³ - خليفة خالد، مرجع سابق، ص 31، 32 .

⁴ - نص المادة 67 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالف الذكر

-أجل إيداع العروض:

وتحدد المصلحة المتعاقدة بما لها من سلطة تقديرية وتبعا لطبيعة الصفقة و تعقيدها أجل و مدة لتقديم العروض، كما لها أن تمدد الأجل إذا اقتضت الظروف ذلك ، وفي هذه الحالة تقوم بإخبار المتعهدين بذلك بكل الوسائل¹. وتحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوباً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، كما يدرج تاريخ و آخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين². ويوافق آخر يوم، وأخر ساعة لإيداع العروض ويوم وساعة فتح الأظرفة التقنية والمالية، آخر يوم من مدة تحضير العروض، وإذا كان يوم عطلة يمتد إلى أول يوم عمل ، ويشترط أن تكون العروض مطابقة لدفتر الشروط³.

3 -فتح الأظرفة و تقييم العروض:

بعد انتهاء الآجال المحددة من طرف المصلحة المتعاقدة للمترشحين لتقديم عروضهم، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية بحضور أصحابها، في التاريخ والساعة المحددتين في الإعلان وكذا دفتر الشروط ، ويتم تقييمها من طرف لجنة واحدة تتمثل في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهو ما أشارت إليه المادة 160 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر حيث جاء فيها : "أنه تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء وتدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم..."

وهنا يجدر بنا التنويه على أن المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام قد أدمج كل من لجنة فتح الأظرفة و لجنة تقييم العروض المنصوص عليهما في قانون الصفقات العمومية 236/10 الملغى في لجنة واحدة و أطلق عليها تسمية "لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض"

في حين حددت المادة 71 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر مهام لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في مرحلة فتح الأظرفة ب:

تنشيط صحة تسجيل العروض.

تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.

¹ - نص المادة 66 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالف الذكر.

² - نص المادة 66 ف3 من نفس المرسوم.

³ - نص المادة 66 ف4 من نفس المرسوم.

توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.

تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، و الذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة .

تدعو المترشحين أو المتعهدين، عند الاقتضاء كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة، إلى استكمال عروضهم التقنية تحت طائلة رفض عروضهم ، بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام إبتداء من تاريخ فتح الأظرفة، ومهما يكن من أمر، تستثنى من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة عن المتعهد المتعلقة بتقييم العروض .

تقترح على المصلحة المتعاقدة، عند الاقتضاء، في المحضر، إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم.

ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين عند الاقتضاء حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.

ومن هنا يتضح لنا جليا دور لجنة فتح الأظرفة في التحضير المادي لملفات المترشحين المتقدمين بعبءاتهم حتى تمهد لدورها الثاني في المرحلة الموالية ألا وهو تقييم العروض .

مهام لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في مرحلة تقييم العروض:

تتولى ذات اللجنة المنصوص عليها في المادة 71 المذكورة أعلاه ، بتقييم عروض المترشحين ، وفي هذا الإطار تقوم بالمهام التالية:

إقصاء الترشيحات و العروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقا لأحكام هذا المرسوم و/أو لموضوع الصفقة، وفي حالة الإجراءات التي لا تحتوي على مرحلة انتقاء أولي، لا تفتح أظرفة العروض التقنية و المالية والخدمات، عند الاقتضاء المتعلقة بالترشيحات المقصاة،

تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين، على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط وتقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

وتقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم .

- تقوم طبقا لدفتر الشروط، بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، المتمثل في العرض:
- الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمترشحين المختارين، عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط ،
 - الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر،
 - الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.
 - تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت، ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.
 - إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقد الاقتصادي المختار مؤقتا ،أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار،تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة كتابيا التبريرات و التوضيحات التي تراها ملائمة ،و بعد التحقق من التبريرات المقدمة ، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية، و ترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل.
 - إذا أقرت أن العرض المالي للمتعاقد الاقتصادي المختار مؤقتا ، مبالغ فيه بالنسبة لمرجع الأسعار، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض ، و ترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل.
 - وترد عند الاقتضاء، عن طريق المصلحة المتعاقدة، الأطراف المالية التي تتعلق بالعروض التقنية التي تم إقصاؤها إلى أصحابها دون فتحها .
 - وفي حالة طلب العروض المحدود، يتم انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى ترجيح عدة معايير.
 - وفي حالة إجراء المسابقة،تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة قائمة الفائزين المعتمدين و تدرس عروضهم المالية، فيما بعد ، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى ترجيح عدم معايير.¹

¹ - نص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر .

من هذه المادة يتضح لنا جليا الدور المهم للجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في مرحلة تقييم العروض، إذ تقوم بدراسة وتحليل وبتقييم العروض و تقوم بإقصاء العروض الغير مطابقة لموضوع الصفقة و دفتر الشروط و تبدأ كمرحلة أولى بتقييم العروض التقنية ، ثم تنتقل إلى تقييم العروض المالية أين تقوم بانتقاء أحسن عرض، وحسب الحالات تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض ، و تقوم من خلالها المصلحة المتعاقدة برفض العرض بقرار معلل ، كما تقوم اللجنة بعملية التقييم وفق إجراءات خاصة بكل شكل من أشكال طلب العروض .

4- إرساء الصفقة :

تعتبر مرحلة إرساء الصفقة مرحلة حاسمة ينجم عنها اختيار العارض الذي قدم أحسن عرض نظرا لتوافر عطاءه أو عرضه على مجموعة من الشروط و المواصفات مما دفع بجهة الإدارة لاختياره دون سواه من بقية العروض¹ . ولا يمكن الوصول إلى هذه المرحلة إلا بعد المرور على بعض الإجراءات المحددة قانونا التي منحها المشرع إلى لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض²، و بناء على النتائج المتوصل إليها من طرف هذه الأخيرة، يتم اختيار المتعامل المتعاقد المقبول أولا من قبل المصلحة المتعاقدة، ليتم بعد ذلك نشر إعلان المنح المؤقت في نفس الجرائد التي تم إعلان طلب العروض فيها، مع تبليغ نتائج العرض التقني والمالي لمن منحت له الصفقة مؤقتا، مع دعوة العارضين الراغبين في الإطلاع على نتائج عروضهم التقنية والمالية، بالاتصال بمصالحها في أجل أقصاه 3 أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة وفق ما تم التنصيص عليه في المادة 82 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

ويعتبر قرار إرساء الصفقة أي المنح المؤقت للصفقة هو آخر إجراء من الإجراءات الممهدة للتعاقد ويكون هذا القرار قابلا للطعن فيه أمام لجنة الصفقات المختصة وذلك خلال 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية³، وفي هذه المسألة أكد المشرع على أنه لا يمكن عرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات العمومية المختصة إلا بعد انقضاء أجل 30 يوم من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت ، هذا في حالة تقديم طعون⁴ . أما في حالة عدم تقديم أي طعن خلال هذا المدة ، فإنه يقدم مشروع الصفقة إلى لجنة الصفقات المختصة للتأشير عليه .

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دار الجسور الجزائر، ط2، 2009، ص110

² - هذه اللجنة كانت في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 نظم لجنتين لجنة فتح الأظرفة و لجنة تقييم العروض ، غير أنه من خلال المرسوم الرئاسي 15/247 تم ضم اللجنتين و جعلها في لجنة واحدة وهي لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض.

³ - نص المادة 82 ف3 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالف الذكر .

⁴ - نص المادة 82 ف9 من نفس المرسوم.

5- الحصول على تأشيرة:

بعد انتهاء هذه الإجراءات يقدم مشروع الصفقة إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة باعتبارها مركز اتخاذ القرار، للحصول على التأشيرة، ويمكن لهذه الأخيرة منح التأشيرة أو ترفض ذلك بسبب عدم احترام التشريع والتنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية ، أو المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية لذا يجب أن يكون الرفض معللا .¹

وفي حالة منح التأشيرة قد يرفق هذا المنح بتحفظات موقفة أو غير موقفة.

إذا تكون التحفظات موقفة إذا تعلق الأمر بموضوع الصفقة أو مشروع دفتر الشروط أو الملحق ، وتكون غير موقفة إذا ارتبط الأمر بشكل الصفقة كأن يتعلق الأمر بالبيانات التي ينبغي أن تتضمنها الصفقة

6- مرحلة اعتماد الصفقة:

رغم الطابع الحاسم لمرحلة إرساء الصفقة السابق ذكرها، إلا أنها لا تعد المرحلة الأخيرة، بل لا بد من اعتماد طلب العروض ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقات و الإعلان عن إتمام إجراءاتها، فالمنح المؤقت رغم فوائده الكبيرة، إلا أنه يظل كما وصفه المرسوم الرئاسي منح مؤقت².

لذلك فبعد حصول مشروع الصفقة على الموافقة تسلم لهذا الأخير تأشيرة ليتم فيما بعد اعتماده من طرف السلطة المختصة³، وذلك وفقا لنص المادة 4 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام السالفة الذكر . وينتج عن موافقة السلطة المختصة آثار هامة، حيث تجعل من صفقة الأشغال نهائية و بدونها لا يكون الأطراف ملزمين بتنفيذ مضمون الصفقة ، وهو ما عبر عنه الأستاذ "سليمان الطماوي" بقوله في أن التزامات المتعاقدين لا تبدأ إلا من هذه اللحظة، أما قبل ذلك تكون في دور التكوين .

ومن هنا نستنتج أن الموافقة هي شرط لانعقاد العقد و ليس لنفاذه ، ولا تكون الحقوق المكتسبة الناتجة عن الصفقة إلا بناء على الموافقة ، لكن يلام المشرع على عدم توضيحه لإمكانية السلطة المختصة في الرفض، أي لا توقع على الصفقة و لم يبين الطريقة التي يتم بها ذلك ، ومهما يكن لا تدخل صفقة الأشغال حيز التنفيذ إلا بعد الحصول على تأشيرة لجنة الصفقات المختصة بالرقابة الخارجية⁴.

وهنا ينبغي التنويه إلى أنه بعد تقديم مشروع الصفقة إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة من أجل مباشرة الرقابة الإدارية الخارجية عليه ، ومنح التأشيرة بشأنه ، فبعد الحصول على التأشيرة، لا بد أن يعرض في مرحلة موائية على

¹ - نص المادة 195 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالف الذكر .

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر ، 2009، مرجع سابق ، ص 130 .

³ - خليفة خالد ، مرجع سابق، ص 44 .

⁴ - حابي فتحة ، مرجع سابق ، ص 117 .

المراقب المالي للتأشير عليه ، لأنه بدونها لا تعتبر الصفقة رسمية بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تصدر أمرا للطرف الثاني بالانطلاق في الأشغال و إصدار أمر الخدمة .

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على إبرام صفقات الأشغال

بعد استيفاء صفقة الإشغال لجميع الإجراءات القانونية السالفة الذكر وحصولها على التأشيرة من الجهات المختصة والتزام المراقب المالي بها ، و إمضائها من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة والمتعامل الحائز على الصفقة ، تدخل الصفقة حيز التنفيذ ويتم إصدار الأمر ببدأ الأشغال ، و يترتب على ذلك آثار لكلا طرفي الصفقة، المتمثلة في حقوق والتزامات متبادلة في ذمة كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد .

ومن هنا سنتطرق إلى سلطات والتزامات المصلحة المتعاقدة في **المطلب الأول**، لننتقل بعد ذلك إلى حقوق و التزامات المتعامل المتعاقد معها في **المطلب الثاني** .

المطلب الأول: سلطات و التزامات المصلحة المتعاقدة

إن أبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود المدنية و التجارية أن الصفقة العمومية تخول جهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات¹، يمكن إضفاء عليها طابع امتيازات السلطة العامة بالنظر إلى طبيعتها، ونظرا لأن عقد صفقة الأشغال العامة من العقود الإدارية بطبيعتها فإنه يجعل للجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها حقوق استثنائية بمثابة سلطات متنوعة تمارسها في إطار القانون والتي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة تقي بالغرض الذي أبرمت من أجله هذا من جهة، وتقع على عاتقها التزامات تعاقدية مالية وغير مالية من جهة أخرى. وبناء على ذلك سنفصل في السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة (الفرع الأول) ، لننتقل بعد ذلك إلى الالتزامات الواقعة على عاتقها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها بجملة من السلطات التي يضفي عليها طابع إمتيازات السلطة العامة وتتجسد في سلطة الإشراف و الرقابة (أولا)، وسلطة التعديل(ثانيا) وتوقيع الجزاءات وسلطة إنهاء الصفقة (ثالثا) ، نفصل هذه السلطات فيما يلي:

أولا - سلطة الإشراف و الرقابة.

تتسع سلطة الإدارة عند مباشرة حقها في الإشراف والتوجيه في عقود الأشغال العامة بطريقة ملحوظة، فدور المقاول في عقد الأشغال العامة مجرد منفذ للالتزامات التي تفرضها عليه جهة الإدارة، وليس من حقه توجيه الأعمال فهو عليه أن يتابع توجيهات مندوب الإدارة خطوة بخطوة².

و تعتبر هذه السلطة امتياز يخول للإدارة مرافقة المتعاقد معها وتوجيهه من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة وإتمامها على النحو المتفق عليه، وهذا في مختلف مراحل التنفيذ، وعادة ما يقوم بهذا الإشراف والتوجيه أعوان إداريون وتقنيون مختصون حسب موضوع الصفقة، وتظهر هذه السلطة خاصة في صفقات إنجاز الأشغال وتمارس عادة بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه متابعة إنجاز الصفقة، ويتم الإشراف والتوجيه عمليا من خلال تعليمات توجه للمتعاقد ولمكتب الدراسات على حد سواء، وتدون في محضر موقع الانجاز (P.V de chantier) وتتمتع هذه التعليمات بالقوة الملزمة مثل القرار الإداري تماما متى كانت صادرة عن الأعوان الإداريين المكلفين رسميا عن تنفيذ الصفقة³.

¹ -عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، 2011 ، مرجع سابق،ص200.

² -صبري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية،ط2010، ص130 .

³ -سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة، 1991 ، مرجع سابق ص 257

والغاية من منح الإدارة هذه السلطة، هو الرغبة في تجاوز الأخطاء المحتملة عند تنفيذ العقد الإداري وتحقيق الجودة، وهي تلعب دورا وقائيا¹.

يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المنفق عليه، أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد² وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام، لا النصوص التعاقدية فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني، إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون، بينما العقد الإداري يخول للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه وإن لم ينص في العقد على ذلك وهذا بهدف ضمان تلبية الحاجات العامة وحسن أداء الخدمة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة³.

كما أجمع أغلبية الفقه على أن سلطة رقابة الإدارة المتعاقدة لتنفيذ عقد الأشغال العامة سلطة ذات أصالة في عقود الأشغال العامة، باعتبار الإدارة هي ربة العمل، وما المقاول إلا منفذا لتوجيهاتها⁴.

وبذلك تعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام⁵، لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها⁶، فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الإشراف والرقابة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة حقها في إصدار التعليمات⁷.

لما كانت الإدارة صاحبة الأشغال هي المدير الحقيقي لها، وما المقاول إلا تابعا لها، فإن هذا الأخير يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية تحت إشراف وتوجيه الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، وذلك بما تتبعه من وسائل مادية، تتمثل خاصة في الزيارات التي يقوم بها من تتدبهم لذلك، إلى مواقع الأشغال والوقوف على سير العمل به والتحقق من سلامة المواد المستعملة وذلك بفحصها واختبارها، و يتم ذلك عمليا بإشراف المهندس التابع لجهة الإدارة على تنفيذ

¹ - رشيد السعيد، منازعات الصفقات العمومية، على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، الطبعة صوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، 2010، ص16،

² - عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ و نظريات القانون الإداري، جامعة حلوان، مصر، 2003، ص257

-نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء و لتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، مقالة منشورة في مجلة دراسات الشريعة والقانون، المجلد 40 الملحق الأول، 2013، ص 1055

³ -نوفان العقيل العجارمة، مرجع سابق، ص1055

⁴ -بن شعبان علي، مرجع سابق، ص39.

⁵ -نوفان العقيل العجارمة، مرجع سابق، ص 1055 .

⁶ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دار الجسور 2009، المرجع السابق، ص 142 .

⁷ - Christophe lajoye Droit marchés publics, Berti édition, Alger, 2007, p 172 .

العملية المسندة إلى المقاول، وذلك بمراقبة المقاول ومستخدميه في تنفيذهم العقد من الناحية الفنية وتوجيههم حتى يتم العمل طبقاً للأصول الفنية ووفقاً للشروط والمواصفات والتصميمات المتفق عليها، و لهذا المراقب أو المراقبين الحق في المراقبة القبليّة أو البعديّة للأشغال، و الإدارة تتأكد من مدى سلامة الأشغال من خلال ممارسة هذه الرقابة، أما عن وقت ممارسة هذه الرقابة فعادة ما تتضمن دفاتر الشروط الخصوصية قواعد تنظيم ممارسة هذه الرقابة في كل عقد والتي تكون يومية أو أسبوعية مثلاً .

وبالنسبة للجزائر فقد جرى العمل بالنسبة للمشاريع الكبرى خاصة، أن توكل الإدارة صاحبة المشروع مهمة الرقابة إلى هيئات متخصصة و هي:

هيئة المراقبة التقنية للبناء CTC

هيئة المراقبة التقنية لأشغال الري CTH

هيئة المراقبة التقنية للأشغال العمومية CTPP

فتقوم الإدارة صاحبة المشروع بإبرام اتفاقية مراقبة تقنية مع إحدى هذه الهيئات بحسب طبيعة المشروع، من خلال هذه الهيئة تقوم الإدارة بمراقبة المشروع من عدة نواحي.¹

إلى جانب هذه الهيئات في المشاريع الكبرى، تقوم الإدارة بإبرام إتفاقية مع مكتب الدراسات، أي مع مهندس أو مهندسين معماريين وذلك للسهر على مطابقة التنفيذ الذي يقوم به المقاول مع المخططات والتصميمات الموضوعة من طرفهم، والقيام بنفتيش الورشات والتأكد من مدى التزام المقاول ببند الصفقة واتخاذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الورشات وصلاحية مواد البناء بالإضافة إلى كفاءة اليد العاملة المشغلة، كما يمكن للإدارة أن تقوم بإيفاد مهندسيها وأعاونها للتحقق من سير تنفيذ المشروع بصفة مرضية، وهذا عن طريق زيارتهم المنتظمة للورشة والإطلاع على دفتر الورشة وتسجيل ملاحظاتهم وتوجيهاتهم للمقاول ، وهذه الوسائل المادية التي تستعملها الإدارة في ممارسة حق الرقابة هي ليست الوحيدة، إذ تمتلك الإدارة وسائل قانونية تمارس من خلالها الرقابة تتمثل فيما تصدره من أوامر مصلحية.²

¹- بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 40، 41.

² نفس المرجع، ص 41 .

كما قد تتخذ هذه الأعمال القانونية إصدار أوامر تنفيذية للمتعاقد معها تلزمه بتحديد أوضاع التنفيذ والتعديل فيها، تأخذ هذه الأوامر شكل القرار الإداري وقد أجاز للمتعاقد معها الاعتراض عليها غير أن ذلك الاعتراض لا يوقف تنفيذها نظرا للقوة التنفيذية التي تحوزها¹.

وقد تتخذ شكل إصدار تعليمات بإتباع طريقة معينة في التنفيذ أو الامتناع عن إتباع مثل هذه الطريقة أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه و توقيف أعمال التنفيذ.²

ومنا هنا نجد أن سلطة إدارة المشروع تتم عن طريق اتخاذ قرارات من المصلحة المتعاقدة أو مسؤول المشروع تأخذ شكل " أمر بالخدمة ordre de service " تبين فيها كيفية تنفيذ الصيغة كالأمر ببدأ الأشغال أو الأمر بإنجاز أشغال إضافية و تجدر الإشارة إلى أن الأوامر بالخدمة حتى تكون صحيحة يجب أن تكون مكتوبة وموقع عليها من طرف المصلحة المتعاقدة أو مسؤول المشروع ومؤرخة ومبلغة للمقاوم الذي يكون ملزم بتنفيذ مضمونها لأن رفض التنفيذ يترتب عنه تحمل المسؤولية الناتجة عن ذلك³

هذا ونصت المادة 12 ف4 و 5 من دفتر الشروط الإدارية العامة على ضرورة تقييد المقاوم بالأوامر المصلحية التي تصدرها صاحبة المشروع من خلال نصها على مايلي:

" فإنه ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه .

- كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه من خلال العمل، إلا أن ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة على مسؤوليته ولا تعتبر تلك التغييرات إلا إذا أثبت حصولها بموجب ذلك الأمر الصادر عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري .

غير أن سلطة الإشراف والرقابة وإن كانت ثابتة بالنسبة لجهة الإدارة و مقررة في سائر العقود الإدارية إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفة وأخرى فسلطة الإشراف والرقابة تبرز وتتجسد أكثر في عقود الأشغال العامة بالنظر لطبيعتها الخاصة وكون أن تنفيذه يستغرق مدة زمنية طويلة وهو راجع كذلك لطابعها الخاص كونها

¹ - رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص13 .

² - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص117.

³ - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية قضائية) دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص109 ،

- عبد اللطيف الشداددي، مرجع سابق، 438.

تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة ثم أنها تحتاج إلى متابعة مستمرة ومتواصلة تفاديا لأي خروج عن ما تم التعاقد بشأنه من جانب المقاول أو مؤسسة التنفيذ.¹

وعلى ذلك فعقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ، فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرف العام عليه، وينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة.² غير أن ذلك لا يعني أن سلطات الإدارة في هذا الصدد مطلقة وغير محدودة فالواقع أنها ملزمة عند استعمالها لتلك السلطة بالتقيد بجملة من الضوابط كضابط الاختصاص والشكل والإجراء وأن تلتزم حدود العقد المبرم و إطاره³، وعليه فإن كان من حق الإدارة الإشراف والرقابة فإنه يشترط أن يتم ذلك على الوجه الصحيح، فإذا تبين للمتعاقد أنها تعسفت في استعمال هذه السلطة فإنه يحق له الاعتراض على ذلك .

ثانيا - سلطة التعديل

تعد سلطة التعديل الانفرادي للعقد امتياز من امتيازات الإدارة⁴، وبموجب ذلك يكون للإدارة الحق في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود إدارية وحقها في ذلك مستمد إما من طبيعة العقد الإداري الذي قد ينص فيه على إعطاء الإدارة المتعاقدة هذا الحق باعتباره من الشروط الاستثنائية التي تميز تلك العقود، وإما أن تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرا في شروط العقد ليكون أكثر تحقيقا لها، في ضوء ما حدث من متغيرات لم تكن قائمة حال إبرام العقد.

ولا خلاف حول حق الإدارة في تعديل شروط العقد إذ ما وجد به نصا يبيح لها ذلك، حيث أن الأمر لا يعدو أن يكون تطبيقا لشرط تعاقدية ولكن الأمر يديق إذا لم يرد بالعقد نصا يعطي الإدارة هذا الحق، حيث انقسم الفقه الفرنسي في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات أولها ينكر إعطاء الإدارة حق تعديل عقودها الإدارية، و ثانيها هو الغالب يؤيد إعطاءها هذا الحق بينما اتخذ ثالثهما مذهباً وسطا حين قصر حق التعديل على عقدي الأشغال العامة والتزام المرافق العامة دون سواها، والرأي الراجح في الفقه المصري يقوم على تأييد حق الإدارة في تعديل العقود الإدارية حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد أو دفاتر الشروط.⁵

و في هذا الإطار يرى الجانب الراجح من الفقه الفرنسي أنه مقرر للمصلحة المتعاقدة التعديل و لو لم يتم الاتفاق عليه، لكن في الحدود اللازمة لمرونة العقد واتصاله بالمرفق العام.⁶

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011، مرجع سابق، ص201

² - نفس المرجع، ص202 .

³ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص109

⁴ - عبد اللطيف الشدادى، مرجع سابق، ص 977 .

⁵ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 262.

⁶ - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، 1991، مرجع سابق، ص458.

بينما يرى غاستون جيز أنها سلطة مقررة في صفقات الأشغال دون سواها من الصفقات العمومية، ويرى لويليه L'Huillier أن هذا الحق وضعه الفقهاء، وأن القضاء الفرنسي لا يؤيده مستندا في ذلك على ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية Hôpital Hospice de Chauny بتاريخ 11 جويلية 1941، ويخلص إلى أنها لا تكون مقررة إلا بنص قانوني أو اتفاقي¹.

وفي نفس السياق يؤكد الدكتور عمار بوضياف على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان .

وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد بل هو ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه القانون صراحة ، ذلك أن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف فإن العقد الإداري وعلى خلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة.

ولما كانت الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة يجب أن تتمتع بامتياز اتجاه المتعاقد معها تمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام² .

وقد منح المشرع الحق للمصلحة المتعاقدة لممارسة سلطة التعديل وتجسدت هذه الآلية في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك في الفصل الرابع القسم الخامس منه المتضمن المواد من 135 إلى 139 .

ويتم التعديل عن طريق إبرام "ملاحق"³ إذا كان هدفها زيادة الخدمات، أو تقليصها أو تعديل بند من عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية⁴ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على

¹ - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، 1991، مرجع سابق، ص 459.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011، مرجع سابق، ص 201 .

³ - "L'avenant est un contrat écrit constatant l'accord de volonté des parties au marché et portant modification d'une ou plusieurs clauses de ce dernier. Son caractère bilatéral est une caractéristique fondamentale de l'avenant"; Voir : Christophe LAJOYE , .op.cit p183.

- كما نصت المادة 135 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم."
⁴ - إذ تنص المادة 136 على أنه: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليصها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة..."

على صفقات الأشغال العامة نلاحظ تضمنه للعديد من النصوص التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي للصفقة، غير أن سلطتها في ذلك غير مطلقة وإنما مقيدة بضرورة :

- وجود مستجدات و ظروف جديدة بعد إبرام العقد تبرر التعديل المراد إدخاله عليه.
- صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية.

- أن يتم التعديل داخل أجال تنفيذ الصفقة

أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة.

- أن لا يؤدي التعديل لتغيير طبيعة الصفقة وموضوعها.

- وجود ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل¹

الإدارة مقيدة في إحداث تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة بضرورة وجود مستجدات وظروف جديدة قد استجدت بعد إبرام العقد لأن الإدارة العامة تتعاقد في ظروف قد تتغير بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تتطلب وقتا طويلا لتنفيذها كعقد الأشغال العامة ، فإن تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى الظروف الجديدة و بما يراعي موضوع العقد الأصلي².

كما يشترط في المستجدات الطارئة أن تكون غير متوقعة من طرف الإدارة عند إبرامها للعقد، لأنه كان بوسعها تفادي ذلك والقيام بجعل العقد يتضمن كل ما يواجهه الحالات غير المتوقع حدوثها³.

تختلف سلطة التعديل من عقد إلى آخر حسب طبيعته وحسب الظروف التي ينفذ فيها، غير أنه في صفقات إنجاز الأشغال تبدو سلطة التعديل بصورة أكثر وضوحا مقارنة بأنواع الصفقات الأخرى، تمارس سلطة التعديل من المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصلي وكونها صاحبة المشروع مقارنة بأنواع الصفقات الأخرى التي تبدو سلطة الإدارة في التعديل في نطاق ضيق ، غير أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة (صاحبة المشروع) في صفقات إنجاز الأشغال إجراء تعديل على الأعمال والشروط المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى وذلك:

إذا كان عدم التعديل يسبب تأخيرا في تنفيذ المشروع أو ضررا كبيرا بالصفقة من الناحية الاقتصادية والفنية.

ب إذا كان التعديل يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة⁴.

ففي هذه الحالات فقط يتقرر التعديل في صفقات الأشغال العامة .

¹ - عبد العزيز منعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكما، منشأة المعارف (جلال حزي و شركاؤه) الإسكندرية، 2009، ص52.

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، 2009، مرجع سابق، ص 147.

³ - أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2016، ص95

⁴ - محمود خلف جبوري، العقود الإدارية، دار ثقافة، عمان، 2010، ص 173، 174 ، كما أشار إليها عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، 2009،

مرجع سابق ، ص 147

1- حدود ممارسة سلطة التعديل :

أ- صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية:

قرار تعديل صفقة الأشغال يجب أن يصدر في حدود القواعد العامة للمشروعية أي يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة إدارية مختصة به وفق الأشكال والكيفيات التي حددها القانون، و ينبغي أن يكون قرارها موافقا للأنظمة القانونية السارية المفعول قد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك¹

ب- أن يتم التعديل داخل أجل تنفيذ الصفقة:

يجب أن تمارس سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة، ويقصد بذلك أن يكون قرار التعديل خلال المدة الفعلية وليس المدة الزمنية المحددة في العقد، لأن المتعامل قد يتأخر في التنفيذ² وبالتالي تملك المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع في صفقة الأشغال حق تعديل التزامات المقاول وفقا لما تحدده شروط الصفقة.

ج- أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة :

إذا كان المشرع قد اعترف بحق المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، فقد اعترف أيضا بحماية المتعامل المتعاقد (المقاول) بأن لا يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للصفقة وفي حالة حدوث ذلك أقر أحقيته باللجوء للقضاء للمطالبة بحقه في التعويض نظرا للخسائر والأضرار التي أصابته، وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص 136 فقرة 8 من المرسوم الرئاسي 247/15³، وعليه فإن كل إخلال بهذا التوازن بسبب تدخل الإدارة في تعديل شروط الصفقة يتولد عنه حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض.

د- أن لا يؤدي التعديل للتغيير من طبيعة الصفقة وموضوعها:

معنى ذلك أن التعديل لا يجوز التغيير طبيعة الصفقة أو محلها، و بالتالي فإن الإدارة هنا تكون ملزمة بأن لا يصل التعديل إلى حد تجعل منه عقدا جديدا ما كان يقبله المتعاقد لو عرض عليه عند إبرام العقد الأصلي⁴، وإذا قامت الإدارة بتعديل العقد يجب أن لا يؤدي ذلك إلى إعطاء محل جديد للعقد والمساس بالشروط المالية والتقنية للعقد .

¹ - عبد الحميد الشورابي، مرجع سابق ، ص 47

² - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 51

³ - تنص المادة 136 / 8 من المرسوم الرئاسي 247/15 على مايلي: "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصفة أساسية على توازن الصفقة ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة و خارجة عن إرادة أطراف الصفقة " .

⁴ - كمال العطاروي سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية و السياسية، عدد 17 جانفي 2018، ص 509.

وهذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال نص المادة 136 من المرسوم المتعلق بالصفقات العامة وتفويضات المرفق العام.¹

كما تم التنصيص من خلال نفس المادة على النسب المحددة الذي يجب مراعاته عند تعديل الصفقة العمومية مع الإجراءات المتخذة في هذا الصدد²، فحصر التعديل في حدود 20 % فيما يخص صفقات الأشغال ، وهي نفس النسبة التي أكدها المشرع كذلك من خلال دفتر الشروط الإدارية العامة وتم التنصيص عليها في المادة 30 منه.³

ثالثا - سلطة توقيع الجزاء و إنهاء العقد:

1- سلطة توقيع الجزاء

تملك الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، أو عدم مراعاته آجال التنفيذ أو نفاذها على غير الوجه الصحيح .

وينفق معظم الفقهاء على أن الجزاءات متعددة ومتنوعة ويختلف نظامها القانوني عما هو معروف في عقود القانون الخاص، إلا أن أساسها القانوني لم يكن واحدا أو متفقا عليه منذ البداية، حيث حدث خلاف فقهي حول تحديد أساس هذه السلطة فيما إذا كانت ترجع إلى فكرة المرفق العام، أو أن مردها فكرة السلطة العامة، وما يترتب عليها من امتيازات.⁴

وبناء على ذلك نجد أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المقصر معها أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، تمثل امتياز كبيرا للإدارة لا تعرفه مبادئ عقود القانون الخاص، وقد تؤكد هذا الامتياز للإدارة بموجب العديد من الأحكام القضائية التي أقرها القضاء الإداري وليس ذلك فحسب وإنما استنادا كذلك إلى تلك الأحكام التي صدرت عن القضاء العادي في هذا الشأن.⁵

ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط

¹ - تنص المادة 136 /8 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "...زيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها."

² - حيث نصت المادة 136 /9 من نفس المرسوم على أن: "عندما يتجاوز مبلغ ملحق يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة نسبة خمسة عشر في المائة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم و الدراسات و الخدمات وعشرين في المائة 20% في حالة صفقات الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة وأنه

لم يتم التراجع فيها وأن إعلان إجراء جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للإنجاز و السعر."

³ - إذ تنص المادة 30 في فقرتها الأولى: على أنه في حالة إجراء الإضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة ، ما دامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لا تتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المقابلة...."

⁴ - هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقود الأشغال العامة، بحث للحصول على درجة دكتوراه في القانون الإداري ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس، مصر ، 1979، ص 83 وما بعدها .

⁵ - جابر زيد ، هيبية ديجي ، إجراءات وطرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة مجاميع المعرفة عدد 1، مجلد 1، 2015 ص 164

أكثر على المتعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتقيد بالآجال و كفاءات التنفيذ دون حاجة للجوء للقضاء بل دون حاجة للنص عليها قانونا .

ويمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى صنفين جزاءات مالية و أخرى ضاغطة .

أ - الجزاءات المالية:

يمكن تعريف الجزاءات المالية على أنها عبارة عن مبالغ يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل¹ وتتخذ هذه الجزاءات إما صورة الغرامات، التعويضات أو مصادرة الضمان .

أ-01- الغرامات التأخيرية:

تملك الإدارة المتعاقدة طبقا للمرسوم الرئاسي ممارسة سلطة الجزاءات المالية وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاء فيها "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به .

تحدد الأحكام التعاقدية للصفحة نسبة العقوبات وكفاءات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط " ومن خلال استقراء الفقرة الأولى من نص المادة 147 المذكورة أعلاه، يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري قد حصر سلطة توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية في حالتين بمنطوق النص وهما:

-حالة عدم احترام المتعاقد للأجل المتفق عليه

إن المتعاقد مع الإدارة حين يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال مدة زمنية معينة متفق عليها، فإن العقد الإداري هنا يقترب من العقد المدني في المبدأ الذي يحكمه أن "العقد شريعة المتعاقدين" فالمتعاقد مع الإدارة التزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم أخل بهذا الالتزام، فالوضع الطبيعي أن يخضع لجزاء وهذا الأخير تسلطه الإدارة دون حاجة للجوء للقضاء، وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة ، ومظهر تميز العقد الإداري عن العقد المدني². وبالتالي وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيود الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد خاصة وأن هذه المدة هي من اقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة، حينما أقبل على إيداع ملف الترشيح وتعهد بإحترام المدة المتفق عليها .

¹ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية و التحكيم، دار قنديل للنشر و التوزيع، الأردن، 2011، ص145 .

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، 2011، مرجع سابق، ص212

- حالة التنفيذ غير المطابق

لقد أعطى المشرع الجزائري للإدارة سلطة توقيع العقوبات المالية كذلك في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه المتمثل في وجوب تنفيذه للعقد وفقا للشروط و المعايير المتفق عليها، بحيث يجوز لها اللجوء إلى فرض جزاءات مالية في حق المتعامل المتعاقد معه في حالة ثبوت أنه قد تحايل على الإدارة وقام بتنفيذ العقد دون احترام المقاييس خاصة فيما يتعلق بمعايير الجودة و نوعية العمل المنجز .

وللإشارة أن تحصيل هاته الغرامات يتم غالبا عن طريق اقتطاع الإدارة لمبلغ الغرامة المالية المفروضة على المتعامل الذي أخل بتنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه من مبلغ ضمان حسن التنفيذ الموجود تحت تصرفها أو تحت أمرها، لأن المشرع الجزائري أزم المتعاقد الذي أسندت له الصفقة بتقديم كفالة حسن التنفيذ، وذلك كضمان منه على التزامه بحسن تنفيذ العقد الذي يحتوي على الصفقة المسندة له¹، وهو ما أكدته المادة 147 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر²، باستثناء بعض صفقات التي أعفى فيها المشرع المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ والمنصوص عليها في المادة 130 من نفس المرسوم³.

يعتبر التأخير السبب الأساسي لفرض غرامات تأخيرية على المتعامل المتعاقد، ولكن قد يحدث وأن يجد هذا التأخير أسبابا تبرره، فيعفى المتعاقد من مسؤولية التأخير إذا تبين أن الوفاء بالالتزام قد استحال بسبب أجنبي لا يد للمتعامل المتعاقد فيه .

فالمشرع الجزائري نص على حالات الإعفاء في الصفقة العمومية، ولقد ورد النص على الإعفاء من غرامة التأخير في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تنص على أنه يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها .

¹ - عامر نجيم، جزاء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون و الإقتصاد، المجلد الأول، عدد2، 2016، ص129 .

² - إذ تنص المادة 147 ف3 على أنه: "تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكيفيات المنصوص عليها على الصفقة ."

³ - تنص المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر ، على أنه: "زيادة على كفالة رد التسببات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة ."

بالنسبة لبعض صفقات الدراسات و الخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات قبل دفع مستحقاتها، يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة، وتكون صفقات الإشراف على إنجاز الأشغال غير معنية بهذا الإعفاء .

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (03) أشهر، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط، و بالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية .."

وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير، من الحدود التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة .¹ وفي كلتا الحالتين تقوم المصلحة المتعاقدة بتسليم أوامر بتوقيف الأشغال واستئنافها، و يتم تحرير شهادة إدارية بخصوص هذا الشأن .

يلاحظ من خلال الفقرتين 4 و5 المشار إليهما في المادة 147 أعلاه، أن المشرع خول للمصلحة المتعاقدة حالتين تستطيع من خلالها إعفاء المقاول من غرامة التأخير هما:

- حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على تأخير وتوقيف الأشغال :

هي الحالة التي يكون سبب التأخير راجع إلى إهمال أو خطأ صادر عن المصلحة المتعاقدة، أو إستعمال امتياز من امتيازاتها بإجراء تعديل في الصيغة، ومن صور أفعال المصلحة المتعاقدة من تحمل غرامات التأخير، هو تأخر الإدارة في تسليم المقاول موقع العمل.

- حالة القوة القاهرة .¹

أ-02- التعويض

يعتبر من الجزاءات المالية التي يتم فرضها على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته.

وهو يعتبر الجزاء الأصلي للإخلال بالالتزامات التعاقدية ، وذلك إذا لم تنص الصيغة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال.²

ويتشابه هذا الجزاء مع غرامة التأخير من حيث كونهما التزام قانوني يلزم بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة بدفع مبلغ مالي للإدارة المتعاقدة، ولكن تختلف غرامات التأخير عن التعويض في الغاية التي يستهدف تحقيقها كل منهما، فإذا كانت الغاية من غرامات التأخير هي ضمانات تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام و إضطراب، فإن الغاية من التعويض هي جبر الأضرار التي أحدثها إخلال المتعاقد بالتزاماته ولذلك فإن التعويض بعكس الغرامات المالية لا يستحق إلا إذا ثبت ضرر كما هو الشأن في القانون الخاص، ويقدر التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحمته الإدارة، مع الأخذ بعين الاعتبار طبعاً ما تكون الإدارة قد ساهمت في حصوله بنسبة معينة، بحيث يقع على عاتقها هذا الجزء من المسؤولية، نتيجة الخطأ الذي تتسبب به .³

¹ - وهي الحادث المفاجئ الذي يستحيل دفعه والذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ المطلقة، طالما أن هناك استحالة في التنفيذ ولا يد للمقاول فيها وعدم توقع الحادث الفجائي ، عباد صوفية، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفة الأشغال العامة و أثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة، مجلد 17 عدد 03 سبتمبر 2018، ص 287 .

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات) ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص294

³ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، 184، 185

أ-03- مصادرة مبلغ الضمان:

لما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العامة من جهة، وبحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة ثانية وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق من جهة ثالثة وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وجبره على تنفيذ التزاماته في الأجل المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في عقد الصفقة .

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

وتعتبر "الضمانات" من أبرز المسائل التي أولاها المشرع أهمية كبيرة، بدليل أنه خصص لها القسم الخامس من الباب الأول من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر .

يعتبر شرط إيداع التأمين أو الضمان¹، أمر وحيويا ملزما للمتعامل المتعاقد وحقا للمصلحة المتعاقدة التي يجب أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط، لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة² .

لذلك تقوم الإدارة بالإستلاء على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لمصلحة الإدارة عند إبرام العقد معها ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد .

وتتطوي مصادرة التأمين النهائي على معنى العقوبة أو الجزاء المالي الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية، وتمثل قيمة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة الحصول عليه دون أن يقبل المتعاقد المقصر التصدي بأن الضرر الذي لحق الإدارة يقل عن قيمة مبلغ التأمين النهائي³.

وهو ما أكده مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2012/12/13 إذ جاء فيه: "... أنه ثابت من الملف أن الدعوى الأصلية كانت تهدف إلى مطالبة المدعية المستأنف عليها الحالية بإلزام والي ولاية عنابة أي المستأنف عليه الحالي برفع اليد عن مبلغ الضمان الخاص بالصفقة رقم 3 والمقدر بـ 2.385.362.05 دج وهذا ثابت من ما جاء في عريضة افتتاح الدعوى والمدعى عليه اعترض طالبا رفض الدعوى لعدم التأسيس لأن الصفقة تم فسخها على

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص317.

² - نص المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام السالف الذكر

³ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص213 .

عائق المدعية، حيث أنه من الثابت أن بالرجوع إلى المادة 99 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم نجد أنها تنص صراحة في الفقرة الثالثة على أنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان و الملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها" و طبقاً للمواد 84-85-87-88 من نفس المرسوم فإن كفالة حسن التنفيذ تتحول إلى كفالة ضمان .

حيث أن كفالة الضمان لا ترد إلا عند التسليم النهائي للأشغال وما دام أن الأشغال لم تقم المستأنف عليها بإنجازها وتم فسخ الصفقة فهذا يعني أنها أخلت بالتزاماتها و بالتالي لا يمكن لها أن تعترض عن عدم رفع اليد من طرف الإدارة المتعاقدة عن كفالة الضمان، حيث أنه و بناءً على ذلك يكون طلب المستأنف عليها المدعية الرامي إلى رفع اليد عن كفالة الضمان طلب غير مؤسس و يتعين معه إلغاء القرار المستأنف و فصلاً من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس¹.

كما ذهب الفقه الفرنسي إلى القول بحق الإدارة في مصادرة التأمين، واعتباره أحد الجزاءات التي تملكها دون اللجوء إلى القضاء، و ترجع هذه السلطة إلى حق الإدارة في التنفيذ المباشر وأن الإدارة لا تملك التنازل عن هذا الامتياز في دائرة جزاءات العقد الإداري².

ب - الجزاءات الضاغطة :

بالإضافة إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع عقوبات مالية على المتعامل الاقتصادي المقصر، يمكنها أيضاً أن تتخذ ضده تدابير قسرية مثل ما يطلق عليها ب "وسائل الضغط" أو الجزاءات الضاغطة وهي التي يستهدف من وراء تقريرها الضغط على المتعاقد المقصر أو المهمل لحثه على أداء التزاماته كاملة³، وتعتبر الجزاءات الضاغطة التي تلجأ إليها الإدارة بمثابة جزاءات مؤقتة، لا يترتب عنها إنهاء العقد بالنسبة للمتعامل المتعاقد معها، بل يبقى هذا الأخير مسؤولاً أمام المصلحة المتعاقدة، كما أن سلطة اتخاذ الجزاءات و الإجراءات الضاغطة المؤقتة، لا ينبغي للإدارة التنازل عنها لأنها تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى لو لم ينص عليها في الصفقة أو في دفاتر الشروط، فهي مستمدة من امتيازات السلطة العامة⁴.

¹ - قرار مجلس الدولة رقم 072357 المؤرخ في 2012/12/13، قضية والي ولاية عنابة ضد مؤسسة أشغال البناء جميع هياكل الدولة، منشور في مجلة مجلس الدولة العدد 12، ص 114.

² - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 214.

³ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 112.

⁴ - « Le pouvoir de sanction coercitive est fondé sur les prérogatives de puissance publique. »

Ces sanctions peuvent être prononcées même dans le silence du marché »

Voir : Christophe LAJOYE ,op.cit, p174.

وتأخذ سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة الصور الملائمة لتنفيذ الصفقة، ففي صفقة الأشغال العامة يأخذ هذا الجزاء صورة سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته أو عن طريق فسخ العقد :

ب-01- سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة

تملك المصلحة المتعاقدة توقيع جزاء سحب العمل من المقاول، فهو وسيلة ضغط وإجراء قهري بمقتضاه تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته لكفالة تنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير وتحت مسؤولية، كما يمكنها الاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز العمل¹.

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

فجزاء إعمال سحب العمل من قبل المصلحة المتعاقدة تجاه المتعاقد بمقتضى صفقة الأشغال العامة يتطلب توفر شروط تتلخص في وجود خطأ في تنفيذ الالتزام التعاقد من قبل المقاول كعدم التزامه بشروط الصفقة أو عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية، بالإضافة إلى إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء باعتبار أن المصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام مصالح المقاول وإلا لما كان هذا التعاقد.

فشرط الإعدار قبل توقيع جزاء السحب الهدف منه هو إخطار المقاول بما ستطبقه المصلحة المتعاقدة من إجراءات جزية ضده، وبالتالي يتدارك أخطائه فيصلحها.

فالمصلحة المتعاقدة تسعى دائما إلى إنجاز المشروع في الظروف الطبيعية ليس إلى معاقبة المقاول هذا من جهة و من جهة أخرى يتمثل في الإثبات القانوني لتقصيره أو إهمال المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية أي إثبات عدم الوفاء بها².

فبرجوعنا لنص المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أنها نصت على حالتين يبرر الخطأ التعاقد الذي يخول للمصلحة المتعاقدة سحب العمل من المقاول أولهما الإخلال بشروط العقد كعدم احترام مدة العقد ما لم يكن

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

Voir :- Richer laurent , Op.cit , p78-

² - «La mise en régie ne peut donc prononcée que si elle est précédée d'une mise en demeure».

Voir : André DE LAUBADERE , Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif** , Tome2, 11eme ed , Delta , Paris , 2002 , p 400

التأخير راجعا لسبب أجنبي، وكذلك وقف الأشغال أو التخلي عنها جزئيا أو كليا ، وثانيهما عدم احترام المقاول للأوامر المصلحية.

هذا وقد نصت المادة 49 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا والصادر في 21 يناير 1978 على أنه إذا لم يمتثل المقاول للإعذار فإنه يمكن أن يوقع عليه جزاء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة أو جزاء فسخ العقد.¹

وبرجعنا إلى دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964 نجد المادة 35 تنص على أنه: "إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة يعمد المهندس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة .

وهذا الأجل باستثناء حالة الاستعجال لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداء من تاريخ الإنذار.

عند انقضاء هذا الأجل إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي لا يجوز أن يكون جزئيا...."

ويتفحص أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يبدو أن المشرع الجزائري قد سلك المسلك الذي كرسه في المراسيم الرئاسية السابقة المتعلقة بقانون الصفقات العمومية، حيث أنه لم ينص صراحة على حق ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذا الامتياز ما عدا إشارته في صلب المادة 142فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في اتخاذ تدابير قسرية ضد المتعامل المتعاقد الذي لا يمتثل لإعذار المصلحة المتعاقدة بسبب منحه تنفيذ جزء من الصفقة لمناول غير مصرح به.

غير أنه بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل²، يبدو أن بنوده قد أقرت صراحة سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع تدابير قسرية إذا لم يتقيد المتعامل الاقتصادي بعد إعذاره بشروط الصفقة أو بأمر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، و في السياق نفسه تضيف الفقرة الخامسة من المادة 35 من هذا الدفتر مايلي: "على كل حال يرفع الأمر.... إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة"

¹ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 241 .

² - د.ش.إ.ع لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، المشار إليه سابقا .

ويفهم من ذلك أن سلطة المصلحة المتعاقدة في استعمال وسائل الضغط أو التدابير القسرية ليست مطلقة وإنما مقيدة بشروط، تتمثل أساسا في:

في حالات الإخلال الجسيم بالشروط التعاقدية¹ و يتحقق ذلك على وجه الخصوص في الحالات التالية:
- حالة التأخر غير المعقول في تنفيذ موضوع الصفقة تنفيذا كاملا بسبب امتناع المتعامل المتعاقد عن التنفيذ أو التراخي في ذلك.

- حالة التنفيذ غير المطابق لموضوع الصفقة العمومية، وذلك من خلال مخالفة الشروط المنصوص عليها صراحة في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة.

- حالة التنازل عن تنفيذ موضوع الصفقة لمعامل اقتصادي آخر دون التقيد بالشروط المقررة لذلك، فإذا كان الأصل أن تنفيذ الصفقات العمومية يتم شخصيا من طرف المتعامل المتعاقد الحائز على الصفقة فإن ذلك لا يحول دون اللجوء إلى التعاقد الثانوي أو من الباطن والملاحظ في هذا الصدد أن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر قد أجاز لجوء المتعامل المتعاقد إلى المناولة من أجل منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 143 من هذا المرسوم² و إلا أمكن للمصلحة المتعاقدة اتخاذ تدابير قسرية ضده من أجل تدارك الوضع.

- رفض مقال الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة عن رجال الإدارة³،
- عدم تكملة المقال لمبلغ التأمين المالي خلال الموعد المقرر لذلك⁴.
- في كل الحالات يجب إعدار المصلحة المتعاقدة للمعامل المتعاقد حتى يتخذ الإجراءات اللازمة لتدارك الوضع قبل اللجوء إلى التدابير القسرية⁵.

¹ - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص183.

² - تنص المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر على ما يلي: "يمكن اللجوء إلى المناولة ضمن الشروط التالية:

يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة، بالرجوع إلى بعض المهام الأساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد، في دفتر الشروط إن أمكن ذلك وفي الصفقة، ويمكن التصريح بالمناول في العرض أو أثناء تنفيذ الصفقة، ويتم التصريح بالمناول أثناء تنفيذ الصفقة و قبول شروطه المتعلقة بالدفع طبقا للنموذج الذي يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

ينبغي أن يحظى إختيار المناول و شروطها لمتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما و كتابيا، مع مراعاة أحكام المادة 75 من هذا المرسوم، و ذلك بعد التأكد من قدراته المهنية و التقنية و المالية، و يقبض المناول المعتمد وفق الشروط المذكورة سابقا، مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها، حسب كفاءات تحدد بموجب قرار من الوزير الكلف بالمالية .

تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد .

يجب أن يحدد في عرض المتعهد المعني مبلغ الحصة القابلة للتحويل للموافق للخدمات التي تقدمها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار المناولة"

³ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص244

⁴ - نفس المرجع، ص245 .

⁵ - المادة 35 ف1 من د.ش.إ.ع لسنة 1964، السالف الذكر .

- و إذا كانت هذه الحالات التي تعرض لها الفقه و الاجتهاد أو وردت صراحة بالنص القانوني فهي على سبيل المثال لا الحصر، و يبقى للقضاء تقدير مدى توفر شروط الخطأ الجسيم الذي يبرر للإدارة سحب العمل من المقاول، مع الإشارة إلى أنه إذا كان يعود للإدارة سحب العمل المقصر عن الخطأ الجسيم، فإن معظم النصوص القانونية تركت الخيار للإدارة بسحب العمل من المقاول أو بفسخ العقد وذلك وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، ولذلك فإن تحقق شروط فسخ العقد هي بذاتها شروط سحب العمل من المقاول.¹
- بينما يتمثل الشرط الثاني في إعدار المتعامل المتعاقد ، وفق ما تم بيانه أنفا .
- والجدير بالذكر أن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التدابير القسرية يعد من أبرز الضغوط التي قد تستخدمها ضد المتعاقد معها، على اعتبار أن الزيادات الحاصلة في النفقات الناجمة عن هذه التدابير يجري اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، أما إذا انخفضت النفقات فلا يحق له المطالبة بقيمتها باعتبارها حقا مكتسبا للمصلحة المتعاقدة.

2- سلطة إنهاء العقد:

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة هي سلطة ممنوحة للإدارة حتى و إن لم ينص العقد مع الإدارة على هذا الإنهاء أو في دفتر الشروط، وهذا ما استقر عليه الفقه و القضاء الإداري وبموجب هذه السلطة تتمكن الإدارة من الإنهاء الفردي للعقد دون خطأ من المتعاقد معها كما تتمكن من إنهاء العقد الإداري انفراديا عند ارتكاب المتعاقد معها خطأ جسيم ، غير أن إقبال الإدارة على إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في كلتا الحالتين متوقف على شروط لا بد أن تلتزم بها وهو ما سنوضحه كما يلي:

أ- شروط ممارسة سلطة الإنهاء الفردي للعقد دون خطأ من المتعاقد مع الإدارة :

يشترط على الإدارة لممارسة سلطتها في إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة بدون خطأ من المتعاقد معها توافر عدة شروط وهي:

- أن يتخذ قرار الإنهاء قبل إتمام إنجاز العمل:

على الإدارة عند إنهاء عقد الأشغال العامة أن تصدر هذا الأمر بالإنهاء قبل إتمام تنفيذ الأشغال العامة، فإذا تم العمل لم تعد هناك فائدة من إنهاء العقد، لأن الإدارة ملزمة عند تنفيذ الأشغال العامة بدفع الأجور المتفق عليها، لأن عقد الأشغال العامة قد تم إنجازه.

¹ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 246.

ويثبت الحق في إنهاء العقد منذ إبرامه ،حتى ولو لم يبدأ المقاول بالعمل ،بل أن إنهاء العقد قبل البدء في العمل أفضل للإدارة إذ يكون التعويض المستحق للمقاول أقل فيما لو أنجز الجزء الأكبر من العمل و هذا ما سار عليه القانون المدني المصري في المادة 633 و القانون المدني السوري في مادته 1629¹.

غير أنه بالرجوع إلى المادة 152 من القانون رقم 247/15 المتضمن ق ص ع ت م ع ن جدها تنص على أنه: "..... في حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة فسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقية تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة "

- أن يكون الإنهاء لدواعي المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام :

إن السلطة الممنوحة للإدارة هي ليست سلطة مطلقة في إنهاء العقود الإدارية من جانب واحد لكنها يجب أن تكون قائمة على أساس محدد وهو ضرورة تمكين السلطة الإدارية من إنهاء عقودها الإدارية إذا لم تعد العقود الإدارية تتفق مع متطلبات المصلحة العامة والمرفق العام ، وبتعبير آخر إذا لم تعد العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة تتفق مع الغرض والهدف من إبرامها، حيث أن الهدف من إبرام هذه العقود هو المصلحة العامة والمرفق العام الذي أصبح من المستحيل تحقيقها و بالتالي للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة . وهو ما أجمع عليه الفقه والقضاء الإداريين سواء في فرنسا أو مصر على ضرورة قيام سبب من الأسباب الذي يتعلق بالصالح العام أو المرفق العام من أجل قيام الإدارة بسلطتها في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة و إلا كان هذا الإنهاء تعسفياً وغير مبرر² .

- أن يكون القرار الصادر بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة مشروعاً:

إن قرار إنهاء العقد الإداري الذي يصدر من السلطة الإدارية شأنه شأن أي قرار إداري آخر يصدر من الإدارة يجب أن يستوفي هذا القرار كافة أركانه الشكلية والموضوعية لكي يكون القرار مشروعاً، وبالتالي فإن صحة إجراء قرار الإنهاء تتعلق أساساً بصحة القرار وشرعيته من الناحية الخارجية (الاختصاص والشكل والإجراءات) ومن الناحية الداخلية (السبب، المحل وركن الغاية) وخاصة فيما يخص ركن الغاية والسبب، ذلك أن المتعاقد تهمة الناحية الإجرائية بقدر ما تهمة الناحية الموضوعية خاصة بمعرفة سبب إصدارها لقرار إنهاء العقد³ .

¹ - حذيفة عادل عبد الكريم منصور ،إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - دراسة مقارنة بين التشريع الأردني و العراقي- مذكرة ماجستير في القانون العام ،

جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2015، ص72

² - نفس المرجع ،ص ص47، 48 .

³ - نفس المرجع ، ص 51 .

- إخطار المقاول بقرار الإنهاء:

يشترط بعض الفقهاء ضرورة إخطار المقاول بما تعترمه الإدارة في إنهاء العقد، و يترتب على ذلك نتيجة مفادها إعفاء المقاول من إتمام العمل وعدم التزام الإدارة بدفع الأجر للمقاول وإنما تلتزم بالتعويض¹.

غير أننا نرى أن الإدارة عند استعمالها لسلطة إنهاء العقد بدون خطأ من المقاول يكون لدواعي المصلحة العامة و بالتالي هي غير ملزمة بإعذار المقاول المتعاقد معها بهذا الإنهاء ، مادام لها الحق في ذلك.

ب- شروط ممارسة الإدارة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة عند خطأ المتعاقد معها :

يشترط لمباشرة الإدارة سلطتها في إنهاء العقد الإداري عندما يخل المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية عدة شروط تتمثل في:

- مخالفة المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية (الخطأ الجسيم) :

كل مخالفة من المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية تمثل خطأ تعاقديا، ولكن يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة، حتى يكون مبررا للإدارة توقيع جزاء الفسخ وعليه فإن جانب من الفقه الفرنسي يرى أن الأفعال الصادرة من المتعاقد مع الإدارة والتي تبرز جزاء وضع الأعمال محل العقد تحت الإدارة المباشرة ، وتكون قابلة لتبرير توقيع جزاء الفسخ ،و يعتبر الإنهاء الجزائي أشد جسامة في آثاره من جزاء وضع المشروع تحت الإدارة المباشرة ،حيث يترتب على الإنهاء الجزائي للعقد الاستبعاد النهائي للمتعاقد من نطاق تنفيذ عقده.²

غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد ذكر أهم الأفعال التي تبرر جزاء فسخ الإداري وحددها في مايلي:

-حالة رفض المهندس المسؤول عن العمل الخضوع لتعليمات المهندس المعماري المكلف من جانب الإدارة وغياب المهندس المسؤول عن الإشراف وعن مراقبة الورشات وأماكن العمل.

- صدور حكم جنائي بالإدانة على مدير الشركة المتعاقدة بالإضافة كذلك إلى عدم تكملة المقاول لمبلغ التأمين النهائي خلال الموعد المقرر له.

-إذا ثبت أفعال غش واحتيال من طرف المقاول للشروط القانونية والتعاقدية المتعلقة بأشخاص العاملين مثل الضرائب والمرتببات والراحة الأسبوعية³.

¹- حذيفة عادل عبد الكريم منصور ،مرجع سابق ، ص 76

²- عبد الحميد مفتاح خليفة، العقود الإدارية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، 2008 ص 328

³- نفس المرجع، ص ص 328، 329 .

غير أنه برجعنا إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع هو الآخر خول للمصلحة المتعاقدة سلطة إنهاء الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة وحتى بدون خطأ صادر من المتعامل المتعاقد معها، عندما يكون مبرر ذلك المصلحة العامة .

كما مكن المصلحة المتعاقدة من إنهاء الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة مع المتعامل المتعاقد عند ارتكاب هذا الأخير خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة دون حاجتها إلى اللجوء للقضاء أو الحصول على رضا المتعامل المتعاقد معها ، وهذا ما نظمته المشرع من خلال القسم العاشر من الباب الأول من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، حيث تنص المادة 149 منه على أنه:

" إن لم ينفذ المتعاقد التزاماته ، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته في أجل محدد وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ، و يمكنها كذلك أن تقوم بفسخ جزئي للصفقة .

ولم يكتف المرسوم بالإعلان عن الفسخ من جانب واحد، بل نص كذلك على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود التعاقدية للضمان¹ ، والحكمة التي أراد المشرع تحقيقها هي الاستمرار في فرض الضغوط القانونية المعنية على المتعامل المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة ويكرس مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام و اطراد ويكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام.

وهذه المسألة نجد أن أغلبية الفقهاء يؤكدون أن استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وبدون خطأ من المتعامل المتعاقد معها، يمنح لهذا الأخير حق مطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إنهاء الصفقة، وعلاوة على ذلك يستطيع المطالبة بالتعويض عما فاتته من كسب².

وعليه فإذا كان الفسخ كجزاء على تقصير المقاول، لا يمكن للإدارة أن تلجأ إلى توقيعها إلا إذا توفرت الشروط السالفة الذكر.

ج- شروط ممارسة الإدارة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة بقوة القانون :

هناك حالات يتم فيها الفسخ بقوة القانون ولا مجال معها لتقدير الإدارة في توقيع الجزاء من عدمه، وهو ما أورده المشرع في دفتر الشروط الإدارية العامة وتتمثل هذه الحالات في حالة الوفاة، الإفلاس والتسوية القضائية، إذ في هذه الحالات يفسخ العقد و بدون تعويض، كما توجد حالة أخرى أضافها المشرع المغربي في دفتر الشروط الإدارية

¹ - تنص المادة 152 ف1 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر على أنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان"

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيمًا، مرجع سابق، ص135 .

العامة المطبقة على صفقات الأشغال وهي حالة الفسخ بسبب فقدان المقاول للأهلية المدنية و الممارسة أو فقدان الأهلية البدنية أو العقلية .

ج-01- حالة وفاة المتعامل الاقتصادي

يدرك المشرع جيدا بأن الموت قد يحول بين المقاول المتعاقد الأصلي و بين تنفيذ الأشغال محل العقد، لذلك نجده حريصا على أن يحتوي دفتر الشروط على الأحكام الواجبة التطبيق في هكذا حالة خاصة وأن شخصية المتعاقد هي محل اعتبار، فيقرر استمرار أو انقضاء التعاقد¹، وهو ما أكده المشرع من خلال نص المادة 37 ف 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة لسنة 1964.²

ويبرز النص مدى الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، وذلك من خلال ما أقره من فسخ للعقد بقوة القانون بمجرد وفاة المقاول، إذا قبلت الإدارة في حالة الوفاة اقتراح الورثة بتكملة الأشغال، متى قدرت بأن ذلك يحقق الصالح العام، وتقدم الورثة بعرض للإدارة بغية الاستمرار بدل مورثهم، فهنا تستمر الرابطة العقدية ويواصل الورثة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد، وإذا كان التعاقد قد أبرم مع أكثر من مقاول، وتوفي أحدهم ، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض لمثل هذا الاحتمال، ونرى بأن الأمر في مثل هذه الحالة يرتبط بوضعية المقاول المتوفي وعلاقته بنظرته في العقد، فإذا كان العقد ينص على أن جميعهم يشترك في تنفيذ الأشغال، فيعني أنهم متضامنون في مواجهة الإدارة .

وعليه فالمنطقي أن يستمر تنفيذ العقد مع باقي المقاولين وأن وفاة المقاول الآخر هي موضوع بين ورثته وباقي المقاولين، يتفقون بما يرونه مناسبا لهم ، أما إذا كان العقد يحدد لكل مقاول مهام و التزامات خاصة به، ففي هذه الحالة يبقى للإدارة الحرية في استخدام رخصة الفسخ طبقا للقانون، أو قبول مواصلة التنفيذ مع الورثة إن هم تقدموا بعرض ذلك ،وصفوة القول أنه كما يقرر غالبية الفقهاء ، فإن الموت لا ينهي في حد ذاته الرابطة العقدية بقوة القانون وإنما يفتح للإدارة باب الخيار بين الفسخ وبين الاستمرار مع الورثة، لكن كما قلنا بشرط أن يعبروا عن إرادتهم ورضاهم بذلك بأن يقدموا لها عرضا بمواصلة التنفيذ.³

¹ - ديش سورية، الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للأمن و التنمية، العدد التاسع(09) جويلية 2016، ص231 .

² - تنص المادة 37 ف 1 من د.ش. إ. ع لسنة 1964 على أنه: "يفسخ العقد بحكم القانون و بدون تعويض في حالة وفاة المقاول ، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال ."

³ - نفس المرجع ، ص231 .

ج-02-الفسخ بسبب الإفلاس و التسوية القضائية

ويقصد به الفسخ الجزائي الذي ينهي الرابطة العقدية ودون التعاقد على حساب المقاول المفسوخ عقده ، كما في حالة إفلاس المقاول و تصفية ذمته المالية ، حيث غالبا ما ينص العقد على الفسخ المجرد في مثل هذه الحالة حيث تبعد الإدارة المقاول المفلس دون أن تحمله مخاطر التعاقد الجديد، أي أن الإدارة هنا تبدو أقل صرامة في ممارسة سلطة الجزاء عنها في الفسخ على حساب المقاول، وقد تكفل المشرع الجزائري بمعالجة حالة الرابطة العقدية بين المقاول و الإدارة في حالة إفلاس المقاول أو التسوية القضائية، وذلك حرصا منه على قاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، وحتى لا تفاجأ الإدارة بغريب أو شخص من الغير يباشر تنفيذ ما تعاقدت بشأنه مع شخص اختارته لاعتبارات رأتها فيه¹ ، وهو ما أكدته المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة الأنفة الذكر في فقرتها الثانية² .

ومن خلال هذه المادة يتضح لنا جليا أن المنظم جعل مصير الرابطة التعاقدية بيد الإدارة صاحبة المشروع لتقرر ما تراه مناسبا ويخدم الصالح العام ، فلها بذلك أن تقرر فسخ عقد المقاول المفلس وذلك في حال ما إذا رأت أن شخصية المقاول لها دور جوهري في تنفيذ الأشغال محل العقد وبالتالي لا يمكن تعويضه بوكيل التفليسة (دائن المقاول أو المصفي)، ولها أن تقرر مواصلة التنفيذ مع هذا الأخير بشرط الحصول على إذن من المحكمة بمواصلة تشغيل مقولة المتعامل الاقتصادي الذي تم إفلاسه .

وهنا ينبغي التنويه إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه الحالات (الوفاة ، الإفلاس و التسوية القضائية) التي تؤدي إلى إنهاء العقد بقوة القانون في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، و اكتفى بذكر حالة الإفلاس و التسوية القضائية عند تعرضه لمسألة الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية أي قبل إبرام الصفقة، وذلك من خلال المادة 75 من نفس المرسوم³، وعليه فإن حدثت ووقعت الحالات الأنفة الذكر، فلا بد من الرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة أو دفتر الشروط الخاصة ، وذلك في ظل غياب التنصيص عليها في القانون المنظم للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الساري العمل به .

¹ - ديش سورية ، مرجع سابق ، ص 232.

² - تنص المادة 37 ف 2 من د.ش.إ. ع لسنة 1964 على أنه: "يفسخ العقد كذلك بحكم القانون و بدون تعويض، في حالة إفلاس المقاول و بإستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاوله وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشتغل . ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة إستغلال مشغله "

³ - نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، ف 3، ف 4 :

-الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح

-الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح"

ج03- الفسخ بسبب فقدان المقاول للأهلية المدنية و الممارسة أو فقدان الأهلية البدنية أو العقلية

إذا فقد المقاول الأهلية المدنية أو منع من ممارسته المهنة، عليه أن يوقف تنفيذ الأشغال، و يخبر فوراً صاحب المشروع، في هذه الحالة يتم فسخ الصفقة بقوة القانون من طرف السلطة المختصة، ولا يخول للمقاول الحق في أي تعويض، و يسري مفعول الفسخ من تاريخ فقدان الأهلية المدنية أو المنع من ممارسته المهنة، وفي حالة فقدان المقاول الأهلية البدنية و العقلية الظاهرة و الدائمة التي تعيقه من الوفاء بالتزاماته التعاقدية، يتم فسخ العقد دون حق في التعويض.¹

الفرع الثاني: التزامات المصلحة المتعاقدة

إذا كانت الإدارة تتمتع بإمكانيات السلطة العامة فإن ذلك لا ينفي كون عقد الأشغال العامة كغيره من العقود التبادلية، تترتب عليه التزامات متقابلة تقع على طرفيه، ومن هنا فإنه تقع على الإدارة التزامات تعاقدية يترتب على مخالفتها جزاء يكون من حق المقاول المطالبة بتوقيعه، لأن الأثر الجوهري للعلاقة التعاقدية الملزمة للجانبين هو التزام كل طرف بتنفيذ ما التزم به وإلا تعرض للمسؤولية التعاقدية.

ومن هنا فإن إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقة إنجاز أشغال مع مقاول (متعامل اقتصادي) يفرض عليها التزامات شاركت في تكوينها وينبغي عليها احترامها والوفاء بتعهداتها لتمكين الطرف الآخر (المقاول) من تنفيذ التزاماته وبالتالي حسن سير المرفق العام موضوع العقد تحقيقاً للصالح العام.

وفي هذا الشأن نجد أن التزامات الإدارة صاحبة المشروع في عقد الأشغال العامة، ليست بكثيرة ولا بتنوع التزامات المقاول المتعاقد معها، ولا تحدد كرسات الشروط العامة للالتزامات الإدارية بالأسلوب الذي تحدد به التزامات المتعاقد معها، ورغم ذلك تقع على عاتق الإدارة التزامات على الأقل بموجب القوة الملزمة للعقد وينبغي عليها احترامها وإلا قامت مسؤوليتها متى توفرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، إذ لا يمكن تقرير مسؤولية الإدارة إلا إذا كان الضرر الذي لحق بالمقاول مرتبطاً بتنفيذ العقد نتيجة خطأ الإدارة لعدم تنفيذ من جانبها لالتزاماتها أو تقصيراً في ذلك.²

وعموماً فإن التزامات المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع تتمحور حول التزام الإدارة باحترام مقتضيات حسن النية (أولاً)، و تمكين المتعامل المتعاقد معها من حقوقه المالية (ثانياً)، و تمكين المقاول المتعاقد ومساعدته على تنفيذ

¹ - عبد اللطيف الشداوي، مرجع سابق، ص 346.

² - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص ص 126، 127.

العقد (ثالثاً) واحترام مدة التنفيذ (رابعاً) كما تلتزم بإعادة التوازن المالي للعقد في حالة حدوث اختلال بالعقد سواء كان راجع للمصلحة المتعاقدة أو خارج عن إرادتها (خامساً).

أولاً: التزام الإرادة باحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد

من الأصول المقررة والمستقرة فقها وقضاء التزام الإدارة باحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ عقودها.

ويترتب على التزام الإدارة بتنفيذ العقود بحسن نية وجوب ألا تعتقد أن تميزها كإدارة بالكثير من الامتيازات التي يتطلبها تغليب الصالح العام يمكنها من إهدار حقوق المتعاقد معها أو الجنوح بتفسير العقد نحو الانتصار لما تراه من رأي أيا ما كان، إذ أنها تتقيد دوماً بحسن النية في التنفيذ .

والالتزام بحسن النية في التنفيذ يقضي عدم الانحراف عن السلوك المعتاد أو المألوف، وكل خروج عنه يعتبر إخلالاً بالمبدأ ويشكل خطأً عقدياً يستوجب التعويض مما تسبب في إلحاق الضرر بالمتعاقد فيجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة، حيث لا يقتصر الالتزام على تنفيذ ما ورد في العقد فقط بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته.¹

ومدى الالتزام بحسن النية في التنفيذ من المسائل الموضوعية التي تخضع لرقابة القاضي الذي يقرر مدى حرص الإدارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، وبالتالي إعفاءها من المسؤولية متى رأى بأنها بذلت الجهد الكافي في سبيل ذلك، وإلا حملها المسؤولية، ولا يكفي أن تنفذ الإدارة العقد بحسن نية بل يتعين عليها أن تنفذه برمتها، فلئن كان للإدارة الحق في التعديل بإرادتها المنفردة، كما سبق ذكره، فإن ذلك منوط بتوافر شروط ينبغي تحريكها، فيجب على الإدارة أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه و بأن تمكن المقاول من تنفيذ التزاماته، وكل حيلولة بين المقاول وبين تنفيذ التزاماته من قبل الإدارة صاحبة المشروع يجب أن يكون هدفها المصلحة العامة فقط، والإدارة ملزمة بالإفصاح عن ذلك صراحة بواسطة أداة قانونية (قرار إداري) وذلك حتى تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي يعتبر الضمانة الوحيدة للمقاول في مواجهة الإدارة.²

وفي هذا السياق فإنه لا يجوز للإدارة أن تسحب جزء من الأشغال موضوع العقد وإسنادها إلى مقاول آخر دون خطأ منه أو تقصير أو أن تنفذ الأشغال بالأسلوب المباشر عن طريق وسائلها الخاصة فتحول بين المقاول وبين

¹ - محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 395

² - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص ص 130 ، 131 .

تنفيذ التزاماته العقدية، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، بأنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن توقف تنفيذ الأشغال ولو لم تعهد بها إلى جهة أخرى ما لم يكن ذلك بدافع مشروع هدفه تحقيق المصلحة العامة¹.

ومن هنا يثور التساؤل هل يمكن للإدارة أن تضع لنفسها شرطا في العقد يعفيها مطلقا من تحمل تبعه تقصيرها في تنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد؟

وما استقر عليه القضاء هو بطلان هذا الشرط ، أين قضت محكمة القضاء الإداري بأنه: " من المبادئ المستقرة في الفقه والقانون الإداري أن إعفاء جهة الإدارة نفسها من المسؤولية قبل المتعاقد معها إعفاء مطلقا يعتبر شرطا باطلا لمخالفته القانون ولا يعتد به، إذ أنه من المبادئ المسلمة في القانون الإداري ثبوت حق المتعاقد مع جهة الإدارة في التعويض متى كانت لا تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة إذ يتعين عليها أن تحترم مقتضيات حسن النية فهي ملزمة باحترام العقد فلا تستطيع أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة دون أن تعرض نفسها للمسؤولية أو تعرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في تنفيذه لالتزاماته العقدية وهذا الالتزام متفرع عن التزام الإدارة باحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية لأنه لا يتفق وحسن النية أن تزيد الإدارة بعملها في أعباء المتعاقد معها بدلا من أن تعاونه على تنفيذه² .

ثانيا: الالتزام بأن تؤدي للمتعاقد المقابل المالي أو الثمن المتفق عليه

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلتزم فيه المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها، وتلتزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال و الكيفيات التي حددها القانون³ . ويستحق المقاول في عقد الأشغال العامة، ثمن ما أداءه من أعمال سواء تعلق بإنشاء مبنى أو صيانته عقب تنفيذه للعقد⁴، أي أن المتعاقد لا يستحق الثمن إلا إذا وفى بالتزاماته كاملة لجهة الإدارة، وعلى الوجه السليم، ووفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها⁵، وبهذا يتعين على المصلحة المتعاقدة الاعتماد على منهجية معينة لمتابعة المشاريع و التحقق من وفاء المقاول بالتزاماته و تنفيذها وفقا لم تم النص عليه في دفتر الشروط هذا من جهة ، و

¹ - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 131

² - محمد بن سعيد بن حمد المعمري، مرجع سابق، ص 412 .

³ - عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر، 2009، المرجع السابق، ص 160 .

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الوجيز في الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص 202 .

⁵ - صبري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 477.

من جهة أخرى حتى تتمكن الجهة الإدارية من ضمان التسيير الرشيد للمال العام، خاصة في عقد الأشغال العامة¹.

وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة، نجد أن المشرع الجزائري قد حدد الإجراءات القانونية التي تمكن المصلحة المتعاقدة من التحقق من تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته، وحساب المقابل المالي الذي ستدفعه نظير هذا التنفيذ، وعليه فقد حدد المشرع الجزائري وسيلتين تتمثلان² في:

* اللوائح (جداول المنجزات)،

* وضعيات الأشغال.

* الكشوف التفصيلية للحساب.

- اللوائح (جداول المنجزات):

إن أعمال معاينة تنفيذ الأشغال ينتهي بإعداد جداول المنجزات، وتوضع انطلاقاً من المعاينات التي تتم في الورشات، للعناصر الخاصة بالنوعية و الكمية المتعلقة بالأشغال المنفذة و بالتموينات المنجزة، و لتحديد الكميات اللازمة للاستعمال مباشرة لإعداد صافي الحسابات انطلاقاً من هذه العناصر³.

و تتضمن اللوائح عند الاقتضاء، بالنسبة لكل مادة على أرقام التسلسل أو جدول أسعار الوحدات و النفقات الجزئية⁴.

وبناء على ذلك تقوم المصلحة المتعاقدة بعملية المتابعة من خلال إرسال مهندسيها لمواقع العمل من أجل فحص المواد المستعملة و الاطمئنان على مدى جودتها و نوعيتها، إضافة إلى التحقق من سير الأشغال موضوع الصفقة وفقاً للأجال المحددة⁵.

أما التشريع الفرنسي فقد أُلزم على ضرورة المعاينة والإثبات الحضورى للأشغال المنفذة، دون التطرق لجداول المنجزات⁶.

ويتم إعداد اللوائح من طرف العون المكلف بالإشراف عليها بحضور المقاول المدعو لهذا الغرض أو ممثله المقبول و بمواجهته، وفي حالة عدم استجابة المقاول للدعوة وعدم تمثيله، تنظم اللوائح بغيابه و تعتبر كأنها نظمت

¹ - هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين - دراسة مقارنة - أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة الجبيلي

البياس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2018/2017، ص 185.

² - نفس المرجع، ص 185.

³ - المادة 39، قسم أ ف 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لسنة 1964.

⁴ - المادة 39، قسم أ ف 2 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

⁵ - هاشمي فوزية، مرجع سابق، ص 186

⁶ - نفس المرجع، ص 186

بحضوره¹، و تعرض هذه اللوائح على المقاول للموافقة عليها وله أن يأخذ نسخة عنها من مكاتب المهندسين أو المهندس المعماري²، وإذا رفضها المقاول أو وقعها بتحفظ، يمنح أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ عرضها عليه ليبيّن كتابيا ملاحظاته³.

* وضعية الأشغال:

تشمل وضعية الأشغال وفقا للفقرة 7 قسم ب من المادة 39 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال ثلاثة حالات:
الأشغال المنتهية،
الأشغال غير المنتهية،
التموينات.

وعلى خلاف ما هو معمول به في جداول المنجزات، فإنه يعتمد لإعداد وضعيات الأشغال على المقاولين أو المهندس المعماري، لمعاينتها و تدقيقها و إجراء التصحيحات الضرورية عليها، على أن يقوم بإعلان المقاول كتابة وفي أجل شهرين من تاريخ تسليمه لهذه الوضعيات بغية الموافقة على البيانات المدونة فيها أو بالتصحيحات التي قام بها، أو إذا اقتضى الأمر إرفاق موافقته بالبيان المصحح، و يجب هنا على المقاول وفي غضون 10 أيام إعادة البيان المصحح مشفوعا بموافقته أو بملاحظاته الكتابية، و إذا انقضى الأجل يعتبر البيان مقبولا منه، و في حالة تأخير المقاول جاز إعداد البيان تلقائيا من قبل الإدارة على نفقة المقاول⁴.

و إذا كانت الأشغال واجبة الإخفاء و يصبح الوصول إليها عسيرا فيما بعد بحيث لا يمكن مشاهدة كميات الأشغال المنجزة، يلزم المقاول بإجراء الكشف عليها بمواجهة ممثل الإدارة، و إذا رأى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري لزوم إدخال تصحيح ما في الكشف الذي قدمه المقاول يقوم بعرضه على هذا الأخير للموافقة عليه، و إذا رفض التوقيع أو وقعها بتحفظ يحضر محضر بالواقعة و الظروف التي تصحبها، و يمنح للمقاول أجلا قدره 10 أيام ابتداء من تلك الواقعة ليقدّم خلالها ملاحظاته كتابة وإذا انقضى ذلك الأجل، اعتبر الكشف موافقا عليه منه كما لو أنه موقع بدون تحفظ، ولا يعمل بكشوف الحساب المعدة ضمن الشروط التي يقدمها بها المقاول ما لم يوافق عليها مهندس الدائرة أو المهندس المعماري⁵.

¹ - المادة 39، قسم أ ف 3 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

² - المادة 39، قسم أ ف 4 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

³ - المادة 39، قسم أ ف 5 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

⁴ - المادة 39، قسم ب ف 1،2،3،4،5 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

⁵ - المادة 39، قسم ب ف 6 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

*كشوف الحساب (الكشوف التفصيلية)

يقوم العون المكلف بتنفيذ الصفقة، كلما دعت الضرورة إلى ذلك ، وعلى الأقل مرة كل شهر ، انطلاقا من جداول المنجزات و البيانات المقبولة من الإدارة، بإعداد حساب تفصيل مؤقت بالأشغال المنفذة و التموينات المنجزة ويكون بمثابة محضر موضوع من المصلحة ، و يعتمد كأساس للتأديت على الحساب إلى المقاول ¹. وعلى المستوى العملي وقبل نهاية كل شهر، يتقدم صاحب الصفقة بطلب الأداء إلى صاحب المشروع، ويكون طلبه على شكل مشروع كشف تفصيلي، يفصل من خلاله المبالغ التي تقابل الأشغال التي قام بإنجازها، ويتم إعدادا هذا الكشف أيضا في ضوء الثمن الأصلي للصفقة، يكون تحيين الأثمان أو مراجعتها ولا يشمل الضريبة على القيمة المضافة، إذن فمشروع الكشف الشهري يعده صاحب الصفقة، ويتم قبوله أو تعديله من طرف صاحب المشروع، ليصبح كشفا نهائيا.

فالأمر يتعلق إذا بمشروع كشف تفصيلي قد يقبل أو يرفض من طرف صاحب المشروع، ليتحول بعد ذلك إلى كشف تفصيلي مؤقتا و بعدها إلى دفعات مسبقة شهرية Un acompte mensuel ².

و يشتمل تفصيل الحساب على التموينات إذا كان المقاول قد اكتسب ملكيتها التامة ودفع ثمنها فعلا . و تشير المادة 41 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لسنة 1964 إلى إمكانية إعداد حساب تفصيلي جزئي أو نهائي إذا استعمل صاحب المشروع حقه في حيازة بعض أقسام الأشغال قبل الإتمام الكامل للأشغال³، و يجب أن يسبق تلك الحيازة استلام مؤقت مسبق يقوم بمقتضاه المقاول بإرسال البيان الإجمالي و التفصيلي بالأشغال المنفذة منذ بدأ تنفيذ الصفقة إلى المهندس أو المهندس المعماري ⁴.

من خلال استقراء نصوص المواد الأنفة الذكر، يتبين لنا أن اللوائح (جداول المنجزات) ووضعيات الأشغال وكشوف الحساب التفصيلية تعتبر من أهم الوسائل القانونية التي وضعها المشرع الجزائري والتي بموجبها تقوم المصلحة المتعاقدة بمراقبة و متابعة الأشغال المنجزة من قبل المتعامل المتعاقد معها ، للقيام بتسديد الثمن.

وبرجعنا إلى المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، نجد أن المشرع من خلال نص المادة 96 منه قد حدد مختلف الصور التي من خلالها يدفع أجر المتعامل المتعاقد، وتتمثل هذه الصور في السعر الإجمالي أو الجزافي، سعر الوحدة، السعر بناء على النفقات المراقبة، و السعر المختلط.

¹ - المادة 40 ، قسم أ ف 1 من من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

² - عبد اللطيف الشدادي ، مرجع سابق، ص 351 .

³ - المادة 41 ، قسم أ ف 2 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

⁴ - المادة 41 ، قسم ب ف 2 من د.ش.إ.ع لسنة 1964

كما يمكن تحديد أسعار صفقة عمومية استثناء بصفة مؤقتة في حالة الصفقات العمومية للإشراف على إنجاز أشغال مبرمة على أساس كلفة الغرض المطلوب أو الصفقات العمومية المبرمة بصيغة التراضي في حالة الاستعجال الملح أو في حالة خدمات تكميلية في إطار صفقات الأشغال.¹

أما بالنسبة لكيفية دفعها فحددها المشرع من المواد 108 إلى غاية المادة 123 ، ومن هنا نجد أن المشرع أولى أهمية كبيرة لمسألة دفع المقابل المالي وذلك نظرا لأهميتها خاصة في صفقات الأشغال العامة موضوع الصفقة ، أين تتعدد المهام ويرتفع مبلغ الصفقة ونظرا للمبالغ الضخمة التي تكلف لإنجازها والتي تتحملها الخزينة العامة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يتعلق الأمر بحق المتعامل المتعاقد بتقاضي مقابل ما أداه وذلك بعد إنجاز الفعلي للأشغال .

إذ بينت المادة 108 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره² ، أن التسوية المالية للصفقة تتم بدفع قسط للمتعامل المتعاقد ، متخذة في ذلك أحد الأشكال التالية:

أ- التسبيق: وهو كل مبلغ مالي يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة³ ولا تدفع التسبيقات إلا في حالة الصفقات التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من نفس القانون⁴، ويتخذ هذا التسبيق أحد الشكلين التاليين ، التسبيق الجزافي أو التسبيق على التموين.

*التسبيق الجزافي: وهو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدأ تنفيذ الصفقة على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة⁵، ويمكن أن يدفع مرة واحدة كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني⁶.

*التسبيق على التموين:

وهو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل البدء في التنفيذ، إذا ثبت للمصلحة المتعاقدة بموجب وثائق وعقود تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المواد موضوع الصفقة، كأن يتعلق

¹ - نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره.

² - تنص المادة 108 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب و بالتسويات على رصيد الحساب.

لا يرتب على دفع ما يحتمل من تسبيقات و/أو دفع على الحساب أي أثر من شأنه أن يخفف مسؤولية المتعامل المتعاقد من حيث التنفيذ الكامل والمطابق و الوفي للخدمات المتعاقد عليها .

و بهذه الصفة، فإن هذه الدفعات لا تمثل تسديدا نهائيا .

³ - نص المادة 109 ف1 من المرسوم الرئاسي 247 /15 السابق ذكره.

⁴ - نص المادة 110 من نفس المرسوم.

⁵ - نص المادة 111 من نفس المرسوم .

⁶ - نص المادة 112 من نفس المرسوم.

الأمر بعقد الأشغال العامة ويقدم المقاول ما يثبت مادة الحديد والخشب أو الإسمنت ويطلب بناءا عليها التسبيق على التمويل.¹

وفي هذا الشأن نصت المادة 113 صراحة على أنه يمكن لأصحاب الصفقات العمومية للأشغال واللوازم أن يحصلوا بالإضافة إلى التسبيق الجزافي، على تسبيق على التمويل، إذا ثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة .

كما لا يجوز للمتعامل المتعاقد والمناولين ومتلقي الطلبات الثانوية، أن يتصرفوا في التموينات التي حظيت بتسيقات و/أو الدفع على الحساب بالنسبة لصفقات الأشغال غير تلك المنصوص عليها في الصفقة²، وفي كل الحالات لا يمكن أن يتجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التمويل، بأي حال من الأحوال نسبة خمسين في المائة (50 %) من المبلغ الإجمالي للصفقة وذلك وفقا للمادة 115 من نفس المرسوم.

الدفع على الحساب:

وهو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة³، و يمكن أن يقدم دفع على الحساب لكل صاحب صفقة عمومية، إذا ثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة، غير أنه يجوز لأصحاب الصفقات العمومية للأشغال بموجب المادة 117 من نفس المرسوم، أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التمويل بالمنتجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسيقات على التمويل حتى نسبة 80 % من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتمويل المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعايينة .

ولا يستفيد المتعامل المتعاقد بأي حال من الأحوال من هذا الدفع على الحساب إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر .

ويكون الدفع على الحساب شهريا، غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلائم وطبيعة الخدمات، ويتوقف هذا الدفع على الوثائق المنصوص عليهم في دفتر الشروط حسب الحالة.⁴

التسوية على رصيد الحساب:

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، 2009، مرجع سابق، ص 162 .

² - نص المادة 114 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره.

³ - نص المادة 109 ف 2 من ذات المرسوم.

⁴ - نص المادة 118 من ذات المرسوم .

هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها¹، إذ تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع خصم ما يأتي:

- إقتطاع الضمان المحتمل.
- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعاقل عند الاقتضاء.
- الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب، على اختلاف أنواعها، والتي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد².

ووفقا لما تقتضيه المادة 120 فإنه يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعاقل المتعاقد عند الاقتضاء.

وبالتالي يقع لزاما على المصلحة المتعاقدة تمكين المتعاقل المتعاقد من المقابل المالي (المقاوول في عقد الأشغال العامة) وبالتالي فإن كل إخلال بهذا الالتزام يترتب مسؤوليتها العقدية اتجاه المتعاقد معها مما يتيح له الفرصة للجوء إلى القضاء لطلب فسخ الصفقة مع التعويض .

ثالثا : الالتزام بتمكين المقاوول من تنفيذ العقد

للمقاوول أن يشرع في التنفيذ إلا بعد أن تصبح الصفقة نهائية، وتكون نهائية بعد إمضاءها من الجهة المختصة والموافقة عليها من السلطة المختصة التي حددها المشرع .

فبعد أن يصبح العقد نهائيا، فإن أول التزام يقع على الإدارة صاحبة المشروع هو تمكين المقاوول من الشروع في تنفيذه، وذلك عن طريق تمكينه من الوسائل اللازمة لذلك، و وضعها تحت تصرفه بمجرد استكمال إجراءات المصادقة³، وتتمثل وسائل التنفيذ التي يجب على الإدارة تمكين المقاوول منها على وجه الخصوص في :

مثل ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964 إذ أكد من خلاله على أنه: "بمجرد توقيع الصفقة يقوم المهندس الرئيسي بتسليم المقاوول، وبدون نفقة و لقاء إيصال نسخة مدققة

¹ - المادة 109 ف 03 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالف الذكر .

² - نص المادة 119 من نفس المرسوم.

³ - بن شعبان علي ، مرجع سابق، ص126، 127.

ومصادق على مطابقتها للمشاركة في دفتر الشروط الخصوصية والمستندات الأخرى الخاصة بالمعتمدة صراحة كدستور الصيغة.¹

ومنا هنا نجد أن المشرع اعتبر المستندات التي تسلّم للمقاول من أجل مساعدته على البدء في مشروعه تعتبر بمثابة دستور للصيغة، وهذا ما يوحي بالأهمية التي أولاها المشرع لهذه المستندات، و أكد على ضرورة قيام المهندس بتمكين المقاول منها .

وهو ما أكدته مرة أخرى من خلال تنصيصه على أنه: " يلقى المقاول مجاناً من المهندسين أو المهندسين المعماريين خلال مقاولته نسخة مصادق عليها من كل الرسومات المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع وعن المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال".²

وأن المقاول ملزم بتدقيق المستندات المنصوص عليها بالمقاطع 3 و 4 و 5.³

وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما ألزم الإدارة المتعاقدة بتسليم المقاول نسخة مصادق عليها من العقد مرفقة بالمخططات والرسومات والمقاسات، وذلك بمجرد إبلاغه المصادقة على التعاقد، وجعل المشرع من تاريخ التبليغ موعداً لبداية التنفيذ، الذي قد يحدد بأمر مصلحي بالشروع في التنفيذ.⁴

كما تلتزم المصلحة المتعاقدة بتمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزامه التعاقدية وذلك عن طريق تسليمه الموقع المتفق عليه في الصيغة، إذ لا يكفي لإعفاء الإدارة من التزامها بتسليم موقع العمل مجرد القيام بذلك، بل يجب أن يكون هذا الموقع خالياً من الموانع التي تحول دون قيام المتعاقد مع الإدارة من البدء في التنفيذ سواء كانت تلك الموانع قانونية أو مادية، ويتعين على الإدارة تسليم موقع العمل في الموعد المحدد حتى لا يؤثر على زمن تنفيذها⁵

1 - نص المادة 8 من د.ش. إ. ع لسنة 1964 السالف ذكره.

2- نص المادة 12 ف 3 من د.ش. إ. ع لسنة 1964 السالف ذكره.

3- نص المادة 12 ف 6 من د.ش. إ. ع لسنة 1964 .

4 - بن شعيان علي، مرجع سابق، ص 128

5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود و القرارات الإدارية -دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة-، ب ط، دار الفكر العربي، مصر، 2007، ص 96 .

كما تلتزم الإدارة بالقيام بجميع الأعمال والتجهيزات الضرورية لبدأ تنفيذ الأشغال موضوع العقد، من تهيئة الأرض وفتح الطريق وتوصيل الكهرباء وغيرها حتى يتمكن المقاول من البدء في التنفيذ، وأن سريان مدة التنفيذ لا يبدأ إلا من تاريخ تسليم المقاول لموقع الأشغال خالياً من كل مانع¹، كما تم توضيحه أنفاً.

وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة تعتبر ملزمة باستكمال الإجراءات التحضيرية الممهدة لإبرام الصفقة والمتمثلة في الحصول على الوعاء العقاري الذي سينفذ عليه مشروع الصفقة من الحصول على الأرضية بطريقة ودية أو باتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة، والقيام بالدراسات الجيو تقنية (دراسة التربة والدراسة الطبوغرافية) و استصدار التراخيص الإدارية اللازمة من (رخص الهدم ، البناء ... إلخ) من أجل تمكين المقاول من البدء في تنفيذ الأشغال، وذلك على النحو الذي تفضلنا بشرحه في دراستنا السابقة.

فلا يقتصر التزام الإدارة فقط على تمكين المقاول من البدء في التنفيذ، بل يستمر التزام الإدارة بضمان المضي والاستمرار فيه حتى يكتمل التنفيذ، وإلا اعتبرت قد أخلت بواجبها تجاه المقاول، والذي لا يسأل عن التأخير في التنفيذ، بل ويفتح الباب أمامه للمطالبة بالتعويض عما يلحقه من ضرر نتيجة التأخر فيه².

رابعا : التزام الإدارة باحترام مدة تنفيذ العقد

من المسلم به أن مدة التنفيذ في الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال تعد شرطاً جوهرياً بحكم التزامات طرفي الرابطة العقدية، فالأصل أن المدة المقررة في الصفقات العمومية بصفة عامة تقتصر عادة على المتعاملين المتعاقدين، بمعنى أن المدة تكون ملزمة لهم فقط دون أن تكون كذلك للجهة المتعاقدة ، غير أنه قد يحدث أن ينص العقد صراحة على التزام المصلحة المتعاقدة بالمدة، ففي هذه الحالة يتعين على الجهة الإدارية التقيد بالمدة المتفق عليها في العقد لإنجاز موضوع الصفقة، إذ لا يمكنها اختصارها أو إطالتها بدون مبرر .

فالتزام الإدارة المتعاقدة باحترام مدة التقيد يعد أمراً منطقياً، ذلك أن العقد الإداري يعتبر إحدى الوسائل الأساسية التي تملكها الإدارة لتسيير مرافقها العامة، إذ يخضع هذا التسيير لقواعد تحتم ضرورة سيرها بانتظام، لذلك فإن مدة التنفيذ واحترامها في نطاق العقد الإداري تعد الترجمة الفعلية لقاعدة سير المرافق العامة بانتظام، بغية تلبية الحاجات العامة وتحقيق النفع العام.³

¹ - بن شعبان علي، مرجع سابق ، ص 129 .

² - نفس المرجع، ص 129 .

³ - هاشمي فوزية، مرجع سابق، ص 171

ومهلة التنفيذ في العقود الإدارية، يتم التوافق عليها برضا أطراف العقد، فالإدارة - من حيث المبدأ - لا تستطيع فرض مهل غير متوافق عليها في العقد، وهذا المبدأ ينطبق على كافة العقود الإدارية، بما فيها الصفقات العمومية و صفقات الأشغال .

وفي حالة عدم تحديد مدة التنفيذ في العقد وفي دفتر الشروط فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر أنه يجب أن يكون هناك مدة معقولة متعارف عليها تحدد حسب الظروف وقدرات المتعاقد والعقود المشابهة وبالتالي يجب على الجهة المتعاقدة أخذها بعين الاعتبار واحترامها¹، وإلا ستسبب بتصرفاتها في إطالة مدة التنفيذ عن الحد المعقول للمسؤولية.²

وقد أكدت على هذا المبدأ الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتاها الصادرة بجلستها المنعقدة في 1992/11/01 حيث قررت أن: " المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى من كل قيد زمني، وإنما يتعين أن يتم في مدة معقولة وفقا للمجرى العادي للأمر وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يصبوا إليه."³

ويكون بدأ تحديد مدة سريان العقد محددًا في العقد أيضا، وقد يكون مرتبطًا وفق العقد بقرار يصدر عن الإدارة، وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: "إذا نص العقد على بدء سريان مدة تنفيذ العقد من تاريخ تسليم الموقع فلا اعتداد بتاريخ إبرام العقد في حساب مدة العقد..."⁴

أما بالنسبة لحساب مدة التنفيذ في التشريع الجزائري، فإنه وفقا لدفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964 فإنها تحتسب بالأيام والأشهر، فإذا كانت المدة محسوبة بالأيام فإنها تبدأ من تاريخ الانطلاق المحدد في الأمر ببدأ الأشغال وتنتهي في نهاية آخر يوم من الآجال التعاقدية⁵، أما إذا كانت المدة محددة بالأشهر إلى اليوم المقابل له في الشهر الموالي، فإذا لم يوجد يوم مقابل له في الشهر التالي، فإن المدة تنتهي في نهاية آخر يوم من هذا الشهر،

¹ - هاشمي فوزية، مرجع سابق، ص 172، نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 48 .

² - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 139 .

³ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 48 .

⁴ - نفس المرجع، ص 49 .

⁵ - نص المادة 2 ف 2 من د. ش. إ. ع لسنة 1964 .

فإذا تصادف آخر يوم من المدة مع يوم عطلة مدفوعة الأجر فإنه تمدد المدة إلى نهاية أول يوم عمل يلي تلك العطلة.¹

خامسا: الالتزام بإعادة التوازن المالي للعقد

أي اختلال في التوازن المالي للعقد تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد ، فالتوازن المالي للعقد يخل بسبب تعديل الإدارة له، أو بسبب إجراء من إجراءاتها التي تخل بمركز المتعاقد (فعل الأمير)، أو بسبب ظروف طبيعية (الظروف الطارئة)، أو ظروف مادية (الصعوبات المادية غير المتوقعة) وفق ما سنتقدم بشرحه في دراستنا الموالية أو بسبب أعمال المتعامل المتعاقد التي تفقره و تثري الإدارة والتي سنوضحها عند تطرقنا للتعويض على أساس الإثراء بلا سبب .

¹- نص المادة 2 ف 3 و 4 من نفس د.ش.إ.ع لسنة 1964 .

المطلب الثاني : حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد

ينجم عن إبرام صفقة الأشغال آثار بالنسبة للمتعامل المتعاقد (المقاول) تتمثل في الاعتراف له بمجموعة من الحقوق وتحميله بالمقابل عدة التزامات.

فحقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة تسودها وتهيمن عليها فكرة أساسية هي أن المتعاقد دائما يسعى إلى تحقيق الكسب والعائد المالي، إلى جانب هذه الفكرة تضاف فكرة أخرى مقتضاها أنه يجب مساعدة المتعاقد مع الإدارة من الناحية المالية إذا ما حدثت صعوبات تجعل تنفيذ العقد عسيرا وشاقا بالنسبة له وغاية المتعاقد هو ضمان تنفيذ الصفقة بهدف تحقيق مصلحة المرفق العام .

ومقابل هذه الحقوق يقع على عاتق المتعامل المتعاقد مجموعة من الالتزامات، يلتزم من خلالها بأن يوفي بالتزاماته التعاقدية وفقا لشروط الصفقة ووفقا للقواعد العامة المقررة في هذا الصدد .

وبناء على ذلك سنتطرق في هذا الشأن، بالتفصيل إلى حقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد (الفرع الأول) و الالتزامات الواقعة على عاتقه (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: حقوق المتعامل المتعاقد

تأخذ حقوق المتعامل المتعاقد في مجملها طبيعة واحدة هي الطبيعة المادية، وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتها وحالاتها بين حق وآخر.¹

تتمثل حقوق المتعامل المتعاقد إجمالاً في إلزام الإدارة بتنفيذ العقد و الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، و احترام كافة الشروط الواردة في الصفقة، ومن أهم حقوق المتعامل المتعاقد المقابل المالي (أولاً) و يحصل عليه بالكيفية التي حددها القانون²، كما له المطالبة بالتعويض وذلك في حالة ما إذا أصاب المتعامل المتعاقد ضرر جراء عمل قامت به الإدارة (ثانياً).

ثم إن المتعامل المتعاقد إذا واجهته أثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن الاستمرار معها في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بما يسمى بالحق في التوازن المالي (ثالثاً)³.

أولاً: الحق في اقتضاء المقابل المالي

إن المتعاقد مع الهيئة العمومية على إثر صفقة عمومية يجب عليه أن يعتمد أساساً على إمكانياته الخاصة في تمويل المشروع كما اتفق عليه، والمطالبة بالثمن بعد انتهاء التنفيذ وتسليم الأشغال فالمتعاقد إنما يهدف قبل كل شيء إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل في الربح الناجم عن الفرق بين كلفة العقد التخمينية و بين ما بذله المتعاقد من جهود فعلية⁴.

الأصل في تحديد الثمن وطرق مراجعته ودفعه إنما يتم باتفاق المتعاقدين، وفق القواعد المقررة قانوناً في المادة 97 96 - من المرسوم الرئاسي 15-247 يعتبر شرطاً تعاقدياً ألزم المشرع ذكره ضمن البيانات التعاقدية بمقتضى بند صريح في الصفقة ذاتها، بأن يتم بطريقة مفصلة .

المقابل المالي هو المقابل المادي لما نفذ المتعاقد من أشغال لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، ويختلف شكل المقابل المالي باختلاف العقود المبرمة ، فقد يكون على شكل رسوم أو على شكل ثمن الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة له نظير الأشغال التي تم تنفيذها ، وقد يكون على شكل قيم وأسعار يتم تحديدها في متن الصفقة المبرمة وهي القيم التي تتحدد بصفة إجمالية أو بناء على قائمة سعر الوحدة أو بناء على النفقات المراقبة أو بصفة مختلطة والمعلوم

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011، مرجع سابق، ص 220 .

² - جابر زيد/ وهيبه ديجي، مرجع سابق، ص 165 .

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011، مرجع سابق، ص 220 .

⁴ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2010، مرجع سابق، ص 180، 181 .

أن ذلك السعر قد يكون ثابتاً أو قابلاً للمراجعة وذلك طبقاً لما تقتضيه الصفقة المبرمة¹، وتأسيساً على ذلك سنعرف عنصر الثمن ونوضح مسألة تحديده، ذلك قبل التطرق إلى آلية دفع السعر في الصفقة العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي 247/15 ذلك وفقاً لما يلي:

1- تعريف الثمن.

يعرف الثمن في العقد الإداري بأنه المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها، بالإضافة إلى أرباحه المشروعة²، لذلك فمن الضروري أن تكون الإدارة على علم بذلك الثمن ولا يجوز إبرام العقد بدون ذكر الثمن .

أ - تحديد الثمن في العقد:

بخصوص تحديد الثمن في العقد فإن الوضع الغالب هو أن يقوم المتعاقدان بتحديد الثمن قبل البدء في تنفيذ العقد وقد يكون ذلك ضمن شروط العقد أو ضمن وثائق ملحقة به تشكل جزءاً لا يتجزأ من العقد ومكملاً لبنوده، وإن الشرط الخاص بتحديد الثمن يعتبر شرطاً تعاقدياً، بل هو الشرط التعاقدي الأصيل³، حيث أدرجه المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، خاصة وأن بعض الصفقات العمومية يستوجب تنفيذها زمناً طويلاً بما يمكن أن ينتج عنه ارتفاع أسعار بعض المواد، لذلك تم التنصيص على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتاً أو قابلاً للمراجعة، وكما يمكن أن يحدد السعر وذلك حسب شروط محددة⁴.

إذن أن الثمن المحدد في العقد هو الثمن الملزم الذي يتوجب على الإدارة تسليمه للمتعاقد مقابل تنفيذ العقد، إلا أن ذلك لا يعني الثبات النهائي لهذا الثمن بل ثمة ظروف وأوضاع تحتم ضرورة تعديل هذا الثمن (سنبحثها لاحقاً) نص عليها القانون وبحثها الفقه، وعمل الاجتهاد على تطبيقها حفاظاً على حقوق الأطراف المتعاقدة و ضماناً لاستمرار تسيير المرافق العامة⁵.

لكن قد يغفل المتعاقدان عن تحديد الثمن في حالات معينة الأمر الذي يمكن أن يثير منازعات بينهما، و استناداً إلى القواعد العامة المعمول بها في القانون المدني الفرنسي في حالة عدم وجود نص في العقد يتعلق بتحديد الثمن فيمكن تحديده من قبل أطراف العقد بشرط عدم ارتكاب أي تعسف أو إساءة إستعمال.

¹ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 114.

² - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية، رقم 812 لسنة 1999، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009 ص 132.

³ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 434

⁴ - المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر

⁵ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 439

وتنظيم العقد الإداري وفقا للأصول، يقتضي تحديد الثمن فيه، أو العناصر الضرورية لتحديده (وفقا لقانون العقود الإدارية الأكثر أهمية في فرنسا ووفقا للاجتهاد الإداري الفرنسي)¹، لكن قد يطرح إشكال حول كيفية تحديد الثمن في حالة قيام المصلحة المتعاقد بأمر المتعامل المتعاقد بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه في العقد وهو ما سنوضحه في النقطة الموالية:

-الأمر الصادر من جهة الإدارة بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه في العقد:

الإدارة قد تأمر المقاول بتنفيذ أعمال أكبر مما اتفق عليه، و الثمن يحدد على طبيعة هذه الزيادة، فمتى كانت من ذات جنس موضوع العقد الأصل طبق السعر الأصلي المتفق سلفا عليه، أما إذا كانت تختلف عنها فيقدر بسعر السوق وقت طلب هذه الأعمال، و في حالة وجود أعمال إضافية لم تتفق الإدارة فيها مع المقاول على تحديد الثمن، فالإدارة لا يمكنها فرض أسعار معينة غير متفق عليها و بإرادتها المنفردة فلا بد من عرض الأمر على القضاء لأن الثمن يجب أن يكون محلا للاتفاق بين طرفي العقد².

ب- آليات دفع سعر الصفقة للمتعامل المتعاقد

رجوعا لنص المادة " 108 تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب أو بالتسويات على رصيد الحساب.

لا يترتب على دفع ما يحتمل من تسبيقات و/أو دفع على الحساب أي أثر من شأنه أن يخفف مسؤولية المتعامل المتعاقد من حيث التنفيذ الكامل المطابق و الوفي للخدمات المتعاقد عليها و بهذه الصفة فإن هذه الدفعات لا تمثل تسديد نهائيا.³ "

وذلك وفق ما تفضلنا بشرحه سابقا ، أثناء دراستنا لالتزام المصلحة المتعاقد بدفع الثمن .

وإن كان المستقر عليه في المحاسبة العمومية، أن الدفع والتسديد يتم بعد الأداء والإنجاز الفعلي لمضمون الصفقة فإن المشرع الجزائري، و نظرا لضخامة تكاليف بعض الصفقات وتيسيرا منه على المتعاقد مع الإدارة بغية التنفيذ الحسن لموضوع الصفقة ولضمان استمراره في ذلك، قد أجاز وعلى غرار التشريعات المقارنة الخروج عن تلك القاعدة والعمل بآليات أكثر مرونة حيث رخص للإدارة منح المتعاقد معها أقساط مالية في مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة وفقا لنظام خاص يعرف بنظام الدفع على أقساط أو الدفع على الحساب، وهو النظام الجاري العمل به في عقود الأشغال و الخدمات .

¹ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ص 439، 440.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011، مرجع سابق، ص 220.

³ - المادة 108 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر

بل وقد أجاز للمصلحة المتعاقدة وفي بعض الأوضاع دفع مبالغ مالية للمتعاقد معها قبل تنفيذ موضوع الصفقة ودون مقابل التنفيذ المادي للخدمة وفي حدود نسب معينة ، مستلزما لذلك شرط تقديم المتعاقد ضمانات كافية بإعادتها وبكفالة بنك الجزائر أو بنك أجنبي معتمد من قبل بنك جزائري أو بكفالة صندوق ضمان الصفقات العمومية ، وتأخذ هذه التسبيقات شكل التسبيقات الجزافية والتسبيقات على التموين¹ ، وذلك وفق ما تفضلنا بشرحه سابقا.

ثانيا: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض

يقع لزاما على الإدارة تعويض المتعاقد معها في حالة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية أو عند استعمالها للسلطات المخولة لها استعمالا يخالف القانون، كما تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما لحق به من ضرر رغم عدم نسبة خطأ ما لها و يكون أساس إلزامها بالتعويض في تلك الأخيرة إما استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب و إما لاعتبارات العدالة وموجبات الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

وعليه فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها قد تتعد على أساس الخطأ أو بدونه².

ثالثا: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري طوارئ تؤدي إلى خلل في التوازن المالي للعقد فيكون للمتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي بالحصول على معاونة الإدارة لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته رغم الظروف المفاجئة التي طرأت أثناء تنفيذ العقد، وللمحافظة على استمرارية عمل المرافق العامة محل العقد بانتظام.

لذلك فإن التوازن المالي للعقد الإداري يعني ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، والحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه اعتبارات العدالة وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في مجال تنفيذ العقود الإدارية لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرفق العام، وذلك في النزاع الشهير المعروف باسم قضية الشركة الفرنسية " للترامواي " ، غير أن الاعتراف للمتعاقد بحق في التوازن المالي يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية القوة القاهرة.³

¹ - بوهران عادل ، مرجع سابق ، ص 115، 116

² - نفس المرجع ، ص 116 .

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية : دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام

1- نظرية فعل الأمير

أ- تعريفها

تعددت تعريفات الفقه لعمل الأمير، فيقال أن المقصود بعبارة " فعل الأمير " هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة " المخاطر الإدارية " ، وهذه الإجراءات قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة، وكما قد يصدر عمل الأمير في صورة إجراء عام كقانون أو لائحة وقد يؤدي المساس بشروط العقد أو إلى التأثير في ظروف تنفيذه، ويشترط أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية.¹

كما عرف الأستاذ عمار عوابدي فعل الأمير التي يطلق عليها بنظرية المخاطر الإدارية على أنها كل الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد الذي يشكل مخاطر إدارية استثنائية وغير مألوفة.²

كما يعرف عمل الأمير على أنه كل عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ ينجم عنه تدهور مركز المتعاقد في العقد الإداري، ويؤدي إلى التزام جهة المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضروب عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد.³

كما عرفت على أنها كل عمل أو إجراء مشروع يصدر من السلطة الإدارية فيؤدي إلى زيادة في الأعباء المالية و الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد.⁴

= مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 191

¹ أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 292

² عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج2، الجزائر 1998، ص 223 .

³ محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية و الصفقات العمومية وفق قرارات و أحكام القضاء الإداري المغربي، ط3، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، 2011، المغرب، ص 97 .

⁴ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2010 ، ص 270 .

ب- شروطها:

لقد استقر الفقه والقضاء سواء في فرنسا وفي مصر على ضرورة توافر عدة شروط لانطباق عمل الأمير، وفي هذا الشأن عدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذه الشروط كما يلي حيث ذكرت: "قضاء هذه المحكمة مستقر على أن القضاء بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالتعويض بناء على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق تلك النظرية وهي :

- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية
 - أن يكون الفعل الضار صادرا عن جهة الإدارة المتعاقد.
 - افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ .
 - أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع .
 - أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه الإجراء العام .
- ويلاحظ أنه إذا تحققت شروط نظرية عمل الأمير فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق في هذه الحالة تعويضا كاملا¹

كما أكد المشرع في دفتر الشروط الإدارية العامة على حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض عند إنتهاء الحساب في عقد الأشغال العامة عن الضرر المسبب له من جراء التعديلات والتغييرات الحاصلة و المأمور بها من طرف المصلحة المتعاقدة.²

2- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

أ- تعريفها

هذه النظرية ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي لمواجهة الفرض الذي يجد فيه المتعاقد مع الإدارة نفسه أمام صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة يترتب عليها زيادة في أعبائه وذلك بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به تأسيسا على فكرة العدالة والنية المشتركة للطرفين وتجد هذه النظرية تطبيقها الأساسي في مجال عقود الأشغال العامة.³

¹- محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص ص 403،404 .

²- إذ تنص في هذا الشأن المادة 1/32 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 السالف ذكره ، على أنه:"عندما تتضمن الصفقة تفصيلا تقديريا يبين أهمية مختلف الأشغال ، وعندما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة و تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال تختلف فيه المقادير، بما يفوق الخمسة و الثلاثين بالمائة بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري، فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدم عند إنتهاء الحساب طلبا بالتعويض، مرتكزا على الضرر المسبب له من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الشأن في احتياطات المشروع "

³ - محمد بن سعيد بن حمد المعمرى ، مرجع سابق، ص 410 .

ب- شروطها

يشترط لتطبيق هذه النظرية مايلي:

- أن تكون الصعوبات مادية و إستثنائية.

- استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته دون توقف ما لم تؤدي تلك الصعوبات إلى استحالة التنفيذ.¹

أن تكون هذه الصعوبات المادية طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد ، أي أن تنطوي إلى حد كبير إلى معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ، لا بناء على دفتن الشروط، ولا من دراسته الأولية للمشروع .

فإذا قام مقتضى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المادية فيجب من باب العدالة تعويض المتعاقد عن ذلك بزيادة الأسعار المنفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء و التكاليف التي تكبدها، اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، و إن هذه نية الطرفين المشتركة والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً عن كافة الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها.²

3-نظرية الظروف الطارئة:

أ-تعريفها

تقوم هذه النظرية في العقود الإدارية التي يصبح تنفيذها مرهقا بسبب بعض الأحداث والتقلبات الاقتصادية الوطنية أو الدولية، وتكون خارجة عن إرادة الطرفين وغير متوقعة لحظة إبرام العقد، وتؤدي إلى قلب التوازن المالي للعقد رأساً على عقب ،إلى حد يجعل المتعاقد على وشك الانقطاع عن مزاولته نشاطه إذا لم تقدم له إعانة مالية من طرف الإدارة.³

أثناء تنفيذ العقود الإدارية قد تطرأ ظروف معينة خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير متوقعة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد واستحالة متابعة التنفيذ مما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة ، ويطرح مسألة مصير تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل القوة القاهرة أو الظرف الطارئ⁴.

تلخص نظرية الظروف الطارئة فيما قد يصيب المتعامل المتعاقد من إرهاق في تنفيذه للعقد ولم يكن في الإمكان توقعها آنذاك، ومثال هذه الظروف، الأزمات الاقتصادية والحروب وعموما كل ظرف من شأنه إلحاق خسائر فادحة

¹ -سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار أبو المجد للطباعة، مصر 2005 ، ص29

² - محمد بن سعيد بن حمد المعمري ، مرجع سابق، ص 411 .

³ - محمد الأعرج ، مرجع سابق، ص95

⁴ - عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، القرارات الإدارية والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص153

تحتل معها التزامات الطرفين في العقد فيكون مبررا لطلب المتعاقد من جهة الإدارة المشاركة في تحمل الأعباء الإضافية، أي لا يكون التعويض المقرر في هذه الحالة شاملا ومغطيا لكافة الخسائر الناتجة، بل يكون جزئيا يجعل الضرر موزع بين طرفي العقد بشكل متوازن.¹

ب- شروطها

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ما يلي:

- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ.

- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين.

- ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة.

- ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع.²

- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ:

بحيث يجب أن يكون الظرف الطارئ من الظروف التي لا يمكن دفعها أو تداركها، لأنه إذا طرأ الظرف قبل إبرام العقد، فالأصل ألا تطبق النظرية طالما يمكن الرجوع عن الإيجاب ولم يصدر القبول.

ويثار النقاش في حالة ما إذا طرأت الظروف الطارئة بعد المدة المحددة للتنفيذ، ولم يكن التنفيذ قد تم والرأي الغالب هو عدم تطبيق النظرية إذا كان التأخير في التنفيذ ناشئا عن خطأ الطرف الآخر من العقد، أو كان التأخير بموافقة الطرفين استحق المتعاقد المضروب تطبيقا لهذه النظرية .

وإذا كان التنفيذ قد امتد عن المدة المحددة في العقد بموافقة الإدارة، فإن الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية، يأخذ نفس حكم وقوعه خلال المدة الأصلية.³

- أن يكون الحدث الطارئ خارج عن إرادة الطرفين:

وبناء على ذلك فإنه لا يستفيد المتعامل المتعاقد من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة إذا تسبب هو بعمله أو تدخله في إحداث السبب أو الطارئ الجديد، وكذلك الحال ينبغي أن لا تكون الإدارة هي المتسببة في ظهور هذا الظرف الطارئ الجديد، فإذا كانت هي المتسببة بعملها جاز مسائلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية وليس نظرية الظروف الطارئة.⁴

¹ - صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، 1984 ، ص 120

² - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 471

³ - عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري ، مقدمة لنيل شهادة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه ، جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق ، 2011 ، ص 76

⁴ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2010، ص ص 226، 227 .

-ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة:

ويقصد بالخسائر غير المألوفة هو أن الظروف الطارئة أدت إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعاقد للمتعاقد رأسا على عقب، حيث ألحقت به خسائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة كأن تقبل السلطة المختصة على زيادة في الضرائب أو تقبل على استحداث رسوم جديدة و نسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع وهكذا، ففي مثل هذه الحالة ينتج عن مواصلة تنفيذ المشروع إرهاق المتعاقد مع الإدارة ماليا، لذا يجب أن ينصف بإعادة توازنه المالي¹.

-أن يكون الحدث الطارئ استثنائيا غير متوقع:

أي يجب أن يكون الحدث الطارئ استثنائيا وغير متوقعا، فإذا كانت الظروف متوقعة أو من الممكن توقعها، فإنه لا سبيل لتطبيق هذه النظرية.²

ولقد اهتم المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة، وذلك من خلال نص المادة 107 من القانون المدني والتي جاء فيها " .. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"³

كما تجد هذه النظرية أساسها القانوني في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالفة الذكر وكذا من نص المادة 137 في فقرتها الثانية من ذات المرسوم والتي تنص على أنه: "في حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة، بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعارا جديدة...". كما يمكن إرجاع هذه الحالة إلى الصعوبات المادية التي قد تعترى تنفيذ الصفقة، مما يقع ضروريا تغيير الأسعار المتفق عليها في الصفقة وفي دفتر الشروط، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 136 في فقرتها 8 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.⁴

¹- محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 227.

²- Yves Gaudemet, traité de droit administrative Général . op cit . P714 .

³-المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

⁴- تنص المادة 136 ف8 على أنه: "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة و خارجة عن إرادة الأطراف..."

4- نظرية القوة القاهرة :

أ- تعريفها:

يقصد بالقوة القاهرة حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين يترتب عليه استحالة التنفيذ المطلق سواء كل الالتزامات التعاقدية أو بعض منها¹، و تعتبر هذه النظرية من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي²، ولإعمال هذه النظرية لا بد من توافر عدة شروط .

ب- شروطها:

لتطبيق نظرية القوة القاهرة لا بد من توافر الشروط الآتية :

- أن لا يكون لإرادة المتعاقد أي دخل في نشأة الحدث المكون للقوة القاهرة .

- أن لا يكون الفعل المكون للقوة القاهرة متوقعا أو يمكن توقعه .

أن تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد، وليس مجرد إثارة عقبات يمكن التغلب عليها وتجاوزها ولو بصعوبة. و يترتب على توفر شروط هذه النظرية، تحرير المتعاقد مع الإدارة من التزاماته بتنفيذ العقد، وهذا ما يتضمن إعفاءه من مسؤوليته التعاقدية و حرمان الإدارة (المصلحة المتعاقدة) من توقيع جزاءات، بالإضافة إلى حرمانها من التنفيذ عليه و يجوز للمتعاقل المتعامل فضلا عن ذلك، أن يطلب فسخ العقد³.

¹ - عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مرجع سابق، ص 140 .

² - طيبون حكيم، مرجع سابق، ص 33 .

³ - نفس المرجع ، ص 33 .

الفرع الثاني: التزامات المتعامل المتعاقد

يقع لزاما على المتعامل المتعاقد أن يفي بالتزاماته التعاقدية والمهام المسندة إليه بموجب الصيغة المتعاقد عليها بكل دقة وانضباط لأنه في حالة الإخلال بها يتعرض للجزاء المقررة لذلك، ومن أهم الالتزامات الواقعة على عاتقه هي الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد (أولا)، أداء الخدمة حسب الكيفيات المتفق عليها (ثانيا)، الالتزام بأداء الخدمة في الأجل المتفق عليه (ثالثا) والالتزام بدفع مبلغ الضمان (رابعا) وهو ما سنفصله كما يلي:

أولا-الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد

يلتزم المتعامل المتعاقد بانجاز الأشغال بنفسه بواسطة وسائله المادية و اليد العاملة المتوفرة لديه لأن سبب إرساء الصيغة عليه يعود لوفرة قدرته المالية و مؤهلاته التقنية التي تسمح له بانجاز المشروع غير أن القانون أجاز له أن يوكل عملية انجاز جزء من الأشغال لمناول وتحت مسؤوليته عند طريق إبرام معه عقد مناولة بعد موافقة المصلحة المتعاقدة بموجب القوانين والتنظيمات التي تسمح بهذا التعامل، وذلك بتوقيع معه عقد مناولة و يتولى هو شخصيا ، تسديد الثمن له إلا في الحالة التي نص عليها في دفتر الشروط إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة دفع الثمن مباشرة إلى المناول ويكون المتعامل ملتزم باحترام التعليمات الواردة إليه في أوامر بالخدمة والمعايير التقنية في البناء مع انجاز الأشغال في الفترة المحددة بالإضافة إلى الحفاظ على سرية الوثائق المسلمة له ،من طرف الإدارة المتعاقدة .

ومن هنا يتبين لنا أنه لا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصيغة أن يلتزم المقاول بإنجاز الأشغال المتفق عليها دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل الصيغة إذ لا يمكن تصور ذلك أصلا خاصة في صفقات إنجاز الأشغال ،بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد الأصلي أي المقاول الرئيسي لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير (المناول) فيتحلل من بعض التزاماته ، فهو يعتبر المسؤول بعد توقيع الصيغة عن التنفيذ الكامل و التام و النهائي للمشروع حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من هذه الأشغال المتفق عليها¹ ، وهو ما أكدته المادة 141 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

وإذا كان المرسوم قد أجاز اللجوء إلى التعامل الثانوي (التعامل بموجب عقد المناولة) فإنه بذلك قد راعى أن المتعامل المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل جزئيات المشروع ، كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني والعمل الثانوي

¹ -عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011 ، مرجع سابق، ص235.

يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترخيص، فهنا يفترض أن يلجأ المقاول إلى إبرام عقود ثانوية بغرض التنفيذ الكامل للمشروع، على أن يتم تحديد هذا العمل في الصفقة صراحة، و يظل هو المسؤول عنه اتجاه الإدارة المتعاقدة.¹

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف المناولة على أنها عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى آخر يدعى مقاولا فرعيا، بكل أو جزء من محل عقد المقاول الذي أبرمه الأول مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك.²

وعرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 140 من المرسوم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كما يلي: "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم"

وحتى ولو عهد جزء من الصفقة لمناولين، يكون ذلك بموجب عقد، و يتم إعلام المصلحة المتعاقدة بتواجده في الأشغال، أما بالنسبة للمناول غير المصرح به في مكان تنفيذ الصفقة، فيتم إعداره من قبل المتعامل المتعاقد حتى يتدارك هذا الوضع خلال 8 أيام،و إلا اتخذت ضده تدابير قسرية³ واستثنى المشرع صفقات اللوازم من المناولة، لأنها تعتبر لوازم عادية موجودة في السوق،و لم يشترط فيها مواصفات تقنيه وخصوصية.⁴

- ويتم اللجوء إلى المناولة وفق شروط المتمثلة في ضرورة عدم تتجاوز المناولة نسبة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة⁵، فضلا عن الشروط المنصوص عليها في المادة 143 من المرسوم الرئاسي المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁶، كما يشترط أن يتضمن عقد المناولة وجوبا المعلومات المبينة في المادة 144 من ذات المرسوم.⁷

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011، مرجع سابق، ص236

² - أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص105

³ - نص المادة 142 ف 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 المذكور سابقا.

⁴ - نص المادة 140 ف3 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁵ - نص المادة 140 فقرة 2 من نفس المرسوم الرئاسي .

⁶ - نص المادة 143 من من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف ذكره.

⁷ - تنص المادة 144 من نفس المرسوم:

- يجب أن يحتوي عقد المناولة وجوبا على المعلومات الآتية:

إسم ولقب و جنسية الشخص الذي يمثل مؤسسة المناولة.

- اسم ولقب المؤسسة عند الاقتضاء.

- موضوع و مبلغ الخدمات محل المناولة.

- الأجل و الجدول الزمني لإنجاز الخدمات محل المناولة، و كفاءات تطبيق العقوبات المالية عند الاقتضاء.

ثانيا : أداء الخدمة حسب الكيفيات المتفق عليها

يلزم المتعامل المتعاقد أن يقوم بأداء الخدمة وفق الشروط والأوصاف المتفق عليها، فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر الشروط فإطلع عليه وتعهده بتنفيذ الخدمة وتعاقد مع الإدارة، و هذا يدخل ضمن المسؤولية التعاقدية التي تقع على المتعامل المتعاقد مع الإدارة، بالتالي وجب عليه أن يتحمل نتيجة تعهده و التزامه ويكون بذلك ملزم بأداء موضوع الصفقة حسب الكيفيات المتفق عليها¹، إذا كان الأمر يتعلق بعقد أشغال جسر مثلا فوجب أن يتم حسب الشروط التقنية المتعاقد عليها²، لأن الهدف والغاية من إبرام الصفقات العمومية و صفقة الأشغال بصفة خاصة هي تحقيق المصلحة العامة للمواطنين والمنتفعين من الخدمة العمومية.³

ثالثا: الالتزام بأداء الخدمة في الأجل المتفق عليه:

طالما كان للصفقة صلة بالخدمة العامة و حسن سير المرفق العام، وجب أن ينفذ موضوع الصفقة في الأجل المتفق عليه ولا يجوز كأصل عام للمتعامل المتعاقد تجاوز هذا الأجل⁴، وإلا تعرض للعقوبات المالية إضافة لوسائل الضغط التي تجعل المتعاقد مع الإدارة يتحمل جميع الآثار القانونية المترتبة عليها،و التي تصل إلى درجة الفسخ بالإرادة المنفردة بهدف المصلحة العامة وفق ما ذكرناه سابقا.

رابعا : الالتزام بدفع مبلغ الضمان

يلزم قانون الصفقات العمومية كل من المتعاقد الوطني و الأجنبي على حد سواء بدفع مبلغ الضمان، و الذي يوضع تحت تصرف المصلحة المتعاقدة، التي تملك حق مصادرته وفقا للأوضاع المحددة قانونا .

= طبيعة الأسعار و كفيات الدفع و تحيينها و مراجعتها عند الاقتضاء

-كيفية استلام الخدمات.

-تقديم الكفالات و المسؤوليات و التأمينات.

-تسوية النزاعات"

¹-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 2011، مرجع سابق،ص238، كما أشار إلى ذلك عبد الحميد مفتاح خليفة، العقود الإدارية، مرجع سابق،ص209

²-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 2011، مرجع سابق،ص239

³- عبد الحميد مفتاح خليفة، العقود الإدارية، مرجع سابق،ص209

⁴- نفس المرجع، ص209 .

لذلك نجد أن الضمانات تعتبر من أبرز المسائل التي أعطاها المشرع الأولوية الكبيرة، بدليل أنه خصص لها القسم الخامس من الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر، وفي هذا الإطار يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط، لاختيار المتعاملين معها و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة .

وقد نص المشرع الجزائري على عدة أشكال للكفالة و تتمثل في:

-كفالة حسن التنفيذ:

وأكدت نصوص المرسوم الرئاسي أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا لم يدعم عن طريق حكومة دولته وفي هذه الحالة يجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ كفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختص، أما عن مبلغ الكفالة فحدده المادة 133 من المرسوم الرئاسي 247/15 بين 5 % و 10 % من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها .

وإذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 من هذا المرسوم¹ يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين واحد في المائة (1) وخمسة في المائة (5) من مبلغ الصفقة ضمن الشروط المحددة في الفقرة أعلاه².

وفي حالة الصفقات العمومية للأشغال التي لا تبلغ الحد المنصوص عليه في المطة الأولى من المادة 184 المشار إليها أنفا، يمكن أن تكون اقتطاعات حسن التنفيذ بنسبة خمسة في المائة (5) من مبلغ كشف الأشغال بديلا لكفالة حسن التنفيذ، و يجب النص على هذه العملية في دفتر الشروط وبحول الرصيد المكون من مجموع اقتطاعات حسن التنفيذ إلى اقتطاع ضمان لدى الاستلام المؤقت للصفقة³

¹ - تنص المادة 184 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقراتها من 1 إلى 4 على مايلي:

- كل مشروع دفتر الشروط أو صفقة أشغال عامة يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار سنتيم 1.000000000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، إذ كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصان نسبة 10 في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة.

- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ثلاثمائة مليون سنتيم 3.000.000.000 دج و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصان نسبة 10 في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة.

- دفتر الشروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون سنتيم 200.000.000 دج و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصان نسبة 10 في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة.

- دفتر الشروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائة مليون سنتيم 100.000.000 دج و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصان نسبة 10 في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة".

² - نص المادة 133 ف 2 من المرسوم 247/15 السالف الذكر .

³ - نص المادة 133 ف 3 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق ب ص ع ت م ع السالف ذكره.

غير أن الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظنين الأولى و الثانية على التوالي من المادة 184 المشار إليها سابقا، يلزم فيها المتعهدين بتقديم كفالة تعهد تفوق واحدا في المائة (1) من مبلغ العرض ، و يجب النص على هذا المطلب في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة وتعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض.¹

ولا تفوتنا الإشارة إلى أنه يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ فيما يتعلق بصفقات الدراسات و الخدمات المذكورة في الفقرة الثانية من نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر عندما ينص دفتر شروط الدعوة للمنافسة على ذلك، كما يمكن أن يعفى المتعامل المتعاقد من تقديمها فيما يخص بعض الصفقات العمومية المشار إليها في الفقرات 2 و 3 و 4 من المادة نفسها، و الفقرة السادسة من المادة 133 من المرسوم نفسه.

-كفالة الضمان:

الواقع أن هذه الكفالة تتعلق بالصفقات التي تنص على أجل الضمان، حيث تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان² كما يمكن أن يتحول اقتطاع حسن التنفيذ فيما يخص صفقات الدراسات و الخدمات إلى اقتطاع ضمان عند الاستلام المؤقت³.

و يسترجع المتعامل المتعاقد هذه الكفالة كليا خلال أجل شهر، يحتسب ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية، حسب ما تنص عليه المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر حيث جاء فيها: "تسترجع كفالة الضمان المذكور في المادة 131 أعلاه، أو اقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين 132 و 133 أعلاه، كليا في مدة شهر واحد، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة"

وفي جميع الأحوال تحرر الكفالات السابق ذكرها حسب نموذج يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية وتتخذ صورة مبالغ مالية يضعها المتعاقد تحت يد المصلحة المتعاقدة بواسطة بنك مختص، حتى تمارس عن طريقها الجزاء المالي عليه، و ذلك ضمن الشروط و الحدود التي أقرها القانون.

-كفالة رد التسبيقات:

علاوة على كفالة التعهد أشار المشرع إلى نوع آخر من الضمانات يسمى كفالة رد التسبيقات" وهي كفالة يقدمها المتعامل المتعاقد مسبقا بقيمة معادلة بإرجاع كل مبلغ يدفع له قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد ويدون مقابل

¹ - نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق ب ص ع ت م ع السالف ذكره

² -نص المادة 131 من ذات المرسوم.

³ -نص المادة 132 فقرة 2 من ذات المرسوم .

التفويض المادي للخدمة، و يشترط أن تكون صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعاملين الوطنيين، بينما يجب أن تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري وأن يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى إذا تعلق الأمر بالمتعاملين المتعاقدين الأجانب.¹

خامسا : الالتزام بضمان سلامة الأشغال المنجزة

يبقى المتعامل الاقتصادي (المقاول) دائما مسؤولا عن الأعمال والأشغال التي قام بإنجازها أثناء مدة الضمان ، وكل عيب يظهر فيها يتم إصلاحه من طرفه وعلى نفقته ، و في حالة رفضه القيام بذلك ، تتولى المصلحة المتعاقدة أي صاحبة المشروع إصلاحه على نفقته ، حيث تقتضي المادة 554 من القانون المدني على أن يكون المهندس المعماري والمقاول مسؤولان عن الأضرار الناتجة عن التهدم الكلي أو الجزئي لما شيدها من مباني أو منشآت ثابتة وذلك خلال مدة 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للعمل.

و في هذا الصدد يرى الدكتور عبد اللطيف الشدادي أنه تتمثل المسؤولية العشرية للمقاول و المهندس المعماري في الجانبين العقدي و التقصيري، فتكون عقدية متى كانت الأضرار التي أصابت البناءات و المنشآت جراء الأخطار التي تسبب فيها كل من المقاول و المهندس المعماري ناتجة عن إخلالهما بالتزاماتها العقدية ، و تكون تقصيرية متى كانت تلك الأضرار مصدرها العمل التقصيري الصادر عن المهنيين المشار إليهم، بسبب خرقهم للتزاماتهم القانونية.²

إضافة إلى الالتزامات السابق ذكرها ، يلتزم المقاول بعدة التزامات أخرى تجد أساسها في دفتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة البناء و الأشغال العمومية و النقل ، حيث يجب على المقاول أن يختار محل إقامة يكون مجاورا للأشغال و يعلم بذلك المهندس الرئيس وفي حالة عدم الامتثال لهذا الالتزام في أجل 15 يوم ابتداء من تبليغه توقيع الصفقة ، تكون جميع التبليغات المتعلقة بمقاولته صحيحة إذا أبلغت إلى مكتب البلدية المعين لهذا الغرض في دفتر الشروط الخصوصية، وإذا كانت الأشغال المنفذة واقعة في منطقة بلدية واحدة ولم يجر تعيين أية بلدية في دفتر الشروط الخصوصية فتكون التبليغات صحيحة إذا أجريت في مكتب بلدية المكان الذي تقع فيه الأشغال.³

¹ - نص المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

² - عبد اللطيف الشدادي، مرجع سابق، ص 361، 362 .

³ - المادة 10 ف1 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 السالف ذكره .

وخلال مدة إنجاز الأشغال ، يجب على المقاول أن يكون حاضرا باستمرار في ورش تنفيذ الأشغال ، أو أن يكون ممثلا بممثل كفؤ يحل محله بعد قبول مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ، و دون أن ينجم عن ذلك تأخير أية عملية أو توقف ناشئ عن غياب المقاول ، كما يجب على المقاول أن يتوجه إلى مكاتب المهندسين أو المهندس المعماري و يرافقهم في تجولاتهم كلما طلب منه ذلك .¹

كما يجب على المقاول أن يختار معاونين و رؤساء الورش أو المعامل و العمال أكفاء لتنفيذ الأشغال لمعونه و الحلول محله في تسيير الشغل و قياسه ، كما يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تغييرهم لعصيائهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم ، و يظل المقاول مسؤولا عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها عماله و معاونوه أثناء تنفيذ الأشغال .²

كما يكون المقاول ملزما بجميع الالتزامات المنصوص عليها في نظام العمل و التشريع و النظام الاجتماعي الخاص بموظفي المقاول لا سيما الأنظمة الصحية ، و ضمان العمال و دفع أجورهم و حقوقهم الاجتماعية و سلامة العمال .³

كما يجب على المقاول معرفة الأمكنة المخصصة للورش و كذلك وسائل الوصول إليها و الإلمام بكل الأنظمة الإدارية التي يجب عليه التقيد بها لتنفيذ الأشغال ، وأن يحترم جميع أنظمة و أوامر السلطة المختصة وكذلك عند اللزوم ، الأوامر الخاصة والمحددة من قبل رئيس المؤسسة التي يجري فيها الأشغال، وفي حالة قيام عدة مقاولين بالعمل في نفس الورشة يجوز أن يتضمن دفتر الشروط الخصوصية نصا على كيفية قيام أحد المقاولين أو المنظمة المختارة منه و المقبولة من قبل الإدارة بالتدابير الضرورية لتنسيق الأشغال و حسن نظام الورشة و أمن العمال .

كما يتعين على المقاول التعاقد مع شركة تأمين تضمن تجاه الغير في حالة الحوادث و الأضرار المسببة للغير حين تسيير الأشغال أو تدويرها و يبقى على كل حال مسؤولا عن هذه الأمور .⁴

وهناك التزام آخر متعلق بكتمان السر المهني ، إذا اكتسبت الصفة أو جزءا منها طابعا سريا أو إذا كانت الأشغال واجبة التنفيذ في أماكن اتخذت فيها على الدوام احتياطات خاصة بغية المحافظة على السر أو وقاية النقاط

¹ - المادة 10 ف2 ، 3 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 السالف ذكره

² - المادة 13 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 السالف ذكره

³ - المادة 17 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 السالف ذكره

⁴ - المادة 18 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 السالف ذكره

الحساسة ، تقوم الإدارة بدعوة المرشحين لإعلامهم عن ذلك في مكاتب المصلحة و إطلاعهم على التعليمات المطبقة و المتعلقة بالمحافظة وكتمان السر ، و إذا تجاهل المقاول أو المتعاملون الثانويون الإلتزامات التي أشرنا إليها تطبق عليهم العقوبات التعاقدية المنصوص عليها في نص المادة 18 من دفتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال.¹

و بمجرد توقيع الصفقة يضمن المقاول للدولة جميع المطالبات المتعلقة بالتموينات و الأدوات و الإجراءات والوسائل المستعملة لتنفيذ الأشغال و التي قد ترفع من قبل حمل البراءات و الليسانس و الرسوم و النماذج وعلامات الصنع أو التجارة ، ويرجع إليه عند الاقتضاء للحصول على التنازلات و الترخيصات الضرورية وتحمل عبئ الحقوق و الضرائب و التعويضات المتعلقة بذلك.²

كما يقع على المقاول لزاما تحرير و تنظيف الأمكنة التي وضعتها الإدارة تحت تصرفه و تحرير و تنظيف الأمكنة التي وضعتها الإدارة تحت تصرفه لتنفيذ الأشغال و إعادة الأمكنة إلى حالتها وذلك كله ضمن الآجال المحددة بدفتر الشروط المشتركة أو بدفتر الشروط الخصوصية أو وأمر المصلحة ، وفي حالة عدم تنفيذ كل أو جزء من هذه العمليات فق الشروط المقررة يجوز تلقائيا نقل الآلات والتركيبات والأدوات والأنقاض والفضلات غير المرفوعة بعد انقضاء أجل 20يوما على الإنذار الذي يوجهه المهندس الرئيس، إلى المستودع و بحسب نوع المنقول، أو إلى مكان التفريغ العمومي على نفقة المقاول و تحت مسؤوليته أو بيعها بالمزاد.³

وفي حالة اكتشاف المقاول لأدوات أو أشياء موجودة و بصورة خاصة الأشياء الفنية وتم العثور عليها أثناء عملية الحفر أو في عمليات الهدم الجارية في الأراضي العائدة للدولة ، فإنه يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري فور الاكتشاف.⁴

¹ - المادة 18 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 السالف ذكره

² - المادة 20 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 السالف ذكره

⁴ - المادة 24 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 السالف ذكره

الفصل الثاني:

المنازعات الناشئة عن صفقات الأشغال

تلتزم المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية بصفة عامة بإتباع مبادئ الشرعية والتي حرص المشرع الجزائري وأكد على ضرورة احترامها على طول مراحل و إجراءات إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية إلى غاية نهايتها، سواء في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أو في القانون رقم 01/06 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك لحماية حقوق المتعهدين والمتعاملين الاقتصاديين معها وحياتهم، بحيث تقف حاجزا أمام تجاوزات السلطة العامة، إلا أنه عند خرق تلك المبادئ ومخالفة نصوص التشريع، تنشأ نزاعات مختلفة ومتعددة بين كل من المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع وكذا المتعامل الاقتصادي معها، سواء كان ذلك في المرحلة التمهيديّة و التحضيرية لإبرام صفقات الأشغال، كما قد تنشأ نزاعات في مرحلة تنفيذها، عندما يتعلق الأمر بالإخلال بالالتزامات التعاقدية سواء من طرف المصلحة المتعاقدة أو المتعامل الاقتصادي على حد سواء، وقد يكون مرد هذه النزاعات ظروف خارجة عن إرادة طرفي الصفقة كما لو تعلق الأمر بحدوث ظروف طارئة أو قوة قاهرة أو صعوبات مادية غير متوقعة من شأنها أن تجعل من تنفيذ الصفقة مرهقا أو مستحيلا، الأمر الذي يؤدي إلى نزاعات بين طرفي صفقة الأشغال .

ولتوضيح مختلف المنازعات المشار إليها آنفا، ارتأينا تقسيمها إلى منازعات ناشئة في مرحلة إبرام صفقة الأشغال (المبحث الأول)، ومنازعات ناشئة في مرحلة تنفيذها (المبحث الثاني)

المبحث الأول: المنازعات الناشئة عن إبرام صفقة الأشغال

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية يكمن في تحقيق المصلحة والمنفعة العامة، وباعتبار الصفقات العمومية من أهم الوسائل التي تمكن الإدارة من إنجاز مختلف الأشغال من أجل تحقيق المشاريع المراد إنجازها . وللصفقة العمومية للأشغال أهمية كبيرة في تجسيد هذه المشاريع البرامج و ذلك عن طريق تدخل الدولة بوضع مبالغ مالية معتبرة، الأمر الذي يحتم على الإدارة أثناء قيامها بالتعاقد أن تبحث على الطرف الأكثر كفاءة، والذي يقدم لها أحسن وأفضل العروض وذلك حتى تتأكد الدولة من الاستجابة للأهداف المسطرة هذا من جهة ومن جهة أخرى احترام الإدارة لأهم المبادئ الأساسية في عقد الصفقة العمومية، وهي احترام الشفافية والمنافسة والمساواة بين المترشحين¹ ، وكذا احترامها للأساليب والمعايير التي وضعها المشرع الجزائري وألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة الأخذ بها و احترامها عند اختيارها للمتعاقد المتعاقد معها .

كما نجد أن المشرع الجزائري نص على ضرورة احترام ومراعاة المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشكل عام بما فيها صفقات الأشغال وذلك من خلال جميع المراسيم المتلاحقة المتضمنة الصفقات العمومية وصولاً إلى المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الساري المفعول، إذ نصت المادة 05 منه على أنه: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات ، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم ."

وكما نجد أيضا أن القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته²، قد تبنى في المادة 9 منه على هذه القاعدة ألا وهي ضرورة احترام إجراءات و مبادئ إبرام الصفقات العمومية، حيث نصت على أنه:"يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على احترام قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة و على معايير موضوعية في اختيار المتعاقد مع الإدارة"، و أي إخلال بهذه المبادئ يؤدي إلى نشوء منازعات، ومن هنا تظهر منازعات الصفقات العمومية للأشغال المتعلقة بالإبرام .

و في هذا الصدد نجد أن عملية إبرام صفقة الأشغال التي تنتج باختيار المتعاقد تعتبر المجال الذي تكثر فيه الممارسات المنافية للمبادئ المذكورة آنفا، فكل إخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في

¹ - زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2013، ص 13.

² - القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج.ر عدد 16 لسنة 2006 المعدل و المتمم بموجب الأمر 05/10 المؤرخ في 26 غشت 2010، ج.ر، عدد 50 لسنة 2010، المعدل بموجب القانون رقم 15/11 المؤرخ في غشت سنة 2011، ج.ر، عدد 44 الصادرة في 10 غشت لسنة 2011.

مجال الصفقات العمومية بصفة عامة ، يؤدي لا محالة إلى إخراج الصفقة عن إطارها القانوني و يجعل منها صفقة مشبوهة ومخالفة للتشريع و التنظيم المعمول به.

وعليه فإن المنازعات الناشئة عند إبرام صفقات الأشغال تتمثل بشكل عام في مخالفة المبادئ التي تقوم عليها صفقات الأشغال (**المطلب الأول**) كما هنالك منازعات ناشئة عن عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بإبرام صفقة الأشغال (**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول: المنازعات الناشئة عن مخالفة مبادئ صفقة الأشغال

تحكم عملية إبرام صفقات الأشغال، مجموعة من المبادئ الأساسية المتداخلة فيما بينها ، و المتمثلة في مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية و مبدأ المساواة و مبدأ الشفافية المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام السالفة الذكر .

هذه الأخيرة، تلعب دورا مهما في عملية اختيار العون الاقتصادي ، فهي تعتبر بمثابة المرآة العاكسة لمدى شرعية جميع الإجراءات التي تقوم بها وتتخذها المصلحة المتعاقدة على مدى طيلة مراحل حياة صفقة الأشغال ابتداء من فتح باب المنافسة للصفقة إلى غاية تنفيذها، وبالتالي فإن كل مخالفة لهذا المبادئ المذكورة أعلاه ، تنشأ عنها نزاعات تتيح للطرف المتضرر في عملية التعاقد، اللجوء إلى الوسائل القانونية من أجل حماية حقوقه .

وعلى هذا الأساس، سنتناول مختلف المنازعات الناشئة عن مخالفة هذه المبادئ فيما يلي:

- مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين في الفرع الأول ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى دراسة مبدأ شفافية الإجراءات من خلال الفرع الثاني من هذه الدراسة .

الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي و المساواة بين المترشحين

سبب إدراجنا للمبدأين ضمن عنصر مشترك هو الارتباط الوثيق والتداخل الحاصل بين المبدأين، و لإبراز تجليات هذا التداخل سنتناول تعريف كل من مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي (أولا) ومبدأ المساواة(ثانيا) لتظهر لنا مواطن التداخل و الترابط بين المبدأين وهو ما سنوضحه وفق مايلي:

أولا : مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي (مبدأ المنافسة)

يعد مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشرع على تكريسها سواء من خلال ق ص ع ت م ع وذلك من خلال المادة 5 منه السالفة الذكر وكذا من خلال قانون المنافسة رقم 03/03 المعدل و المتمم وذلك من خلال نص 2 منه، وكذا نص المادة 40 من ق ص ع ت م ع التي تنص على أن "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة متعهدين متنافسين....."

وكذلك المادة 78 من نفس القانون التي تشترط احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة¹ ، ولإبراز أوجه النزاعات التي يثيرها الإخلال بهذا المبدأ وجب علينا أولاً تعريفه (أ) ثم نتطرق إلى المنازعات الناتجة عن الإخلال به (ب) .

1- تعريفه مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي (مبدأ المنافسة)

يقصد بحرية المنافسة هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة التي تضعها المصلحة المتعاقدة وتحددها مسبقاً ، بمعنى أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين إذ أنها ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدتها ، وقد جاء هذا تماشياً مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة ، وينكرس هذا المبدأ تم توسيع نطاق المنافسة لتشمل كل المجالات الاقتصادية.²

يجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الفرنسي ، الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري ، وفي هذا المقام نذكر ما أقرت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 التي بينت مغزى هذا المبدأ بقولها: "إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاماً أو خاصاً..."³

لقد أصبح مبدأ المنافسة أحد الركائز الأساسية لنجاح الطلبات العمومية وذلك نظراً لما تثيره المنافسة من تعدد العروض وتنوع في الخيارات وبالتالي السعي لتقديم الأفضل من قبل الآخرين ، بما تسمح للإدارات العامة باستخدام الموارد العمومية استخداماً عقلانياً ورشيداً ، ويضفي على طلباتها قدراً من الشفافية والنزاهة .

بالتالي يتمثل مؤدى هذا المبدأ أن لكل عون اقتصادي تتوفر فيه الشروط المطلوبة الحق في المشاركة في أية صفقة تنظمها الإدارات والمؤسسات العمومية ، ما لم يكن محل إقصاء ، طبقاً للأحكام التنظيمية المتعلقة بحالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية ضمن تنظيم الصفقات العمومية ساري المفعول .

ومن هنا يتضح جلياً أن هذا المبدأ يندرج ضمن التدابير الرامية إلى وضع إطار أكثر دقة للطلبات العمومية من جهة ، كما يسمح من جهة ثانية بالانفتاح بشكل أكثر نجاعة على المنافسة ، حيث يترجم هذا المبدأ بأن لا يتم إبعاد أي من المترشحين للطلبات العمومية على أسس غير تلك المنصوص عليها ضمن تنظيم الصفقات العمومية ، كما

¹ - تنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه : "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها ، مرتبطة بموضوع الصفقة و غير تمييزية ، مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة..."

² - تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون ، جامعة مولود معمري - تيزي وزو

- كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2013 ، ص 62 .

³ - نفس المرجع ، ص 62 ، 63 .

يترجم أيضا بمنع إقصاء أي من المترشحين الذين لا تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها ضمن ذات النصوص التنظيمية، فضلا على منع وضع قواعد تمييزية مسبقة أو عراقيل من شأنها الوصول إلى تفضيل مرشح معين للطلبات العمومية.¹ ، أو أن تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية² وبالتالي يجب أن لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر، وإضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض الآخر والحكمة من تطبيق هذا المبدأ أي مبدأ المساواة بين المتنافسين هو ضمان الصلاحية والكفاءة وهذا ما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة و إضفاء الشفافية على الصفقة³ ، فضلا عن ذلك قد أثبتت الدراسات أن للمنافسة فوائد عدة سواء بالنسبة للسوق أو للعارضين ولها أيضا فائدة بالنسبة للإدارة المتعاقدة⁴ .

2- المنازعات الناشئة عن الإخلال به:

تنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر على ضرورة الالتزام باحترام القواعد المتعلقة بالمنافسة ، وبذلك، فإن كل إخلال سواء واقع على مبدأ حرية المنافسة على مستوى جميع مراحل عملية إبرام الصفقة، يتيح للمتضرر ممارسة الوسائل المتاحة له قانونيا لحماية حقوقه أمام الجهات المختصة.

أ- وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي:

يعد وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب البقية انتهاك صارخ لقواعد المنافسة و على هذا الأساس اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات للصفقة عند الإعلان عنها بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذواتهم ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة ، وكذا عدم التحديد الدقيق للوثائق المطلوبة بخصوص الدعوة للمنافسة⁵ .

كما قد تنشأ منازعات عن الإخلال بمبدأ حرية الوصول للطلب العمومي وذلك من خلال:

¹ - تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية -دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون عام ، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017-2018 ، ص ص 161، 162 .

² -NICINSKI Sophie,BINCZAK Pascal, Q C M,droit administratif des biens.Gualino éditeur ,Paris,2001.p103.

³ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010، مرجع سابق ،ص 63 .

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، جسور للنشر و التوزيع، 2017 ، ص 79 .

⁵ - رراقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسيدي بلعباس، سنة 2013-2014 ،ص 232.

ب- اختيار المصلحة المتعاقدة لإجراء إبرام غير مناسب:

لقد حدد المشرع الجزائري طرق إبرام الصفقات العمومية وذلك من المواد 39 إلى 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقوله: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يعد القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي".¹

ونستخلص من خلال هذه المادة أن المشرع جعل طلب العروض بأشكاله هي القاعدة العامة بما يكفل به حق المشاركة لكل المترشحين، إذ تغل يد الإدارة في اختيار التعامل المتعاقد معها، فقد قيدها بإتباع مجموعة من الإجراءات التي تؤدي في مجملها لفقد حريتها في اختيار المتعاقد معها لأسباب موضوعية، ويؤدي هذا الأسلوب إلى تكريس المنافسة الحقيقية وإبعاد الصفقات عن المعاملات المشبوهة وتفضيل عارض عن عارض آخر.² وبالتالي جاء تحديد طرق الإبرام وفق شروط قانونية ملزمة لا يجوز لخروج عنها، وعليه فإن استخدام الإدارة لأحد الطرق في غير موضعه يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة، كأن يتم اللجوء إلى أسلوب التراضي في غير الحالات المنصوص عليها حصرا في المادتين 49 (الخاصة بإجراء التراضي البسيط) و 51 (الخاصة بإجراء التراضي بعد الاستشارة)، وهذا ما يؤدي إلى نشوب نزاعات بين طرفي الصفقة مما يفتح المجال للطرف المتضرر للاحتجاج أمام الجهات المختصة للمطالبة بحقوقه.

ج - الإخلال بمعايير اختيار التعامل المتعاقد

لقد ضبط المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن ق ص ع ت م ع معايير اختيار المتعاقد مع الإدارة فجاءت المواد من 53 إلى 58 من ذات المرسوم، لتؤكد على ضرورة التأكد من مؤهلات المترشحين وكذا المادة 78 جاءت لتؤكد على المزايا الاقتصادية التي يجب على المصلحة المتعاقدة اعتمادها لاختيار أحسن عرض.³

¹ - نص المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15/247 السالفة الذكر .

² - بن سالم خيرة، نحو ترشيح النفقات و تعزيز مبادئ عقود الصفقات قراءة في مرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام،

مقالة منشورة في مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 01، أبريل 2018، ص38.

³ - تنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15/247 السالف الذكر، على أنه: "يجب أن تكون معايير اختيار التعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة و غير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوى للمنافسة، ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية:

1/ إما على عدم معايير، من بينها:

النوعية،

أجال التنفيذ و التسليم،

السعر و الكلفة الإجمالية للاقتناء و الاستعمال،

الطابع الجمالي و الوظيفي،

النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي، لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل و المعوقين و النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة،

القيمة التقنية،

= الخدمة بعد البيع و المساعدة التقنية،

شروط التمويل، عند الاقتضاء، و تقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية .

و يمكن أن تستخدم معايير أخرى، بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوى للمنافسة .

لأن هذه المرحلة تعتبر من أهم وأخطر المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية حيث أن التسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني والأحسن، والهدف من وضع قواعد اختيار المتعامل المتعاقد هو تمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض خاصة من الناحية الفنية والمالية و الاقتصادية لاختيار أكفأ المتقدمين لتنفيذ الصفقة، ويتحقق ذلك من خلال تطبيق مبادئ العقلانية والشفافية، وتكافؤ الفرص وتحقيق المساواة وحرية المنافسة، ضمانا للتسيير الفعال وتحسين نوعية الخدمة العمومية المقدمة من طرف المرفق العام.¹

فعدم تقيد الإدارة بهذه المعايير يؤدي حتما إلى خرق مبدأ المنافسة، كما يحظر كل تفاوض للمصلحة المتعاقدة مع المتعهدين بعد فتح الأطرمة وأثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد وذلك وفق ما نصت عليه المادة 80 من نفس القانون.²

وفي سبيل ضمان الاختيار الموفق لأفضل العروض، فإن المصلحة المتعاقدة لا يمكن أن تخصص الصفقة إلا لمؤسسة قادرة على تنفيذها طبقا للمادة 53 من المرسوم 247/15 السالف الذكر، ولا يتسنى لها التأكد من هذه القدرة إلا بالتأكد من القدرات المالية والتقنية والتجارية للمتعاقد، حيث تقوم هذه الأخيرة بالاستعلام عن قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية طبقا للمادة 54 من المرسوم المذكور أعلاه، وقد ألزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بتحديد معايير اختيار المتعاقد معها ووزن كل منها في دفتر الشروط الخاصة بالصفقة، وذلك لسد الطريق أمام المصلحة المتعاقدة أمام أي تلاعب في اختيارها للمتعاقد معها.³

وعليه فإن ثبت عدم التزام المصلحة المتعاقدة بمعايير الاختيار المحددة قانونا كان ذلك خرق صارخ و خطير لمبدأ المنافسة، وكذا تلك المعايير المعتمدة في المادة 72 من هذا المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

د - الإقصاء والاستبعاد من الصفقة دون وجه حق:

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

لا يمكن أن تكون قدرات المؤسسة موضوع معيار إختيار، وتطبق نفس القاعدة على المناولة .

يمكن أن تكون الوسائل البشرية و المادية و الموضوعية تحت تصرف المشروع موضوع معايير إختيار.

في إطار الصفقات العمومية للدراسات، يستند إختيار المتعاملين المتعاقدين أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات ."

¹ -خلاف صليحة، مرجع سابق، 47.

² في هذا الشأن تنص المادة 80 من المرسوم 247/15 على أنه: "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض، ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط .

غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة، للسماح بمقارنة العروض، ان تطلب من المتعهدين كتابيا توضيح وتفصيل فحوى عروضهم، ولكن لا يمكن بأي حال من

الأحوال، أن يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه أو التأثير في المنافسة .

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد منح الصفقة وبعد موافقة حائز الصفقة، أن تضبط الصفقة و تحسن عرضه، غير انه لا يمكن بأي حال من الأحوال، لهذه العملية أن تعيد النظر في شروط المنافسة."

³ - نجاة طباع، تكريس مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام، الملتقى الوطني السادس "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال"، جامعة المدينة، يوم 20/05/2013 .

يتم حرمان المترشح من المشاركة في تقديم العطاء لأسباب حصرها المشرع في نص المادة 75 من المرسوم المتضمن ق ص ع ت م ع ، و بالتالي فإذا تعسفت المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها في الإقصاء أو الاستبعاد كأن تقوم بحرمان أحد المتعهدين من المشاركة في صفقات الأشغال، على وجه غير شرعي و بدون وجه حق ولا سند قانوني، خارج الأسباب المنصوص عليها في المادة 75 السالفة الذكر ، يعتبر دليلاً سافراً وخرقاً لمبدأ المنافسة ، ويتولد عنه نشوء نزاعات .

ثانياً: مبدأ المساواة بين المترشحين

يعتبر مبدأ المساواة من ضمن المبادئ التي أكد المشرع الجزائري سواء من خلال ق ص ع ت م ع وكذا من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 01/06 المعدل و المتمم سالف الذكر على ضرورة احترامه و الالتزام به، غير أنه قد تنتج عن مخالفته نزاعات بين الأطراف المتعاقدة ، وهو ما يتطلب منا تعريفه أولاً من أجل إيضاح مفهوم مبدأ المساواة بصفة عامة، ومفهومه كمبدأ أساسي يحكم الصفقات العمومية ، لنبرز بعد ذلك المنازعات التي يمكن أن تنشأ عند الإخلال به وذلك وفق ما يلي:

1- تعريف مبدأ المساواة :

تخضع الحقوق والحريات العامة جميعاً لمبدأ المساواة، و الذي يمثل حجر زاوية في كل تنظيم ديمقراطي وقد حرصت الدساتير¹، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق الدستورية في وقتنا الحاضر على التأكيد بأن الأفراد جميعاً متساوون دون تمييز على أساس الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة².

يعتبر مبدأ المساواة المبدأ الأساسي الذي يحكم القانون بصفة عامة، و مؤداه عدم جواز التمييز بين المواطنين على أي أساس كان، و ينبغي من خلاله أن يعامل الجميع على قدم المساواة بعضهم لبعض وأن يعطي القانون حظوظاً متساوية لجميع المترشحين، ولهذا فإن المساواة أمام الإدارة و المرفق العمومي ليس إلا نتيجة على المستوى الإداري للمبدأ العام المتمثل في المساواة أمام القانون، ويقصد بالمساواة أمام المرفق العمومي التزام هذا الأخير بتقديم خدماته للمنتفعين دون تمييز لا مبرر له، الأمر الذي يفرض على الإدارة العامة احترام هذا المبدأ أثناء إبرام الصفقات العمومية .

¹ - قد عرف مبدأ المساواة كمبدأ عام ذات قيمة دستورية، فقد وجد مكانه في كل من الدستور الفرنسي لسنة 1946 ومن بعده الدستور لسنة 1958، ونصت عليه المادة 40 من دستور 1971 المصري ، ونصت عليه المادة 14 من الدستور العراقي لسنة 2005 ، و نص عليه الدستور الجزائري لسنة 1996 في المادة 29 منه ، وكذا دستور 2016 الجزائري في المادة 32 منه .

² - قاصدي فايزة، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية، مجلة المعيار، العدد الأول، المجلد السادس، 2015 ص 343 .

فمبدأ المساواة، عدم التمييز ، تكافؤ الفرص والعدل، مصطلحات وأن اختلفت في لفظها إلا أنها تؤدي جميعا معنى واحد و مشترك هو أنه"من حق كل شخص توافرت فيه الشروط التي تتطلبها القواعد القانونية المقررة أن يستفيد من الحقوق والخدمات التي ترتبها هذه القواعد في حالة توافر هذه الشروط " ما يعني أن المساواة تستند على معنى إيجابي قوامه التماثل بين الأفراد عند تساوي مراكزهم القانونية، أما التمييز فهو خلافا للمساواة يدور حول معنى سلبي مؤداه عدم المساواة في المعاملة و في الفرص¹ .

كما أن المساواة في التعامل أمام القانون هو مبدأ من المبادئ العامة للقانون، ويعني أن كل شخص طبيعي أو معنوي يجب أن يعامل بنفس الطريقة التي يعامل بها شخص آخر يوجد في الوضعية ذاتها أما عمليا يعني ذلك أن كل مقابلة مساوية للأخرى وليس هناك أي تفضيل لإحدهما عن الأخرى، فتنظيم الصفقات العمومية كرس مبدأ التساوي في الولوج إلى الطلبات العمومية بهدف ضمان الشفافية والمنافسة، لذلك يجب أن تلتزم الإدارة العامة بمبدأ المساواة عند إبرامها للصفقة العمومية فالشخص العام لا يجب أن يفضل بعض المقاولات عن غيرها بأن يقدم لها معلومات أو يمنح لها حرية التصرف والتعديل كما يقضي المبدأ إلزام صاحب المشروع بعدم التمييز في اختياره للمتعاقد، أي عدم محاباة أي مترشح على حساب مترشح آخر²، ومنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز إجرائية أو واقعية³ .

كما يقتضي مبدأ المساواة بين المتنافسين على أن يكون التعاقد مع الإدارة مفتوحا لكل الراغبين في التقدم من الأشخاص الذي تشابهت مراكزهم القانونية، ولا نكتفي بهذا الصدد بالمساواة بين الأشخاص المتقدمين في الجانب القانوني فقط ، بل بالإضافة لذلك يشترط أن تكون مساواة فعلية عند التعامل معهم ، لذا يجب على الإدارة أن تراعي المساواة بين جميع الراغبين بالتعاقد، بمعنى كل من يملك الحق قانونا أن يتقدم إلى المناقصات العامة ، له الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين، وليس للإدارة أن تقدم على أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين⁴ .

غير أنه قد ترد إستثناءات على هذا المبدأ وتتمثل في:

¹ - خلاف صليحة ،مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2012-2013 ص11، 12 .

² - نفس المرجع ،،ص 13 .

³ - NICINSKI sophie; BINCZAK pascal CM. Droit administratif des biens ,op.cit ,2001,p103

⁴ -ريم علي إحسان محمد الغزوي، وسائل إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط2014، 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،ص89

-الاستبعاد لعدم مطابقة شروط ومواصفات أو مؤهلات الصفقة:

تتعلق بما يفرضه المشرع من شروط ومؤهلات محددة يرى وجوب توافرها فيمن يتقدمون بطلبات العروض، نظرا لارتباط الصفقات العمومية بالمصلحة العامة و بالتالي يكون من واجب الإدارة من جهة أن تتأكد مقدما من صلاحية المتنافسين للمشاركة في طلبات العروض ، ومن جهة ثانية حتى لا تتعاقد مع بعض المتنافسين الذين لا تتوافر فيهم الكفاءات والمؤهلات المطلوبة فتتضرر المصلحة العامة.¹

كما أنه من حق المصلحة المتعاقدة أن تقرض بعض الشروط الخاصة بالمنافسة خاصة ما تعلق بالقدرة المالية و الفنية ، بالتالي لها الحق في استبعاد الأفراد الذين يثبت عدم مقدرتهم الفنية والمالية لأداء الأعمال المطروحة في المناقصة²، وهو ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والرعي³ والاستبعاد من الصفقة فيكون بإخراج عطاء بعينه من دائرة المنافسة بعد استلامه، لعدم مطابقته للمواصفات التقنية أو لعدم توقيعه من صاحبه... الخ أو إذا اتضح أن العرض المالي المختار منخفض بشكل غير عادي، فإذا تعسفت الإدارة في إستعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء إلى القضاء الإستعجالي.⁴

وفي هذا السياق نجد أن تنظيم ق ص ع ت م ع لم يرد فيه مصطلح قرار الاستبعاد مطلقا، غير أنه يمكن أن نستشفه من نص المادة 72 من المرسوم 15-247 المتعلق بتنظيم ق ص ع ت م ع بنصها على " ...تقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط ... "

-استبعاد العرض لدواعي المصلحة العامة:

وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15/247 التي جاء فيها على أنه "يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا أثبتت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت ". ويجب أن يبين في هذه الحالة حق رفض عرض من هذا النوع كما ينبغي دفتر شروط المناقصة. " كما قد تلجا المصلحة المتعاقدة إلى استبعاد العرض لدواعي المصلحة العامة.

¹ - باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، المرجع السابق، ص98.

² - تياب نادية ، مرجع سابق، ص68.

³ - وهو ما حدث على سبيل المثال في الإعلان عن المناقصة الذي قامت به مديرية الشباب و الرياضة لولاية تيزي وزو ، قصد إنجاز ملعب متعدد الرياضات يتسع لـ 50.000 مقعد مغطى و ملحقاته، إذ وجه الإعلان إلى المؤسسات أو جمع المؤسسات التي تملك شهادة التأهيل و التصنيف المهنيين بصنف 8 أو أكثر ذي النشاط الرئيسي في البناء و النشاط الثانوي في الأشغال العمومية ، وقامت بإنجاز على الأقل مشروع مماثل (ملعب 40.000 مقعد مغطى)، وأوردته د.تياب نادية، مرجع سابق، ص69.

⁴ - بومقورة سلوى _ رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير ،جامعة عنابة ، 2008 ، ص115.

-قرار الحرمان من دخول الصفقة:

لقد خول تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من دخول الصفقة العمومية ولو توفرت في عطاءه كافة الشروط المتطلبية إذا كان الحرمان مستندا إلى نص قانوني و يتخذ شكلين وهما:
الحرمان الوقائي:

و يكون الهدف منه تفادي التحيز والمجاملة في اختيار المتعاقد على أسس موضوعية سليمة¹، كما أنه يتقرر لحماية المصلحة العامة من دون أي يكون فيه معنى الجزاء²، فهو حرمان يقرره القانون بمنع فئات معينة من المشاركة في الصفقات العمومية حماية للمصلحة العامة، ومن تطبيقاته منع موظفي الإدارة من تقديم عروض في إطار الصفقات العمومية، وذلك تجنباً لتعارض المصالح، حيث أن الجمع بين صفة المتعاقد مع الإدارة وصفة الموظف العام قد يكون في غير صالح المرفق المتعاقد، لأنه في حالة السماح للموظف بالتعاقد مع الإدارة، سيمارس تأثيراً واضحاً على إبرام العقد وعلى تنفيذه، فضلاً عن كون الموظف العام على دراية سابقة بأمور الإدارة، ومطلعاً على تقنياتها وأساليبها مما يخلق نوعاً من التفضيل على حساب بقية المشاركين في الصفقة من غير الموظفين³.

وغالباً ما تقرر التشريعات حرمان الموظفين العموميين وأعضاء المجالس النيابية والمجالس المحلية من المشاركة في الصفقات العمومية، وذلك درءاً لشبهة المحاباة من جهة الإدارة، وهو ما تضمنه قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 19 لسنة 1988 في مادته 39 التي تحضر على فئات معينة التقدم بالذات أو بالوساطة بعطاءات أو عروض للجهات العاملين بها، وذلك لتفادي التحيز والمجاملة في اختيار المتعاقد وبالتالي ضمان شفافية الصفقة⁴ غير أننا لا نعثر على أي نص قانوني في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري يتكلم عن هذا الشكل من الإقصاء، إذ أنه لا يمكن تصور تقدم الوالي بصفقة إلى البلدية.

الحرمان الجزئي: ويقصد به الإقصاء من المشاركة في شكل عقوبات ثانوية⁵، يتم توقيعه على المتعاملين الاقتصاديين نتيجة إخلالهم ببعض الالتزامات الملقاة على عاتقهم⁶، وهذا الشكل من الحرمان نص عليه المشرع

¹ - خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 50.

² - عارف صالح مخلف و علي مخلف حماد" مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة" مجلة الإيثار للعلوم القانونية و السياسية، بغداد، العدد 5، سنة 2005 ص263.

³ - مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري -دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2005، ص 554.

⁴ - بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013-2014، ص 133

⁵ - خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 51.

⁶ - عارف صالح مخلف و علي مخلف حماد، مرجع سابق، ص 262.

الجزائري من خلال نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه يقضى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون :

الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجل صلاحية العروض حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71،74 أعلاه.

الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

الذين كانوا محل حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية و شبه الجبائية.

الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحساب شركاتهم .

الذين قاموا بتصريح كاذب.

المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع.

المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم.

المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية و الجمارك و التجارة .

الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل الضمان الاجتماعي.

الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم

توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

يتضح لنا من خلال ما سبق أن قرار الحرمان من دخول الصفقة يختلف عن قرار الاستبعاد ، كون أن هذا

الأخير يأتي بعد قبول دخول الشخص للصفقة العمومية ثم يستبعد لأحد الأسباب السابق بيانها بينما لا يمنح

الشخص فرصة دخول الصفقة العمومية أصلا في حالة صدور قرار بحرمانه من دخولها.

*تخصيص هامش الأفضلية الوطنية :

إن إعطاء أفضلية للمنتوج الوطني لا يتفق ومبدأي المنافسة والمساواة ،ولكن بالرغم من ذلك حاول المشرع الجزائري

التوفيق بين مبدأ حرية المنافسة والمساواة و حماية المنتوج الوطني، ولقد نص المشرع على الحماية بالنسبة للمنتوج

الوطني في مختلف النصوص القانونية المتعاقبة للصفقات العمومية ، وهو ما كرسه أيضا في المرسوم الرئاسي

236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى في المادة 23 منه ، وأكد عليه من جديد من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق ص ع ت م ع الساري المفعول فخصص للمنتوج الوطني عامل إضافي في التقييم بعنوان هامش الأفضلية ، فجاء القسم السابع من الفصل الثالث بعنوان : "ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج " ، وذلك ما نستشفه من خلال نص المادة 83 منه التي نصت على أنه:

"منح هامش الأفضلية للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و أو/ للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بنسبة 25 % ، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 من هذا المرسوم ¹ ، والقرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 هو الذي يحدد كيفية تطبيق هامش الأفضلية ² .

والهدف طبعاً من هذا التحفيز هو أن تكون الفرص متكافئة بين المتعامل والمتعامل الأجنبي ، و أيضاً من باب تشجيع الإستثمارات الوطنية ومساعدتها على إثبات وجودها في المجال الاقتصادي، و يأتي هذا التوجه انسجاماً مع قانون المالية التكميلي 2009، وهو إجراء قديم و معتمد في عديد النظم القانونية³.

تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة و المتوسطة :

من باب تشجيع هذا النوع من المؤسسات لإثبات وجودها أيضاً في المجال الاقتصادي رغم قلة إمكانياتها ، و ربما تجربتها ، حمل المرسوم بعض التحفيزات لهذه المؤسسات ⁴ ، وهو ما أكدته المادة 85 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، عندما نصت على مراعاة إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ولا سيما منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة و أجال الإنجاز ، ⁵ وما أورده أيضاً المادة 87 من نفس المرسوم في فقرتها الأخيرة عندما ألزمت المصلحة المتعاقدة أن لا تشترط على المؤسسات المصغرة المنشأة حديثاً التي لا يمكنها أن تقدم ، على الأقل حصيلة السنة الأولى من وجودها ، و يكفي أن تقدم وثيقة من البنك أو الهيئة المالية المعنية تبرر وضعيتها المالية، كما لا تشترط عليها المصلحة المتعاقدة المؤهلات المهنية المماثلة للصفقة المعنية بل تأخذ بعين الاعتبار تلك المثبتة بالشهادات ⁶ .

¹ - المادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالف الذكر .

² - قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و أو/ المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج ر عدد 24، صادر في 20 أبريل 2011.

³ - عبود ميلود ، تيقاوي العربي ، الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 (المفهوم ، المبادئ و الأحكام التشريعية الخاصة بها) مجلة إقتصاديات المال و الأعمال ، العدد السادس ، جوان 2018 ، ص 232

⁴ - نفس المرجع ، ص 233 .

⁵ - نص المادة 85 ف 3 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر .

⁶ - نص المادة 87 الفقرة الأخيرة ، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالف الذكر ..

فلا يجوز طبقاً للأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي للمصالح المتعاقدة ، أن ترفع سقف المنافسة فتضع شروطاً استثنائية، وفي جميع الحالات وفي ما يخص كل المشاريع والعمليات ،لأن مثل هذه الشروط ستؤدي حتماً إلى اختفاء هذا النوع من المؤسسات من الواقع الاقتصادي، لذا فرض المشرع النظر إلى إمكانياتها و ظروفها ،وهو إجراء نباركه لمقاصده النبيلة الهادفة .¹

2-المنازعات الناشئة عن الإخلال بمبدأ المساواة

من مظاهر مخالفة مبدأ المساواة في مراحل إبرام صفقات الأشغال نذكر مايلي:

أ- مخالفة مبدأ المساواة عند إعداد دفتر الشروط:

نظراً لأهمية مسألة الإعداد المسبق لشروط المشاركة في الصفقات العمومية وعلاقتها المباشرة بالمنافسة أكد عليها المشرع في تنظيم الصفقات العمومية ،و كذا في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، ومفاد هذه المرحلة الهامة من حياة الصفقة ، أنه يتعين على الإدارة أن تقوم بإعداد دفاتر الشروط قبل الدعوة إلى إبرام الصفقة حيث تحدد في هذه الدفاتر شروط المشاركة في المنافسة للحصول على الصفقة وقواعد انتقاء المتعامل المتعاقد من بين المترشحين الراغبين في التعاقد معها لتنفيذ الصفقة وهذا حرصاً على الشفافية والوقاية من الوقوع في جرائم المال العام عموماً وجريمة الرشوة والمحاباة خصوصاً.

وحرصاً على قواعد المنافسة، الإدارة تنفرد بصياغتها لهذا الدفتر وعلى المتعاقد معها إما أن يقبلها أو يرفضها ولا مجال للتفاوض في ذلك ، فهي تشبه عقود الإذعان وفقاً لخصائصه المعروفة في القانون المدني، أما الفقه الفرنسي يكتفي على أساس أنها ليست عقود إنما هي عمل شرطي *condition acte* يؤدي إلى إعمال قاعدة عامة على قاعدة خاصة.

ومن باب الشفافية تقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد المعايير التقنية والمالية اللازم توفرها من أجل التعاقد إذ تضبط هذه الدفاتر حقوق وواجبات كل طرف في الصفقة مع حصرها للخدمات الواجب تنفيذها ومواصفاتها بدقة وكل التفاصيل المرتبطة بالصفقة المزمع إبرامها.

وبقدر هذا التنوع في مضمون ومحتويات دفاتر الشروط تنتوع هذه الأخيرة وهذا حسب ترتيب أهميتها وأسبقيتها إلى ثلاثة أنواع متباينة تحين دورياً وتوضح الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية²

وهي تتمثل في :

¹ - عبود ميلود ، تيفايوي العربي ، مرجع سابق ، ص 233 .

² - بن سالم خيرة، مرجع سابق ، ص 36.

دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال والوزام والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي .

-دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوزام أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني،
-دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية¹.

لذلك لا بد أن تلتزم المصلحة المتعاقدة عند إعداد دفتر الشروط بمجموعة من القواعد التي تؤدي إلى احترام مبدأ المساواة في معاملة المترشحين ،حيث يجب أن يحوي دفتر الشروط على أحكام وعبارات لا تؤدي مباشرة أو ضمناً إلى التمييز بين المتعهدين، كأن يشير دفتر الشروط إلى منتج معين يصنع حصرياً في مؤسسة معينة أو بلد معين كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تمتنع على إدخال أي تغيير على شروط ومعايير الانتقاء أو التقييم المعلنة فكل تعديل على دفتر الشروط بعد إشهاره يعد خرقاً لمبدأ المساواة².

ب- مخالفة مبدأ المساواة عند إيداع العروض:

اشتترطت المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن يتم تقديم كل المرشحين لعروضهم في ظرف مقفل يحمل عبارة " لا يفتح" إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض." ، و بالتالي كل ظرف يحمل عبارة أو إشارة ترمز إلى صاحب العرض يؤدي إلى إلغاء العرض المقدم، كما اشتترطت نفس المادة عدم جواز إظهار متعهد إلا مؤهلاته الخاصة ومراجعته المهنية دون سواها ،كما ألزمت المادة 70 من نفس المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، على معاملة المرشحين على قدر المساواة عند فتح الأظرفة التقنية والمالية وذلك بالزامها أن تكون هذه العملية في جلسة علنية وبحضور كافة المتعهدين الذين تم إعلامهم مسبقاً بتاريخ وساعة فتح الأظرفة وكل مخالفة لهذه الشروط تؤدي إلى الإخلال بمبدأي المنافسة المساواة، ويندرج تحت هذه الصورة أيضاً مخالفة الشروط المذكورة في المادتين 63³ و 64⁴ من ذات المرسوم، المتعلقة بوضع دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة

¹ - المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالف الذكر .

² -خلاف صليحة ، مرجع سابق، ص 89.

³ - تنص المادة 63 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط و الوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه ، و يجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المترشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهما المعنيين لذلك ويجب أن يسحب دفتر الشروط ، في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، من طرف الوكيل أو من طرف ممثله المعين لذلك، إلا إذا تم الإتفاق على خلاف ذلك في إتفاقية التجمع . ويمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المترشح الذي يطلبها "

⁴ - تنص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "يحتوي ملف إستشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لاسيما ما يأتي:

64 المذكورة أنفا تحت تصرف المترشحين أوالمتعهدين أو من طرف ممثليهما المعنيين لذلك ،وكذلك مخالفة مضمون التعهدات المنصوص عليها في المادة67 من المرسوم المتضمن ق ص ع ت م ع السالف الذكر .

الفرع الثاني : مبدأ شفافية الإجراءات المتعلقة بصفقة الأشغال

سنحاول التطرق من خلال هذا العنصر إلى تعريف مبدأ الشفافية كمبدأ عام ، لتبيان مكانة هذا المبدأ ومدى أهميته ضمن المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية بمختلف أنواعها (أولا) ، لننتقل في مقام ثاني للكشف عن مختلف المنازعات التي يمكن أن تطاله (ثانيا)

أولا: تعريف مبدأ الشفافية

ظهر مصطلح الشفافية في الثمانينات في العلوم الإدارية، بعدها أستخدم في عدة قوانين لغرض تقريب المواطن من الإدارة، و بعدها انتقل إلى المجال السياسي ثم المجال الاقتصادي، و بعد التسعينات اتسع هذا المصطلح في العقود العامة خاصة عقود الصفقات العمومية¹.

تعتبر الشفافية نقيض السرية وتدل على الإعلان، الوضوح، المصارحة، الحوار وتبادل المعلومات حيث تساهم في تخليق التصرف العمومي ومنه إبرام الصفقات العمومية ،لذلك جعل المنظم الجزائري الشفافية أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، إلا أن ذلك لا يعني أن هذا المبدأ يقتصر فقط على مرحلة إبرام الصفقة وإنما يمتد تطبيقه ليشمل كافة المراحل الخاصة بالصفقة العمومية بدءا من التحضير لها وما يستتبعها من إجراءات وصولا إلى وضعها حيز التنفيذ، فتنفيذ الصفقة وإن كان مبدئيا لا يخضع للشفافية إلا أن هذا لا يمنع من إخضاع مرحلة التنفيذ لبعض القواعد التي تستجيب لمستلزمات الشفافية عند الاقتضاء²، غير أنه يستثنى من ذلك بعض الأمور التي يجب فيها السرية حرصا على المصلحة العامة ،و تتجسد مظاهر السرية في القيمة التقديرية للعملية المطروحة والتي توضع بمعرفة اللجنة المختصة لوضع دفتر الشروط والمواصفات العملية المطروحة و القيمة التقديرية لها بحيث لا يعلم بها إلا أعضاء اللجنة المشار إليها والسلطة المختصة التي اعتمدت دفتر الشروط والمواصفات والقيمة التقديرية ،ثم رئيس وأعضاء لجنة البث بعد ذلك عند فتحهم للظروف المغلقة المودعة به هذه القيمة عند مباشرة إجراءات دراسة العروض المالية لمقدمي العطاءات المقبولة وعروضهم الفنية .

-الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية و إثبات المطابقة، و المقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات ، وكذلك التصاميم و الرسوم و التعليمات الضرورية ،إن إقتضى الأمر ذلك ، الشروط ذات الطابع الإقتصادي و التقني، و الضمانات المالية،حسب الحالة....."

¹ -MANGUE Christine, La portée de l'obligation de La transparence dans les contras publics, Dalloz, paris, 2004, p 609.

² -غنية عباس، الإعلان عن الصفقة كآلية لتكريس مبدأ المنافسة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 29، العدد الأول ، جوان، 2018، ص23 .

والحفاظ على هذه السرية يكفل للجهة الإدارية إمكانية الوصول لسعر أقل وأعلى بقليل من القيمة بحسب الأحوال بما يحقق المصلحة العامة و يحول دون إهدار المال العام، و يترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يشترك في رئاسة أو عضوية لجنة البث من شارك في وضع القيمة التقديرية درءاً لأي شبهة وتجنباً لتسرب هذه القيمة وما يترتب على ذلك من آثار.¹

كما تتجسد مظاهر السرية كاستثناء على مبدأ العلانية في المرسوم الرئاسي 247/15 وذلك من خلال التأكيد على سرية العطاءات التي أكدتها المادة 62 من نفس المرسوم.²

فالشافية في مجال الصفقات العمومية تعتبر بمثابة الضمانة القانونية التي تجعل أصحاب العطاءات يتأكدون أن عمليات اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة قد تمت وفق وسائل مشروعة وقانونية، فالتعامل دون احترام مبدأ الشافية من شأنه أن يخلق أعمال غير مشروعة وغير نزيهة وللشفافية في مجال الصفقات العمومية أهمية كبيرة كونها الضمانة القانونية لحماية المال العام من الهدر والضياع وكشف مختلف التلاعبات والممارسات الغير المشروعة أثناء التعاقد، فهي تخلق مناخاً يصعب أن يستتر وراءه الفساد، كما تسهل كشف التلاعب والتواطؤ وتمنع كل ذي مصلحة من موردين ومقاولين أو أفراد المجتمع أو موظفي جهاز الرقابة أو مؤسسات تمويل، الآلية التي يستطيعون من خلالها أن يتحققوا بأن عملية الشراء واختيار المتعاقد مع الجهة المعنية قد تم في جو من النزاهة والاستقامة ووفق القواعد والمعايير التي عملوا بها مسبقاً.³

وأكد المشرع على مبدأ الشافية من خلال المادة 5 السالفة الذكر من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث أقر بوجود اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز الشافية والعقلانية في تسيير الأموال العمومية طبقاً للقانون.⁴

وإذا كانت الشافية تفيد الوضوح والمصارحة فإن الإعلان هو الوسيلة المثلى لتحقيق ذلك، فعملية الإعلان بما تظهره من معلومات تتعلق بالصفقة العمومية التي تنوي المصلحة المتعاقدة إبرامها تساهم بشكل كبير في إضفاء الطابع الشفاف على الطلب العمومي، فالإعلان ليس فقط مجرد شكلية إجرائية على المصلحة المتعاقدة التقيد بها

¹ - حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 43 وما يليها.

² - تنص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر على أنه: "يجب تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأطرقة و تقييم العروض، وهذا بهدف منح أي تحايل من طرف المتنافسين، بما في ذلك محاولة استبعاد أحد المترشحين من دائرة المنافسة .

³ - حسن عبد الرحيم السيد، الشافية في القواعد و إجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر، دراسة مقارنة مع قانون اليونسترال النموذجي للمشتريات الحكومية، مجلة الشريعة و القانون، العدد التاسع و الثلاثون، يوليو 2009، ص 57.

⁴ - نص المادة 09 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته 01/06 المعدل و المتمم السالف الذكر.

بل يساهم بطابعه الإعلامي في تكريس الشفافية ، لذلك فكل تجاهل للإعلان أو المساس بقواعده من طرف المصلحة المتعاقدة يؤدي لا محال لخرق مبدأ الشفافية.¹

وبالتالي فإن العلنية هي عنصر أساسي لقاعدة الشفافية، وما يجسد هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية وهو عملية الإشهار الصحفي والإلكتروني قصد تمكين المتعهدين و المترشحين من دفتر الشروط الخاص بها ، ويقصد بالعلنية هنا قيام جهة الإدارة الراغبة في التعاقد بالإعلان عن موضوع التعاقد بأسلوب يمكن كل من تنطبق عليه الشروط المطلوبة التقدم بعطاءه² فهي وسيلة إعلام المقاولين والمتعهدين كما تدل على شفافية الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقات العمومية.³

وقد نص المشرع الجزائري على ضرورة اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا من قبل المصلحة المتعاقدة في حالة إبرام صفقات الأشغال⁴، وذلك ضمانا لمبدأي الشفافية والعلنية في مجال إبرام الصفقات العمومية .

كما أكد المشرع الجزائري على ضرورة تضمين الإعلان جملة من البيانات والمعلومات الجوهرية الواجب إيصالها لعلم المتعاملين الاقتصاديين من طرف المصلحة المتعاقدة ، وهذه المعلومات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول الصفة العمومية المراد إبرامها و إنما تشكل الحد الأدنى الذي من خلاله يمكن تكوين فكرة عامة و أولية عن الصفة العمومية.

وفيما يلي سنتطرق إلى البيانات الواجب إدراجها في الإعلان وكذا اللغة المستعملة في مضمون الإعلان:

البيانات الواجب إدراجها في الإعلان:

بالرجوع إلى مختلف النصوص المتعاقبة على تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر نلمس نوعا من الاهتمام بمضمون الإعلان، لكون هذا الأخير على حد تعبير بعض الفقهاء عملة المنافسة في الصفقات العمومية⁵، ورجوعنا إلى المرسوم الرئاسي 247/15 وخاصة المادة 62 منه نجدتها تنص على البيانات الواجب إدراجها في الإعلان وهي تتمثل فيما يلي:

¹ - Aymeric Hourcabie ,Berard_walsh, Ann_charlotte,cécil Fontaine, passation des Marchés publics, sélection et suivi de la procédure- choix des candidats ;préparation de l'exécution ,éditeur du moniteur, Antony ,France 2016,p81 .

² - عبد العزيز منعم خليفة ، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق،ص152.

³ -Laurent Richer ;droit des contrats administratifs ;3eme editio, L.G.d.j,paris ,2002,p369-370.

⁴ - تنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على إلزامية الإشهار الصحفي في الحالات التالية:

"طلب العروض المفتوح ، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة عند الإقتضاء".

⁵ - غنية عباس، مرجع سابق،ص25 .

تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،
 كيفية طلب العروض (طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا، طلب العروض
 المحدود، المسابقة) ،
 شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي ،
 موضوع العملية (أشغال، دراسات، خدمات)،
 قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة، مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،
 مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض،
 مدة صلاحية العروض،
 إلزامية كفالة التعهد عند الاقتضاء،
 تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم
 العروض، و "مراجع طلب العروض"
 ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

كما أكد المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر على أن يحتوي ملف الإستشارة الذي يوضع
 تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة ونصت نفس المادة
 على هذه المعلومات بشكل مفصل¹ .

غير أن المشرع الجزائري لم يكتفي بهذا الحد و إنما كرس مبدأ العلانية من خلال عدة محطات و مراحل في حياة
 الصفقة العمومية من بينها :

التأكيد على ضرورة فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشح أو العروض التقنية والمالية في جلسة علنية، كما تدعو
 المصلحة المتعاقدة كل المترشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة ، حسب الحالة في إعلان المنافسة أو
 عن طريق رسالة موجهة للمترشحين أو المتعهدين المعنيين.²

التأكيد على ضرورة الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها الإعلان³، وكذا الإعلان
 عن عدم الجدوى ، الإعلان عن إلغاء الإجراء، الإعلان عن إلغاء المنح المؤقت للصفقة.⁴

¹ - نص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق ص ع ت م ع السابق ذكره.

² - نص المادة 70 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق ص ع ت م ع السالف ذكره.

³ - نص المادة 65 من نفس المرسوم.

⁴ - نص المادتين 40 و 73 من نفس المرسوم .

كما ألزم المشرع أن يتضمن هذا الإعلان مجموعة من البيانات كإسم و لقب الشخص العارض أو إسم المؤسسة أو الشركة أو المقاوله موضوع الصفقة و سعرها و آجال التنفيذ و بصفة عامة كل المعلومات التي تبرر إختيار الإدارة للفائز المعلن عنه¹.

كما نص المشرع من خلال نص المادة 65 من ذات المرسوم على ضرورة أن ينشر الإعلان في جريدتين وطنيتين باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل موزعتين على المستوى الوطني .

وفي نفس السياق أكدت المادة 09 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، المتعلق بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، على ضرورة علنية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية . ويمكن الهدف الرئيسي من الإشهار في السماح لكل المتعاملين الراغبين في التعامل مع المصلحة المتعاقدة بالعلم بفتح باب المنافسة على صفقة الأشغال، وهذا ما يؤدي بلا شك، إلى جلب عروض متنوعة تسمح للمصلحة المتعاقدة في نهاية المطاف إلى تخصيص الصفقة للمتعاقد الذي يقدم أفضل عرض² .

وينبغي التنويه في هذا الصدد إلى أن المشرع نص على الإعلان على الصفقة عن طريق البوابة الإلكترونية من خلال نص المادة 174 من المرسوم الرئاسي 236/10 الملغى ، وصدر بخصوص ذلك قرار عن وزير المالية بتاريخ 17 نوفمبر 2013 يوضح فيه محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية و كيفية تسييرها و كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية ونشر في الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2014 المؤرخة في 09 أبريل 2014 إذ بينت من خلال نص المادة 02 منه الهدف من البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية والمتمثل في السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وكذا إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية .

أما عن محتوى البوابة فتم التنصيص عليه من خلال نص المادة 3 منه³، أما عن كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة و المتعاملين الاقتصاديين من خلال نص المادة 9 منه¹.

¹ - المادة 65 السابق ذكرها من ق.ص.ع.ت.م.ع .

² - خويضر الطاهر، المبادئ الأساسية المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية في الجزائر في ظل القانون الجديد، مجلة الفكر البرلماني، العدد 27 الجزائر، 2011، ص91

³ - إذ تنص المادة 3 (من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية و كيفية تسييرها و كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية) على أنه :
"تضمن البوابة نشر المعلومات و الوثائق التالية :
-النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية ،
-الاستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية ،
-قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية ،
- قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصبين من المشاركة في الصفقات العمومية،
- البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة و قوائم الصفقات المبرمة أثناء السنة المالية السابقة و كذا أسماء المؤسسات أو تجمعات المؤسسات المستفيدة منها ،
- تقارير المصالح المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية،
- قائمة المؤسسات التي سحبت منها شهادة التصنيف و الكفاءة،

كما نص المشرع كذلك من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 الساري المفعول ، على تأسيس بوابة إلكترونية، يتم تسييرها من طرف الوزارة المكلفة بالمالية و الوزارة المكلفة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال كل فيما يخصه²، كما دعى المصلحة المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، ويرد المتعهدون أو المترشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية ،حسب الجدول الزمني المذكور سابقا ،وكل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية³.

ثانيا: المنازعات الناشئة عن الإخلال بمبدأ الشفافية

تتجلى أهم صور المنازعات الناتجة عن الإخلال بمبدأ شفافية الإجراءات فيما يلي :

1- المنازعات الناشئة عن الإخلال بالإعلان عن الصفقة:

- الأرقام الاستدلالية للأسعار ،
- كل وثيقة أو معلومة لها علاقة بموضوع البوابة."

¹ -تنص المادة 9 من نفس القرار ، على أنه : يكون تبادل الوثائق بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة و المتعاملية الإقتصاديين متعلقا على الخصوص بما يلي:

بالنسبة للمصالح المتعاقدة :

- دفاتر الشروط،
- نماذج التصريح بالاكنتاب و رسالة التعهد و التصريح بالنزاهة و التعهد بالاستثمار عند الاقتضاء،
- الوثائق و المعلومات الإضافية ، عند الإقتضاء ،
- الإعلانات عن المناقصات و الدعوات للإنتقاء الأولي و رسائل الاستشارات ،
- إرجاع العروض عند الإقتضاء،
- طلبات إستكمال أو توضيح العروض عند الإقتضاء،
- المنح المؤقت للصفقات العمومية ،
- عدم جدوى الإجراءات ،
- إلغاء الإجراءات أو إلغاء المنح المؤقت للصفقات العمومية،
- الأجوبة عن طلبات الاستفسار حول أحكام دفاتر الشروط ،
- الأجوبة عن طلبات تقييم العروض و عن الطعون.

بالنسبة للمتعاملين الإقتصاديين:

- التصريح بالاكنتاب
- رسالة التعهد
- التصريح بالنزاهة،
- التعهد بالاستثمار، عند الإقتضاء
- طلبات معلومات إضافية و توضيحات أحكام دفتر الشروط عند الإقتضاء
- سحب دفاتر الشروط و الوثائق الإضافية عند الإقتضاء،
- الترشيحات في إطار الإجراءات التي تتضمن مرحلة انتقاء أولي ،
- العروض التقنية و المالية ،
- العروض المعدلة ، عند الإقتضاء ،
- طلبات نتائج تقييم العروض و الطعون ."

² -نص المادة 203 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

³ -نص المادة 204 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

ويعد من قبيل انتهاك قواعد الإعلان عدم قيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة مطلقاً أو تقوم بالإعلان عنها ولكن يكون الإعلان معيباً¹ فتنشره على سبيل المثال في جريدة يومية واحدة في حين أن المادة 65 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالفة الذكر، تشترط نشره في جريدتين يوميتين وطنيتين باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل موزعتين على المستوى الوطني أو يكون الإعلان غامض وغير واضح . كما يعد عدم تضمين الإعلان البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 62 عيباً من عيوب العلانية غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرق في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى انتهاك قواعد العلانية والأشكال الثانوية التي لا تؤثر فعلياً على العقد و التي يمكن تصحيحها لاحقاً فلا يستدعي إغفالها اللجوء إلى القاضي الإستعجالي أصلاً².

كما اعتبر القضاء الإداري كل خرق للقواعد المتعلقة بمدد استلام العروض مخالفاً لقواعد العلانية.

2- المنازعات الناشئة عن الإخلال بالإعلان عن المنح المؤقت

- قد ينتج نزاع أثناء عملية إعلان المنح المؤقت للصفقة، نتيجة إخلال بمبدأ العلنية وفق ما تقتضيه المادة 65 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15 247³ .

- كما قد ينشأ نزاع عن عدم الإعلان عن حالة عدم الجدوى ، أو إلغاء الإجراء ، أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة.

3- الإخلال بمبدأ الشفافية في مرحلة فتح العروض:

وتتجسد هذه الصورة عند الإخلال بما جاء به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 70 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 التي تؤكد على ضرورة فتح الأظرفة التقنية المالية في جلسة علنية وبحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقاً⁴.

¹ - رقرقي محمد زكرياء، مرجع سابق، ص 231.

² - عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 108.

³ - تنص المادة 65 /2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه "... يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، مع تحديد السعر و أجال الإنجاز و كل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية."

⁴ - تنص المادة 70 فقرة 1 على أنه: "يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح و العروض التقنية و المالية في جلسة علنية، خلال نفس الجلسة في تاريخ و ساعة فتح الأظرفة المنصوص عليها في المادة 66 من هذا المرسوم و تدعو المصلحة المتعاقدة كل المترشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، حسب الحالة، في إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمترشحين أو المتعهدين المعنيين."

بناء على ما تقدم ويشمل مبدأ العلنية، جميع مراحل إبرام الصفقة العمومية، من مرحلة الانطلاق إلى غاية المنح المؤقت للصفقة وكل مخالفة لهذا تتيح للمتضرر استعمال الوسائل القانونية للمطالبة بحقوقه.

وفي هذا الشأن نصت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لكل ذي مصلحة أو متضرر من هذا الإخلال أو الهيئة الوصية للجوء إلى القضاء الإداري الإستعجالي قبل إبرام الصفقة في حالة مخالفة التزامات النشر و الإشهار.¹

هذا بالإضافة إلى كون الأفعال المذكورة سابقا تشكل فعل مجرم قانونا و معاقب عليه يتمثل في جنحة المحاباة المعاقب عليها في نص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته²، إذا كان الغرض من مخالفة إجراء النشر و الإشهار والمنافسة هو منح امتيازات غير مبررة لمتعهد على حساب باقي المتعهدين الآخرين .

من خلال تطرقنا لكل من مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي (مبدأ المنافسة) والمساواة يتضح لنا جليا مواطن التداخل بينهما و المتمثلة في :

أنه لضمان المنافسة أو كما يسميها المنظم الجزائري حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، لا بد من فتح باب التزام و التنافس الشريف أمام من يريد الاشتراك في الصفقة العمومية، حيث يجب أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم أو بعضهم³، و أن المنافسة القانونية التي تجري على أسس صحيحة و حرة إنما تعتبر بحد ذاتها مساواة بين المتنافسين، وبالتالي تلغي فكرة المحاباة التي هي ضد المساواة⁴، وهنا نلاحظ التداخل بين مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي ومبدأ المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للمصلحة المتعاقدة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم، ومنه فتح باب التنافس الحر.⁵

يقوم أساس حرية الوصول لسوق الطلبات العمومية ومبدأ المساواة على فكرة اللبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة و فكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة .

¹ - نص المادة 946 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

² - نص المادة 26 من قانون 01/06 المتضمن قانون الوقاية من الفساد و مكافحته السالف الذكر .

³ - غنية عباس، مرجع سابق، ص 22

⁴ - ريم علي إحسان محمد العزاوي، مرجع سابق، ص 100 .

⁵ - غنية عباس، مرجع سابق، ص 22

المطلب الثاني: المنازعات الناشئة عن عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن صفقة الأشغال

تمر عملية إبرام الصفقات بعدة مراحل وعمليات تعمل خلالها الإدارة على تجسيد المبادئ القانونية التي يحميها قانون الصفقات العمومية، ولا تأخذ هذه العملية ذات الطبيعة القانونية بل تكون مركبة تتشكل من العديد من العمليات منها ما هو صادر بالإرادة المنفردة للإدارة ومنها ما هو تعاقدى يتجسد أساسا في عقد الصفقة .

وما يعنينا في هذه الدراسة ما تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة و يأخذ شكل القرارات الإدارية أو ما يطلق عليها في العمليات المركبة القرارات القابلة للانفصال، و التي تظهر أهميتها خاصة في المرحلة التمهيديّة أو التحضيرية السابقة لعملية التعاقد وكذا في مرحلة الإبرام ، كما يمكن أن تظهر أيضا في مرحلة التنفيذ وبالتالي تكتسي هذه

القرارات أهمية كبيرة في كيفية اختيار المتعامل المتعاقد والسهر على حسن تنفيذ الصفقة من قبله وفقا لما تم الاتفاق عليه¹، غير أنه قد تنشأ نزاعات يكون مردها عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة .

و لمعرفة المنازعات الناتجة عن عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بإبرام صفقة الأشغال، لابد علينا أن نتناول أولا بالشرح مفهوم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية بصفة عامة وذلك للكشف عن أنواع القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بصفقات الأشغال محور دراستنا ، وبناءا على ذلك سنتطرق إلى مفهوم القرارات الإدارية (الفرع الأول) ثم إلى المنازعات الناشئة عن عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بصفقات الأشغال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة

للإحاطة بمفهوم عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بإبرام صفقة الأشغال يتطلب منا الوقوف على المراحل التاريخية التي مر بها القضاء الإداري والفقه الفرنسي والمصري حتى يمكننا تحديد معالم التصرف المنفرد الصادر عن المصلحة المتعاقدة داخل إطار العملية المركبة (أولا)، وبالتالي مختلف التعاريف الذي قيلت بشأنها (ثانيا) لنقف بعد ذلك على أنواع القرارات الإدارية المنفصلة في إبرام صفقات الأشغال (ثالثا) ، ويكون ذلك وفق مايلي

أولا : نشأة و تطور نظرية القرار الإداري المنفصل

كان القضاء الفرنسي حتى أوائل القرن الماضي يطبق نظرية الاندماج ، و ذلك لظروف خاصة به، لأن تقسيم القضاء الإداري إلى قضاء الإلغاء وقضاء كامل سنة 1764 و صدور قرار بلانكو الشهير الذي أرسى معيار المرفق العام لتوزيع الاختصاص أدى ذلك إلى إحداث ارتباك فيما يتعلق بالتصرفات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري، مما نتج عنه تبني المنهج التركيبي في سبيل إيجاد كتلة قضائية اختصاصية ،و ذلك بالاعتماد على مفهوم العملية، فإذا كانت العملية مما يدخل أساسا في اختصاص جهة قضائية معينة ، فإن كل القرارات التي تدخل أو تساهم في بنیان هذه العملية القانونية، تختص بها جهة القضاء التي تختص بالعملية ككل. أي في بداية الأمر رفض مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدر بمناسبة عملية قانونية مركبة، نظرا لإمكانية الطعن على هذه القرارات أمام القضاء الكامل وكان مؤسسا رفضه هذا على حيثيتين:

¹ -يوكار نسرین، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في عقود الصفقات العمومية ، مجلة العلوم الإجتماعية و الإنسانية، العدد الثالث عشر ،ص 68 .

الأولى عدم قابلية هذه القرارات للتجزئة مع العقد الإداري، الأمر الذي ترتب عنه عدم قبول الطعن عليها استقلالا، و الثانية وجود طريق موازي يمكن صاحب الشأن من سلوكه، فإن سلكه مع الطعن بالإلغاء يقضي بعدم قبول الدعوى لوجود هذا الطريق الموازي التي يتضمن الطعن على العملية كلها ، لكن سرعان ما عدل مجلس الدولة الفرنسي على مسلكه السابق، حيث استبعد صفة الطعن الاحتياطي أو الدعوى الموازية عن الطعن بالإلغاء، ولم يعر المجلس شرط عدم وجود طعن موازي كشرط لقبول الدعوى اهتماما، ومن أولى أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أقرت بفكرة القرارات الإدارية المنفصلة كانت في منازعات العقود الإدارية، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 11 ديسمبر سنة 1903 حيث طبق فكرة القرارات الإدارية المنفصلة في هذا الحكم الذي تعلق القرار المنفصل فيه تأسيسا على أسباب المشروعية ، وذلك طالما أن هذا القرار يمكن فصله ذهنيا و فكريا عن العقد ولو كان مندمجا داخل هذا العقد، وهكذا ترسخت الفكرة لدى المجلس عقب صدور الحكم الصادر بطريقة لا تقبل أي شك¹ ، إذ توسع نطاق الأخذ بهذه النظرية في قضية "Martin" ، بتاريخ 1905/08/04 و قبل الطعن بالإلغاء ضد مداوات المجلس العام غير المشروعة وذلك لأنها مشوبة بعيب مخالفة الشكليات والإجراءات².

أما قرار رفض الإدارة للتعاقد فقد كلفه مجلس الدولة الفرنسي كقرار إداري منفصل في حكمه الصادر بتاريخ 1931/05/06 في قضية TONDUT، كما قبل دعوى الإلغاء المرفوعة ضد قرار قبول الإدارة العامة لعرض متسابقة في مناقصة عامة قرارا إداريا منفصلا في قضية الشركة الصناعية للبناء والأشغال وذلك بتاريخ 20 ماي 1973، زيادة على قبوله إلغاء مداوات المجالس الشعبية البلدية المتعلقة بالتمهيد لإبرام عقود مختلفة في العديد من القضايا.³

كما أخذ مجلس الدولة المصري بنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية و طبقها في أحكامه المختلفة و يعود السبب وراء أخذ مجلس الدولة المصري بهذه الفكرة دفعة واحدة إلى أن مبادئ و أحكام هذه النظرية كانت قد استقرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يشكل أحد المصادر الأساسية للقضاء الإداري المصري، فقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية أنه: "يجب التفرقة بين العقد ذاته أو بعبارة أدق الرباط التعاقدي وبين القرارات التي يتوقف عليها انعقاده إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد و يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

¹ - محمد أحمد إبراهيم المسلماني ، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة -دراسة مقارنة- بين القانون الفرنسي و المصري و أحكام الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2014، ص 76، 77.

² - عوايدي عمار ، مرجع سابق، ص 243 ، محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق، ص 77 .

³ - عوايدي عمار ، مرجع سابق، ص 452.

كما قضى مجلس الدولة المصري في قراره الصادر بتاريخ 25-11-1998 و جاء فيه" و حيث أنه مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية تتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده فتخص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح وذلك دون أن يكون لإلغائها مساسا بذات العقد الذي يظل قائما بحالته ."¹

وهو ما أكدته أيضا المحكمة الإدارية المصرية العليا في حكمها الصادر في 05-04-1999 حيث جاء فيه " يجب التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات ما يتم بقرارا من السلطة الإدارية المختصة و مثل هذه القرارات يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً."²

غير أنه مع بداية القرن العشرين، ظهرت نظرية القرارات القابلة للانفصال ، مما أدى إلى توسيع مجال دعوى الإلغاء حتى أصبحت هي الدعوى الأصل، و أصبح مجلس الدولة الفرنسي، ولو كانت جزءا من عملية قانونية إدارية على غرار العقود التي تبرمها الإدارة ، و العمليات الضريبية والانتخابية وغيرها³ ومضمون هذه النظرية في مجال العقود هو أن العقد الإداري يمر بمراحل متعددة و تدخل في تكوينه عناصر مختلفة، منها ما تتوافر له صفات وأركان القرار الإداري ،فهذه القرارات وإن كانت تدخل ضمن العملية العقدية إلا أنها لها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية والطعن فيها يكون بدعوى الإلغاء.⁴

ومن هنا نجد أنه يرجع الفضل في ابتكار فكرة القرار المنفصل إلى القضاء الإداري الفرنسي ، ثم سايره القضاء الإداري المصري، ويستتبع ذلك بسط رقابة القضاء الفرنسي على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة دون الانتظار لاكتمال أو انتهاء العملية ذاتها والطعن فيها كليا لأن هذا الانتظار قد يترتب عليه آثار سلبية منها بطء العدالة، و تأخر الفصل في بعض القرارات، مما يؤدي إلى ضياع حقوق البعض دون مبرر لا داعي ولا سند له من القانون أو المنطق.⁵

ومن الدوافع الأخرى التي دفعت مجلس الدولة الفرنسي لابتكار هذه الفكرة تحقق مصلحة المتعاقدين وتحقيق العدالة ،وقد طبق فكرة القرارات القابلة للانفصال في مجالات متعددة ، كما أجاز الطعن بالإلغاء على القرارات

¹ - تياب نادية ، مرجع سابق ،صص 216،217.

² - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ،دراسة مقارنة 1975،مرجع سابق،صص 185 .

³ - رقرافي محمد زكرياء ، مرجع سابق ، ص ص 182 - 183 .

⁴ - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،بدون طبعة، دار النشر جليطي ،برج

بوعرييج ، الجزائر،2012،صص 99 .

⁵ - محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق، صص 25 .

الإدارية التي يمكن فصلها عن العقود الإدارية، كقرارات إبرام العقود و قرار اعتماد العقد ، وقرار رفض فسخ العقد وفي المقابل فإن القرارات الصادرة عن الإدارة بوصفها متعاقدة وليست سلطة عامة لا تعتبر قرارات منفصلة كقرار فسخ العقد ذاته .¹

والفكرة الثانية تتمثل في وجود حقوق مكتسبة مفادها أن إبرام الصفقة العمومية بصفة نهائية قد يولد حقوقا مكتسبة للطرفين ، و بالتالي لا يمكن الطعن بالإلغاء في أي من القرارات المساهمة في تكوينه و إلغاء هذه القرارات المرتبطة بهذه العملية من شأنه المساس بهذه الحقوق ، الأمر الذي دفع بالقضاء الإداري الفرنسي إلى عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي يمكن فصلها عن العقد الإداري.²

ثانيا: تعريف القرارات الإدارية القابلة للانفصال

جاءت العديد من التعريفات للقرارات الإدارية المنفصلة ، فقد عرفها جانب من الفقه على أنها تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها، لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي و مكتمل و نهائي في حد ذاته، دون الخلل بباقي مكونات العملية العقدية³، وهناك من عرفها على أنها: "قرارات إدارية تتخذها الجهة الإدارية لا لذاتها بل لتحقيق غاية محددة باستكمال العملية القانونية المركبة، ولا يوجد ما يمنع من فصل تلك القرارات و الطعن فيها بالإلغاء استغناء عن العملية ذاتها .⁴

في حين عرفها البعض الآخر بأنها: القرارات التي تساهم في تكوين العقد الإداري وتستهدف إتمامه، إلا أنها تتفصل عن هذا العقد، وتختلف عنه بطبيعتها، الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء جائزا .⁵

أما الأستاذ جورجي شفيق ساري يعرف القرارات المنفصلة على أنها: "عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها - أو السلطات العامة بصورة عامة- في إطار عملية مركبة مع إمكان تجنيب هذه التصرفات لتمثل على حدا قرارات قائمة بذاتها و صالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل و نهائي في حد ذاته ، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول

¹ - نفس المرجع، ص 26

² - حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري، ط 1، 2016 دار الأيام للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2017، ص 37، 38 .

³ - محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق ، ص 28.

⁴ - حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، مرجع سابق، ص 45

⁵ - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون ، فرع القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2011-2012 ، ص 95.

دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من وراءها، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية.¹

أما الأستاذ عمار عوابدي عرفها على أنها: "القرارات الإدارية التي لا تصدر قائمة بذاتها ومستقلة عن عمل قانوني آخر، بل تصدر مرتبطة ومصاحبة لأعمال إدارية أخرى فقد تأتي هذه القرارات سابقة ومعاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر مرتبطة به."²

أما الأستاذ محمد سليمان الطماوي يرى أنها قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه.³

كما أنه يمكن استنباط تعريف القرارات القابلة للانفصال من حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر بتاريخ 16 مارس سنة 1964 حيث قضت بأن القرار الذي يسهم في تكوين العقد و يستهدف إتمامه ، إلا أنه ينفصل عن العقد و ينفرد عنه في طبيعته فيجوز الطعن فيه استقلالا .⁴

ومن الفقه الفرنسي يذهب الأستاذ A.De laubadere بأنها قرارات منفردة تقبل الطعن مباشرة، أي يمكن تقرير مشروعيتها استقلالها عن أساسها و مصدرها .

وتأسيسا على ما تقدم فإن القرارات القابلة للانفصال مرتبطة بالعملية المركبة وتتخذ حيالها ، وهذه العملية المركبة عبارة عن سلسلة متصلة من الحلقات تمثل القرارات التمهيدية التي تؤدي إلى القرار النهائي، وبمعنى آخر هي العملية التي تتوقف عليها اتخاذ عدة قرارات أخرى ضرورية و لازمة لإصدار القرار النهائي.⁵

أما النظام الجزائري فقد عرف نظرية القرارات الإدارية المنفصلة السابقة بجميع تطبيقاتها التي وضع أساسها القضاء الإداري الفرنسي سواء في مجال نزع الملكية للمصلحة العامة والمنازعات الانتخابية والتشريعية، و كذا مجال العملية العقدية، لكن ما يهمننا في دراستنا هاته هو القرارات الإدارية المنفصلة عن صفقة إنجاز الأشغال.

غير أنه لم يتطرق القضاء الجزائري إلى تعريف القرارات الإدارية المنفصلة، حيث أن ما يؤخذ عليه في أحكامه المتعلقة بالعقود الإدارية المركبة هو عدم استقراره على حل قضائي نهائي في تكييف هذه الأعمال، ولعل السبب في ذلك يعود إلى التجربة الفتية للقضاء الإداري الجزائري في ميدان المنازعات الإدارية المركبة⁶.

¹ - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 18.

² - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 1999، ص 93.

³ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) طبعة خامسة، 1991، مرجع سابق ص 208 .

⁴ - محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق، ص 27 .

⁵ - نفس المرجع، ص 29 .

⁶ - رابحي أحسن، الأعمال القانونية، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013، ص 111

ومن تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية في النظام القضائي الجزائري اعتباره لقرار إرساء المناقصة قراراً إدارياً منفصلاً، أما قرارات ضمان التنفيذ أي الصادرة أثناء تنفيذ الصفقة فقد عرفها مجلس الدولة بأنها قرارات إدارية متصلة ومرتبطة بها لذلك لا يقبل الطعن بالإلغاء ضدها وهو ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1966/12/16 في قضية شركة SKEHETZEL و ذلك تأسيساً على المعيارين الموضوعي و الشخصي.¹

من خلال التعاريف السابقة للقرارات القابلة للانفصال في العقود الإدارية يتبين أنها:

1-قرارات إدارية:

أي أنها تتمتع بكافة شروط القرار الإداري وأركانها من حيث كونه عملاً قانونياً صادراً عن الإرادة المنفردة لسلطة عامة بناءً على القوانين والأنظمة و يؤثر في المراكز القانونية .

2-متصلة بعملية إدارية مركبة:

ويقصد بالعملية المركبة هي سلسلة متصلة الحلقات من القرارات التمهيديّة و الأعمال المادية المختلفة تتشكل في مجموعات عملية متكاملة.

-إمكانية فصل هذه القرارات .

-إن هذه القرارات و إن كانت مرتبطة مباشرة بعمليات إدارية أخرى إلا أنها أعمال انفرادية قابلة للرقابة متى توافرت فيها عناصر القرار الإداري وطالما كانت دعوى مخاصمتها لا تؤثر على وجود العملية الإدارية المركبة، و مسألة فصل هذه القرارات عن العمليات المركبة تعد مسألة موضوعية.²

ثالثاً: أنواع القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن صفقات الأشغال

إن تحديد وتمييز القرارات القابلة للانفصال عن عقد الصفقة عن غيرها من القرارات التي لا تقبل ذلك وأمر فيه نوع من الصعوبة حيث يمكن أن يعتمد في ذلك على معيارين أحدهما ذاتي شخصي والآخر موضوعي، فيعتمد المعيار الأول على أن دعوى الإلغاء هي الطريق الوحيد أمام المتضرر للجوء إلى الجهات القضائية أما المعيار الثاني فيعتمد على موضوع القرار فإذا كان جزء لا يتجزأ من العملية التعاقدية فيعتبر قرار غير قابل للانفصال لأنه يمس جوهر العملية وبالتالي لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء وإنما يطعن فيه أمام قاضي العقد، أما إذا كانت هذه القرارات

¹ - بزاحي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية، دعوى الإلغاء نموذجاً، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، 2007، ص 103.

² - معتز الجعفري، مدى تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال الإستملاك، دراسة تطبيقية في قانون الإستملاك الأردني، دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد، 46، العدد 1، 2019، ص 192 .

غير حيوية وغير أساسية في العملية التعاقدية أو كانت مجرد قرارات مساعدة غير مؤثرة فإنها تكون قابلة للانفصال و بالتالي يمكن الطعن فيها بصورة مستقلة.¹ و بالتالي إن المعيار الموضوعي يبحث في الانفصالية في العيوب الموضوعية التي تتناول مشروعية القرار ذاته، و المكانة التي يحتلها في علاقته مع العملية العقدية دون أخذ صفة المتقاضي ذاته بعين الاعتبار كالانفصالية بسبب اختصاص مصدر القرار أو بسبب الطابع الإيجابي والسلبى للقرار، أو الانفصالية بسبب العيوب الخاصة التي تمس شرعية القرار.²

إن الأخذ بأحد المعيارين سيؤدي إلى نتائج غير متناسقة فهذه المحاولات الفقهية لإيجاد معيار عملي لتمييز القرارات القابلة للانفصال منتقدة، حيث لم تستند إلى تحليل عميق للروابط التي تربط القرار بالعملية العقدية، وفي الوقت الذي يعتبر فيه وجود هذه الروابط أو عدمها شرطا أساسيا لفحص قابلية القرار للانفصال عن العملية العقدية وتقرير انفصاليته لأن القول بانفصالية قرار ما يتعلق بالقرارات المندمجة في عملية مركبة لذلك، يتطلب وضع معيار صحيح و منضبط للانفصالية والنظر إلى مجمل العملية المركبة وتحليلها من زاويتين:

أن يتواجد القرار داخل العملية المركبة دون أن يعتبر جزءا منها، بل يبقى غريبا عنها بحيث يعتبر منفصلا عنها بالنظر إلى غايته الإستثنائية، ويمكن فحص مشروعيته استقلالا عن مشروعية العملية ذاتها.

وقد يكون القرار داخل العملية المركبة دون أن يعتبر جزءا منها، بل يبقى غريبا عنها بحيث يعتبر منفصلا عنها بالنظر إلى غايته الإستثنائية، ويمكن فحص مشروعيته استقلالا عن مشروعية العملية ذاتها.

وقد يكون القرار مندمجا بالعملية المركبة، ويجب على قاضي الإلغاء في هذه الحالة مراعاة أمرين اثنين في غاية الأهمية لتقرير الانفصالية وهما :

- المشروعية الخاصة بالقرار، فقاضي الإلغاء يقرر انفصالية القرار عن العملية العقدية المندمج فيها إذا أمكنه فحص مشروعيته بصفة مستقلة.
- المشروعية المتميزة عن القرار: فقاضي الإلغاء يقرر عدم انفصالية القرار المندمج في العملية العقدية إذا كان يثير مشروعية متعلقة بالعملية العقدية.

وعليه يمكن أن نخلص إلى معيارين رئيسيين لاعتبار القرار منفصلا وهما :

¹ - بوعكاز نسرين، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الصفقات العمومية، مجلة العلوم الإجتماعية و الإنسانية، العدد الثالث عشر، 2017، ص ص 70، 71.

² - معتز الجعفري، مرجع سابق، ص 192.

المعيار الأول: صلاحية القرار لترتيب آثار قانونية معينة، والمعيار الثاني: تأثير فصل القرار عن العملية التي يدخل في تكوينها.¹

وفي هذا الشأن حددت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذه القرارات معتبرة أنه: "يجب التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية فيما يخص العقود الإدارية:

النوع الأول: القرارات التي تصدر أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وتسمى القرارات المنفصلة المستقلة .

النوع الثاني: القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا لعقد من العقود الإدارية وهذه القرارات ينظرها القاضي الإداري على أساس الولاية الكاملة .²

1-القرارات القابلة للانفصال في مرحلة إبرام صفقة الأشغال

تقرر في محكمة القضاء الإداري بمصر أن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا قصد إحداث أثر قانوني معين، وعليه فإن القرار الصادر بإبرام العقد يكون الطعن فيه بالإلغاء جائزا قانونا، فقد قضى في هذا القضاء أن: "المحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة واللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة و قرارات لجنة البث والقرار بإرساء المناقصة والمزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها، إن كان لهذا التعويض محل.

أما في ما يتعلق بالقرارات الصادرة باعتماد التعاقد بالطريق المباشر، فقد طبق القضاء المصري وكذلك نظيره الفرنسي هذه الفكرة على هذا النوع من القرارات، فقرر "أن التعاقد بالطريق المباشر يعتبر قرارا إداريا من حيث كونه إذنا بالتعاقد، والقرار الصادر بإبرام العقد يعد من غير شك قرارا إداريا وهو بهذه المثابة كالقرار الصادر بإرساء المناقصة أو المزايدة من حيث انفصاله عن العملية العقدية ذاتها، ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمرا جائزا قانونا لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة .

¹ - معتز الجعفري، مرجع سابق، ص ص 192، 193 .

² - بوعكاز نسرين، مرجع سابق، ص 71 .

2- مدى قابلية القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ للانفصال:

إذا كان الفقه قد اتفق على أن القرارات الصادرة في مرحل إبرام الصفقة هي قرارات إدارية قابلة للانفصال تأخذ شكل القرارات الإدارية النهائية ومن ثمة يمكن الطعن فيها منفصلة لعدم وجود رابطة عقدية في هذه المرحلة عن طريق دعوى الإلغاء، فإنه اختلف في شأن القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ الصفقة، هل يصح أن يطلق عليها القرارات القابلة للانفصال أم أنها قرارات لا تقبل ذلك ومرتبطة تمام الارتباط بالصفقة.¹

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد هو هل يجوز الطعن في القرارات اللاحقة على إبرام العقد بما فيها قرارات تنفيذه أمام قاضي الإلغاء؟ أم يكون أمام قاضي العقد باعتباره القاضي المختص؟

يجيب على هذا التساؤل القضاء الإداري في فرنسا ومصر، ففي فرنسا نجد أن منهج القضاء الإداري فيما يخص القرارات اللاحقة على إبرام العقد هو عدم القابلية للانفصال، أي عدم قابلية فصل القرارات الصادرة في هذه المرحلة والطعن فيها بالإلغاء استقلالا، كما في حالة القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في حالة تنفيذ العقد، كما أن القرارات التي تصدرها الإدارة بشأن تعديل العقود الإدارية لا تقبل الطعن بالإلغاء، وإنما يختص بنظرها قاضي العقد باعتباره قاضي الموضوع، ومن ثم فقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بالمنهج التركيبي للعملية التعاقدية و تركها برمتها لاختصاص قاضي العقد، هذا وقد أيد غالب الفقه الفرنسي اتجاه مجلس الدولة فيما يتعلق بعدم قابلية دعوى الإلغاء ضد القرارات اللاحقة على إبرام العقد استنادا إلى المبدأ العام ألا وهو عدم القابلية للانفصال. وقد ذهب البعض إلى قياس قاعدة عدم الانفصال إلى القاعدة المستقرة في القانون الخاص والتي مقتضاها وقف دعوى المسؤولية غير التعاقدية بالمسؤولية التعاقدية متى توافر الحق في تحريك الدعويان هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن التمسك بالدعوى الموازية كطريق للدفع بعدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد.²

ويؤكد الاتجاه السابق ما يقول الأستاذ (DE LAUBADER) من صعوبة قبول فصل القرارات المساهمة في تنفيذ العقد باعتبارها لا تقبل الانفكاك عن العملية التعاقدية المركبة بطبيعتها أما الأستاذ Raphael فيرى أن القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود تستمدها الإدارة من حقوقها التعاقدية وليس في ذلك مخالفة للمشروعية، ذلك لأن مخالفة القرار لنص عقدي لا يمثل خرقا لمبدأ المشروعية في دعوى تجاوز السلطة.³

¹ - بوعكاز نسرين، مرجع سابق، ص 73 .

² - محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق، ص ص 90، 89 .

³ - محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق ، ص 91 .

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الإداري المصري فقد اعتنق هو الآخر مبدأ عدم قابلية القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد للانفصال منتهجا في ذلك نهج نظيره الفرنسي، وفي ذلك تقرر المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 28/12/1964 بأن القرار الصادر من الإدارة بفسخ عقد وشطب إسم المتعاقد من سجل المتعهدين ومصادرة التأمين قد يصدر استنادا إلى الاشتراطات العامة الخاصة بالمناقصات والمزايدات الملحقة بالعقد، ومن ثم فإن المنازعات في شأن هذا القرار تدخل في منطقة العقد الإداري، وتكون محلا للطعن أمام القضاء الإداري بهيئة قضاء كامل دون ولاية قضاء الإلغاء...".

وهكذا فإن القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد أو تلك التي تصدر تنفيذا للالتزامات تعاقدية لاحقة على إبرام العقد، هي قرارات بطبيعتها لا تقبل الطعن و الانفصال عن العقد، و بالتالي لا تخضع لنظرية القرارات المنفصلة، و إنما تخضع لرقابة قاضي العقد، غير أن هذا المبدأ لا تأبى طبيعته الاستثناء فقد خول القضاء الإداري المتعاقد مع الإدارة سلوك طريق الإلغاء عندما تصدر قراراتها، كسلطة عامة في مواجهة المتعاقدين معها أو في مواجهة العمال المرتبطين معها بعقد إداري¹.

ولتوضيح هذه المسألة سوف نتطرق إلى الطعن المقدم من الغير والطعن المقدم من المتعاقد :

*الطعن المقدم من الغير :

الغير ليس طرفا في العقد وبالتالي ليس له طريق آخر لمخاصمة القرار سوى دعوى الإلغاء ، شريطة أن يكون القرار الصادر من المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة و ليس مصلحة متعاقدة فنفرق بين ما إذا كان القرار مبني على القوانين والتنظيمات و بين ما إذا كان القرار مبني على بنود الصفقة .

*الطعن المقدم من المتعاقد:

الأصل أن المتعامل المتعاقد لا يحق له في هذه المرحلة أن يطعن في القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة بصفة منفصلة عن طريق دعوى الإلغاء لأن أمامه طريق أشمل من دعوى الإلغاء والمتمثل في دعوى القضاء الكامل وذلك لأنه طرف في العلاقة التعاقدية، ولكن الفقه والقضاء وبالتحديد مجلس الدولة الفرنسي أقر أحقية المتعاقد للطعن بالإلغاء في بعض القرارات المركبة ولكن كاستثناء فقط فإذا أصدرت المصلحة المتعاقدة القرار الإداري باعتبارها سلطة عامة واستنادا إلى نصوص قانونية وتنظيمية و ليس باعتبارها مصلحة متعاقدة عد القرار من قبيل القرارات القابلة للانفصال، ويمكن للمتعاقد الطعن فيه بالإلغاء حتى وإن كان له أثر في تنفيذ العقد، أما

¹ - نفس المرجع، ص ص 91، 92.

إذا أصدرت القرار بصفتها مصلحة متعاقدة أي بناء على بنود تعاقدية أو على دفتر الشروط عد القرار متصل بالعقد ولا يجوز بالتالي الطعن فيه بالإلغاء و إنما يطعن فيه أمام قاضي العقد (القضاء الكامل) ¹.

فيشترط بالتالي حتى يفتح مجال الإلغاء للمتعاقد :

- أن يصدر القرار الإداري من المصلحة المتعاقدة خلال تنفيذ الصفقة وذلك باعتبارها سلطة عامة و ليس مصلحة متعاقدة .

- أن يسبب القرار ضرر للمتعاقد .

- أن يكون القرار غير مشروع في أحد أوجهه .

- أن يكون القرار ليس له علاقة مباشرة بالعقد ²

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من قبول القرارات التي تتخذها الإدارة كسلطة ضبط لمجازاة تنفيذ الالتزامات العقدية متى صدرت متجاوزة في استعمال السلطة، كما اعتبر أن ما تصدره الإدارة كضبط إداري من قرارات يكون لها أثر على المتعاقد ، فلو أصدرتها باعتبارها طرف تعاقدية لها حق المتابعة والإشراف لتعين على المتعاقد اللجوء إلى قضاء الإلغاء أما إذا استندت إلى صفتها كسلطة عامة فهنا يلجأ المتعاقد إلى قضاء الإلغاء، و قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها جهة الإدارة كسلطة عامة في مرحلة تنفيذ العقد ³.

ولكن هنا نقع في مشكل التمييز بين الوضعيتين، حيث حاول مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1907 وضع حل لذلك فميز بين حالتين:

الحالة الأولى: صدور القرار الإداري استنادا إلى الشروط الواردة في دفا تر الشروط هنا يلجأ إلى القضاء الكامل .

الحالة الثانية: صدور القرار استنادا إلى القوانين واللوائح فيتم اللجوء هنا إلى قضاء الإلغاء بغض النظر عن أحكام الصفقة ⁴.

الفرع الثاني: المنازعات التي تثيرها عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن صفقة الأشغال

¹ - بوعكاز نسرين، مرجع سابق، ص 73، 74 .

² - نفس المرجع، ص 74

³ - محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق، ص 92 .

⁴ - بوعكاز نسرين، مرجع سابق، ص 74.

فإذا كان الأصل أن الصفقات العمومية لا تخضع إلى رقابة قاضي الإلغاء، لأنها عقود ثنائية الأطراف إلا أن هذه القاعدة غير مطلقة، فقد توصل الفقه القضاء الإداريين إلى إمكانية الطعن في القرارات المنفصلة المتعلقة بعملية إبرام صفقة عمومية إذا شاب إجراءاتها عيب من عيوب عدم المشروعية. ولتوضيح ذلك سنتطرق لأهم القرارات الإدارية المنفصلة الممهدة لإبرام صفقة الأشغال (أولاً) و تلك المتعلقة بإبرامها (ثانياً) والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء .

أولاً: المنازعات التي تثيرها عدم مشروعية القرارات الممهدة لإبرام الصفقة

تصدر الجهة الإدارية مجموعة من القرارات أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد و قبل إبرام العقد و تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة و المستقلة ،وهي قرارات نهائية تخضع لما تخضع له القرارات البسيطة من أحكام في شأن طلب وقف تنفيذها و إلغائها¹.

وتثور منازعات بشأن هذه القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة أثناء المرحلة التمهيدية للتعاقد إذا صدرت مخالفة لما نص عليه القانون ،و بالتالي تتسم بصفة اللامشروعية ، ما يفتح المجال للمتضرر من هذه القرارات للطعن فيها أمام قضاء الإلغاء ، ومن صور هذه القرارات مايلي:

1- قرار الإعلان عن صفقة الأشغال العامة

صفقة الأشغال مثلها مثل بقية أنواع الصفقات العمومية تبدأ بالإعلان عنها من طرف المصلحة المتعاقدة ، وذلك وفق ما تقتضيه المادتين 62 و 63 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، فكل إخلال بأحكام المادتين المذكورتان أعلاه، يكون سببا في رفع دعوى الإلغاء ،لأن القضاء الإداري الفرنسي و المصري اعتبروه قرارا إداريا منفصلا عن العملية العقدية.

وتأسيسهم في ذلك أن الإدارة قد تصدر قرارات إدارية غير مشروعة أثناء قيامها بالأعمال التمهيدية كشرط المناقصة و الإعلان عنها وتلغي العطاءات المقدمة منها و تحقيق شروطها ثم المفاضلة بين العطاءات، وهذه الأعمال التمهيدية تتم بقرارات تتخذها الإدارة في مرحلة ما قبل إبرام العقد، إنما هي قرارات إدارية تفصح بها جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة، ومن ثم أجاز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة .

وتأكيدا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1962 بأن شروط المناقصة... هي بمثابة قانون التعاقد فلم توضع لمصلحة أحد المتعاقدين إن شاء أخذ بها و إن شاء تركها، و إنما كان وضعها للمصلحة العامة، ومن ثم أجاز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ."

¹ - بن أحمد حورية، المرجع السابق، ص 234.

2- قرار الإقصاء من المشاركة في صفقات الأشغال

يتم إقصاء المترشحين من المشاركة في صفقات الأشغال مؤقتا أو نهائيا في حالة تواجدهم في إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالفة الذكر، ومن هنا نلاحظ عدم إشارة المشرع إلى إمكانية لجوء المتعامل الاقتصادي المقصي إلى القضاء الإداري للطعن في قرار الإقصاء، وفي ظل غياب نص صريح يمكن اللجوء إلى ما استقر عليه القضاء المقارن في هذا الشأن إذ يعتبر قرار الإقصاء من أهم أمثلة القرارات الإدارية المنفصلة التي قبل القضاء الإداري بالنتيجة الطعن فيها بالإلغاء، إذا كانت صادرة في غير الحالات المنصوص عليها قانونا وصدرت على نحو غير شرعي. وعليه يمكن لمن تم إقصاؤه بدون وجه حق، رفع دعوى إلغاء ضد هذا القرار، وعليه أن يثبت عدم مشروعية القرار مثبتا ذلك بعدم وجوده في أحد الحالات المنصوص عليها في المادة 75 المذكورة أعلاه.

3- قرار استبعاد العروض غير المطابقة في صفقة الأشغال

من المبادئ الأساسية التي تخضع لها الصفقات العمومية حرية الوصول للطلب العمومي و المساواة في التعامل مع المتنافسين، و المقصود بحرية الولوج إلى الطلب العمومي هو حق الأفراد في التقدم للصفقة العمومية دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العرض عليه. إلا أن هذا المبدأ العام ليس على إطلاقه بل تحد منه بعض القيود تتعلق بما يفرضه المشرع من شروط ومؤهلات محددة يرى وجوب توافرها فيمن يتقدمون بطلبات العروض، نظرا لارتباط الصفقات العمومية بالمصلحة العامة و بالتالي يكون من واجب الإدارة من جهة أن تتأكد مقدما من صلاحية المتنافسين للمشاركة في طلبات العروض ومن جهة ثانية حتى لا تتعاقد مع بعض المتنافسين الذين لا تتوافر فيهم الكفاءات والمؤهلات المطلوبة فتتضرر المصلحة العامة.¹

وبرجعنا إلى المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجدها تجيز للجنة فتح الأطراف و تقييم العروض أن تقوم باستبعاد الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط ولموضوع الصفقة وبذلك ترسل قرار الاستبعاد وتقوم برد الأطراف عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى المعني بالأمر، ويمكن لهذا الأخير الطعن في قرار الاستبعاد باعتباره قرار إداريا منفصلا عن الصفقة .

4- قرار الاستبعاد لدواعي المصلحة العامة

¹ - باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، المرجع السابق، ص98.

برجوعنا إلى المادة 72 من المرسوم 247 - 15 نجدها تنص على أنه: "يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا أثبتت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت ."

وقد اعتبر القضاء الإداري قرار الاستبعاد قرارا إداريا منفصلا لتوافره على مقومات القرار الإداري و ترتبته لآثار قانونية بذاته تتمثل في الاستبعاد من التعاقد مع الإدارة¹، و المشاركة في طلبات العروض، يجوز الطعن فيه استقلالا والغاؤه عن طريق دعوى الإلغاء، وسلطة الإدارة في الاستبعاد للأسباب السابقة و لغيرها يعتبرها القضاء الإداري سلطة تقديرية لا تحكمية ومن تم فإن الإدارة تخضع في استعمالها لتلك السلطة لرقابة القضاء².

5- قرار إعلان عدم جدوى الدعوى للمنافسة لصفقة الأشغال

يمكن للمصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء أن تعلن عدم جدوى الدعوة المنافسة تطبيقا للمادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15 وذلك في الحالات التالية:

- عندما لا يتم استلام أي عرض.

عندما يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن عدم مطابقة أي عرض لمحتوى موضوع الصفقة و لدفتر الشروط .
عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات .

ويكون القرار بذلك قرار إداري قابل للانفصال، بالتالي يمكن الطعن فيه بصفة مستقلة .

6- قرار المنح المؤقت لصفقة الأشغال

يعتبر إجراء المنح المؤقت إجراء جديد استحدثه المشرع الجزائري لأول مرة في المرسوم الرئاسي 250/02 وذلك من خلال نص المادة 43 منه³، و قام بالتأكيد عليه بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 وتم ترسيخه بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

غير أن المشرع لم يضع تعريفا للمنع المؤقت ولم يكيّفه على أنه قرار إداري منتجا لآثار قانونية يسري عليه ما يسري على القرارات الإدارية ، كما أنه لم ينص على أنه مجرد إجراء إداري لا يرقى إلى درجة القرارات الإدارية⁴ ، وإنما اكتفى فقط بذكر الجوانب الإجرائية القانونية له .

¹ - تياب نادية ، المرجع السابق، ص 224.

² - باهي محمد ، المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق، ص 106، 107 .

³ - تنص المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن قانون الصفقات العمومية السالف الذكر ، على مايلي: "يُدْرَج المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة مع تحديد السعر و أجل الإنجاز وكل العوامل التي سمحت بإختيار صاحب الصفقة."

⁴ - بن سريّة سعاد، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق تخصص إدارة و مالية ، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، 2018 ص 18

غير أن الأستاذ عمار بوضياف عرف المنح المؤقت للصفقة على أنه: إجراء إعلامي بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط يخص العرضين التقني والمالي.¹

على الرغم من أنه لم يرد نص صريح يحدد طبيعة قرار المنح المؤقت، غير أن القضاء الإداري الفرنسي يعتبره قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري²، ولذلك يجوز لذوي الشأن الطعن فيه استقلالا في حال وجود وجه من أوجه عدم المشروعية، و المثال على ذلك ما قرره المحكمة الإدارية CHALON SUR MARNE بخصوص بطلان صفقة الدراسات المبرمجة بتاريخ 6 أكتوبر 1993 بين NOM RIVOMAT AVEC LE CABINET OTH-EST AU SED لأن قرار المنح المؤقت جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض لذا فلا يجوز التفاوض مع المتعهدين أثناء دراسة العروض و إلا عد قرار المنح معيبا.³

لذلك يعد نشر قرار المنح إجراء جوهري، فيجب أن يصل القرار الذي توصلت إليه المصلحة المتعاقدة إلى علم كافة المتنافسين، وأن يبين الإعلان سبب اختيار أحد العروض دون سواها وبذلك يتسنى لأي متنافس الطعن أمام القضاء الإداري ضد قرار المنح⁴.

لم يتطرق المشرع بصفة واضحة و صريحة لتحديد الطبيعة القانونية لإجراء المنح المؤقت للصفقة رغم الاهتمام الذي أولاه لهذا الإجراء، فلم يتضمن المرسوم الرئاسي 15-247 ما يؤكد اعتبار المنح المؤقت للصفقة قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة، كما لم يشر المشرع إلى إمكانية اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في قرار المنح المؤقت للصفقة.

إذ نصت المادة 82 على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه إلى إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة."

وهنا اكتفى المشرع بحق الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في حالة الاحتجاج على المنح المؤقت فكان يجدر به الإشارة على الأقل إلى إمكانية اللجوء إلى الطعن القضائي أمام جهة القضاء الإداري المختصة لرفع دعوى

¹ - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 2011 مرجع سابق، ص 180.

² - بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 235.

³ - بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 110، 111.

⁴ - شريف سمية، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2016، ص 32.

إلغاء قرار المنح في حالة عدم رضا المتعهد بالرأي الذي توصلت إليه اللجنة عند دراستها للطعن الخاص بالمنح المؤقت للصفقة .

7- قرار إلغاء المنح المؤقت لصفقة الأشغال العامة

يعتبر هو الآخر قرار إداري منفصل يقبل الطعن بالإلغاء بصورة مستقلة .

8- قرار إلغاء الإجراء في صفقة الأشغال

لقد استقر القضاء الإداري على قاعدة إلزام الإدارة بإرساء الصفقة على مقدم أفضل عطاء وفقا للمعايير القانونية¹، أي أن اختصاصها في ذلك هو اختصاص مقيد، إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق الإدارة في عدم إتمام الصفقة و في العدول عنها إذا ثبت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، و بمعنى أنه رغم التزام الإدارة في حالة تعاقدها باختيار من رست عليه الصفقة غير أنها ليست ملزمة بإبرام الصفقة، ولها أن تمتنع عن إتمام الصفقة إذا وجد لديها من الأسباب ما تتعلق بالمصلحة العامة ما يبرر ذلك²، فالمصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة لإثبات وجود المصلحة العامة من عدمها، و لتقرير إبرام العقد أو عدم إبرامه .

فضلا عن حالة إلغاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة، نص المشرع على حالة أخرى تكون فيها المصلحة المتعاقدة ملزمة بإلغاء الصفقة، وهي حالة عدم الجدوى التي تتقرر نتيجة عدم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة أو لمحتوى دفتر الشروط أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الاحتياجات³.

يشكل رفض المصلحة المتعاقدة إبرام العقد وجود قرار إداري مستقل ومنفصل عن العقد نفسه، لذلك اعتبر القضاء الإداري قرار الإدارة برفض التعاقد من القرارات الإدارية النهائية التي تقبل الانفصال عن الصفقة وتقبل بالتالي الطعن فيها إستقلا عن العقد⁴، وذلك إذا كان معيبا بعبء من عيوب المشروعية، كأن يكون إلغاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة سببا صوريا أو أن يثبت صاحب العطاء أنه قدم عطاء مناسبا ورغم ذلك قامت الإدارة بتقدير عدم جدوى العملية.

ثانيا : المنازعات التي تثيرها عدم مشروعية القرار الصادر بإبرام الصفقة

¹ - شريف سمية، مرجع سابق، ص 38 .

² - باهي محمد، المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الادارية ج2 ، مرجع سابق، ص 146 .

³ - المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر .

⁴ - شريف سمية، مرجع سابق، ص 38.

تعتبر مرحلة إبرام العقد الإداري من أهم المراحل التي يمر بها العقد الإداري خلال طور التكوين، إذ أن القيود و الإجراءات السابقة على التعاقد ما هي إلا إجراءات تمهيدية لا تسفر عن أية علاقة عقدية ، أما الرابطة العقدية بمعناها الفني فلا تبدأ إلا من خلال تلك المرحلة حيث يوقع العقد من المتعاقد و السلطة المختصة،و نعتبر تلك المرحلة تجسيدا لإرادة الإدارة في التعاقد وإتمام العقد،و يعتبر هذا التوقيع بمثابة قرار صادر بإبرام العقد،ويكون تصور غياب إبرام العقد،إما لعدم توقيع العقد مطلقا من لدن الإدارة، أو لدولها أو تراجعها عن إبرام العقد¹ .

ومن هنا نلاحظ أن مرحلة إبرام الصفقة العمومية تعتبر آخر مرحلة للتعاقد تنتج بصدور قرار من السلطة المختصة،و قد حددت المادة 04 من أحكام المرسوم الرئاسي 247 - 15 الجهة المخولة لها قانونا إبرام الصفقات العمومية، و ذلك بالنسبة لكل هيئة من الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية.

غير أنه برجعنا إلى موقف المشرع الجزائري من سلطة الإدارة في رفض إتمام إبرام الصفقة، نجد أن موقفه غامض في هذه المسألة، لأنه برجعنا إلى المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، نصت على أنه " يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا أثبتت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت".

يجب أن يبين في هذه الحالة حق رفض عرض من هذا النوع كما ينبغي دفتر شروط المناقصة." كأن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال هذه المادة يمنح الإدارة سلطة رفض إتمام إبرام الصفقة حتى و لو توافرت جميع الشروط والمؤهلات المطلوبة ، إذا كان سبب الرفض معللا أو سببه هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت ، كما هو واضح استعمال كلمة " يمكن " و"تقترح" يجعل طلب لجنة تقييم العروض بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أمرا اختياريا و يكون بذلك لهذه الأخيرة سلطة تقديرية واسعة في إتمام الصفقة أو عدم إتمامها .

1- الطبيعة القانونية لقرار إبرام الصفقة

القرار الصادر بإبرام الصفقة هو في حد ذاته قرار إداري يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد، باعتبار أن الصفقة حال صدور هذا القرار لم تكن قد أبرمت بعد،الأمر الذي يجعل منه قرارا إداريا منفصلا عن العقد الإداري ويجوز معه الطعن في هذا القرار بسبب التجاوز في استعمال السلطة استقلالا عن العقد إذا توافرت موجبات إلغائه، لذلك فإن الطعن في القرار الصادر بإبرام الصفقة بالإلغاء أمر جائز قانونا ،لأن إبرام العقد

¹ - باهي محمد ،المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الادارية ج 2 ، مرجع سابق،ص 146 .

والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة، حيث أصدرتها بوصفها جهة تعاقد، و أن العقد لم يكن حال إصدارها قد انعقد بعد¹.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قبل الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بإبرام الصفقة باعتبارها قرارات إدارية منفصلة ترتب أثاراً قانونية خطيرة تتمثل في منع إبرام الصفقة العمومية بشكل نهائي.

ومن أمثلة ذلك ، حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 09-11-1998 وكان ذلك بصدد دعوى إلغاء مقدمة ضد قرار صادر عن البلدية يقضي بإبرام عقد أشغال.²

وفي نفس السياق تقرر في محكمة القضاء الإداري بمصر أن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانوناً قصد إحداث أثر قانوني معين، وعليه فإن القرار الصادر بإبرام العقد يكون الطعن فيه بالإلغاء جائزاً قانوناً، فقد قضى في هذا القضاء أن:"المحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة واللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البث القرار بإرساء المناقصة والمزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل.

أما في ما يتعلق بالقرارات الصادرة باعتماد التعاقد بالطريق المباشر، فقد طبق القضاء المصري وكذلك نظيره الفرنسي هذه الفكرة على هذا النوع من القرارات، فقرر "أن التعاقد بالطريق المباشر يعتبر قراراً إدارياً من حيث كونه إذناً بالتعاقد، والقرار الصادر بإبرام العقد يعد من غير شك قراراً إدارياً وهو بهذه المثابة كالقرار الصادر بإرساء المناقصة أو المزايدة من حيث انفصاله عن العملية العقدية ذاتها، ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمراً جائزاً قانوناً لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة .

2- قرار رفض إبرام صفقة الأشغال

في مسألة رفض المصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة نجد أن الإدارة و إن كانت تتمتع في إبرامها لعقد الصفقة بسلطة تقديرية حيث يكون بوسعها رفض إبرامها إذا زالت دواعي التعاقد أو اقتضت المصلحة العامة عدم إتمامه، إلا أن قرارها في هذا الشأن لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء إذا ما خالف القانون أو صدر

¹- باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، ط 1، مرجع سابق، ص 17، 18.

²- تياب نادية، المرجع السابق، ص 228 .

مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة باعتبار أن هذا العيب يشكل قيذا على سلطة الإدارة التقديرية في جميع الأحوال.¹

تلك هي القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي يندرج الطعن فيها ضمن ولاية قضاء الإلغاء، و بالتالي تخرج عن نطاق دعوى القضاء الكامل لعدم ارتباطها ببند الصفقة العمومية كونها إجراءات سابقة على مرحلة تنفيذ بنود الصفقة والحقوق المترتبة عنها.²

وبذلك قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن "ما استندت إليه جهة الإدارة من أنها لم تتعاقد مع المدعي بسبب وجود عجز كبير من المهندسين لديها، مما يتعذر معه الإشراف على التنفيذ، ذلك لأنه فضلا عن أن هذا السبب كان معلوما لديها مقدما عند طرحها المناقصة، فإنه ليس مبررا يبيح لها مخالفة حكم القانون ولا ذنب للمدعي في وجود هذا العجز، بل أن هذا الاعتبار قائم أيضا في حالة إسناد العملية إلى غيره حتى لو كان شركة من الشركات القطاع العام، أما بالنسبة لما أشارت إليه في مذكرتها في أنها قامت بإلغاء المناقصة، فإن هذا السبب على غير أساس أيضا لأنه ليس من الأوراق ما يفيد أنه قد توافرت في المناقصة التي أجريت إحدى الحالات التي تجيز إلغائها"³

وكذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر بمعرض الطعن بالإلغاء على قرار رفض إبرام عقد مزايمة أن "إذا رأت لجنة البث أن أعلى العطاءات سعرا في المزايمة يقل عن أسعار السوق مما يستوجب إلغاء المزايمة و اعتمدت توصياتها من السلطة المختصة ولم يثبت ثمة انحراف بالسلطة فإن القرار الصادر بالإلغاء يكون صحيحا، أساس ذلك: أن المشرع استهدف من إلغاء المزايمة في مثل هذه الحالات تحقيق مصلحة الخزنة العامة فيما يعود عليها من الفرق بين قيمة أعلى عطاء والقيمة السوقية"⁴

هكذا وقد استقر القضاء في كل من فرنسا ومصر على قبول الطعن ضد القرارات القابلة للانفصال في حالة رفض الإدارة إبرام العقد باعتباره من القرارات الفردية التي تمس الأفراد في مراكزهم القانونية بالسلب لاسيما المناقصين والمزايدين، الأمر الذي يبيح لهم الطعن في هذه القرارات لعدم مشروعيتها في المواعيد المقررة للإلغاء.

3- قرار التصديق على الصفقة

¹ - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية ، ج2، مرجع سابق ،ص18.

² - تياب نادية ، المرجع السابق، ص229.

³ - سيف صالح علي الحربي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة -دراسة مقارنة-أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2018، ص53

⁴ سيف صالح علي الحربي ، مرجع سابق ، ص54 .

تخضع بعض المصالح المتعاقدة في عملية إبرام صفقاتها إلى رقابة الوصاية تمارس في ضرورة التصديق على الصفقة، اعتبر القضاء الإداري القرارات الإدارية التي تصدر من سلطة الوصاية قرارات منفصلة عن العقد الذي تبرمه الإدارة، سواء تعلقت هذه القرارات بالترخيص أو التصديق على العقد الإداري، أو كانت تهدف إلى رفض إبرام العقد الإداري، و بالتالي يمكن الطعن فيها استقلالاً عن العملية العقدية، ذلك أنه في هذه القرارات الإدارية تبرز إرادة الإدارة المنفردة أي سلطة الأمر¹.

وبرجعنا إلى التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 نجد أن الصفقات العمومية تخضع قبلاً لرقابة الوصاية قبل دخولها حيز التنفيذ، وتهدف هذه الرقابة إلى التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلاً في إطار البرامج و الأسبقيات المرسومة للقطاع².

وفي التشريع المغربي للسلطة المختصة حرية في المصادقة على الصفقة أو رفضها، وغالباً ما ترتبط عدم المصادقة على الصفقة العمومية بعدم احترام أشكال وشروط إبرام الصفقات العمومية، و عدم توفر الإعتمادات اللازمة لتنفيذ الصفقة، و تترتب عن عدم المصادقة على الصفقات العمومية سحب جميع القرارات الممهدة لإبرام الصفقة وتحلل المتعاقد مع الإدارة من جميع التزاماته بخصوص تلك الصفقة ونستخلص من هنا أنه بحصول المصادقة على الصفقة فإن هذه الأخيرة تصبح صحيحة ونهائية ويجب أن يلتزم الأطراف بتنفيذ مقتضياتها، لكن إذا تم رفض المصادقة فإنه ينبغي النظر للصفقة وكأنه لم يتم تكوينها أصلاً³.

وفي هذا الشأن نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر قرار سلطة الوصاية في التصديق أو عدم التصديق على الصفقة قراراً منفصلاً عن الصفقة، وقبل بذلك دعوى إلغاء الموجهة ضد القرارات الصادرة عن سلطة الوصاية السابقة لإبرام الصفقة والممهدة لها على الرغم من أن الطاعنين كانوا أطرافاً في العقد وكان يمكنهم اللجوء إلى القضاء الكامل⁴.

4- قرار تجاوز تأشيرة عدم المنح :

وذلك تطبيقاً للمادتين 200 و 201 من المرسوم الرئاسي 15/247 حيث إذا رفضت المصلحة المتعاقدة أو اللجنة القطاعية للصفقات منح التأشيرة يمكن لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة بناءً على تقرير من المصلحة المتعاقدة تجاوز ذلك بمقرر معلل " ، فيعتبر هذا القرار قابلاً للانفصال .

¹- شريف سمية ، المرجع السابق ،ص ص 38،39.

²- المادة 164 من المرسوم 247/15 المتضمن ق.ص.ع.م.ع.ت.م.ع. السالف الذكر .

³- باهي محمد ، المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية ج 2 ، مرج سابق، ص ص 148، 149 .

⁴- شريف سمية، المرجع السابق،ص39.

المبحث الثاني: المنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ صفقة الأشغال

بعد إبرام الصفقة العمومية، يدخل طرفا الصفقة العمومية في مرحلة تنفيذها، مما يترتب على ذلك حقوقا والتزامات بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي المتعاقد معها، تختلف كلياً عن تلك الموجودة في العقد الذي يخضع للقانون الخاص، فإذا كان العقد في القانون الخاص تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والمساواة بين طرفي العقد في الحقوق والواجبات، فإن هذا مغاير تماماً لما هو موجود في تنفيذ الصفقة العمومية، لأن المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة تتمتع بسلطات وامتيازات تجعل مركزها غير متساوي في الحقوق والالتزامات مع مركز المتعاقد معها، وذلك وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة .

وفي هذا الصدد، قد يحدث أن تنشأ نزاعات بين طرفي صفقة الأشغال في هذه المرحلة والتي تكون نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة بسلطاتها والتزاماتها (المطلب الأول) أو نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته إرادياً كما قد يكون هذا الإخلال نتيجة بسبب خارج عن إرادته (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: المنازعات الناشئة نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة بسلطاتها و التزاماتها

يخول للمصلحة المتعاقدة عند تنفيذ صفقة الأشغال مجموعة من السلطات والامتيازات و بالمقابل يترتب عليها مجموعة من الالتزامات التي تتنوع بين التزامات تقنية و أخرى مالية .

غير أنه ما يحدث في هذا الشأن أنه قد تنشأ نزاعات بين طرفي الصفقة تكون نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة باستعمال السلطات الممنوحة لها، كما قد تكون هذه النزاعات بسبب إخلالها بأحد الالتزامات التعاقدية المترتبة عليها.

ولتوضيح ذلك سنتناول في هذا الإطار المنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالسلطات الممنوحة لها (الفرع الأول) لنتناول بعد ذلك المنازعات الناتجة عن الإخلال بالتزاماتها التعاقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المنازعات الناشئة عن ممارسة المصلحة المتعاقدة للسلطات الممنوحة لها

وفق ما تم الإشارة إليه سابقاً، فإن الإدارة تتمتع بسلطات و امتيازات واسعة في تنفيذ الصفقة العمومية يبررها الهدف الأسمى للإدارة والمتمثل في إشباع حاجات المصلحة العامة، لكن يمكن للمصلحة المتعاقدة، أن تستعمل هذه السلطات على نحو غير مشروع، مما يشكل خطأ عقدي يترتب مسؤولية الإدارة ويولد معه حق المتعاقد في التعويض، كما يمكن كذلك أن تستعمل هذه السلطات الممنوحة لها بصفة مشروعة، غير أنها تسبب أضراراً للمتعاقد معها، مما يترتب عليه حق المتعاقد في التعويض.

وستنطرق إلى هذين المظهرين وفق ما يلي :

النزاعات الناشئة نتيجة استعمال الإدارة لسلطاته على وجه غير مشروع (أولاً) والنزاعات الناشئة نتيجة استعمال الإدارة لسلطاتها بوجه مشروع (ثانياً).

أولاً: النزاعات الناشئة نتيجة استعمال الإدارة لسلطاتها على وجه غير مشروع

وتتمثل أساساً في مجانية الإدارة لقواعد المشروعية عند مباشرتها لسلطاتها المتمثلة في:

1- المنازعات الناشئة عن الاستعمال غير المشروع لسلطة التعديل:

لقد منح المشرع للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل الصفقة عن طريق الملحق وفق ما تم بيانه سابقاً، غير أن سلطتها في ذلك غير مطلقة بل قيدها المشرع بضوابط و شروط لحماية المتعامل المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمالها لهذه السلطة ، وتتخذ هذه الضوابط شكلاً إنفاقياً، تشريعياً، وقضائياً.

- الضوابط الاتفاقية:

تتضمن أغلب العقود الإدارية بنوداً صريحة تنص على حق الإدارة في تعديل الالتزامات الأصلية للمتعاقد ولا تقتصر هذه البنود على ذكر هذا الحق فحسب، و إنما تنظم أيضاً كيفية ممارستها وتضع لها قيود تلزم الإدارة بعدم تجاوزها، من خلال بنود العقد المتضمنة قيود مفروضة على سلطة التعديل إذ تلتزم الإدارة في هذا الشأن باحترام القيود الاتفاقية عملاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال إدراج بنود تحرم الإدارة من استعمال سلطتها في تعديل شروط العقد بصفة مطلقة ، و في الحالة التي يتم النص فيها على سلطة الإدارة في تعديل العقد أو النص عليه في دفتر الشروط، فإنه لا يجوز ممارسته إلا وفقاً للشروط العقدية التي تنظمه .

- الضوابط التشريعية:

إن استعمال المصلحة المتعاقدة لحقها في التعديل يكون قائم على مجموعة من الضوابط والقيود التشريعية التي يفرضها المشرع ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة الخروج عنها مهما كان السبب إلا في حالة الضرورة. فعلى الإدارة أن تلتزم باحترام قواعد المشروعية لأي أمر تصدره للمتعاقد معها بغرض التعديل، وتتمثل هذه القواعد في الاختصاص والشكل والإجراءات، فعدم احترام هذه القواعد قد يترتب عليها، صدور قرار مشوباً بعيب مخالفة المشروعية، مما يؤدي إلى نشوب منازعات بين طرفي عقد صفقة الأشغال وللمتعاقد الحق في الطعن فيه بالإلغاء أمام قاضي العقد، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها سنة 1980 جاء فيه: .. و أن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادر ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من أنيط بهم قانوناً هذا الاختصاص، ومقتضى ذلك أنه حيث يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري فلا سبيل إلى قيام بهذا التعديل و الاعتداد به قانوناً ما لم يلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثر ما في تعديل العقد و تحويل آثاره و تغيير مقتضاه.

-الضوابط القضائية :

إذا تم التنصيص في دفتر الشروط على النسبة المسموح بها للإدارة بممارسة سلطة التعديل فيها فإن النزاعات حول هذا البند تكون قليلة إذا تم مقارنتها بحالة عدم النص على سلطة التعديل في العقد. ففي حالة عدم النص صراحة على النسبة التي تمارس فيها الإدارة صلاحية تعديل شروط العقد، فقد وضع القضاء الفرنسي ضوابط وذلك بوضعه لقيود على سلطة المصلحة المتعاقدة لممارسة هذه السلطة، حفاظاً على حقوق المتعامل المتعاقد، وضماناً لعدم تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال هذه السلطة و يمكن إجمالها فيما يلي: عدم تغيير موضوع العقد الأصلي: بمعنى أن لا يؤدي التعديل الذي أدخلته الإدارة على العقد إلى ظهور عقد آخر جديد .

في هذا المجال وضع مجلس الدولة الفرنسي بعض ضوابط التي يهتدي بها في تحديد حق الإدارة في تعديل شروط عقود الأشغال العامة، لاسيما ما يتعلق بالفكرتين التاليتين:

- قلب اقتصاديات العقد، وتغيير جوهره و إضافة أشغال جديدة، ليست لها علاقة بموضوع العقد.

- فكرة قلب اقتصاديات العقد و تغيير جوهره:

عند مباشرة الإدارة لأي تعديل في شروط عقد الأشغال العامة، عليها أن تضع في حسابها أنها أبرمت العقد مع متعاقد (المقاول) كان قد درس جيداً كل الجوانب المحيطة بالعقد، من حيث الوسائل الواجب استعمالها، وكذا المؤهلات الواجب توافرها، بل و حتى طريقة تنفيذ العقد.

فإذا أرادت الإدارة اللجوء إلى سلطة التعديل عليها أن لا يتبالغ في ذلك، كي لا تتقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.

ليس من المستساغ أن تلزم الإدارة المتعاقد معها بتنفيذ تعديلات لم تكن ضمن تقديراته الأولى التي بني عليها نيته في التعاقد، والتي من شأنها قلب اقتصاديات العقد وجوهره بالنسبة إليه¹.

إن سلطة التعديل لا تمتد إلى موقع التنفيذ لخروجه عن النطاق الجائر قانوناً فهو من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسابه وتقديره، ومن ثم فلا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام التعاقد، و ترتيباً على ذلك فإن نقل الموقع من مكانه الأصلي إلى مكان آخر يبعد عنه بمسافة 40 كيلومتر تقريباً يجعل المتعاقد أمام عقد جديد طالما أنه يخرج عن حدود السلطة المقررة للإدارة².

وفي حكم آخر للمحكمة العليا بمصر الصادر بتاريخ 1970/04/11 حيث جاء فيه: "... كما أن لها (الإدارة) سلطة تعديل العقد، بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي"³.

وهو المبدأ الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته بتاريخ 1999/03/12، حيث أكد فيه أن التعديل الذي تقوم به الإدارة على العقد بإرادتها المنفردة لا يصل إلى حد قلب اقتصاديات العقد بدرجة كبيرة وفادحة⁴.

-إضافة أشغال جديدة، ليست لها علاقة بموضوع العقد:

الأشغال الجديدة بمفهوم مجلس الدولة الفرنسي، هي التي يعتبر موضوعها غريباً عن موضوع العقد الأصلي، بحيث لا تربطها أي صلة إطلاقاً، أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التي تم النص عليها في العقد، كما ذهب مجلس الدولة في إحدى قراراته إلى اعتبار تجاوز الإدارة في تعديل العقد للشروط المتعلقة بالنسب المحددة في العقد، التي تقع على عاتق المتعاقد زيادة أو نقصاناً عن العقد باعتبار أن هذه أدايات يكون للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد.

وهو ما أقرته المحكمة العليا بمصر في حكمها الصادر في 01 مارس 1986 أنه:

يتعين أن تكون الأعمال الإضافية من ذات نوع و جنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات الأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية.

¹- كمال العطرأوي، مرجع سابق، ص512

²- نفس المرجع، ص513.

³- نفس المرجع، ص513

أورده أ/ كمال العطرأوي، مرجع سابق، ص513؛ 513 -C.E 12 mars, 1999, SA Méribel, rec:p61 -⁴

-إذا كانت الأعمال الإضافية مثبتة الصلة بالأعمال الأصلية ومتميزة عنها فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة، لا ضرورة من إسنادها إلى ذات المقاول.¹

بعد استعراضنا لهذه الضوابط المستوحاة إما من الاتفاق أو التشريع أو القضاء ، نجد أنها تعتبر قيود وضعت لحماية المتعامل المتعاقد (المقاول) من جراء إمكانية تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمالها لحقها في تعديل الصفقة، ومنها فإن كل خروج عن هذه الضوابط يؤدي إلى منازعات بين طرفي الصفقة.

2-الإخلال بسلطة الرقابة والإشراف

إن سلطة الرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد عند قيامه بتنفيذ الصفقة العمومية تعتبر حقا للمصلحة المتعاقدة تستعمله في مواجهة المتعاقد معها حتى ولو لم يرد النص عليها في عقد الصفقة العمومية لتعلق هذه السلطة بالنظام العام و بالتالي لا يجوز الاتفاق على استبعادها وعلى الرغم من ذلك فإنه لا يمكن التسليم بهذه السلطة بصفة مطلقة حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في استعمالها بل لابد من ضوابط معينة تستعمل ضمن حدودها حماية للمتعامل المتعاقد²، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

*أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة :

إن هدف المصلحة المتعاقدة من إبرام الصفقات العمومية بوجه عام هو تحقيق المصلحة العامة و أن مباشرتها لسلطاتها والتي من بينها سلطة الرقابة هو الوصول للتنفيذ السليم للصفقة العمومية طبقا للشروط التي أبرمت من أجلها ،لذلك فإن الرقابة على تنفيذ الصفقة يجب أن يكون بدافع مصلحة المرفق الذي من أجله أبرمت الصفقة من خلال أداء العمل المنوط بالمقاول في صفقة الأشغال العامة على نحو ما ينبغي .

وتبعا لذلك يجب أن تكون المصلحة العامة هي الباعث أو الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه من وراء كافة ما تقوم به من أعمال وتصرفات و إلا شاب تصرفها عيب الانحراف في استعمال السلطة كما يجب أن تكون متجسدة في احتياجات ومقتضيات المرفق العام ،إذن يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تتراخى في استعمال آلية الرقابة وعليها أيضا أن لا تتشدد في ذلك على اعتبار أن الهدف هو تنفيذ الصفقة وفقا لما يتماشى وتحقيق المصلحة العامة لأن إفراط الإدارة بلا موجب في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ ودفع المتعاقد ليتخذ سبيل

¹ - نفس المرجع ، ص ص 513،514 .

² - سليمة جدي، منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف و المراقبة،المجلة الجزائرية للأمن و التنمية، العدد العاشر، جانفي2017،ص 538 .

التقاضي مما يوتر علاقته بالإدارة الأمر الذي ينعكس سلباً على حسن أدائه لالتزامه التعاقدى بعد تحوله من مساعد للإدارة ومشاركاً لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمع به ساحات القضاء.¹

* ضرورة صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية:

يجب مراعاة صدور القرارات الإدارية المتصلة بالرقابة من جانب الجهة التي يحق لها قانوناً ممارسة هذه السلطة ووفقاً للإجراءات والأشكال المنصوص عليها والتي قد يتطلبها القانون، وعلى المصلحة المتعاقدة عند استعمال سلطة الرقابة أن تحترم مبدأ المشروعية وإلا عدت قراراتها معيبة، مما يسوغ للمتعاقد الطعن فيها أمام الجهات القضائية، وفي حالة ما إذا كانت سلطة الرقابة منصوصاً عليها في العقد، فلا يمكن استعمالها إلا في حدود الاشتراطات التعاقدية إذ لا يجوز للإدارة تجاوز هذه الاشتراطات دون المساس بمبدأ المشروعية.

أن لا يؤدي إعمال سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون الصفقة:

إن تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة الرقابة على تنفيذ المتعامل المتعاقد لمضمون الصفقة لا يعني قيامها بتغيير مضمون العقد فليس لها أن تصدر للمتعامل المتعاقد من الأوامر من شأنه أن يؤدي إلى تغيير طبيعة أو مضمون الصفقة حتى يصبح المتعامل المتعاقد وكأنه أمام صفقة جديدة، أو أن تتجاوز الحدود الطبيعية والمدة المطلوبة للتنفيذ.

ففي صفقة الأشغال بإمكان المصلحة المتعاقدة مراقبة مدى احترام المقاول لشروط إبرام الصفقة كمراقبة مدى استعماله للمواد المتفق عليها دون تجاوز ذلك بإلزامه باستكمال مواد أخرى غير تلك المتفق عليها في العقد المبرم بينهما لأنها تكون بذلك تجاوزت سلطة الرقابة إلى التعديل، ويقع عمل المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة غير مشروع، الأمر الذي يؤدي إلى قيام مسؤوليتها عما أحدثه تصرفاتها من ضرر للمتعاقد معها.

وإذا كان تجاوز الإدارة في استعمال سلطتها في الرقابة والتوجيه يسيراً فإن ذلك التجاوز لا يشكل خطأ من جانب الإدارة وإن كان يترتب التزامها بتعويض المتعاقد معها عن النفقات الإضافية التي تكبدها بسبب هذا التجاوز ليس على أساس الخطأ وإنما إعمالاً لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري والذي يمثل أحد صور مسؤولية الإدارة العقدية

¹ - نفس المرجع، ص 538.

بلا خطأ، إذن يتعين أن يكون استعمال سلطة الرقابة في حدود توقعات العقد وبما لا يتضمن تغيير في مضمونه أو قلبا اقتصادياته.¹

3- الاستعمال غير المشروع لسلطتها في توقيع الجزاءات

وفق ما تقدمنا بشرحه سابقا ، لقد تم الاعتراف للإدارة بسلطتها في توقيع الجزاءات المختلفة² على المتعامل المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية في مجال الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال حفاظا على حسن سير المرافق العامة وعلى المال العام، وذلك دون السماح لها بالتعسف في استعمال هذا الحق، بمعنى أن هاته السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة مقيدة من جهة وخاضعة لرقابة القضاء الإداري من جهة أخرى ، وما يهمننا في هذا الشأن هو القيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية لتبيان حدود ونطاق مشروعية استعمال هذه السلطة، و التي تتمثل في :

-إعذار المتعاقد :

لقد ألزم المشرع الجزائري الإدارة بإعذار المتعاقد الذي تماطل في تنفيذ التزاماته قبل إقدامها على فسخ العقد، وذلك بهدف الوفاء بالتزاماته خلال أجل معين يتم تحديده في هذا الإعذار، و بالتالي فإنه لا يمكن للإدارة القيام بفسخ الصفقة قبل إعذار المدين بذلك و إلا عد قرارها غير مشروع .

غير أنه بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة ، نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على ضرورة إعذار المقاول في صفقة الأشغال العامة قبل فرض غرامة التأخير عليه.³

وجوب تقيد الإدارة بالجزاءات المالية المتفق عليها في العقد:

وهو ما أكده المشرع من خلال المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وألزم من خلالها المصلحة المتعاقدة بضرورة التقيد بنسبة الغرامات المالية المتفق عليها

¹ - سليمة جدي، مرجع سابق، ص ص538، 539 .

² - إذ تتخذ الجزاءات عدة صور تختلف باختلاف درجة جسامة خطأ المتعامل المتعاقد وتكون إما جزاءات مالية كغرامة التأخير أو بمصادرة مبلغ التأمين المسلم للمصلحة المتعاقدة مسبقا من طرف المتعامل المتعاقد أو جزاءات ضاغطة كالتنفيذ على حساب المتعاقد وقد تتخذ صورة الفسخ عندما يكون الخطأ المرتكب من طرف المتعامل المتعاقد جسيم .

³ - نص المادة 36 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 ، السالف ذكره : " إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدية وتاريخ استلام الأشغال المؤقت " .

في الصفقة ، وضرورة احترام طريقة فرضها وفقا لما للاتفاق عليه في بنود الصفقة، وهذا دون المساس بحقها في توقيع الجزاءات الأخرى المنصوص عليها قانونا ¹.

بالإضافة إلى كل هذا هناك جزاء حظر التعاقد تم النص عليه في المرسوم 247/15 ²، وذلك في حالة ما إذا رفض المتعامل الاقتصادي الذي منحت له الصفقة تنفيذها ، فيمكن للإدارة منع المتعامل معه بصفة مؤقتة أو دائمة .

وعليه فإذا حدثت المصلحة المتعاقدة عند استعمالها لسلطة توقيع الجزاءات عن مبدأ المشروعية وعن الشروط الواجب توافرها لتوقيع الجزاءات على المتعامل معها ، مما يسبب أضرار لهذا الأخير، يكون سببا لنشوء نزاعات بين طرفي الصفقة .

ثانيا- المنازعات الناشئة نتيجة استعمال الإدارة لسلطاتها بوجه مشروع

نقصد بها تلك النزاعات التي تنشأ نتيجة كل عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد و ينصب إما على ذات العقد أو ظروف تنفيذه ، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد و يرتب له الحق في التعويض على جميع الأعباء و التكاليف الإضافية التي تكبدها ، وهذا ما يعرف " بنظرية فعل الأمير" ³ ، التي تطرقنا لتعريفها في دراستنا السابقة.

الفرع الثاني: النزاعات المتعلقة بإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها

يمكن أن نميز بين فئتين من الالتزامات التعاقدية المترتبة عن إبرام صفقة الأشغال، والتي يمكن أن تتضمن جميع الالتزامات التي تنشأ عن العقد الإداري على عائق المصلحة المتعاقدة، وهي الالتزامات ذات الطبيعة التقنية (أولا)، و الالتزامات ذات الطبيعة المالية (ثانيا) ، وهو ما سنوضحه وفق ما يلي:

أولا- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها ذات الطابع التقني

إن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها ذات الطابع التقني يمكن أن يتخذ ثلاثة فرضيات أساسية، فمن جهة قد يتعلق الأمر بعدم الوفاء الكلي بهذه الالتزامات نتيجة تنكرها لالتزاماتها التعاقدية ذات الطابع التقني ومن جهة

¹ - نص المادة 147 ف 1 و 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

² - نص المادة 75 من نفس المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

³ - طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون، 2012/2013، ص32

ثانية قد يتعلق النزاع بعدم وفائها بهذه الالتزامات على الوجه المطلوب ، ومن جهة ثالثة قد يكون جوهر النزاع هو تأخر المصلحة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها ذات الطابع التقني .

وبالتالي قد تنشأ منازعات بمناسبة تنفيذ لجانب تقني وذلك لمخالفة أحد البنود الواردة فيه، كأن تقوم الإدارة المتعاقدة بإعداد سئ للعقد وبالتالي الإخلال بالتزامها مثل ارتكاب أخطاء وإغفال تقني في التصاميم المقدمة من لدن الإدارة أو في تقدير حجم الأشغال أو في تصور المشروع أو في عدم كفاية تحديد التزامات المتعاقد من الإدارة تنفيذ الصفقة بـمكان آخر غير المكان المحدد في البداية، وكذا عدم منح المعلومات الكافية حول المشروع أو التأخير في تبليغ الصفقة وتوجيه الأمر بالخدمة لبدأ الأشغال الشئ الذي يترتب عنه أضرار للمتعاقد والذي تترتب عليه نشوء نزاع بين طرفي صفقة الأشغال.

وفي ذات السياق نجد أنه في حالة التزام الإدارة مثلاً بأن تسلم إلى المتعاقد معها المواد الضرورية لتنفيذ الصفقة فيجب أن تكون تلك المواد مطابقة للشروط التعاقدية ومنسجمة مع الأعمال المطلوبة من المتعاقد بمعنى أن يكون التزام التسليم والتزام المطابقة¹، إذ يترتب على مخالفتها لهذا الالتزام ، نشوء نزاعات بين طرفي الصفقة.

فقد يحدث أن تعتمد المصلحة المتعاقدة التي تغير أحد البنود الواردة في العقد بمحض إرادتها لإرغام المتعامل المتعاقد على تغيير نوعية الخدمات المطلوبة كأن تضيف بذلك التزامات أخرى على عاتق المتعامل المتعاقد كـالخلاف الناشئ بشأن نوعية الحديد المستعمل في إنجاز بناية معينة ،أو أن تضطر إلى تغيير مخطط إنجاز المشروع مما يترتب التزاما إضافيا على عاتق المتعامل المتعاقد الذي يرفض تحمل تكاليف هذا التغيير².

فإجمالا فإن عدم تسليم الإدارة الموقع خال من العوائق يعد خطأ عقديا وإخلالا بأحد التزامات الإدارة يخول للمتعاقد الحق في طلب التعويض عما قد يلحقه من ضرر، سواء فيما يتعلق بقيمة الأعمال المنفذة لإعادة تجهيز الموقع أو تمديد مدة العقد بما يوازي المدة التي استغرقتها الأعمال الجديدة، فضلا عن التعويض عن الأضرار الأخرى.

كما تقوم نزاعات بين طرفي الصفقة في حالة امتناعها عن تقديم التسهيلات التي إلتزمت بتقديمها إليه من شغل عقارات مملوكة لها لتموين المواد والمعدات اللازمة لتنفيذ عقد الأشغال العامة، أو عدم تسليمه في الوقت المقرر المستندات الواجبة للحصول على المواد اللازمة لتنفيذ العقد³، وعدم تقديم المعاونة للمتعاقد معها في الحصول على التراخيص اللازمة للأعمال محل التعاقد، بل إنه في بعض الحالات تكون الإدارة هي الملزمة بالحصول

¹ - باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 327 .

² - عبد اللطيف رزايقية، دعاوى الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 08، العدد 01، سنة 2019، ص 270

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق ، ص 403، 404

بنفسها على التراخيص وموافقة الجهات المعنية على الأعمال محل التعاقد، وتلك التراخيص غالبا ما تكون من جهات حكومية كتراخيص الحفر والردم والهدم، وتراخيص البناء وغيرها من التراخيص ذات الأثر الفعال في بدأ تنفيذ الأعمال محل التعاقد، ورغم أن التزام الإدارة بمعاونة المتعاقد معها في الحصول على التراخيص غير منصوص عليها صراحة، إلى أن تقاعس الإدارة عن القيام بهذا الواجب خاصة عندما يطلبه منها المتعاقد يترتب مسؤولية الإدارة، أو على الأقل بحسب ظروف كل حالة على حدى المسؤولية المشتركة لطرفي العقد، و يجعل سلطتها التقديرية في مجال تمديد مدة العقد عن تأخر صدور التراخيص لعدم معاونتها في ذلك سلطة مقيدة لا خيار أمامها سوى الاستجابة لتمديد المدة المناسبة والتي تتناسب مع مقدار خطأها عن عدم الالتزام بمعاونة المتعاقد في تيسير حصوله على التراخي اللازمة لتنفيذ العقد¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه توجد عمليا منازعات شبه تقنية نظرا للطبيعة الخاصة التي تميزها ومثالها الحالة التي يتم فيها المنح المؤقت للصفقة لإحدى المتعاملين و قيامه بإنجاز الأشغال أو الخدمات المطلوبة بدون الحصول على وثيقة الأمر ببدأ الأشغال، وبعد استيفاء الآجال المحددة يتم عرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسة ومنح التأشير، ونظرا لمخالفة المتعامل المتعاقد للإجراءات المنظمة ترفض اللجنة منح التأشير، وعند مطالبته بقيمة الأشغال التي أنجزها ترفض المصلحة المتعاقدة تسديدها، وعليه تأسيسا على ما تقدم يمكن القول بأن المصلحة المتعاقدة تسعى دائما إلى إنجاز مشاريعها في الآجال المحددة متناسية في ذلك حق المتعامل المتعاقد في استيفاء مستحقات الصفقة بعد التنفيذ².

ويتبين من خلال ما تطرقنا إليه أن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية ذات الطابع التقني رغم اختلاف صورها والتي لا يمكن الإحاطة بها جميعها، فإنها لا تصل إلى حجم إخلالها بالتزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة المالية وهو ما سنبينه في العنصر الموالي.

ثانيا- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المادية

من الالتزامات الواقعة على عاتق المصلحة المتعاقدة وفقا ما تفضلنا بشرحه سابقا، هو التزامها بتمكين المتعامل المتعاقد (المقاول في صفقة إنجاز الأشغال العامة) من الثمن مقابل ما أداه من عمل، وذلك عقب تنفيذه لموضوع الصفقة وفقا للمواصفات والشروط المنفق عليها، بعد الاستلام النهائي للمشروع ويتم دفع الثمن وفقا للأشكال و الكيفيات التي حددها المنظم .

¹- محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص ص 392، 393.

²- عبد اللطيف رزايقية، مرجع سابق، ص 270 .

وبناء على ذلك فإن حدث وأقدمت المصلحة المتعاقدة على التأخير في أداء المستحقات المالية للمتعاقدين مع الإدارة، أو قامت بتعديل الثمن المحدد في الصفقة بإرادتها المنفردة، أو قامت بتعديله دون مراعاة واحترام شروط مراجعة الأسعار، يترتب ذلك المسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة، وتنشأ المنازعة بين الطرفين، وتخضع هذه المنازعة لرقابة قاضي العقد .

1- إخلال المصلحة المتعاقدة بأداء المقابل المالي للعقد:

و يتمثل هذا الإخلال إما في عدم قيام المصلحة المتعاقدة بأداء المقابل المالي أو التأخير في دفعه، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أ- عدم قيام المصلحة المتعاقدة بأداء المقابل المالي

يخضع تحديد الثمن لإرادة طرفي العقد، فالمتعاقدين في عقد الأشغال العامة يبدي في عطاءه إستعداد للقيام بالعمل موضوع العقد بسعر معين، فإذا أرست عليه جهة الإدارة العطاء كان معنى ذلك موافقتها على الثمن.¹ يتلقى المتعامل المتعاقد مقابل التنفيذ المطابق الثمن المتفق عليه مسبقاً ضمن بنود الصفقة، فالمتعامل الذي أنجز موضوع الصفقة على النحو المطلوب يكون مديناً للمصلحة المتعاقدة بالمقابل المتفق عليه والواقع أن القانون لم يترك مجالاً لنشوء المنازعة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بخصوص مسألة دفع مقابل التنفيذ، فالمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ألزم كل مصلحة متعاقدة بأن تحدد حاجياتها الواجب تلبيتها مسبقاً قبل الشروع في إي إجراء لإبرام الصفقة²، كما أنه وفقاً لمبادئ المحاسبة (مبدأ تخصيص النفقات العامة) لا يحق للإدارة الالتزام بنفقة لا اعتماد لها في الميزانية، فيمنع عليها توقيع اتفاق من شأنه أن يترتب نفقات لم يسبقها اعتماد ويحقق الالتزام بهذه القاعدة مزايا لطرفي الصفقة، بالنسبة للمصلحة المتعاقدة فإنها تنفادي الالتزام بأعباء تفوق قدرتها المالية، أما بالنسبة للمتعامل المتعاقد فإنه يتوقى مخاطر تماطل المصلحة المتعاقدة في الدفع.³

ب- تأخر المصلحة المتعاقدة في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المادي للصفقة

لا يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة فقط الالتزام بأداء المقابل المادي، بل تلتزم أيضاً بعدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام عن المواعيد المقررة في العقد، فلا شك أن احترام الإدارة لهذه المواعيد يؤدي إلى تشجيع الأفراد على التعاقد مع الإدارة، وعليه فإن إخلال المصلحة المتعاقدة بهذا الالتزام المتمثل في أداء المقابل المالي لتنفيذ الصفقة

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 206، 207 .

² - تنص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر على أنه : " تحدد حاجات المصلحة المتعاقدة الواجب تلبيتها، مسبقاً، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية، يحدد مبلغ حاجات المصلحة المتعاقدة استناداً إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة."

³ - شريف سمية، مرجع سابق، ص 72 .

أو التأخر في الوفاء بها، يترتب عليه ضرر للمتعاقد معها، مما يؤدي نشوء نزعات بين طرفي صفقة الأشغال فاتحا المجال للمتعاقد المتضرر باللجوء إلى الجهات المختصة على أساس الخطأ العقدي المرتب للمسؤولية، كما يمكنه المطالبة بتوقيع غرامات تأخيرية عن كل يوم لم تسدد فيه الإدارة مستحقاته المالية، وهو ما يسمى بالفوائد التأخيرية وفق ما سنوضحه في العنصر الموالي.

2- المنازعة المتعلقة بالفوائد التأخيرية:

ويقصد بالفوائد التأخيرية تلك المبالغ المستحقة للمتعاقد للمتعاقد، وذلك في حالة عدم حصوله على مبلغ الدفع على الحساب في الأجل المحدد في المادة 122 السالفة الذكر، أي في مدة الثلاثين يوما ويتم حسابها ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل، وهو ما أكدته المادة 122 السالفة الذكر بنصها على أنه: "..... يخول عدم صرف الدفعات على الحساب في الأجل المحدد أعلاه للمتعاقد وبدون أي إجراء، الحق في الاستفادة من فوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة (1)، ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر 15 مدرجا الذي يلي صرف الدفعات على الحساب.

غير أنه في حالة ما إذا تم صرف الدفعات على الحساب بعد أجل 15 يوما المحددة في الفترة السابقة، وإذا لم يتم صرف الفوائد في نفس الوقت مع صرف الحساب، ولم يتم إعلام المتعاقد بتاريخ صرف الدفعات، يتم تسديد الفوائد على التأخير إلى حين تمكين المتعاقد من المبالغ المستحقة.

كما يترتب على عدم دفع كل الفوائد على التأخير أو جزء منها، عند صرف الدفعات، زيادة بنسبة إثنين (2) في المائة من مبلغ هذه الفوائد على كل شهر تأخير، ويقدر التأخير الذي تحسب على أساسه هذه النسبة المئوية بشهر كامل محسوبا يوما بيوم ."

وعليه فإن أي إخلال للمصلحة المتعاقدة بحق المتعاقد المتعاقد في الفوائد التأخيرية، يخول الحق لهذا الأخير باللجوء إلى القاضي الإداري في إطار القضاء الشامل الذي يفصل في هذا النزاع مستعينا بذوي الخبرة والاختصاص، كتعيين خبير محاسب لإعداد جدول محاسبي وتحديد قيمة الفوائد التأخيرية المترتبة على عاتق المصلحة المتعاقدة.

3- المنازعات المتعلقة بتعيين الأسعار:

بعد أن بين المشرع الجزائري كيفيات دفع أجر المتعامل المتعاقد¹، بين كذلك الحالة التي يمكن أن يكون عليها السعر، فالسعر يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة، كما ألزم المشرع الأطراف المتعاقدة في الصفقة بتحديد صيغة السعر التي تبين طبيعته حول ما إذا كان ثابت أو قابل للمراجعة².

ولا يمكن أن تكون محل تحيين أو مراجعة أسعار، الصفقات العمومية التي تقل مبالغها عن الحدود المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 13 من نفس المرسوم (إثنى عشر مليون دينار 12.000.000 دج لصفقات الأشغال و اللوازم، و ستة ملايين دينار 6.000.000 دج للدراسات والخدمات)³، وتلك التي يقل أجلها عن ثلاثة (3) أشهر.

فالتحيين هو طريقة من خلالها يمكن إعادة النظر والتقييم للسعر المتفق عليه نتيجة تقلبات اقتصادية تضفي بانعكاساتها على السعر، و يهدف التحيين إلى تحويل السعر الابتدائي إلى سعر جديد مرة واحدة⁴. كما ألزم المشرع على ضرورة مراعاة شروط محددة في المواد 98-99-100 و 105 عند القيام بعملية تحيين الأسعار.

أما بالنسبة لتطبيق صيغة المراجعة يعني أن السعر الابتدائي لم يعد صالحا نتيجة حدوث تغيرات اقتصادية لذلك وجب مراجعته⁵، وذلك وفق شروط محددة قانونا وتتصب المراجعة على الخدمات المنفذة فعلا، ويكون السعر قابلا للمراجعة إذا كان محل اتفاق وتم التنصيص عليه كبند في الصفقة، وهو ما يعني عدم إمكانية طلب المتعامل المتعاقد مراجعة السعر مهما كانت الظروف إذا لم يتم النص على عملية المراجعة وصيغتها في الصفقة وهو ما يعني أن الصفقة قد أبرمت بسعر ثابت و غير قابل للمراجعة.

كما أن المشرع الفرنسي من خلال المواد من 17 إلى 19 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2001 كذلك نص على أن الثمن في الصفقة قد يكون ثابتا أي لا يتغير خلال مدة العقد، كما يمكن أن يكون قابلا، للمراجعة وهو الثمن الذي يمكن أن يتعدل، تبعا للتغيرات الاقتصادية ووفق شروط المحددة في القانون⁶.

¹ -نص المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق.ص.ع.ت.م.ع السالفة الذكر

² - نص الماد 97 من نفس المرسوم .

⁴ -حمودي محمد، تعديل السعر في الصفقة العمومية التحيين و المراجعة-دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد التاسع مارس 2018، المجلد الأول، ص171.

⁵ - حمودي محمد، تعديل السعر في الصفقة العمومية التحيين و المراجعة-دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، ص173.

⁶ - Christophe Guettier;droit des contrats administratifs,thémis droit P.U.F 2008,p175

وعلى هذا الأساس اتجه القضاء الإداري الفرنسي إلى أنه في حالة وجود شرط في العقد أو في الوثائق الملحقة به يمنح للملتمزم في أن يعدل من الرسوم المقررة عند توافر ظروف اقتصادية استثنائية غير متوقعة ، فإن رفض الجهة الإدارية مانحة الالتزام دون سند شرعي يعد خطأ تعاقدي من جانبها يولد مسؤوليتها التعاقدية¹ وبمفهوم المخالفة إنه إذا خلا العقد الإداري من هذا الشرط فإنه لا يجوز للمتعاقد أن يطالب الإدارة بالتعويض عن فروق الأسعار بناء على مسؤوليتها التعاقدية .

وهو ما ذهب القضاء الإداري المصري في أنه يشترط لثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في فروق الأسعار أن يتضمن العقد نصاً صريحاً بمحاسبة المتعاقد عن الزيادة في الأسعار ، فإذا لم يوجد مثل هذا الشرط ، فلا يكون للمتعاقد مع الإدارة حق المطالبة في فروق أسعار مواد البناء التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد، ولو تعلقت هذه الزيادة بأسعار المواد الخاضعة للتسعير الجبري، وذلك لأن المتعاقد قبل التعاقد لم يشترط الحصول على هذه الفروق² وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة إلى : "عدم أحقية المقاول في تقاضي فروق أسعار مواد البناء التي طرأت أثناء تنفيذ العقد ولو تعلقت بأسعار المواد الخاضعة للتسعير الجبري في حالة قبوله التعاقد دون اشتراط الحصول على هذه الفروق"³

وبالتالي في حالة رفض المصلحة المتعاقدة تطبيق شروط مراجعة الأثمان طبقاً لما تنص عليه الصفقة وفي ما ينص عليه تنظيم الصفقات العمومية المعمول به ، فإن ذلك يعتبر إخلالاً من طرف المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية بمراجعة ثمن الصفقة مما يؤدي إلى إلزام مسؤوليتها العقدية وفي حالة رفض المصلحة المتعاقدة تطبيق شروط مراجعة الأثمان طبقاً لما تنص عليه الصفقة وما ينص عليه تنظيم الصفقات العمومية المعمول به ، فإن ذلك يعتبر إخلالاً من طرف المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية بمراجعة ثمن الصفقة مما يؤدي إلى نشوب منازعات بين طرفي الصفقة، ويخول للمتعاقد اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة ويندرج في إطار هذه المنازعات كذلك إذا قامت الإدارة بتسليم المتعاقد تصاريح مواد البناء بعد فوات المدة المحددة للتسليم فأنها بذلك تكون أخلت بالتزامها قبل التعاقد ، ومن ثم تتعد مسؤوليتها التعاقدية بالتعويض فتلتزم بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي يكون أصابه بتحملة زيادة أسعار مواد البناء متى ثبت أن هذه الزيادة

¹ - حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، ط1، 2002، ص331.

² - نفس المرجع ، ص328

³ - فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم 1045 بتاريخ 1991/11/28 ، مشار إليها في مرجع د/ محمد ماهر أبو العينين، قوانين المزايدات و المناقصات و العقود الإدارية في قضاء و إفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني، ط2، د.م.ن، 2004 ص357 .

قد حدثت بعد فوات المدة المحددة لتسليمه هذه التصاريح فتلتزم الجهة الإدارية في هذه الحالة بدفع فروق الأسعار في هذه الحالة¹.

كما قد تنشأ نزاعات بين طرفي صفقة الأشغال بشأن رفض منح تسبيقات ، وحجز مبلغ الضمان بعد التسليم النهائي للصفقة ، وذلك بالتحجج عن أسباب غير قانونية ، ومن تم ينشأ الحق للمطالبة بالتسديد. وبعد تنفيذ صفقة الأشغال قد تحدث نزاعات نتيجة رفض المصلحة المتعاقدة لاستلام المشروع أو استلامه بتحفظ مع خصم مبلغ الكفالة المقررة لضمان العيوب التي تظهر في المشروع بعد الاستلام المؤقت وكذلك نتيجة رفض المتعامل المتعاقد القيام بالترميمات اللازمة إضافة إلى المنازعات التي تثار بشأن استرجاع مبلغ الكفالات ورفع اليد عن الرهون، وفي هذه المجال قضى مجلس الدولة في قرار له على أنه: "من المقرر قانوناً و في إطار استرداد مبلغ الكفالة لمقابل للأشغال فإنها لا تكون قابلة للتسديد إلا بعد تحرير المحضر النهائي للتسليم ورفع التحفظات الواردة في محضر الاستلام المؤقت و الثابت في قضية الحال أن المحضر النهائي للاستلام لم يحرر مما يجعل طلب العارض في استرداد مبلغ الكفالة غير مبرر."²

كذلك القرار رقم 004546 المؤرخ في 2002/04/02 والذي يتضح في تسببه أن المشروع تعرض لتخريب جزئي بعد التسليم المؤقت و أن المحضر النهائي للأشغال لم ينجز لأسباب التخريب ، وما دام أن المقاول يبقى مسؤول حتى يتم التسليم النهائي ، فإنه بالتبعية يتعين القول أنه لا يجوز استرجاع المبلغ الخاص بالضمان وكذا تسديد الفاتورة الخاصة بالضمان وكذا تسديد الفاتورة الخاصة بمراجعة الأسعار ما دام أن المشكل قائم بين المتعاملين³.

المطلب الثاني: المنازعات الناشئة نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته

قد يخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة فتنشأ بذلك عدة منازعات بينه و بين المصلحة المتعاقدة (الفرع الأول) ، وقد يحدث في بعض الأحيان ألا يقوم المتعامل المتعاقد (المقاول) بأداء هذه الالتزامات أو يكون امتناعه أو تأخره عن التنفيذ نتيجة سبب أجنبي خارج عن إرادته مما يؤدي إلى نشوء نزاعات بسبب ذلك (الفرع الثاني) وهو ما سنلقي الضوء عليه على التوالي .

الفرع الأول: النزاعات الناشئة نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته بإرادته

¹ - أحمد محمود جمعة، مرجع سابق، ص 40.

² - قرار مجلس الدولة مؤرخ في 2002/07/15 في قضية (ع.ب) (ز.س) ضد : (كتابة الدولة للتكوين المهني) ، منشور في نشرة القضاة (نشرة قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، وزارة العدل)، العدد 57، 2006 ص 303.

³ - قرار مجلس الدولة رقم 004546 مؤرخ في 2002/04/02 في قضية (م خ) ضد (رئيس المجلس الشعبي البلدي ب ك) ، منشور في نشرة القضاة، العدد 57 ، مرجع سابق ، ص 296 .

من بين أهم النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة عند تنفيذ صفقة الأشغال هو امتناع المتعامل المتعاقد بإرادته عن التنفيذ (أولاً) أو قد تكون بسبب التأخير فيه (ثانياً) أو بسبب القيام به بصورة غير مرضية أي معيبة (ثالثاً) .

أولاً: النزاعات الناشئة نتيجة الامتناع عن التنفيذ

من بين أهم الأمثلة على ذلك أن يتخلى المقاول عن مزاولة الأشغال ويتركها دون مبرر مقبول، ولا يقبل كمبرر في هذا الصدد تعطل الإدارة عن دفع الأقساط للمقاول أو أن يتذرع هذا الأخير بوجود نزاع مطروح أمام القضاء بينه وبين الإدارة صاحبة الأشغال¹، فتوقف أو تعطل العمل هو خطأ جسيم من جانب المتعاقد ، ويرجع ذلك إلى أن مصلحة المرفق العام تتعارض مع قيام المقاول بإيقاف تنفيذ التزاماته من تلقاء نفسه، فالإدارة وحدها من تملك حق توقيف تنفيذ الأشغال أو أن توجّل تنفيذها²، وهنا نجد طابع المرفق العام فيما يتعلق بأحكام العقود الإدارية، ذلك أن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب، مادام في وسعه أداء تلك الخدمة ومن هنا قلنا أنه من الواجب ألا ينظر إلى المتعاقد باعتباره متعاقدًا فحسب، بل يتعين أن يوضع في الاعتبار صفته كمعاون في تسيير المرفق العام.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي تلك القاعدة في أحكام كثيرة في مختلف العقود الإدارية منها عقد الأشغال العامة فإذا رفع المقاول دعوى فسخ العقد، فإنه لا يستطيع أن يوقف العمل انتظاراً للفصل في الدعوى، كما أنه لا يستطيع أن يستند إلى تأخر الإدارة في دفع المقابل لوقف العمل³.

ثانياً: النزاعات الناشئة نتيجة التأخر في التنفيذ

يعتبر عنصر الزمن عنصر أساسي وجوهري في العقود الإدارية، وذلك لأن الإدارة عند تعاقدها مع متعامل ما بغرض تنفيذ عقد يحتوي على صفقة عمومية تتفق معه على أجل محدد يجب إتمام الصفقة خلاله حتى تتفادى تماطل هذا المتعاقد في تنفيذ التزاماته، لأن الأمر يتعلق باستمرارية المرفق العام⁴

وعليه فإن المصلحة المتعاقدة تأخذ بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد، حتى يتسنى لها الانتهاء من عملية تعاقدية و الدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى

¹ - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 112 . .

² - نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص 245 .

³ - محمد بن سعيد بن حمد المعمري، مرجع سابق، ص 428 .

⁴ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، مرجع سابق ، ص ص 152، 153

جزء آخر، فلا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن.¹، أو عدم إيلائه الأهمية التي تليق به، والأمر يتعلق بمرفق عام وخدمات عامة ومصلحة عامة.

وبالتالي عند تأخر المتعامل المتعاقد (المقاول) في تنفيذ الصفقة في الأجل المتفق عليه أو التراخي في ذلك ينشأ نزاعات بين طرفي الصفقة، وذلك ما لم يكن التأخير ناتج عن سبب أجنبي لا يد للمتعامل المتعاقد فيه وفق ما أشرنا إليه في أول دراستنا.

ثالثاً: النزاعات الناشئة نتيجة القيام بالتنفيذ بصورة معيبة

قد تنشأ نزاعات في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزامه المتمثل في وجوب تنفيذ العقد وفقاً للشروط المتفق عليها صراحة في دفتر شروط الصفقة و وفقاً للمعايير و للمقاييس المتفق عليها خاصة فيما يتعلق بمعايير الجودة و نوعية العمل المنجز، أي يقوم بتنفيذ الصفقة بصورة معيبة.²

وبناء على ما تقدم، نخلص إلى أنه إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية بأن أهمل أو قصر في التنفيذ بصفة مباشرة و إرادية، يكون للمصلحة المتعاقدة، حلين هما:

- إمكانية اللجوء للقضاء للحصول على إدانة المقاول ليدفع للإدارة تعويضات وفوائد، ويمكن للقاضي في هذا الشأن أن يفسخ العقد على حساب الطرف العاجز.

- يمكن للمصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة أن توقع جزاءات مختلفة دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي سواء كان منصوص عليه في العقد أو لم يكن كذلك، وذلك بحكم السلطات التي تتمتع بها و(التي سبق الإشارة إليها سابقاً)، وهدف الإدارة من توقيعها الجزاء ليس إعادة التوازن المالي بين الالتزامات المتبادلة التي ينشأها العقد فقط وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو استبعاد الإخلال الذي لحقه.³

ومن بين الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة مع المتعاقد معها، نذكر الجزاءات المالية، الجزاءات الضاغطة، فسخ العقد وحظر التعامل مع المتعاقد، وفق ما تم الإشارة إليه في دراستنا السابقة، هذا من جهة.

¹ - « La grande majorité des pénalités prononcées sont des pénalités de retard sanctionnant les retards dans l'exécution des prestations du marché ».

Voir : Christophe LAJOYE ; Op.cit , p137.

- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، 2011، مرجع سابق، ص211.

² - عامر نجيم، مرجع سابق، ص129 .

³ - طيبون حكيم، مرجع سابق، ص26.

ومن جهة أخرى قد تحدث بعض المنازعات عند تنفيذ عقد صفقة الأشغال نتيجة إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته بشكل غير مباشر، ويحدث ذلك عندما يعهد المتعامل الاقتصادي الرئيسي بتنفيذ جزء من الأشغال للغير الذي يصطلح عليه المشرع باسم المناول، وذلك بموجب عقد المناولة .

واللجوء إلى المناولة مرهون بشروط المنصوص عليها في المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي يمكن إجمالها في ما يلي:

أن يتم النص على المجال الرئيسي للمناولة في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك وفي الصفقة :

فلا يجوز للمتعاقد اللجوء لتقنية التعاقد الثانوي (التعاقد بالمناولة) إذا خلا عقد الصفقة أو دفتر الشرط من الإشارة إلى ذلك، وتبدو الحكمة من إيراد هذا الشرط أن المشرع أراد من خلاله تحديد مجال التعامل الثانوي في مرحلة مبكرة وليس في مرحلة التنفيذ¹.

أن يحظى اختيار المناول مسبقاً بموافقة المصلحة المتعاقدة :

حتى لا تباغت المصلحة المتعاقدة بمتعامل ثانوي (مناول) لا تعرفه، ولم ترشحه لتنفيذ جزء من الصفقة وقد لا تتوافر فيه الشروط اللازمة، وقد يكون في وضعية مخالفة للتشريع الجبائي أو التشريع المحاسبي أو التشريع الإجتماعي، وقد يكون المناول في وضعية إفلاس أو مسجلاً في قائمة الممنوعين من تقديم العروض²، إلى غير ذلك من الوضعيات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15³، وفرض المشرع موافقتها المسبقة للتأكد من وضعية المناول القانونية إتجاه تشريعات الدولة المختلفة ذات العلاقة بمجال الصفقات العمومية⁴.

أن ينصب عقد المناولة على تنفيذ جزء من الصفقة:

معنى ذلك أن عقد المناولة لا يمكن أن ينصب على تنفيذ كل صفقة الأشغال، وهو ما يستشف من نص المادة 140 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالفة الذكر .

¹- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011، مرجع سابق، ص 236

²- نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمنة حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية ، سألفة الذكر .

³- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2011، مرجع سابق ، ص 236

⁴- نفس المرجع، ص 237

وفي هذا الإطار، قد تنشأ نوعين من النزاعات عند تنفيذ جزء من الأشغال من طرف المناول، نتيجة قيام هذا الأخير بالإخلال بالتزاماته :

وقد يكون مرد هذه النزاعات القائمة بين المقاول باعتباره المتعامل المتعاقد الرئيسي والمناول، في حالة عدم وفاء أحد الطرفين بالتزاماته في إطار تنفيذ عقد المناولة المبرم بينهما، كما أن المناول يبقى مسؤول اتجاه المتعامل المتعاقد الأصلي في حالة عدم تنفيذ أو سوء في تنفيذ الصفقة .

النزاعات التي تنشأ بين التعامل المتعاقد الرئيسي (المقاول الأصلي) و المصلحة المتعاقدة في إطار تنفيذ عقد المناولة المتعلق بصفقة الأشغال:

فقد تنشأ نزاعات نتيجة إخلال المناول بالتزاماته التعاقدية، مما يؤثر سلبا على تنفيذ الصفقة، سواء تعلق الإخلال بامتناع المتعامل الثانوي (المناول) عن تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في عقد المناولة أو عدم احترامه للآجال أو وجود عيب في العمل الذي قام به¹، أو قيام المتعامل المتعاقد الأصلي (المقاول) بالتنازل عن جزء من الأشغال لصالح المناول دون مراعاة الشروط المحددة قانونا، كعدم الحصول على الموافقة المسبقة بشأن عقد المناولة . وبالتالي فإن التعامل الثانوي بغير موافقة الإدارة، لا يمكن أن يحتج به في مواجهة الإدارة، فلا يكون بين المتعامل الثانوي وبين الإدارة أي علاقة، و يبقى المتعامل المتعاقد الأصلي مسؤول وحدة في مواجهة الإدارة، حيث ترجع عليه في حالة التقصير، وله وحده المطالبة بالحقوق المتولدة عن الصفقة كما لو كان التعامل الثانوي غير قائم².

وفي كل الأحوال يبقى المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد عن عمل المناول اتجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة³.

وهو ما أكدته كذلك نص المادة 11 فقرة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة بنصها على مايلي:
في كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان اتجاه الإدارة أو اتجاه العمال والغير."

الفرع الثاني: النزاعات الناشئة بسبب خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد

قد يحدث وأن تنشأ نزاعات حول تنفيذ صفقة الأشغال بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد مردها أسباب خارجة عن إرادة طرفي الصفقة ، تؤدي إلى وقوع أحداث غير متوقعة من شأنها أن تتسبب في إرهاب المتعاقد أو تجعل من تنفيذ الصفقة مستحيلا، وعلى هذا الأساس فقد تتخذ هذه النزاعات ثلاث أشكال أساسية وهي¹:

¹ - طيبون حكيم، مرجع سابق، ص29

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة لل عقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، طبعة عين الشمس، 2008، ص 436

³ - نص المادة 141 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

نزاعات بسبب صعوبات مادية غير متوقعة (أولا)، نزاعات نتيجة حدوث ظرف طارئة (ثانيا) أو قوة القاهرة (ثالثا)

أولا: نزاعات بسبب صعوبات مادية غير متوقعة

- تتلخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، في أن المتعاقد قد يصادف أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات مادية لم يكن بالإمكان توقعها عند إبرام ، وذلك كأن يظهر للمقاول في صفقة الأشغال، أن الأرض التي ينفذ عليها التزاماته عليها، ذات طبيعة استثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد² كأن تكون الأرض صخرية³، فيرتب عليها زيادة أعباء المتعاقد بما يجاوز الأسعار المتفق عليها⁴، بعد إبلاغ المصلحة المتعاقدة بمجرد ظهور هذه الصعوبات يلجأ المتعاقد المرهق إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما لحق به من جراء تلك الصعوبات من أضرار .

- ومن بين التطبيقات القضائية بخصوص تمسك المتعامل المتعاقد بنظرية الصعوبات المادية للمطالبة بالتعويض ، هو ما ورد في الحكم الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار ، أين تتلخص وقائع القضية أن السيد (م .ب) أبرم مع بلدية كرزاز عقد قصد حفر بئر بأرض رملية و التي تبعد عن الكثبان الرملية بـ 30 متر، و بعد بدء التنفيذ صادفته صعوبات مادية كلفته نفقات إضافية أخلت بتوازن العقد المبرم، مما دفع المتعاقد إلى اللجوء إلى القضاء الإداري للحصول على التعويضات ، إذ عرض النزاع أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار و التي فصلت فيه بقرار أيده مجلس الدولة الجزائري بتاريخ لاحق بعد الاستئناف الذي قام به المتعامل المتعاقد، و من بين ما قضت به الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار أن: "الأشغال التي طلب المستأنف تعويضه عنها هي صعوبات تصادف الطرف المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية مادية استثنائية غير متوقعة ، ولا تحدد فيها قيمتها أو حجمها أو نوعها لارتباطها في غالب الأحيان بالأرض أو الأنهار....."⁵

- و رغم أن الغرفة الإدارية قدمت شرحا مختصر لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن ظروف القضية لم تسمح لها بالاجتهاد أكثر ووضع أسس أعمق لتوضيح المعالم التي تحكم الصعوبات المادية غير المتوقعة،

¹ - طيبون حكيم، مرجع سابق، ص33.

² - نفس المرجع، ص33.

³ - بو عمران عادل، مرجع سابق، ص124

⁴ - طيبون حكيم، مرجع سابق، ص33.

⁵ - قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري، قضية السيد (م.ب) ضد بلدية كرزاز، الغرفة الأولى، رقم 10605، فهرس 2004/34، الصادر بتاريخ 20 جانفي 2004، قرار غير منشور، تمت الإشارة له في مرجع عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري مرجع سابق، ص80 .

حيث رفضت الدعوى لعدم التأسيس نظرا لكون المتعامل المتعاقد لم يحترم بنود العقد لا سيما المادة الثالثة منه التي تقضي أنه عند مصادفة المتعامل المتعاقد صعوبات غير متوقعة وجب عليه إبلاغ المصلحة المتعاقدة بذلك، الأمر الذي دفع مجلس الدولة الجزائري إلى تأييد القرار .

و بمفهوم المخالفة أنه لو احترم المتعامل المتعاقد بنود العقد كان من حقه الاستفادة من آثار آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة.¹

ثانيا-نزاعات بسبب حدوث ظروف طارئة

لقد سبق و أن أشرنا إلى أن الظروف الطارئة هي عبارة عن ظروف غير متوقعة عند إبرام العقد ، وهذه الظروف من شأنها أن تخل باقتصديات العقد دون أن تؤدي إلى استحالة التنفيذ وإنما تؤدي إلى وقوع المتعاقد في خسارة مع بقاءه ملزما بمتابعة التنفيذ، وهنا واجب على الإدارة تحمل جزء من هذه الخسارة التي سببتها تلك الظروف الطارئة²، ومثال ذلك وقوع الأزمات الاقتصادية التي تؤدي إلى رفع الأسعار أو هبوط العملة أو ندرة المواد والأزمات الاجتماعية والسياسية والحروب والانتفاضات، أو عمل السلطات الأخرى غير السلطة المتعاقدة والتي من شأنها فرض قيود أو شروط تعرقل عملية تنفيذ العقد .³

و قد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي الطرف الطارئ من الحالات التي يجوز فيها لكلا المتعاقدين طلب فسخ الصفقة، فإذا كان الأصل أن الطرف الطارئ لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام بل يجعل التنفيذ مرهقا وبالتالي فإن المتعامل المتعاقد لا يمكنه أن يتحرر من تنفيذ التزاماته ولا يمكنه إلا المطالبة بالتعويض .⁴

ثالثا : نزاعات نتيجة حدوث قوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة أشد خطورة من الحادث الطارئ لأنها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، مما يؤدي إلى انقضائه وذلك وفق لنص المادة 307 من القانون المدني ، وعليه فإنه من الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى فسخ الصفقة فهذه القاعدة معروفة في القانون المدني ، لكن مفهوم القوة القاهرة التي تبرر للمتعامل طلب فسخ الصفقة تختلف عن مفهوم القوة القاهرة في القانون المدني ، حتى و إن تم إدخال أحكام القوة القاهرة في العقود الإدارية وفقا لمبادئ قريبة جدا من المبادئ المعروفة في العقود الخاصة ، إلا أن هناك نوع من

¹ - نفس المرجع، ص80 .

² - محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و آثارها على المؤسسة الحديثة للكتاب- طرابلس 1998 ،ص126

³ - بوعمران عادل، مرجع سابق،ص122.

⁴ - شريف سمية، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مرجع سابق ،ص 105

الخصوصية للقوة القاهرة في العقود الإدارية ذلك أن مفهوم الاستحالة في التنفيذ يقصد بها استحالة تنفيذ العقد اقتصادياً¹

ومن بين أهم تطبيقات القوة القاهرة هي حالة الظواهر الطبيعية التي تمثل الحدث الطبيعي و الخارجي لمفهوم القوة القاهرة الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه، كالسيول و الأمطار التي تتصف بغزارتها و هطولها لفترات طويلة تتعدى تقدير أطراف العقد و توقعاتهم أو الرياح، العواصف أو الفيضانات أو الجفاف غير العادي.² ففي هذه الحالات يجب على المتعامل المتعاقد (المقاول) الذي يتذرع بحالة القوة القاهرة أن يقوم بإبلاغ المصلحة المتعاقدة و ذلك بمجرد ظهور هذه الحالات و يقوم بوصف جميع العناصر المكونة للقوة القاهرة ونتائجها المحتملة على المشروع الذي هو بصدد إنجازه ، و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير حالة القوة القاهرة .

¹- شريف سمية، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مرجع سابق، ص 105.
²- عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مرجع سابق، ص 142

خلاصة الباب الأول

توصلنا من خلال الباب الأول من خلال فصله الأول إلى النتائج التالية :

-هو أن الصفقة العمومية لإنجاز الأشغال لها مميزات وخصائص تميزها عن سائر باقي أنواع الصفقات الأخرى ففضلا عن كونها تتخذ الشكل الكتابي للصفقة ، ينصب موضوعها على (منشأة عقار أو عقار بالتخصيص) وتتم لفائدة شخص معنوي عام، و الهدف منها هو تحقيق المصلحة العامة، وهي محددة بمعيار مالي بموجب المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15 المذكور أعلاه .

-أن صفقات إنجاز الأشغال باعتبارها من العقود الإدارية التبادلية، التي تفترض وجود طرفين فيها وهما المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفوض الأشغال التي تعنيها لضمان إنجاز المشروع إلى هيئات مختلفة .

-وقد يكلف المتعامل المتعاقد هو الآخر شخص طبيعي أو معنوي بعد موافقة المصلحة المتعاقدة أن يقوم بإنجاز جزء من الأشغال المتفق عليها ، ويتم ذلك بموجب عقد المناولة.

-كما أن صفقات الأشغال تمر بمجموعة من المراحل حتى تظهر في صيغتها النهائية مقيدة بمجموعة من الإجراءات، قمنا بإجمالها في مرحلتين كبيرتين وهما :المرحلة الإعدادية وتحضير الغلاف المالي والمرحلة التنفيذية وظهور الصفقة للعلن .

وأنه بعد استقاء جميع الإجراءات القانونية السابقة، تدخل الصفقة حيز التنفيذ وتتولد عن ذلك حقوق و التزامات لكلا طرفي الصفقة، وتتجسد حقوق المصلحة المتعاقدة في صورة سلطات متنوعة واستثنائية تقوم بها لجعل الصفقة تفي بالغرض الذي جاءت من أجله، كسلطة الإشراف والرقابة وسلطة التعديل... الخ، غير أن هذه السلطات غير مطلقة وإنما مقيدة بضوابط المشروعية لممارسة هذه الامتيازات، ومقابل هذه السلطات تترتب على عاتقها التزامات تأخذ شكل الالتزامات المالية والالتزامات التقنية، هذا بالنسبة للمصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع .

كما يتمتع المتعامل المتعاقد(المقاول) هو الآخر بجملته من الحقوق المميزة بطابعها المالي سواء تعلق الأمر بالحق في الحصول على مقابل إنجاز الأشغال وفق الشروط و الكيفيات المحددة قانونا، وإما بالحصول عن تعويض نتيجة فعل الأمير أو نظير الظروف الطارئة و الصعوبات المالية و القوة القاهرة التي تجعل من تنفيذ الصفقة مرهقا ومستحيلا حسب الأحوال .

خلاصة الباب الأول

وتوصلنا من خلال الفصل الثاني من الباب الأول إلى النتائج التالية:

أنه لإبرام صفقات الأشغال لابد من مراعاة عدة مبادئ أساسية تتضمن نجاعة إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها وهي مبادئ مشتركة بين سائر أنواع الصفقات العمومية والمتمثلة في حرية الوصول للطلب العمومي ومبدأ المساواة ومبدأ المنافسة ومبدأ شفافية الإجراءات ، لذلك فإن أي تصرف صادر مخالف لهذه المبادئ ينجم عنها نزاعات في مرحلة إبرام الصفقة .

وقد تصدر منازعات يكون مردها عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة والتي تأخذ شكل القرارات الإدارية ، والتي تظهر خاصة في المرحلة التمهيديّة والتحضيرية السابقة لعملية التعاقد كقرار الإعلان عن صفقات الأشغال ، وقرار المنح المؤقت لها أو قرار إلغاء المنح ، وكذا قرار الإقصاء و الاستبعاد من الصفقة ، هذا فيما يخص مرحلة الإبرام .

وقد تنشأ نزاعات في مرحلة التنفيذ بين طرفي صفقة الأشغال ، تحول دون تنفيذ الصفقة سواء قبل البدء في التنفيذ أو أثناء التنفيذ أو عند التسليم النهائي للصفقة، ويكون سببها إما إخلال أحد طرفي الصفقة بالتزاماته التعاقدية ، كإقدام المصلحة المتعاقدة على استعمال غير مشروع للسلطات الممنوحة لها ، وقد تنتج عن مخالفتها لالتزاماتها التعاقدية (المالية أو التقنية) ، أو قد يكون مرد هذه النزاعات إخلال المتعامل المتعاقد (المقاول) بأحد التزاماته المشار إليها أنفاً، سواء تمثل الإخلال في الامتناع عن التنفيذ أو التأخير فيه أو القيام به بصورة غير مرضية ، وقد يكون سبب هذه النزاعات خارج عن إرادة طرفي الصفقة وذلك عند حدوث ظروف طارئة أو قوة قاهرة أو صعوبات مادية تجعل من تنفيذ الصفقة مرهقا أو مستحيلا ، مما ينتج عنه نزاعات .

من بين أهم الآليات المقررة لحل منازعات صفقات الأشغال وتسويتها، الطرق الودية و الرضائية المعتمدة من طرف المشرع الجزائري، على مر التنظيمات المتعاقبة والمتعلقة بالصفقات العمومية ، من خلال إدراجه لآلية اتفاقية و رضائية لهذا الغرض، نظرا لما توفره من وقت و سرعة في الفصل و جهد و مال في عملية التسوية، بالإضافة إلى بساطة إجراءاتها بالمقارنة مع الإجراءات المعقدة التي تميز طريق اللجوء إلى القضاء ، وإيجاد حل ودي لوضع حد للنزاع القائم بين طرفي صفقة الأشغال، وذلك عن طريق اللجوء إلى لجان الطعون الإدارية الموجودة سواء على المستوى المحلي والمركزي، وإما على المستوى الوطني والقطاعي، وذلك للنظر في منازعات إبرام و تنفيذ صفقات الأشغال، و بإعمال آلية اللجوء للتحكيم باعتباره طريق من الطريق البديلة لتسوية النزاعات، الذي يتشابه مع الخصومة القضائية في العديد من الاعتبارات .

وإذا تم إعمال طرق التسوية الودية الأنفة الذكر، ولم تجدي نفعا في تسوية النزاعات القائمة في مجال صفقات الأشغال، يتم إعمال آليات التسوية القضائية المقررة في هذا الشأن .

بناء على ما تقدم سنخصص **الفصل الأول** لطرق التسوية الودية لمنازعات صفقات الأشغال في حين نخصص **الفصل الثاني** لإبراز آليات التسوية القضائية لتسوية هذه المنازعات .

الفصل الأول: التسوية الودية لمنازعات صفقات الأشغال

أثبت الواقع العملي في مجال الصفقات العمومية بصفة عامة وفي صفقات الأشغال بصفة خاصة وجود عدة منازعات سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ أو حتى فيما بعد التنفيذ وذلك لتضارب المصالح بين مصلحة متعاقدة تسعى للحفاظ على المال العام، وبين متعامل متعاقد يهدف لتحقيق مصالح خاصة، وعليه أوجد المشرع الجزائري آليات قانونية بديلة تتناسب و خصوصية صفقات الأشغال وأهميتها في تحقيق مصلحة المرفق العام و سعيها منه لتفادي الإجراءات الطويلة والمعقدة ، والشكلية المفرطة و البطأ الذي يؤدي إلى التأخير في فض النزاع ، وذلك عملاً بمبدأ أن الصفقة هي شريعة المرفق العام وجدت لتنفيذ ولم توجد لتفسخ أو تعطل .

ويمكن تعريف التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية بأنها مجموع الوسائل والإمكانيات والتدابير التي يسمح القانون والتنظيم باتخاذها، ويتيحها للأطراف المتنازعة في مجال إبرام الصفقات العمومية بصفة عامة و صفقات الأشغال بصفة خاصة و/ أو تنفيذها لتسوية النزاعات التي تنشأ بينهم، دون الحاجة للقضاء، مثل الطعون الإدارية، طلب رأي لجنة الصفقات المختصة والمحددة سلفاً، أو أية وسيلة رضائية يحددها القانون يضبط إجراءاتها للمتنازعين بوضع حد نهائي للنزاع القائم بينهم .

وتتبلور أهمية التسوية الودية في كونها تعمل على تجاوز معيقات اللجوء إلى القضاء في مجال الصفقات العمومية ، كما أنها تعمل على توفير عدة مصاريف زائدة كمصاريف الدعوى و تكاليف الدفاع و مصاريف التنقل والخبرات والمعاینات، ومحاضر التنفيذ و إشكالاته لاحقاً بالإضافة لما قد يحكم به القضاء من تعويض قد يرهق كاهل الطرفين المتنازعين، ومن ثم فإن سلوك المتنازعين السبل الودية لحل منازعاتهم، يخول لهم إمكانية الاتفاق بشأن قيمة التعويض التي ستقرر بإرادتها لا بإلزام القضاء، وهو ما يخفف العبء على خزينة الدولة، وهو ما يذكي الإحساس المتبادل بالمشاركة في تحقيق المشروع وهو ما يستوجب تضحية كل طرف بشئ من حقوقه حتى يتمكن من بلوغ الهدف.¹

كما أن إتباع الآليات الودية يساهم في تحقيق مصالح اقتصادية متعددة منها تجنب المشاريع التوقف وبالتالي تلافي كل السلبات التي ترافقه سواء التأخر في الإنجاز أو تعطيل العمال، ومعلوم أن سرعة الإنجاز تشكل عند علماء الاقتصاد والتدبير إحدى وسائل قياس نجاح المشروع، لأنه كلما تمكنا من ربح

¹ - بن دعاس سهام، نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية، عدد 2، مجلد 3، 2017 ص 199 .

وقت أثناء الإنجاز إلا و استطعنا الحد من المخاطر التي يمكن أن تهدد المشروع، و توصلنا إلى تحقيق المخططات.

كما أن سرعة الإنجاز تحد من درجة الاصطدام بمشاكل خارج إطار إرادة الطرفين كان تخفض العملة، أو أن ترتفع أثمان المواد الأولية بالسوق الدولية فتتضرر اقتصاديات المشروع، وربما يعجز المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، مما يعرض المشروع كله للتوقف أو إلى الفسخ، لأن مثل هذه النزاعات قد تترك الإدارة و تضطر لإعادة إعلان الصفقة من جديد، وهو ما يحمل الخزينة مصاريف زائدة، مما سينتج عنه آثار سلبية على المستوى الاقتصادي بحيث تفقد الثقة لدى المستثمرين ولا سيما الأجانب منهم في التعامل مع الإدارة .

كما تظهر أهمية التسوية الودية من خلال تسريعها لتوتيرة إنجاز المشاريع التي من شأنها تحقيق أهداف التنمية، فسلوكها يغني الطرفين عن عرض نزاعهما على القضاء وما يرافق ذلك من طول الإجراءات وتعقيدها وتأخيرها في فض النزاع، مما يؤدي إلى الإضرار بالمصالح الاجتماعية والتنمية نتيجة إهدار المال العام بتعطيل المشاريع التي قد تكتسي أهمية حيوية في غالب الأحيان يحتاجها المواطن، فيؤثر ذلك سلبا على معيشته ومصالحه، بل وحتى في تمتعه بحقوقه العادية من أمن وتعليم وصحة.. إلخ.¹

و بعد توضيحنا لتعريف التسوية الودية لمنازعات صفقات الأشغال و مدى أهميتها ، ما علينا الآن إلى أن نتطرق إلى آليات التسوية الودية المعتمدة من طرف المشرع الجزائري لتسوية النزاعات الناشئة عن صفقات الأشغال و التي تتمثل في الطعون الإدارية التي تكون أمام لجان الصفقات العمومية على مستوياتها المختلفة كل في مجال اختصاصه ، مركزين على خصوصية هذه الطعون (المبحث الأول)

لنتناول بعد ذلك آلية التحكيم (المبحث الثاني) لتوضيح مدى أهميتها في حل هذه النزاعات .

¹ - بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 200.

المبحث الأول: خصوصية الطعون الإدارية في تنظيم الصفقات العمومية

لقد أنشأ المشرع لجان مختلفة للصفقات العمومية لتسوية بعض النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين الإقتصاديين والمصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات الحالي، وقم تم التنصيص عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة، فكانت الطعون الإدارية أمام لجان الصفقات العمومية هي الطريق والبديل الوحيد الذي ميز المنظومة القانونية للصفقات العمومية، كون أن اللجوء إليها يكون بديلا عن اللجوء إلى القضاء.

وتتميز لجان الصفقات العمومية بالطابع الإداري ، على الرغم من استعارتها لوظيفة القاضي الإداري الذي يتدخل للبت في النزاعات، على الرغم من تميز اللجوء إليها بمجموعة من القواعد الخاصة، و هذه الطبيعة القانونية لا تعتبر عائقا لتكييف هذه اللجان بالطرق البديلة لتسوية النزاع ، فالطريق البديل هو طريق آخر غير الطريق القضائي، مهما كانت طبيعته القانونية ، ما دامت وظيفته البت في النزاع أو حتى محاولة التسوية .

كما أبدى المشرع من خلال قوانين الصفقات العمومية السابقة اهتماما ملحوظا بلجان الصفقات العمومية كما أظهر تعددا في هذه اللجان إلى غاية المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهو المرسوم الذي أعاد تنظيم التعدد التشريعي للجان الصفقات العمومية من الناحية الشكلية والموضوعية أي من ناحية تسمياتها واختصاصاتها، كما استحدثت لجان أخرى جديدة صدرت لأول مرة في تنظيم الصفقات العمومية.

لذلك نتساءل هل هذا التعدد في اللجان يقابله التعدد في الصلاحيات، وهل يوجد لجان مختصة فقط بمنازعات الإبرام و أخرى بمنازعات التنفيذ ؟

والإجابة عن هذا التساؤل تتوضح بالتطرق إلى خصوصية الطعون الإدارية على المستوى المحلي والمركزي(المطلب الأول) وإلى خصوصية الطعون الإدارية على المستوى الوطني والقطاعي (المطلب الثاني)

المطلب الأول: خصوصية الطعون الإدارية على المستوى المحلي و المركزي

نظرا لأن منازعات صفقات الأشغال تنقسم إلى منازعات متعلقة بالإبرام و أخرى بالتنفيذ، قام المشرع بتقسيم الطعون الإدارية المتعلقة بها إلى نوعين من اللجان ، لجان ذات طابع محلي عهد لها اختصاص البث في نزاعات المنح المؤقت، وأضيفت إليها صلاحية محاولة تسوية منازعات التنفيذ بموجب قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الذي جاء بلجان محلية جديدة منحها صلاحية تسوية منازعات التنفيذ، و يتمثل النوع الثاني في لجان ذات طابع مركزي، و منحت لها تقريبا نفس الاختصاصات الممنوحة للجان المحلية الأولى و بالتالي انقسمت إلى لجان تتولى منازعات المنح المؤقت ولجان تتولى منازعات التنفيذ .

وتنقسم هذه اللجان إلى لجان تسوية ودية جاء بها المشرع لأول مرة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و لجان طعن إدارية سندت لها مهمة البث في منازعات الإبرام كرسها قانون الصفقات العمومية السابقة، و احتفظ بها المشرع في قانون الصفقات العمومية الحالي و بذلك يكون المشرع قد أنشأ لجان مختلفة و مختصة في نفس الوقت بالمنازعات.

لذلك سوف نتطرق إلى مسألة حصر الطعون الإدارية بمنازعات المنح المؤقت لصفقة الأشغال

(الفرع الأول) ثم إلى صلاحية لجان الطعون الإدارية في نظر هذه المنازعات (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: حصر الطعون الإدارية بمنازعات المنح المؤقت لصفقات الأشغال

لقد حصر المشرع الجزائري اختصاص لجان الطعون الإدارية بمنازعات الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة، ولتوضيح ذلك سنبين مفهوم المنح المؤقت أولاً لننتقل بعد ذلك إلى الصور التي تثيرها المنازعات المتعلقة به .

أولاً : مفهوم المنح المؤقت

لقد سبق وأوضحنا من خلال دراستنا السابقة ، على أن إجراء المنح المؤقت يعتبر إجراء إعلامياً بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين و الجمهور باختيارها المؤقت و غير النهائي لمتعاقد ما نظراً لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المالي و العرض التقني، يثير عدة منازعات ، وفي هذا الصدد تعتبر نزاعات المنح المؤقت للصفقة من النزاعات التي سحبت من اختصاص القاضي الإداري ومنحت للجان الصفقات العمومية المختصة على تنوعها للنظر فيها، وهنا يتضح لنا أن المشرع اعتمد على طريقة تقسيم الصلاحيات بين كل من القاضي الإداري و لجان الصفقات وهو ما ذهب إليه الفقه الإداري في فرنسا كذلك.¹

ثانياً: الصور التي تثيرها منازعات المنح المؤقت

تتمثل صور المنازعات التي يثيرها المنح المؤقت للصفقة في النزاعات التي تثار عند الاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء . وهذا ما تم التأكيد عليه من خلال نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على أنه: " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعناً لدى لجنة الصفقات المختصة." الملاحظات الممكنة استنتاجها من خلال قراءة هذه المادة هي أنها وسعت من مجالات الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال لتشمل زيادة على الطعن في قرار المنح المؤقت إمكانية الطعن في قرار إلغاء المنح ، وكذا قرار عدم الجدوى وقرار إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض دون الإشارة إلى الطعن في قرار الإقصاء .

وبمجرد نشر إعلان المنح المؤقت ينشأ حق ممارسة الطعن لكل متعهد يرغب في ذلك ، كون أن المصلحة المتعاقدة لم تمنح نهائياً الصفقة و إنما منحها مؤقتاً للمتعهد الفائز، لتمكين كل متعهد

¹ - بن سريية سعاد، مرجع سابق ص 19.

بممارسة حقه في الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة خلال 10 أيام تحتسب إبتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية وفق ما تقتضيه المواد 173 و 184 وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى اليوم الموالي، و يقوم رافع الطعن بإثبات وجه خرق القانون أو صورة التمييز بين المتنافسين.¹

وأیضا من بین الملاحظات المسجلة على المادة 82 المذكورة أعلاه ، أن لا يحق لغير المتعهد اللجوء إلى طريق الطعن في قرار المنح المؤقت، كما أن هذه الطعون لا بد أن تكون فردية كون أن المشرع أستعمل صيغة المفرد عندما نص على أنه "يمكن للمتعهد" ، وبالتالي لا مجال لقبولها جماعية . كما أن هذا الطريق في الطعن مفتوح في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى استعمال إجراء طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة وفق ما جاء به التعديل الأخير .

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط 2011، مرجع سابق، ص 186.

الفرع الثاني : صلاحيات لجان الطعون الإدارية في منازعات صفقات الأشغال

لقد خول المشرع الجزائري إلى لجان الصفقات العمومية المختلفة صلاحيات متنوعة وذلك في إطار الرقابة على الصفقات العمومية باختلافها بما فيها صفقات الأشغال ، كما أسند لها دور مهم في تسوية النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية بصفة عامة ، كل في حدود اختصاصها، إذ يبرز اختصاصها الفعلي بعد تقديم الطعون من طرف المتعهد المحتج على مستوى لجنة الصفقات العمومية المختصة ولمعرفة هذا الدور بشكل تفصيلي، ارتأينا التطرق أولا إلى اللجان الفاصلة في منازعات الإبرام و بعدها نقوم بالتطرق إلى لجان الطعن الفاصلة في منازعات التنفيذ .

أولا : لجان الطعن الفاصلة في منازعات الإبرام

تلعب لجان الصفقات العمومية المختصة ، دورا هاما في تسوية النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية ، إذ منحها المشرع صلاحية أن تتولى كل لجنة من هذه اللجان في حدود اختصاصها المحدد قانونا، بدراسة الطعون التي ترفع أمامها من قبل المتعهدين الذين قدموا عطاءاتهم و الذين يحتجون على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة و تتمثل هذه اللجان في :

1- اللجنة الجهوية للصفقات العمومية:

نصت على هذه اللجنة المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، و تكفلت بتحديد تشكيلتها (أ) و مجال اختصاصاتها (ب) .

أ- تشكيل اللجنة الجهوية للصفقات العمومية

تنص المادة 171 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 على ما يلي:

تتشكل هذه اللجنة من :

الوزير المعني أو ممثله رئيسا.

ممثل المصلحة المتعاقدة.

ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة).

ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء

ممثل عن الوزير المكلف بالمالية .

ب- اختصاصاتها

تختص اللجنة الجهوية للصفقات العمومية بدراسة دفاتر الشروط و الملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية و التي يقل مبلغها الإجمالي أو يساوي مليار دينار (1.000.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال، و ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) بالنسبة لصفقات اللوازم ، و مائتي مليون دينار جزائري (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، و مائة مليون دينار (100.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات.¹

2- اللجنة المحلية للصفقات العمومية

تتفرع اللجان المحلية للصفقات العمومية إلى اللجان الآتية:

اللجنة الولائية ، اللجنة البلدية و لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، لذلك سنتعرض من خلال هذا العنصر إلى تحديد كل لجنة من هذه اللجان على حدى :

أ- اللجنة الولائية للصفقات العمومية:

تعتبر هذه اللجنة من أهم اللجان التي كرسها المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، و تكفل المشرع بتحديد تشكيلتها و مجال اختصاصاتها .

أ-01-تشكيلة اللجنة الولائية للصفقات العمومية

اللافت للانتباه أنه قد طرأت على تشكيلة هذه اللجنة تغييرات جديدة²، حيث أصبحت تشكيلاتها حسب المرسوم 15-247 تتشكل من:

الوالي أو ممثلة رئيسا.

ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

ثلاثة(03) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي

ممثلين (02) عن الوزير المكلف بالمالية و مصلحة الميزانية و المحاسبة.

مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال، ري).

كما يمكن للجنة على سبيل الاستشارة إستدعاء أي شخص آخر خبير أو تقنيا تعتبر مشاركته مفيدة¹، و تجتمع هذه اللجنة بمبادرة من رئيسها و يعين الأعضاء من طرف إداراتهم باستثناء من عين بحكم

¹ - المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

² - Ounissi layachi « la procédure de passation des marchés publics, Etude analytique et réflexions à la lumière du code des marchés publics 2015, journée d'étude portant sur les marché publics, faculté de droit et de sciences politique, université de biskra, 17 decembre 2015, p10.

وظيفته، و يكون هذا التعيين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، على أن تطبق نفس القواعد الخاصة باجتماع اللجنة البلدية للصفقات العمومية وفق ما سيتم دراسته .

و يتم تعيين أعضاء المجلس الشعبي الولائي بموجب مداولة مصادق عليها من اللجنة الوصية من بين أعضائه، وهم بذبك يمارسون الرقابة الشعبية على عملية إبرام الصفقات العمومية وهذه الميزة تتفرد بها لجان الصفقات على المستوى المحلي².

والملاحظ من خلال هذه التشكيلة أن المشرع قد قلص من نسبة الأعضاء المكونين لها مقارنة بما كان منصوص عليه في المرسوم الرئاسي السابق 10-236 الملغى في مادته 135³، وتم الاستغناء عن مدير التخطيط و تهيئة الإقليم و مدير الري بالولاية ومدير الأشغال العمومية و مدير السكن والتجهيزات العمومية.

ونلاحظ كذلك أن هذه اللجنة تضم قطاعات وزارية مختلفة، غير أن التمثيل الثنائي لوزارة المالية داخل اللجنة يبقى هو الأبرز، و ذلك حرصا من المشرع على حماية المال العام .

أ-02- اختصاصات اللجنة الولائية للصفقات العمومية

تختص اللجنة الولائية بدراسة طعون المنح المؤقت، أو طعون الاحتجاج حول الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، وفقا لمعيارين يتمثلان في المعيار العضوي و المعيار المالي:

- المعيار المالي :

لقد حددت المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247 المعيار المالي الذي يتحدد بموجبه اختصاص اللجنة الولائية للصفقات العمومية ، وذلك بتحديد الأسقف المالية كالأتي:

دفتر الشروط و الصفقات التي تيرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية ، التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار 200.000.000 دج بالنسبة

¹ - نص المادة 191 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره .

² - محمد حمودي، دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية: دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مقالة منشورة في مجلة دفاتر السياسة و القانون، المجلد 11 العدد الثاني، جوان 2019، ص 30 .

³ - إذ كانت تنص المادة 135 من المرسوم الرئاسي 10-236 على تشكيل اللجنة الولائية للصفقات العمومية كالأتي:

الوالي أو ممثلة رئيسا.

" ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.

ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و المحاسبة)

مدير التخطيط و تهيئة الإقليم للولاية.

مدير الري للولاية

مدير الأشغال العمومية

مدير التجارة للولاية

مدير السكن و التجهيزات العمومية للولاية

مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية ."

لصفقات الأشغال أو اللوازم، وخمسين مليون 50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات ، و عشرين مليون دينار 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات ،أما بالنسبة للملاحق فيجب أن تكون ضمن حدود المستويات المالية المنصوص عليها من خلال المادة 139 من نفس المرسوم الرئاسي .

-المعيار العضوي:

تختص اللجنة الولائية للصفقات العمومية بدراسة الصفقات ومشاريع الملاحق التي تبرمها الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة و المصالح الخارجية للإدارات المركزية غير تلك المصالح المذكورة في المادة 172 .

ب- اللجنة البلدية للصفقات العمومية

لقد حدد تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام تشكيلة و اختصاص اللجنة كالاتي:

ب-01- تشكيلة اللجنة البلدية للصفقات العمومية

حسب المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247 فاللجنة البلدية للصفقات تتكون من :

رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثلة رئيسا.

ممثل المصلحة المتعاقدة

منتخبين اثنين (02) يمثلان المجلس الشعبي البلدي

ممثلين اثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة)

ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء .

هنالك العديد من الملاحظات التي يمكن تسجيلها فيما يخص تشكيلة هذه اللجنة،حيث أن المشرع قد أحسن صنعا عندما نص على أن رئاسة هذه اللجنة تؤول لرئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثلة لأنه في بعض الأحيان لا تتوافر فيه الكفاءات المطلوبة لممارسة الرقابة، و بالتالي له أن يعين ممثلا له يتمتع بالكفاءة المطلوبة قانونا و العملية، أما بالنسبة لممثل المصلحة المتعاقدة فله دور أساسي، يتمثل في تزويد اللجنة بجميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة، وعادة ما يكون الأمين العام للبلدية، حيث يتولى تمثيل البلدية عندما يتعلق الأمر بالصفقات التي تبرمها البلدية لحسابها، إضافة إلى تنوع تشكيلة اللجنة البلدية للصفقات العمومية، بين الأعضاء المنتخبين وعددهم اثنان، يمثلان المجلس الشعبي البلدي، ويتولون مهمة رقابة صرف المال العام ، و تنفيذ الطلبات العمومية باعتبارهم ممثلي الرقابة الشعبية المحلية، و كذلك ممثلي المصالح المالية المحلية، ضروري و إجباري باعتبارهما

المسؤولان عن صرف الأموال العمومية، وهما ممثل عن مصلحة الميزانية والثاني عن مصلحة المحاسبة، وفي الأخير ممثلي المصالح التقنية التي تمثل إما مصلحة الري أو مصلحة الأشغال العمومية، التعمير والبناء أو مصلحة الغابات ويحدد ممثلي هذه المصالح في محضر تنصيب لجنة صفقات البلدية، وكلما كانت هنالك صفقة تتعلق بمصلحتهم، كان حضورهم ضروريا.¹

ب-02- اختصاصات اللجنة البلدية للصفقات

تختص اللجنة البلدية بالصفقات التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية ضمن الحدود المالية الواردة في المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام :

صفقات الأشغال واللوازم :الصفقات التي يساوي مبلغها أو يفوق مائتي مليون دينار (200.000.000) صفقات الخدمات: الصفقات التي يساوي مبلغها أو يفوق خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) صفقات الدراسات: الصفقات التي يساوي مبلغها أو يفوق عشرين مليون دينار (20.000.000 دج) . وكذلك تتولى هذه اللجنة ممارسة الرقابة القبليّة على مشروع الصفقة بمنح التأشيرة أو رفضها خلال 20 يوم إبتداء من تاريخ إيداع الملف لدى اللجنة وهذا ما نصت عليه المادة 178 من المرسوم الرئاسي 15/247 .

كما تتولى اللجنة البلدية دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت خلال 10 أيام من تاريخ نشر الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة حسب نص المادة 82 من نفس المرسوم .

كما تتولى دراسة الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة والمتعلقة بالمؤسسات العمومية و الجهات المذكورة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 طبقا لما ورد في المادة 10/82 من نفس المرسوم بقولها: " و بالنسبة للصفقات العمومية التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 06²، تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو القطاعية وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات العمومية لسلطة الوصاية."

كما تختص اللجنة بدراسة مشاريع ملاحق الصفقات و ذلك طبقا لنص المادة 138 من نفس المرسوم التي تنص على أن لا يمكن إبرام الملاحق و عرضها على هيئة الرقابة الخارجية، إلا في حدود أجال

¹ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 71.

² - المؤسسات العمومية المذكورة في نص المادة 06 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام تتمثل في : المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

المؤسسات الخاضعة للتشريع التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

التنفيذ التعاقدية، و تختص اللجنة البلدية بالنظر في إبرام ملاحق الصفقات إذا تجاوز الملحق النسب المئوية المحددة بالمادة 139 من المرسوم، وإذا تجاوزت اللجنة الحد المبين في نص المادة 173 عقد الاختصاص للجنة الولائية للصفقات العمومية .

3- لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات

الطابع الإداري

ويمكن تحليل هذه اللجنة إلى :

أ- لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية

تكفلت بتحديد تشكيلتها و إختصاصاتها المادة 175 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، و ذلك كما يأتي:

أ-01- تشكيلتها

تتشكل هذه اللجنة من :

ممثل عن السلطة الوصية رئيسا

المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله

ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية

ممثل عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و المحاسبة)

ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة حسب موضوع الصفقة .

أ-02- إختصاصاتها

تختص هذه اللجنة بدراسة الطعون في المنح المؤقت الخاص بالصفقات و دراسة مشاريع دفاتر الشروط و كذا الملاحق الخاصة بكل من :

المؤسسة العمومية المحلية:

تختص وفقا لحدود المستويات المحددة في المادة 173 ، الخاصة باختصاص اللجنة الولائية والتي سبق لنا تناولها في إطار اختصاص اللجنة الولائية .

مراعاة حدود المادة 139 من قانون الصفقات العمومية، إذا تعلق الأمر بالملحق¹.

¹ - نص المادة 175 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر .

ب- الهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري

تختص في حدود المستويات الآتية:

بالنسبة للهيكل غير المركزية للمؤسسة العمومية الوطنية المحددة في قائمة صادرة عن قرار من الوزير

المعني¹، تختص وفقا للمستوى الآتي:

أن يقل عن حدود المستويات المحددة في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 المتعلقة بالمستويات المالية لاختصاص اللجان القطاعية التي سيتم دراستها في المطلب الثاني من هذه الدراسة، ومراعاة حدود المادة 139 إذا تعلق الأمر بملحق.

بالنسبة للهيكل غير المركزية للمؤسسة العمومية الوطنية غير المحددة في القائمة المذكورة²، تختص وفقا للمستوى الآتي:

مراعاة حدود اختصاص اللجنة الولائية المنصوص عليها في نص المادة 173، أن يقل عن تلك المستويات المحددة و التي سبق لنا دراستها في إطار اختصاص اللجنة الولائية.

مع مراعاة المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247، إذا تعلق الأمر بملحق.

ثانيا: اختصاص لجان التسوية في منازعات التنفيذ

لقد حصر المشرع الجزائري اختصاص لجان التسوية الودية و جعلها منحصرة في إطار المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية بصفة عامة بما فيها صفقة الأشغال، وذلك بالبحث عن حل ودي بأسهل الحلول وأيسرها لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية وحفاظا على حقوق كل طرف من أطرافها، وهذا تفاديا للنزاع القضائي الذي يحتوي على إجراءات طويلة ومعقدة، ولم يغفل المشرع عن تنظيم هذه المسألة عبر قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة في المرسوم الرئاسي 82-145³ والمرسوم 91-434⁴ والمرسوم الرئاسي 02-250⁵ ومختلف تعديلاته، وكذا المرسوم الرئاسي 10-236⁶ وتعديلاته، وصولا إلى المرسوم الرئاسي 15-247، إذ يمكن تسويتها بمبادرة من المصلحة المتعاقدة

¹ نص المادة 172 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

² نص المادة 175 فقرة 1 من نفس المرسوم.

³ بموجب نص المادة 104 من المرسوم الرئاسي 82-145 السالف الذكر.

⁴ بموجب نص المادة 99 من المرسوم الرئاسي 91-434 السالف الذكر.

⁵ بموجب نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 السالف الذكر.

⁶ تنص المادة 115 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و التي جاء فيها: "... غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن كل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح لهذا الأمر بما يلي:

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

الحصول على تسوية نهائية أسرع و بأقل تكلفة.."

وذلك إما بالتفاوض المباشر والمصالحة بينها والمتعامل المتعاقد معها، وفي حالة عدم جدوى التفاوض والمصالحة، يتم اللجوء إجباريا إلى لجان التسوية المستحدثة .

أ- التفاوض والمصالحة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بمحاولة إيجاد حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية ووضع ضوابط له وحدد مجاله ، وذلك من خلال نص المادة 153 التي تنص على مايلي :

" يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين

التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة

الحصول على تسوية نهائية و بأقل التكاليف."

ومن خلال هذه المادة نستنتج أن التفاوض أو المصالحة تقتصر على طرفي النزاع فقط بمبادرة من المصلحة المتعاقدة دون تدخل طرف ثالث محاولا للتسوية الودية ، وتعتبر طريقا إلزاميا قبل اللجوء إلى لجان التسوية ، وقبل اللجوء إلى القضاء ، فاعتبر شرطا من الشروط الشكلية الإلزامية لقبول الدعوى القضائية، و يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج هذا الشرط في دفتر الشروط و ذلك وفق ما تقتضيه المادة 153 فقرة 4 .

ومن خلال المادة 153 السالفة الذكر، نجد أن التفاوض أو المصالحة من أجل التسوية تسعى إلى تحقيق الأهداف التالية :

-إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة عن كل طرف من طرفي العقد

-التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة

-الحصول على تسوية نهائية و بأقل تكاليف.

وبالتالي فإن التفاوض المباشر أو المصالحة هو وسيلة لحل النزاعات و معالجتها و يمكن اللجوء إليه في بعض الحالات كالحالة المتعلقة بفقد التوازن المالي للعقد لأحد الأسباب التي تم ذكرها أنفا، أو من أجل التوصل إلى تدارك التأخير في إنجاز المشاريع، إذن نجد أنه لا مجال للتفاوض المباشر في الحالات الأخرى مثل :

-سوء إنجاز المتعامل المتعاقد لمحل الصفقة

-عدم احترام طرق الإنجاز

-عدم استعمال المواد المطلوبة المتفق عليها

-عدم استعمال الطرق التقنية المتفق عليها

لأن الهدف دوماً هو المحافظة على المال و الوقت بأن تتم التسوية في أسرع وقت و بأقل تكلفة.¹ وبالتالي فإن اللجوء إلى الحل الودي للمنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقة بإتباع طريق التفاوض المباشر أو المصالحة لا بد أن يكون وفق الشروط التالية:

أ-01- احترام المصلحة المتعاقدة للتشريع و التنظيم المعمول بهما

يفرض اللجوء إلى التسوية الودية في هذا الشأن ، مراعاة الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها ، وهذا أكدته نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في فقرتها الأولى: " تسوى النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة في إطار التشريع و التنظيم المعمول به" بمفهوم المخالفة أن كل اتفاق لحل النزاع ودياً يتعارض مع أحكام التشريع و التنظيم المعمول به يقع باطلاً ولا يترتب أي أثر بالنسبة لأطرافه."

أ-02- إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين:

قد تظهر أثناء تنفيذ الصفقة ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر فحين المطالبة بها يجب على الإدارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة، وتتصف المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر بطريقة ودية دون أن ترهقه باللجوء إلى الطريق القضائي للمطالبة بحقه في التوازن المالي مثلاً أو تتكر عليه هذا الحق، وهنا كان المشرع واضحاً حين أقر أحقية المصلحة المتعاقدة في إعادة النظر في أسعار الصفقة وفقاً للظروف الجديدة من خلال نص المادة 153 في فقرتها الرابعة من المرسوم الرئاسي 15-247.²

أ-03-التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة:

حيث ألح المشرع من خلال نص المادة 136 على ضرورة إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به، وهذا الأمر يفرض لا شك الحسم الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ، فكلما تم التوصل إلى حل ودي و ضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة.

¹ - خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص65.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، وفق المرسوم المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 ، المعدل و المتمم و النصوص التطبيقية له ، 2011 ، مرجع سابق ، ص 315 .

أ-04- البحث عن تسوية نهائية في أقرب الوقت و بأقل تكلفة

نظرا للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقة العمومية، وحتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في عرقلة استمرارية الصفقة فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل و تنفيذ موضوع الصفقة في أجالها المحددة في العقد و هذا ما نصت عليه المادة 153 في فقرتها الثالثة من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "... في حالة اتفاق الطرفين ...".

وإذا لم يحدث الاتفاق بين طرفي النزاع و حسمه وديا فإن المشرع كفل للمتعاقل المتعاقد أحقية اللجوء إلى لجان التسوية الودية للنزاعات المختصة، وفي حالة عدم التوصل إلى حل ودي فيتم اللجوء إلى القضاء.¹

1- اللجوء إلى لجان التسوية الودية بعد فشل المصالحة و التفاوض المباشر:

برجوعنا إلى نص المادة 153 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أنها نصت على أنه في حالة عدم اتفاق الطرفين على الحل ودي ، فإنه يمكن لهما اللجوء إلى الطعن الإداري أمام اللجان الخاصة بالصفقات العمومية المنصوص عليها بالمادة 154 من نفس المرسوم و أوكل إليها مهمة التسوية الودية بالتدخل كطرف ثالث لمواصلة إجراءات المصالحة للوصول إلى حد ودي و تسوية النزاع بين طرفي الصفقة .

ثالثا- إجبارية اللجوء إلى لجان التسوية بعد فشل المصالحة و التفاوض المباشر

نص المشرع في المادة 153 فقرة 3 السالفة الذكر على أنه " في حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع على لجنة التسوية للنزاعات المختصة.....".

إن إجراء اللجوء إلى لجان التسوية الودية للتوصل إلى حد ودي بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقل المتعاقد يكتسي طابع إجباري من خلال جعل التسوية الودية للنزاعات كإجراء شكلي لزومي و ضروري قبل اللجوء إلى القضاء من خلال إدراجه ضمن دفتر الشروط الخاص بالصفقة العمومية، وهذا ما نستشفه من خلال المادة 153 في فقرتها 4 .

هذا ما جعلنا نقول بالإلزامية اللجوء إلى لجان التسوية الودية لمواصلة البحث عن حل ودي لتسوية النزاع القائم و يكون مرضي للطرفين .

¹ - تنص المادة 153 في فقرتها الثالثة من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: " في حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب المادة 154 لدراسته ، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155.

وحسنا ما فعل المشرع الجزائري حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، و حتى يمكن لأطراف النزاع من إيجاد حل بناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ ، ويتم بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله، وهو ما يتماشى وخطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة ومن أهم ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247، لذلك لم يكتفي المشرع بإجراء التفاوض المباشر و المصالحة للوصول إلى حسم ودي للنزاع القائم، بل كفل اللجوء إلى لجان تسوية ودية في حالة فشل التفاوض و المصالحة بين طرفي الصفقة وذلك من خلال التتصيص على لجان محلية للتسوية الودية بجانب لجان مركزية ، كما نص المشرع على ضرورة عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154 ، أما بالنسبة للنزاعات الناتجة عن إبرام صفقات مع متعاملين أجنب فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 153 على أنه يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة .

1-أنواع لجان التسوية الودية

لقد نص المشرع الجزائري على نوعين من لجان التسوية الودية يتم اللجوء إليها في المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة ،وهي المتعلقة بصفقة عمومية مبرمة مع متعامل أجنبي و أخرى متعلقة بالصفقة العمومية المبرمة مع متعامل متعاقد وطني .

أ-لجنة تسوية ودية دولية:

برجعنا إلى نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 في فقرتها الأخيرة، نجد أنها أشارت إلى آلية للتسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجنب، وهي آلية التحكيم الدولي، وكما هو معلوم فإن التحكيم الدولي يخضع لقواعد قانونية خاصة، و إما أن تكون من وضع المشرع فقد خصص له المشرع فصلا لأول مرة بموجب المرسوم التنفيذي 93-09 بعنوان التحكيم

التجاري الدولي¹، أو أن يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية، من ذلك اتفاقية نيويورك حول الاعتراف بأحكام المحكمين و تنفيذها المبرمة سنة 1958².

وقد ألزم تنظيم الصفقات العمومية أن ينص دفتر الشروط على بند التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية، و التي يكون من بينها التحكيم الدولي، إلا أن تنظيم الصفقات العمومية أوقف اللجوء لطلب التحكيم على شرط واقف، وهو موافقة اجتماع الحكومة الذي يرأسه الوزير الأول، بعد اقتراح من الوزير المعني قطاعه بالصفقة محل النزاع، و لم يشر تنظيم الصفقات العمومية إلى الإجراءات المتبعة في ذلك، ويدل هذا أن طرفا الصفقة لا يملكان اللجوء إلى التحكيم دون استيفاء هذا الإجراء، كما أن عدم موافقة اجتماع الحكومة على اللجوء إلى التحكيم أصبح اللجوء إلى التسوية الودية عن طريق التحكيم غير ممكن حتى و إن نص دفتر الشروط على ذلك .

ب- لجان تسوية ودية داخلية:

لقد أفرد المشرع الجزائري المتعامل المتعاقد الجزائري من خلال المادة 153 الفقرة الثالثة من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، بالحق للجوء إلى لجان التسوية الودية دون غيره من المتعاملين المتعاقدين الأجانب كما ربط لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذه اللجان بجنسية المتعامل المتعاقد فإذا كان جزائريا فيمكنه اللجوء إلى لجان التسوية الودية .

لذلك نص المشرع في هذا الشأن من خلال المادة 154 من نفس المرسوم، على نوعين من لجان التسوية الودية للنزاعات، الأولى سماها لجنة التسوية الودية على مستوى الوزارة و الهيئة العمومية و الثانية سماها بلجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية.

ب-01- لجنة التسوية الودية على مستوى الوزارة و الهيئة العمومية

-تشكيلها:

تتشكل هذه اللجنة كما يأتي:

ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيسا

ممثل عن المصلحة المتعاقدة

ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع

¹ - المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، ج. ر عدد 27 المؤرخة في 27 أبريل 1993 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى)

² - وهي الاتفاقية التي انضمت لها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، و الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، ج ر عدد 48، المؤرخة في 23 نوفمبر 1988، ص1599

ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة

و يتم تعيين أعضاء اللجنة المختارون بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير على أن يعين رئيس اللجنة مقررا من ضمن أعضائها، و توضع أمانة للجنة لدى رئيسها .

-إختصاصاتها:

تختص لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الوزارة والهيئة العمومية نوعيا بدراسة منازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة من طرف الإدارة المركزية والمتمثلة في رئاسة الجمهورية و الوزارة الأولى والوزارات ،وأيضا جميع المصالح الخارجية التابعة لها والمتمثلة في المديرية التنفيذية على مستوى الولايات، كما تختص أيضا هذه اللجنة بدراسة نزاعات الصفقات العمومية المبرمة من الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها .

ب-02-لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية

سنعرض من خلال هذا العنصر إلى تشكيلة هذه اللجنة ثم إلى مجال اختصاصها، وفق مايلي:

-تشكيلتها:

تتشكل هذه اللجنة على مستوى الولاية من :

الوالي

ممثل عن المصلحة المتعاقدة

ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع

ممثل عن المحاسب العمومي المكلف

و يتم تعيين أعضاء اللجنة المختارون بموجب مقرر من الوالي ، على أن يعين رئيس اللجنة مقررا من ضمن أعضائها، وتوضع أمانة للجنة لدى رئيسها.

-إختصاصاتها:

يرجعنا إلى المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، والتي تنص على أن لجنة التسوية الودية للولاية تختص بدراسة نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية بالنسبة للولاية و نزاعات البلديات التابعة لها والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة.

2- الإجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية

لقد منح المشرع الحق لكل من المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة على حد سواء باللجوء إلى لجان التسوية الودية للنزاعات بكل مستوياتها، و بحسب اختصاصها ، حيث جعل عرض النزاع عليها جوازيا

بقوله " يمكن " وبالتالي فهو أمر جوازي للطرفين، كما تضمنت المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 الآليات القانونية و الإجرائية لبت لجان التسوية الودية في النزاع المعروض أمامها، و يتم ذلك وفق الإجراءات التالية :

هو أن يقوم الشاكي بتوجيه شكواه إلى أمانة لجنة التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية المختصة.

ويتم تقديم الشكوى في شكل تقرير مفصل لموضوع النزاع ، كما يجب أن يرفق هذا التقرير بكل وثيقة ثبوتية، لتدعيمه بالأدلة اللازمة .

أن تكون الشكوى المرفوعة برسالة موسى عليها مع وصل استلام أو إيداعها لدى أمانة اللجنة مقابل وصل استلام.

أما بالنسبة لميعاد رفع الشكوى، نجد أن المشرع لم يربط الشكوى بأي ميعاد بن تركه مفتوحا وذلك تحسبا لأي نزاع قد يظهر، في أي مرحلة من مراحل تنفيذ الصفقة العمومية ، مما تظهر نيته وحرسه في فتح المجال للجوء إلى لجان التسوية الودية ، قبل كل مقاضاة أمام العدالة ، لفض النزاعات ربحا للمال والوقت والجهد .

بعد تقديم الشكوى، يقوم رئيس اللجنة بتوجيه رسالة موسى عليها مع وصل استلام للجهة الشاكية للحضور إلى مقر اللجنة لتقديم رأيها في موضوع النزاع مكتوبا ، برسالة موسى عليها مع وصل استلام في أجل 10 أيام من تاريخ مراسلتها.

وحدد القانون أجل أقصاه ثلاثون (30) إبتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم لإبداء اللجنة لرأيها حول النزاع و نص القانون على أن يكون رأيها معللا و مبررا.

كما يمكن للجنة أن تستمع لطرفي النزاع و/ أو تطلب إبلاغهما بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها، و تأخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.

يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موسى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية المنشأة بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

كما تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه 08 أيام إبتداء من تاريخ تبليغها برسالة موسى عليها مع وصل استلام و تعلم اللجنة بذلك .¹

¹ - المادة 154 و 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر

رابعاً: الآثار القانونية المترتبة على الطعون المرفوعة أمام لجان التسوية الودية
يترتب عن الطعن الموجه ضد المنح المؤقت أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة ثلاث آثار قانونية
تتمثل فيما يلي:

إفراغ ما توصلت إليه من نتائج حسم للنزاع، أو على الأقل تسوية في " شكل رأي "، ونلاحظ هنا أنها لا
تنتج قرارات إدارية عندما تثبت في الطعون لأن صلاحيتها التسوية دون الفصل والرأي في هذه الحالة
يكتسي طابعين :¹

1- الطابع الإستشاري

يعتبر مجرد توصية تقدم للطرفين من أجل تسوية الخلاف على سبيل طلب المشورة من هيئة مختصة
فقط تتمتع بقدر من الاستقلالية و الخبرة التقنية، فهي لا تتدخل لتسوية النزاع بشكل حاسم و فعال
ومع ذلك ركز جانب كبير من الفقه الإداري في فرنسا على ضرورة تسبيب الرأي الاستشاري باعتباره
شكلية جوهرية .

2- الطابع غير الإلزامي

يتميز الرأي بالإضافة إلى كونه ذو طابع استشاري، بأنه لا يتمتع بأية قوة إلزامية في مواجهة الطرفين،
خاصة المصلحة المتعاقدة باعتبارها فرضاً هي المتسببة في خلق النزاع و تحريك الطعن، إذا كان
المتعهد المحتج مؤسساً طعنه .²

ومن هنا نتوصل إلى أن الطبيعة الاستشارية و الغير الإلزامية لرأي لجان الصفقات العمومية ينتج عنها
حرية لطرفي النزاع بالأخذ بهذا الرأي المتوصل إليه من عدمه .

¹ - بين سرية سعاد، مرجع سابق، ص 103
² - نفس المرجع ، ص 103 .

المطلب الثاني : خصوصية الطعون الإدارية على مستوى اللجان القطاعية

بعد إلغاء اللجان الوطنية اللجنة الوطنية للصفقات العمومية و التي جاء بها المشرع في جميع التعديلات المتعاقبة إبتداء من المرسوم 82-145 وصولا إلى المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم ،أين تزامن وجودها بإحداث لجان قطاعية في ظل المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية لسنة 2012¹ و استمر الحال كذلك إلى غاية صدور المرسوم الحالي أين قام المشرع بإلغاء اللجان الوطنية و الاحتفاظ باللجان القطاعية مع إعادة تنظيمها، كما استحدثت سلطة ضبط الصفقات العمومية و منحها دور مهم في تسوية النزاعات القائمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب وعليه سنتطرق إلى لجان القطاعية مبرزين اختصاصاتها في مجال تسوية منازعات صفقات الأشغال (الفرع الأول)، لننتقل بعد ذلك إلى التعريف بسلطة ضبط الصفقات العمومية المستحدثة وإبراز دورها هي الأخرى في تسوية النزاعات (الفرع الثاني).

¹ - قام المشرع بموجب المرسوم الرئاسي 2012 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 بإحداث اللجان القطاعية للصفقات العمومية ، وذلك من خلال المادة 142 مكرر حيث نصت على مايلي: "يمكن لكل دائرة وزارية إنشاء لجنة قطاعية للصفقات تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 148 مكرر أدناه، تنصب اللجنة القطاعية للصفقات بموجب قرار من الوزير المعني ،ويكون تنصيب اللجنة القطاعية مانعا لاختصاص اللجنة الوطنية للصفقات."

ويقصد بالاختصاص المانع في هذا الشأن، أنه متى انعقد الاختصاص للجان القطاعية تمتنع اللجنة الوطنية عن الإختصاص حسب نفس مبالغ المحددة قانونا لتحديد إختصاصها .

ونصت على إختصاص هذه اللجنة المواد 144 و 145 من المرسوم الرئاسي 12-23 المذكور سابقا، حيث نصت هذه المواد على إختصاص اللجان الوطنية و القطاعية معا ، كما كانت تختص اللجان القطاعية بموجب المادة 148 مكرر من نفس المرسوم بما يلي:

صفقة الأشغال التي يفوق مبلغها مليار دينار (1.000.000.000 دج)

صفقة اللوازم التي يفوق مبلغها ثلاثمائة دينار (300.000.000 دج)

صفقة الخدمات التي يفوق مبلغها مائتي مليون دينار (200.000.000 دج)

صفقة الدراسات التي يفوق مبلغها ستين مليون دينار (60.000.000 دج)

كما تختص اللجنة القطاعية وفق المادة 148 مكرر 1 من نفس المرسوم ، بدراسة الطعون وكذا تسوية النزاعات التي تطرأ على التنفيذ ورقابة مدى قانونية إجراء الإبرام من خلال، ودراسة مشاريع دفاتر الشروط الصفقات العمومية ، ودراسة مشاريع الصفقات العمومية و الملاحق التي تدخل ضمن إختصاصها .

الفرع الأول: إنشاء اللجان القطاعية و إعادة تنظيمها في قانون الصفقات الحالي

لقد أنشأت اللجنة القطاعية كأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل للمرسوم الرئاسي 10-236 لا سيما المادة 142 مكرر منه، حيث أجازت لكل دائرة وزارية إنشاء لجنة قطاعية للصفقات و يعود سبب إحداثهما، تفادي الآجال الطويلة التي يتطلبها المرور أمام اللجان الوطنية آنذاك. و يصدر المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، تم إعادة تنظيم اختصاص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية، و ذلك بالنظر لأهمية الاختصاصات المخولة لها وضخامة الصفقات التي تختص بمراقبتها وفقا لتشكيلة محددة إضافة إلى صلاحياتها للبت في بعض النزاعات، ولتوضيح ذلك سننظر إلى تشكيلتها أولا لننتقل بعد ذلك إلى تبيان مدى اختصاصها في مجال تسوية النزاعات في هذا المجال .

أولا: تشكيل اللجنة القطاعية للصفقات العمومية

تتشكل اللجنة القطاعية للصفقات العمومية كما يلي:

الوزير المعني أو ممثله، رئيسا

ممثل عن الوزير المعني ، نائب رئيس

ممثل المصلحة المتعاقدة

ممثلان (2) عن القطاع المعني

ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية و المديرية العامة للمحاسبة)

ممثلا عن الوزير المكلف بالتجارة.¹

ويلاحظ من خلال هذه التشكيلة أن المشرع قد حرص على تمثيل وزارة المالية بممثلين و جعل رئاستها للوزير المعني بالصفقة العمومية، أما في حالة غياب هذا الأخير، أو حدوث مانع قانوني له، يحل محله نائب الرئيس المذكور أعلاه²، و يقوم الوزير المعني بموجب قرار بتعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات و مستخلفيهم بأسمائهم ، بناء على اقتراح الوزير الذي يخضعون لسلطته ، و يختارون نظرا لكفائتهم باستثناء الرئيس ونائبه، يعين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات مستخلفوهم من قبل إدارتهم بأسمائهم بهذه الصفة لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد.³

¹ نص المادة 185 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ق ص ع ت م ع ، السالف الذكر.

² نص المادة 186 من نفس المرسوم .

³ نص المادة 187 من نفس المرسوم.

كما نلاحظ أن اللجنة لم تتضمن أي عنصر منتخب ، مثلما هو الأمر بالنسبة للجنة البلدية أو الولائية للصفقات، و بالتالي لم يقم أي عضو من أعضاء المجلس الشعبي الوطني و بالتالي اقتصر التمثيل الشعبي على الوحدات اللامركزية، دون أن يشمل لجان الوحدات المركزية.¹

وبرجعنا إلى نص المادة 188 من المرسوم الرئاسي 15-247، ألزمت على ضرورة حضور ممثل المصلحة المتعاقدة و المصلحة المستفيدة من الخدمات ، لاجتماعات لجنة الصفقات القطاعية بانتظام وعلى أن يؤخذ بصوتها بصفة استشارية، كما يقع على عاتق هذا الممثل تقديم جميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة التي يتولى تقديمها.

ثانيا: اختصاصات اللجنة القطاعية للصفقات العمومية

يقوم اختصاص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية وفق ثلاثة معايير وهي :

1-المعيار المالي

برجعنا إلى المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أنها تحدد لسقف المالي الذي على أساسه تختص اللجنة القطاعية لرقابة الصفقات العمومية هي دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة مليار دينار 1.000.000.000 دج ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار 200.000.000 دج و وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار 200.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

دفتر شروط أو صفقة أشغال أو لوازم للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة إثني عشرة مليون دينار 12.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من المرسوم.

¹ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق ، ص 118 .

دفتر شروط أو صفقة دراسات أو خدمات للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ستة ملايين دينار 6.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 139 من هذا المرسوم ، يمكن رفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه ، أو أكثر من ذلك في حدود المستويات المبينة في المادة 139 من هذا المرسوم.

ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستويات المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك في حدود المستويات المبينة في المادة 139 من هذا المرسوم.

2- المعيار العضوي

برجعنا لنص المادة 179 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر ، نجد أنها تنص على الهيئات المعنية بإنشاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية و التي تملك العديد من الاختصاصات الموضوعية، نظرا لاختصاصها الأصيل أو بصفتها كمساعدة للجهات التابعة لها في إطار الوصاية الإدارية، وهذا ما تم التنصيص عليه في المادة 182 من نفس المرسوم الرئاسي : "... المتعلقة بكل المصالح المتعاقدة التابعة لقطاع المعني." وبالتالي تتولى اللجنة القطاعية الرقابة على جميع الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة التابعة لها .

كما تنص المادة 179 من نفس المرسوم المذكور ، على أنها تحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات ، تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184 أعلاه و بذلك تعتبر السند القانوني للجهات الأصلية .

وبرجعنا إلى اللجنة الوطنية للصفقات نجد أنها كانت تتشكل من وزراء أو ممثلي جميع الوزارات برئاسة وزير المالية، عكس اللجنة القطاعية، لذلك نجد أن هذه الأخيرة منحت مرونة في دراسة الصفقات والملاحق لدى كل وزارة على حدى.

كما أنها تختص بدراسة الصفقات التابعة لقطاع آخر، عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية في إطار صلاحياتها لحساب دائرة وزارية أخرى ، وهذا بدليل نص المادة 181 من المرسوم الرئاسي 15-247 و يعتبر هذا الإجراء جيد من الناحية العملية، لأنه يعمل على إضفاء نوع من السرعة و المرونة

والملائمة في تسيير المرافق العمومية، والتي تعتبر من المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها سير المرافق العامة.¹

3- المعيار الموضوعي

تتميز اللجنة القطاعية باختصاصين أساسيين ، لها اختصاص في المجال الرقابي وآخر في المجال التنظيمي :

أ-الاختصاص الرقابي للجنة القطاعية

تختص اللجنة القطاعية في مجال الرقابة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات و الملاحق والطعون المنصوص عليها في المادة 182 من المرسوم الرئاسي، والمتعلقة بكل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني.²

كما تختص بالفصل في مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات والملاحق ،وفقا للمجالات التي قامت بتعدادها المادة 184 من نفس المرسوم ،و التي سبق لنا شرحنا .

ولا يفوتنا الإشارة في هذا الصدد إلى أن رقابة اللجنة القطاعية للصفقات تتوج بمقرر منح التأشير أو رفض منحها ، وذلك خلال أجل أقصاه 45 يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى أمانة كتابة اللجنة،و يسير أجل دراسة الطعون بموجب المادة 82 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام السالف الذكر.³

وفي هذا الإطار تجتمع اللجنة القطاعية للصفقات بمبادرة من رئيسها،و يمكن للجنة أن تستعين بأي شخص ذو خبرة من شأنه أن يساعدها على أداء مهمتها،وذلك على سبيل الاستشارة، ولا تصح اجتماعات اللجنة إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها،و إذا لم يكتمل هذا النصاب ،تجتمع من جديد في غضون الثمانية أيام الموالية و تصح مداولاتها، مهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين وتتخذ القرارات دائما بالأغلبية الأعضاء الحاضرين،وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.⁴

¹ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق،ص 122.

² - نص المادة 182 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر .

³ - تنص المادة 189 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر على ما يلي: "تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات بمقرر منح التأشير و أو رفض التأشير في أجل أقصاه 45 يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة، ويسير أجل دراسة الطعون بموجب أحكام المادة 82 من هذا المرسوم ."

⁴ - نص المادة 191 من نفس المرسوم .

ب-الاختصاص التنظيمي للجنة القطاعية

تنص المادة 183 من المرسوم الرئاسي على أنه: "تتولى اللجنة القطاعية للصفقات في مجال التنظيم ما يأتي:

تقترح أي تدبير من شأنه تحسين ظروف مراقبة صحة إبرام الصفقات العمومية .

تقترح النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم عمل لجان الصفقات، المذكور في المادتين 177 و 190 من هذا المرسوم "

ويرجعنا لنص المادة 177 من نفس المرسوم نجد أنها تنص على أنه يجب أن تعتمد لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة النظام الداخلي النموذجي الموافق عليه وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 183.

كما يخضع هذا النظام الداخلي بدوره للموافقة بموجب مرسوم تنفيذي¹.

الفرع الثاني: استحداث سلطة الضبط للصفقات العمومية

لقد كرس المشرع الجزائري سلطت الضبط في عدة نشاطات اقتصادية منها قطاع البنوك، التأمينات البورصة، الإعلام ، الاتصالات، التأمينات ... إلخ، و تميزت سلطات الضبط بالطابع الإداري، وذلك قصد ضبط هذه النشاطات بدلا من الدولة التي انسحبت من رقابة المجال الاقتصادي، و تتميز هذه السلطات بامتيازات السلطة العامة لأنها تمثل الدولة، وذلك نسبي كون رقابة الدولة بقيت في الكثير من الأحيان موجودة في الكثير من الأحيان عن طريق تلقي تقارير دورية عن نشاط هذه السلطات².

نظرا لاعتبار الصفقات العمومية عصب الاقتصاد الوطني، فقد تأخر المشرع إلى حد بعيد في إعتماها في هذا المجال³، لذلك نتساءل عما إذا كانت هذه الهيئة كآلية بديلة لتسوية النزعات المتعلقة بالصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال؟ أم أنها جاءت لتسوية نوع معين من النزعات؟ و الإجابة عن هذا التساؤل ستكون عن توضيحنا للعناصر المحددة للطبيعة القانونية لهذه السلطة (أولا) و تحديد تشكيلتها (ثانيا) و نطاق اختصاصها (ثالثا) .

¹ - تنص المادة 190 من نفس المرسوم على مايلي: " تصادق اللجنة القطاعية للصفقات على النظام الداخلي النموذجي الذي تتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي ."

² - بن سريّة سعاد ، مرجع سابق، 164 .

³ - نفس المرجع، ص 164 .

أولاً- العناصر المحددة للطبيعة القانونية لسلطة ضبط الصفقات العمومية

تعتبر السلطات الإدارية المستقلة بمثابة سلطات مكلفة بمهمة ضبط النشاط الاقتصادي، فهي لا تكتفي بالتسيير وإنما تراقب نشاط معين في المجال الاقتصادي لتحقيق التوازن في السوق كما أن مصطلح "سلطات الضبط" باعتباره مفهوماً جديداً في القانون الوضعي هو نتيجة حتمية بخصوص تدخل الدولة ومحدودية الهياكل الإدارية التقليدية في الاستجابة لمشاكل المجتمع المعقدة و المتطورة بشكل لين¹.

وكان ظهور هذه السلطات في شكل لجان، وأول لجنة ضبط كانت في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1889، كما أن التجربة المماثلة لإنجلترا عرفت تحت إسم المنظمات الحكومية الشبه المستقلة QUANGOS²، غير أنه تأخر ظهور السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا بالمقارنة مع أمريكا و إنجلترا ، و كان أول ظهور لها سنة 1978³.

والمشروع الجزائري لم يعتمد هذه السلطات إلا من باب التقليد⁴، وتم إحداث سلطات الضبط الاقتصادي عقب صدور دستور 1989 ، الذي كرس انسحاب الدولة من المجال الاقتصادي، وتراجع السلطات السياسية عن نموذج الدولة التوجيهية⁵، وفي هذا الشأن قد عمد المشرع الجزائري مند سنة 1990 إلى إنشاء عدد معتبر من هذه الهيئات بحيث كانت معظمها تقليداً للنموذج الفرنسي المتمثل في السلطات الإدارية المستقلة ، بالإضافة إلى تعديل وإلغاء النصوص القانونية المتعلقة بالسلطات المنشأة في مختلف المجالات⁶.

أما بالنسبة للطبيعة القانونية لهذه السلطات ، فقد اختلف الفقه حولها و تنوعت التكييفات، مما أدى إلى انعدام وجود توحيد قانوني لنظامها القانوني في النظام القانوني، و تميز المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بتعدد كبير في تحديد الطبيعة القانونية لها، وعلى العموم يمكن تحديد العناصر لتحديد طبيعتها القانونية :

¹ - زيبار الشاذلي، النظام القانوني لسلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع، ديسمبر 2014، ص 208.

² - نفس المرجع، ص ص 208، 209.

³ - إن ظهور هذا المفهوم في القانون الفرنسي كان بمناسبة قانون الإعلام الآلي و الحريات رقم 78-17 الصادر في 07 جانفي 1978، و الذي بموجبه تم إنشاء اللجنة الوطنية للإعلام الآلي و الحريات CNIL ، للمزيد من التفاصيل : أنظر مداخلة / زيبار الشاذلي ، مرجع سابق ص 2010 وما يليها .

⁴ - ZOUIMIA RACHID, les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie .houma,Alger ,2005,p13 .

⁵ - عشاش حفيظة، سلطات الضبط الاقتصادي في الجزائر و الحوكمة ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام ، تخصص الهيئات العمومية و الحوكمة ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2013-2014، ص 5

⁶ - نفس المرجع، ص ص 6،5 .

1- طابع السلطة

استعمال عبارة السلطة من قبل المشرع في النص المنشئ، ومن ذلك فهي لا تعتبر هيئات استشارية فهي تتمتع بسلطة إصدار القرار¹، و إن الهيئات الإدارية المستقلة تعتبر بمثابة سلطات، وعليها إصدار القرارات، التي يعود اختصاصها الأصلي للسلطة التنفيذية، فإشياء هذه السلطات الجديدة يعتبر بمثابة تحويل أو نزع بعض الاختصاصات التي تعود أصلا للسلطة التنفيذية لفائدة هذه السلطات الجديدة.²

2- الطابع الإداري

فلا تقوم مباشرة بتسيير المرفق العام المتعلق بها بل تقوم وعلى المستوى الإداري بمهام خاصة، فتسهر على مراعاة تطبيق القوانين في المجال الخاص بها .

3- الاستقلالية

إن المفهوم القانوني للاستقلالية يعني عدم خضوعها لرقابة سلمية ولا لرقابة وصائية، سواء كانت تتمتع بالشخصية المعنوية أم لا، على أساس أن الشخصية المعنوية لا تعتبر بمثابة عامل فعال و حاسم لقياس درجة الاستقلالية³، وقد اعترف المشرع لسلطة ضبط الصفقات العمومية بالاستقلالية. بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجد أن المشرع استحدث بالإضافة إلى لجان التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية مع متعاملين اقتصاديين جزائريين هيئة وطنية لتسوية النزاعات تدعى سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، وذلك بموجب المادة 213 منه و التي تنص على أنه: " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة الضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير ."

ثانيا : تشكيلة سلطة الضبط للصفقات العمومية

بالرجوع إلى نص المادة 213 السالفة الذكر نجدها تنص على أن سلطة ضبط الصفقات العمومية تشمل:

أ- مرصدا للطلب العمومي .

ب- هيئة وطنية لتسوية النزاعات.

¹ - بن سرية سعاد، مرجع سابق ، ص 166 .

² - زيبار الشاذلي، مرجع سابق ، ص 215 .

³ - بن سرية سعاد، مرجع سابق، ص ص 167، 166 ، زيبار الشاذلي ، مرجع سابق، ص 2017 .

اعتبرت هذه الهيئة الوطنية بديلا عن اللجان الوطنية للصفقات العمومية، لكنها لا تخضع لنظام تنافى الاختصاص مع اللجان القطاعية مثلما كان يتميز اختصاص اللجنة الوطنية في قانون الصفقات العمومية السابق.¹

وتنص المادة 213 المذكورة أعلاه ، على أنه يحدد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي ، ومن هنا لا يمكننا تحديد أجهزة هذه السلطة إلا عند صدور المرسوم التنفيذي المحدد لكيفيات تنظيم وتطبيق هذه الأحكام والذي لم يصدر لحدا الآن.

ثالثا: اختصاصات سلطة الضبط للصفقات العمومية

لقد حدد تنظيم الصفقات العمومية صلاحيات سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام كالآتي :

- إعادة تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و متابع تنفيذه، و تصدر بهذه الصفة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة و لجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات و المتعاملين الاقتصاديين،
- إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .
- المبادرة ببرامج التكوين و ترقية التكوين في مجال الصفقات للعمومية و تفويضات المرفق العام
- إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنويا .
- تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة .
- تشكيل مكان للتشاور، في إطار مرصد الطلب العمومي
- التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام و تنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة .
- البحث في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب .
- تسيير و استغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية.
- إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية و الهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

¹ - بن سرية سعاد ، مرجع سابق ، ص167 .

كما أسندت لهذه السلطة ، مهمة إعداد مدونة أخلاقيات المهنة للأعوان المتدخلين في مراقبة عملية إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وذلك بموجب نص المادة 88 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

ويتضح من خلال نص المادة بأن المشرع أعطى لهذه السلطة العديد من الصلاحيات ومن ضمنها صلاحية تسوية النزعات بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب، لكنه لم يحدد لنا متى يتم اللجوء إلى هذه الهيئة ، في ما إذا كان اللجوء إليها قبل عرض النزاع على أية جهة أخرى، أم أنها تختص فقط بتلك النزعات التي لم يتم الاتفاق بشأن خضوعها للتحكيم الدولي .

وكما أشرنا سابقا أن المرسوم التنفيذي المحدد لتنظيم و كفاءات سير سلطة الضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام مازال لم يصدر بعد ، رغم مرور أربعة سنوات، بذلك يبقى الطريق الوحيد لحل منازعات الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجنب هو التحكيم عند الاتفاق عليه وهو ما سنفصل فيه أكثر من خلال دراستنا اللاحقة.

المبحث الثاني: إجازة تحكيم نزاعات صفقات الأشغال وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لعل من أهم الإصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه أجاز لأول مرة لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية أو في مجال الصفقات العمومية، حيث جاء في المادة 975 منه على أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيماً إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".

ويبدو واضحاً التحول النوعي الذي طرأ على التشريع في مجال التحكيم و بالذات بالنسبة للدولة وللولاية والبلدية والمؤسسة العمومية الإدارية، و الانتقال من مرحلة حظر اللجوء للتحكيم ، إلى مرحلة جواز اللجوء إليه، حيث منعت الأشخاص الاعتبارية العامة جميعاً في زمن سابق و في مرحلة أولى من اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعاتها في مجال الصفقات العمومية ، و قنن المنع القاطع باللجوء للتحكيم بموجب المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

وهكذا اتخذ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية موقف رافضاً للجوء إلى آلية التحكيم، رغم مزاياه الكثيرة والمتعددة، بالرغم من أن التحكيم قد يحقق لنا ما لا يحققه القضاء نفسه، ويكفي أن نتوقف عن ثلاثة خصائص يتميز بها التحكيم:

أن التحكيم يحقق لنا سرعة الفصل في المنازعة الناتجة عن التنفيذ، بينما عرض المنازعة ذاتها أمام القضاء قد يأخذ زمناً طويلاً و الانتقال من درجة أولى إلى ثانية، أو من خبرة قضائية إلى أخرى، وهو ما يجعل عنصر الزمن يمتد ويسبب بالغ الضرر لجميع الأطراف، المصلحة المتعاقدة من جهة، والمتعامل المتعاقد من جهة ثانية، والمنفعة من خدمات المرفق العام من جهة ثالثة وهكذا .

أن التحكيم يتسم بالسرية التامة خلافاً للقضاء حيث نجد جلساته علنية. بإمكان المتنازعين في التحكيم اختيار محكميهم، بينما لا يجوز للمتقاضين اختيار قضاتهم¹. بعد أن أجاز المشرع من خلال ق إ م إ لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم ، وبعد تبيان الخصائص التي تتميز بها هذه الآلية المكرسة ، سنوضح مسألة التكريس الفعلي لآلية التحكيم في تسوية منازعات صفقات الأشغال من خلال تبيان إطارها المفاهيمي (المطلب الأول) والتنظيم الإجرائي لها (المطلب الثاني).

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل و المتمم و النصوص التطبيقية له، مرجع سابق ، ص ص 325، 326.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم بوصفه أسلوباً لتسوية منازعات صفقات الأشغال

يعد التحكيم الأسلوب الثاني من الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات صفقات الأشغال ويتسم التحكيم في بكونه ينازع القضاء في اختصاصه الأصلي فهو يسلب هذا الأخير وظيفته في فض المنازعات ويمنحها لجهة أخرى، ولذلك كان التحكيم يثير جدل و اعتراض في نطاق منازعات العقود الإدارية نظراً لما يمثله من اعتداء على اختصاص القضاء الإداري، إلا أن هذا الاعتراض بات ضئيلاً وضعيفاً بعد أن تبنت معظم التشريعات أسلوب التحكيم طريقاً لفض منازعات العقود الإدارية ومنها عقود صفقات الأشغال¹، ولتوضيح مدى مساهمته كآلية في تسوية النزاعات الناشئة عن صفقات الأشغال، يقتضي منا تبيان ماهية التحكيم (الفرع الأول)، و من ثم هيئة التحكيم والإجراءات المتبعة أمامها (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : ماهية التحكيم

يعتبر التحكيم من الآليات الغير القضائية المعتمدة في حل و تسوية النزاعات بطريقة دية في معظم التشريعات القانونية المقارنة ، في مجال العقود الإدارية بما فيها صفقات الأشغال ، ولغرض الإحاطة بموضوع التحكيم لابد علينا أن نتطرق أولاً إلى تعريفه ثم إلى أنواعه .

أولاً: تعريف التحكيم

لم يرسى التحكيم على مفهوم واحد لاختلاف الفقهاء والتشريعات الوضعية في تحديد معالمه لذلك سنتطرق إلى تعريفه لغوياً، اصطلاحاً وقانونياً كالآتي:

1-التعريف اللغوي للتحكيم

يقصد بالتحكيم عند علماء اللغة "التفويض في الحكم" و يأتي من المصدر "حكم" من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح، فيقال " حكمه في الأمر " أي فوضه إليه الحكم فيه²، و يقال حكمنا فلانا بيننا أي أجزنا حكمه بيننا وحكمته في الأمر فأحتكم أي جاز فيه حكمه³، كما يعرف لغة بأنه طلب الفصل في المنازعة سواء عن طريق قضاء الدولة أو عن طريق قضاء خاص يرتضيه أطرافها⁴.

¹ - أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مرجع سابق، ص242 .

² - الضراسي عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لإتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، المكتب الجامعي الحديث الازاريطه ، مصر، 2005، ص15 .

³ - نفس المرجع، ص15 .

⁴ - ميسون علي عبد الهادي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد2018، 01، ص249.

ونجد ذكر التحكيم في القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: " و إن خفتن شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها " ¹ ، و قوله تعالى: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت و يسلموا تسليما. " ²

2-التعريف الاصطلاحي للتحكيم

يستخدم على التحكيم بأنه اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلا من القضاء المختص و قبول قراره بشأنه. ³

لقد تعددت التعاريف المقدمة لاتفاقية التحكيم، فقد عرفته لجنة الأمم المتحدة في القانون النموذجي الذي أعدته بأنه: " اتفاق بين طرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما ، بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل "، ومن خلال هذا التعريف يستخلص أن اتفاق التحكيم بصورتيه لا يكون قائما بذاته ، وإنما يستند دائما إلى وجود علاقة سابقة. ⁴

كما يعرفه البعض بأنه نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع . " وعرفه البعض الآخر من الفقه بأنه " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة "

كما تم تعريفه على أنه عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافاتهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين والذي يحوز حجية الأمر المقضي به ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها. ⁵

¹-سورة النساء الآية:35

²- سورة النساء الآية:65.

³- ميسون علي عبد الهادي، مرجع سابق، ص249.

⁴ - محمود السيد عمر التحيري، أركان الإتفاق على التحكيم، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 2008، ص340.

⁵- يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص14.

كما عرفه بعض الفقه بأنه : نوع من القضاء الاختياري يلجئون إليه لكي يفصل في بعض منازعاتهم بحكم يرتضونه سلفاً، حيث يختار أطراف المنازعة شخصاً أو أشخاصاً معينين للفصل في هذا النزاع الذي ينشب بينهم ويتعهدون بالرضا بما ينتهون إليه من حكم وإنفاذه¹ وهناك من عرفه على أنه الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد والتي يتم البث فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم "محكم" أو "المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء.² كما عرف اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق بين طرفي علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصدد تلك العلاقة من منازعات بالتحكيم وهذا الاتفاق يمكن أن يكون سابقاً أو تالياً للنزاع، ولا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي والاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه_ كما لا يجوز الاتفاق عليه في المسائل التي لا يجيز القانون الصلح فيها.³ كما يقصد باتفاق التحكيم بأنه اتفاق شخص من أشخاص القانون العام، مع المتعاقد معها على عرض النزاع الذي ينشأ أو قد ينشأ بينهما بمناسبة تنفيذ أو تفسير العقد المبرم بينهما،(سواء تعلق الأمر بصفقة عمومية داخلية أو خارجية) على التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء.⁴ أما عن الفقه الفرنسي:

ذهب بعض الفقه في فرنسا إلى تعريف التحكيم بأنه: "مؤسسة خاصة للقضاء يتم بمقتضاها استبعاد المنازعات من محاكم الشريعة العامة للفصل فيها بمعرفة أفراد يتقلدون مهمة الفصل فيها."⁵ و يعرف الفقيه موتيلسكي Moutulsky التحكيم بأنه:"عدالة خاصة مصدرها اتفاقي "⁶.

¹ - قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة ، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص18، 17 .
² - حسام عبد الحلیم محمد عيسى، التحكيم في العقود الإدارية و دوره في تسوية منازعات الإستثمار، المؤتمر العلمي الثاني بعنوان "القانون و الإستثمار" ، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر ، 2015، ص 2.
³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 380.
⁴ - محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 341 .

⁵ - « On entend par l'arbitrage , l'institution d'une justice privée grâce a laquelle les litiges sont soustraits aux juridiction de droit commun pour être résolus par des individus revêtus, pour les circonstances, de la mission de les juger » ; 19 ; مقتبس من مرجع قمر عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص 19

⁶ - H.Moutulsky, écrits TII , Etudes et motes sur l'arbitrage Dalloz, 1974,p6 , نقلا عن عبد اللطيف الشداوي ، نظام الصفقات العمومية (في ضوء مرسوم 20مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال 2016، الجزء الثاني ، مطبعة سليكي أخوين ، ط1، طنجة، 2019، ص 751

3 - التعريف القانوني للتحكيم:

أ - تعريف التحكيم في التشريع الوضعي الفرنسي

عرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم، من خلال قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1442 منه بأنه: "اتفاق يعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم".

كما عرف عقد التحكيم في المادة 1447 من نفس القانون عقد التحكيم: "عبارة عن عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه".¹

ب - تعريف التحكيم في التشريع الوضعي المصري

لقد عرف قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم 28 لسنة 1994 المعدل في نص المادة 4 فقرة 1 منه على أنه: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك".²

كما أظهر التشريع المصري عناصر التحكيم وصوره في تعريفه لاتفاق التحكيم بأنه: "هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية"، ومن خلال هذا النص تتمثل صور التحكيم في شرط التحكيم هو اتفاق مستقل عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب عن بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، فيكون شرط التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي يرد ضمن نصوص عقد معين يقرر بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم، لتسوية المنازعات المستقبلية التي تثور حول العقد وتنفيذه، و يكون واردا في العقد الأصلي، ولكن هذا لا يمنع من الاتفاق عليه في وثيقة مستقلة تعد بمثابة ملحق للعقد الأصلي، أما مشاركة التحكيم هي اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي، وبموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع القائم فعلا بصدد هذا العقد.³

¹-محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 388، 389.

²- حسام عبد الحلیم محمد عيسى، مرجع سابق، ص 3.

³- ریحاني أمينة، مرجع سابق، ص 139، 140.

ج- تعريف التحكيم في التشريع الوضعي المغربي

لقد تعرض المشرع المغربي في القانون رقم 05-08 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من المسطرة المدنية لا سيما الفصلين 306 و 307 منه لتعريف التحكيم، وهكذا جاء في الفصل 306 على أنه "يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم"

أما الفصل 307 فجاء فيه "اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية"¹

من خلال هذين الفصلين يتضح أن اتفاق التحكيم يتخذ شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم.

د- تعريف التحكيم في التشريع الوضعي الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف التحكيم وإنما اكتفى بتعريف عناصر التحكيم و المتمثلة في شرط التحكيم واتفاق التحكيم وذلك من خلال نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يلي: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي تنشأ بشأن هذا العقد"، أما اتفاق التحكيم فيجد سنده القانوني في نص المادة 1011 التي تعرفه بأنه: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوءه على التحكيم".

ثانيا: أنواع التحكيم

كما نوهنا سلفا بأن الأصل في التحكيم أن يكون اختياريا ، لأن أساسه سلطان إرادة الأطراف في أي علاقة قانونية، إلا أنه مع ذلك يمكن تقسيم التحكيم من حيث إرادة المحكمتين إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث طبيعة العقد و نطاقه إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي، ومن حيث حرية المحكم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، ومن حيث القانون المطبق على النزاع تحكيم قانوني وتحكيم بالصلح أي تحكيم عادي وتحكيم مطلق.

¹ - قانون رقم 05-08 الصادر بتاريخ 6 دجنبر 2007 المتضمن المسطرة المدنية الصادر في ج، ر عدد 5584، الصفحة 3895 تم الإطلاع عليه من خلال الموقع التالي : <http://adala.justice.gov.ma/production/html/Ar/152342.htm>

1- التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح

التحكيم بالقانون هو التحكيم الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية و الموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، أما التحكيم بالصلح فهو الذي يعفي المحكم من التقيد بأحكام القانون ويفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدالة وصولا إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح المحتكمين، حتى ولو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع والذي يلتزم القاضي بتطبيقه فيما لو عرض النزاع عليه إلا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية في التقاضي وأهمها احترام حقوق الدفاع ليتمتع حكمه بقوة إلزامية في مواجهة المحتكمين.¹

ويسمى كذلك بالتحكيم العادي والتحكيم المطلق، إذ يعتبر التحكيم عاديا كون أن المحكم يكون ملزما بالفصل في النزاع وفقا للقانون، أما عندما يعفى من تطبيق هذه القواعد و يحكم بمقتضى الإنصاف فإن التحكيم يكون مطلقا، ولا يعني ذلك أن المحكم في التحكيم المطلق محروم من تطبيق قواعد القانون لكنه ملزم في جميع الحالات بتطبيق قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام، وعند قيام الشك في وصف التحكيم فهو يعتبر تحكما عاديا²، و يسمى كذلك بالتحكيم البسيط و التحكيم مع التفويض بالصلح ، حيث أنه في التحكيم البسيط الذي يعتبر هو الأصل حيث يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد القانونية المكتوبة و غير المكتوبة كالمبادئ القانونية العامة والعرف، إلا أنه استثناء عن هذا الأصل قد يأتي التحكيم مع التفويض بالصلح وبموجبه يخول المحكم سلطة الفصل استنادا إلى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام قانوننا ما³.

ومن هنا نلاحظ أنه ومع اختلاف التسميات بخصوص هذا النوع من التحكيم (التحكيم القانوني والتحكيم بالصلح، التحكيم العادي والمطلق، التحكيم البسيط والتحكيم بالتفويض بالصلح)، إلا أننا نجدها تفيد معنى واحد.

2- التحكيم المؤسس و التحكيم الحر

يكون التحكيم تحكما مؤسسا (نظاميا) عندما يكون له وجود دائم في كنف نظام قائم، بمعنى أن تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا وتحددها الاتفاقيات

¹ - مريني فاطمة الزهرة، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في العقود الإدارية الدولية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، ص 421 .

² - أبي إسماعيل بكير، التحكيم الداخلي وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 ، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع تنفيذ الأحكام القضائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سعيد حمدين، 2014/2015 ص3.

³ - عبد العزيز منعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية ط 1 ، 2011 ، منشأة المعارف الجديدة الإسكندرية ، مصر ص44 .

الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وقد انتشر في القرن الأخير إنشاء مراكز تحكيم دولية دائمة أولها لوائح خاصة بها، واجبة التطبيق بمجرد اختيار مركز تحكيم معين للفصل في النزاع، وقد أصبحت كافة العقود النموذجية تتضمن جميعا نصوصا تقضي بفض النزاع الذي قد ينشأ بشأن تنفيذها عن طريق التحكيم الدولي.¹

أما التحكيم الحر فهو يعطي للخصوم حرية اختيار من يشاء من المحكمين مع تجديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها، وكذلك القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وهوية المحكم، وهو تحكيم خاص بحالتهم دون غيرهم.²

3- التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري

يعتبر التحكيم الاختياري في العقود الإدارية هو الأصل كون أن التحكيم يكون اختياريًا في كل أنواع المنازعات، و التي منها منازعات العقود الإدارية، فتتفق الجهة الإدارية مع المتعاقد معها على التحكيم في العقد الإداري، فيكون لكل منهما الخيار في اللجوء إما للقضاء أو للاتفاق على طرح النزاع على التحكيم و يكون الالتجاء إلى أحد الطريقتين مسقطا للطريق الأخر³

4- التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي

يعتبر التحكيم وطنيا (National) إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة في جميع عناصره (موضوع النزاع و المكان الذي يجري فيه التحكيم، وجنسية الخصوم، وجنسية المحكمين، والقانون الواجب التطبيق على النزاع ومكان صدور الحكم و مكان تنفيذه).⁴

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع الجزائري قد نظم التحكيم الاختياري الداخلي ضمن الكتاب الخامس الذي ورد تحت عنوان "في الطرق البديلة لحل النزاعات" في الباب الثاني منه "التحكيم" من وذلك من المواد 1006 إلى 1038.

إذ عرف المشرع الجزائري التحكيم الداخلي استنادا على شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد المبرم بين الطرفين والذي يلتزم بموجبه الأطراف على عرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ويثبت هذا الشرط بالكتابة سواء في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، واستنادا على اتفاق التحكيم الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.⁵

¹ - عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص31 .

² - مريني فاطمة الزهرة، مرجع سابق، ص 421 .

³ - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1993، ص 37.

⁴ - قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص60

⁵ - المواد 1008، 1007، 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

أما التحكيم الدولي هو التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، ويتم الانتحاء إليه استنادا على اتفاقية التحكيم المبرمة بين الأطراف كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة والتي تستجيب للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.¹

وقبل تعديل قانون الإجراءات المدنية كان يأخذ المشرع بمعايير لتحديد دولية التحكيم ألا وهما المعيار الاقتصادي والمعياري القانوني²، وهو ما نستشفه من خلال نص المادة 458 مكرر الملغاة و التي كانت تعتبر التحكيم دوليا بأنه: "... التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج."

وهو تقريبا نفس التعريف الذي كان يعتمده المشرع المصري في القانون رقم 27 لسنة 1994 والتي جاءت المادة الثالثة منه تفيد أن التحكيم يكون دوليا إذا كان موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية ، وفي تعريف المشرع لمعنى التحكيم الدولي فقد أخذ بالمعيار الحديث ألا وهو معيار الطبيعة الاقتصادية لمحل التحكيم ولم يكتفي المشرع المصري بذلك بل استلزم توافر إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة الثالثة من هذا القانون، وهذه الحالات تتنوع فيها المعايير بين ما هو جغرافي وما هو قانوني.³

ثالثا : الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

انقسم الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في اتجاهات أربع أولها أنه ذو طبيعة قضائية انطلاقا من طبيعة عمل المحكم، وثانيها ذهب إلى تبني الطبيعة التعاقدية للتحكيم استنادا إلى اتفاق الأفراد، بينما ذهب الرأي الثالث إلى اعتباره ذو طبيعة مختلطة ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا، فهو في أوله اتفاق و في وسطه إجراء وفي آخره حكم، في ما يرى اتجاه رابع أنه ذو طبيعة خاصة مستقلة.⁴

1- النظرية التعاقدية

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن أطراف التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فالهدف منه غالبا تلبية رغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية، و أساسه إرادة الأطراف في التصالح، ويتم في صورته العادية

¹ - نص المادة 1039 من ق إ م إ السالف الذكر.

² - بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط2، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص551.

³ - قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص63.

⁴ - صيرينة جبالي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2016-2017، ص20.

وفق لقواعد العدالة و استثناءا وفقا لقواعد القانون ، فأساس التحكيم يكمن في إرادة الأطراف في الالتجاء إليه، ثم في اتفاقهم مع المحكمين على الانصياع و الخضوع بما يصدرونه من أحكام.¹

وقد ظهر هذا الاتجاه في فرنسا، بعد حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير سنة 1812، بصدد اتفاق تحكيم، الذي أكد صراحة على وجود حكم تحكيم ملزم يرجع للاتفاق المبرم بين الأطراف على التحكيم وبالتالي يصبغ الحكم بذات الصبغة الاتفاقية.²

ويرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم يقوم على أمرين:

عمل المحكمين: وهو اتفاق التحكيم.

عمل المحكم : وهو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه، لكنهم يرون أن العمل الأخير يرتد إلى الأول باعتباره مجرد تنفيذ له، ومن ثم اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها .

كما يرى أنصار هذه النظرية أن القانون الوضعي يؤيد الطبيعة التعاقدية للتحكيم من حيث:

الأفراد باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمنا على التنازل عن الدعوى، ويخولون الحكم سلطة مصدرها إرادتهم، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية، إذ أنها تقوم على إرادة ذوي الشأن، ولما كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر الأثر في تحديد طبيعة هذا الأثر فلا يمكن اعتبار سلطة الحكم القضائية - أي سلطة عامة- إلا إذا كان الأطراف وهم يعينون المحكمين يتمتعون بسلطة قضائية -أي عامة- وهو لم يقل به أحد.³

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد حيث وجهت له عدة انتقادات أبرزها:

رغم أن التحكيم وليد إرادة الخصوم إلا أنه يفرض على أطرافه متى انصبت هذه الإرادة في الشكل الذي يرسمه القانون، و يؤكد ذلك أنه لا يجوز عزل المحكم إلا باتفاق الخصوم، ولا يجوز رده عن الحكم إلا في الحالات التي يرسمها المشرع.

انه حتى مع التسليم بأن التحكيم من طبيعة تعاقدية، فلا يمكن مد هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر في النزاع، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم يمثل عنصر من عناصر التحكيم ولا يمكن اعتباره كل التحكيم

¹ - صبرينة جبالي، مرجع سابق ، ص20.

² - موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، المجلد الرابع

العدد الثالث، 2015، ص222.

³ - قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ص68.

كما أن إرادة الأطراف ليست دائما أساس اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري¹.

أ- الطبيعة القضائية للتحكيم

أضفى جانب آخر من الفقه على التحكيم طابعا قضائيا لسببين، أولهما أن اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم لا يعني سوى التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة مفضلين عليه نوع آخر من القضاء هو التحكيم والذي يعد بمثابة قضاء خاص، وثانيهما أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها فعمله عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي، الصادر عن السلطة القضائية للدولة.²

اعتمد هذا الاتجاه المعيار الموضوعي، لأنه يتعلق بالفصل في منازعة تطبيقا لقواعد القانون الموضوعي ويحوز قرار المحكم حجية الأمر المقضي فيه و تلك خاصية مرتبطة بالأعمال القضائية دون غيرها . وقد ظهر هذا الاتجاه أيضا في فرنسا، بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في 17 مارس 1893، حيث اعتبر التحكيم، لا سيما الحكم الذي يصدر فيه عملا قضائيا، لكن هذه النظرية لم تسلم أيضا من الانتقاد نتيجة الفرق الشاسع بين التحكيم و القضاء، فلا يمكن الخلط بينهما.³

ب- الطبيعة المختلطة للتحكيم

مزج هذا الاتجاه بين مضمون الاتجاهين السابقين وحاول التوفيق بينهما، تعود بداية ظهور هذا الاتجاه إلى التقرير المقدم من قبل الأستاذ "جورج سوزارها" في الجلسة الرابعة والأربعين لمعهد القانون الدولي في أبريل 1952 ، الذي طرح الأسس الرئيسية لهذه النظرية .

ومفاد هذا الاتجاه أن التحكيم له طبيعة مركبة أو مختلطة، فهو عقدي، إذا نظرنا إليه من حيث أصله الذي قوم عليه وهو العمل الإرادي للأطراف، متمثلا في اتفاق التحكيم ، ومن جهة أخرى، هو قضائي من حيث الحكم الصادر عن المحكم، الذي يعتبر ملزما لأطراف التحكيم بقوة تختلف في القوة الملزمة للعقود⁴

كما يرى أنصار نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم ،من طبيعة مختلطة أو مزدوجة، على أساس أن كلا النظريتين التعاقدية والقضائية قد أصابتنا جزء من الحقيقة، إلى أن إطلاق الأخذ بأحدهم دون الآخر

¹ - قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، صص 68،69 ، موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في الصفقات العمومية ،مرجع سابق، صص 222.

² - جبايلي صبرينة، مرجع سابق ، صص 23، أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري و الإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية ، ط1، 2001، صص 19 .

³ - موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في الصفقات العمومية، مرجع سابق ، صص 223.

⁴ - نفس المرجع ، صص 223

يثير كثيرا من المصاعب، ولهذا كان من الأحسن الجميع بينهما، و اعتبار نظام التحكيم له طبيعة عقدية وقضائية.¹

وتعتبر الصفة العقدية والصفة القضائية للتحكيم جزءان من الكل في إجراءات التحكيم وأن الأخذ بإحدهما دون الأخرى يؤدي إلى إخلال في التوازن، مما يتطلب اعتبار نظام التحكيم ذو طبيعة مختلطة تجمع بين هاتين النظريتين، فالعنصر الإرادي هو الجانب السائد في المرحلة الأولى للتحكيم وهي مرحلة الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحل المنازعة الناشئة أو التي قد تنشأ بين الأطراف، ثم يبدأ هذا العنصر في الزوال تدريجيا تاركا الغلبة منذ بدء مرحلة التداعي للخصائص التي يتسم بها العمل القضائي.²

ورغم ما يتضمنه هذا الرأي من وجهة و محاولات الجمع بين الرأيين، إلا أنه لم يسلم من النقد فيما يلي: اختار هذا الاتجاه أسهل الحلول و أبسطها، فضلا عن اتصاف موقفه بالعجز ومحاوله التهرب من جوهر المشكلة ذاتها، كما أن هذه النظرية لا تضيف جديدا في تحديد طبيعة التحكيم، ذلك أنها اعتمدت على ما استند إليه أنصار النظرية العقدية و النظرية القضائية للتحكيم .

وأخذ هذا الاتجاه بفكرة التحول من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية للتحكيم وهذا يعد هروبا من المشكلة ، فالقول بالطبيعة المختلطة لا معنى له، إذ يجب تحديد هذه الطبيعة.³ كما أن التحليل القانوني يجب أن لا يقف عند القول أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو أنه خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز و محاولة للهروب من مواجهة حقيقة بأبعادها المتعددة، والواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها وردها إلى عناصرها المميزة وتحديد دور كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة من مختلف المراحل.⁴

ج- الطبيعة المستقلة للتحكيم

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن التحكيم نظام مستقل قائم بذاته، له طبيعته الخاصة وذاتيته الخاصة التي تختلف عن العقد وعن الحكم القضائي، فقد رفض أنصار هذه النظرية الطبيعية التعاقدية للتحكيم لأن العقد ليس جوهر التحكيم، فلا يوجد في التحكيم الإجمالي عقد، كما أن المحكمين قد لا يتم تعيينهم باتفاق الأطراف وإنما بواسطة المحكمة المختصة.

¹ - محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 336.

² - نفس المرجع، ص 598.

³ - جبابلي صيرينة، مرجع سابق، ص 29 .

⁴ - قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 78 .

كما رفض أنصار هذه النظرية الطبيعية المختلطة للتحكيم لعدم تقديمها الطبيعة القانونية بشكل قاطع، وإنما كانت تحاول هذه النظرية الأخيرة إدخال التحكيم في إحدى النظريتين السابقتين باعتبار أن هاتين النظريتين تمثل قوالب قانونية يتعين إدخال التحكيم في إحداها.

ولذا فإن التحكيم لدى أنصار نظرية الطبيعة المستقلة هو النظام القانوني الذي يمكن الأطراف من حل منازعاتهم عن طريق القضاء، ولا يتم برضا الطرفين مثل الصلح، وإنما نزول أطراف النزاع لهيئة التحكيم لفض النزاع الناشئ أو الذي ينشأ بحكم ملزم لهم، بحيث يخضع التحكيم لقواعد خاصة تهدف إلى تحقيق غاية اجتماعية واقتصادية والتعايش السلمي بين الأطراف للنزاع فضلا عن تحقيق العدالة بحيث تبدو الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم .

وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات أهمها أنه لا يمكن التسليم بأن التحكيم يهدف إلى تحقيق تطبيق قواعد القانون الوضعي عند الفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، وهو ذات الدور الذي يقوم به القضاء في قضاء الدولة عن الفصل في الدعاوى المعروضة عليه.

وبالرغم من الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية ، إلا أنه يترتب على الأخذ بها وجود نظامين متوازيين هما نظام القضاء ونظام التحكيم، ولكل نظام قواعده الخاصة به، بحيث لا يمكن تطبيق القواعد العامة المنظمة للقضاء على نظام التحكيم، لأن ذلك يتنافى مع خصوصية وطبيعة هذا النظام الأخير، كما أن سلطة المحكم في هذه النظرية ليست مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ يلتزم المحكم أولا بتطبيق قانون الإرادة ، فإذا لم يتفق الطرفان على تحديد هذا القانون كان للمحكم أن يبحث في القانون الواجب التطبيق سواء في المعاهدات والمواثيق الدولية أو قرارات التحكيم السابقة أو لوائح مراكز التحكيم.

ونرى أن النظرية الأخيرة للطبيعة المستقلة للتحكيم، هي الأولى بالإلتباع والتأييد، لأنها تعزز من مكانة التحكيم باعتباره نظاما خاصا قائما بذاته له كيان مستقل.¹

رابعا : تمييز نظام التحكيم عما يختلط به من الأنظمة القانونية المتشابهة

لقد تطرق المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى الطرق البديلة لحل النزاعات وتتمثل في التحكيم والوساطة والصلح، ونظرا لأن كل هذه الوسائل تهدف إلى التقريب بين أطراف النزاع

¹ -عاطف عبد الحميد ، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، مجلة التحكيم الدولي ، جامعة عين الشمس ، مركز حقوق عين الشمس للتحكيم ، 2017 ، ص21 وما يليها.

المطروح ومساعدتهم على الوصول إلى إتفاق مشترك بمساعدة طرف ثالث، يجب التمييز بين كل من التحكيم والوساطة والصلح لتجنب الخلط بين المفاهيم ولتحديد الميزة التي تميز كل وسيلة عن الأخرى.

1- الفرق بين التحكيم و الوساطة :

إذا كان التحكيم هو وسيلة تقليدية ومعروفة في مختلف التشريعات كحل بديل لتسوية النزاعات، فإن الوساطة مفهوم جديد دخل على تشريعنا الوطني، على خلاف العديد من التشريعات التي عرفت وأثبتت نجاعته كحل بديل للقاضي، إذ نص عليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، ولكن لم يعرفه تاركا مهمة تعريفه للفقهاء.

فهناك من عرف الوساطة على أنها " أسلوب من أساليب الحلول البديلة لحل النزاعات تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع خارج أروقة القضاء ، عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر بالنظر بمساعدة شخص محايد، و أهم ميزة فيه هو أن النزاع مع الخصم يضل خصوصيا وسريا بعيدا عن علنية الجلسات"²، كما تم تعريف الوساطة بمفهوم اجتماعي على أنه: " إجراء حوار أخلاقي مبني على مسؤولية واستقلالية الأطراف، أين يقوم شخص ثالث محايد و مستقل ، ليس له سلطة القرار أو الاستشارة، بل له سلطة وحيدة التي يمنحها له الخصوم أين يساعد عن طريق الحوار على بناء أو إعادة بناء الروابط الاجتماعية"³

كما عرفها الأستاذ علاء أبا ريان أنها "وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص ثالث نزيه ومحايد ومستقل، يزيل الخلاف القائم، وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب وجهات النظر للمتنازعين بهدف إيجاد صيغة توافقية، و بدون أن يفرض عليهم حلا أو يصدر قرار ملزم"⁴.

و في إطار المقارنة بين الوساطة و التحكيم سنحاول توضيح هاتين الوسيلتين:

أ-إحالة النزاع للوساطة و التحكيم:

إحالة النزاع للتحكيم يكون قبل اللجوء إلى القضاء، فإما أن يكون بندا في الاتفاقية المبرمة وهو ما يعرف بشرط التحكيم، فإذا وقع نزاع يتم عرضه على التحكيم أو يتم الاتفاق على عرضه على محكمة تحكيمية، وهو ما يعرف باتفاقية التحكيم، وفي حال تجاوز هذا الاتفاق من طرف النزاع فإنه يحق

¹- نص عليها المشرع في نص المادة 994 من ق إ م إ د السالف الذكر الواردة ضمن الكتاب الخامس المعنون بـ" الطرق البديلة لحل النزاعات" في الباب الأول المعنون بـ "الصلح و الوساطة " ضمن الفصل الثاني المعنون بـ " في الوساطة " .

²- بريارة عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 523 .

³ - VEROUGSTRAETE Ivan , le juge de la médiation . Revue de la cour suprême .Tome 2 . numéro spécial. Alternatifs de Règlement des litiges Médiation. Conciliation et Arbitrage.2009.p52.

⁴ - علاء أبا ريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008، ص62 .

للطرف الآخر تقديم دفع أمام المحكمة التي تقضي برفض الدعوى و يلزم الأطراف بنظرها أمام هيئة تحكيمية¹ ، وبالتالي يترتب على الاتفاق على التحكيم منع عرض النزاع على القضاء الوطني.² أما الوساطة القضائية التي جاء بها المشرع الجزائري فإنها لا تعرض إلا بعد طرح النزاع أمام القضاء ويكون الأطراف بعدها أحرارا إما باتباع إجراءات التقاضي أو الوساطة³، أي يحق لأطراف الخصومة اللجوء إلى القضاء على الرغم من إبرامهما اتفاق يوجب عرض النزاع على موفق، حتى لو كان الموفق بدأ في القيام بعمله و مضى فيه أو أنهاه، كما يحق للقاضي عرض إجراء الوساطة على الأطراف في نزاع قائم بينهم.⁴

ب- مهمة الوسيط و مهمة المحكم

الوساطة تعني لجوء المتعاقدين إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين لمساعدتهما في التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة، فالوساطة ترمي إلى التقريب من الطرفين و هذا الشخص ليس محكما و لي له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم، و إنما هو يعرض اقتراحات على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، فهو وسيط و ليس محكما . وبذلك تختلف الوساطة عن التحكيم في أن الوسيط لا يطبق القانون على الوقائع ليتوصل إلى نتيجة، بل هو يساعد الأطراف المتنازعين في تطبيق قيمهم و تنفيذها على الحقائق الواقعية للوصول إلى حل للنزاع، وهذه القيم يمكن أن تتضمن القانون والشعور بالنزاهة والعدالة والدين والأخلاق⁵، بالتالي لا تتميز الوساطة بالطابع القضائي، حيث تتمثل مهمة الوسيط في تقريب وجهات النظر دون أن يتمتع بأي سلطة، في حين تعتبر مهمة المحكم قضائية كونها تهدف إلى إصدار حكم منهي للنزاع⁶، أي أن رأي الوسيط غير ملزم للأطراف و ليس له سلطة عليهم، وإن وجدت هذه السلطة فهي أدبية تتجسد في حث المتنازعين على قبول اقتراحاته و توصياته التي تشكل مدخلا و سبيلا لحل النزاع القائم ، أما المحكم فمهمته تكمن في إصدار قرار بموضوع النزاع المعروف عليه، بعد معاينة وتدقيق الأدلة و الوقائع تماما كالقاضي، و هذا القرار يكون ملزما شأنه شأن الحكم القضائي⁷، ويحوز حكم المحكم

¹ - عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح و الوساطة القضائية" طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق ، بن عكنون 2012 ، ص81

² - جبايلي صبرينة، مرجع سابق، ص39

³ - عروي عبد الكريم ، مرجع سابق، ص81

⁴ - جبايلي صبرينة، مرجع سابق، ص39.

⁵ - ميسون علي عبد الهادي، مرجع سابق، ص254 .

⁶ - جبايلي صبرينة، مرجع سابق، ص39 .

⁷ - عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص81.

حجية الشئ المقضي فيه ، بينما ما ينتهي إليه الموفق هو إصدار توصيات ليست لها حجية الأحكام ولا قوة لها في التنفيذ .¹

ج- مجال التحكيم و الوساطة

الوساطة شأنها شأن التحكيم مقيدة بمجال محدد فإن الوساطة يعرضها القاضي على الخصوم بصفة إلزامية، وذلك في كل النزعات وفي كافة المواد باستثناء مادة شؤون الأسرة والمادة الاجتماعية أي القضايا العمالية وكل ما من شأنه المساس بالنظام العام²، أما التحكيم فالقاعدة هي جواز اللجوء له لكن الاستثناء عدم جوازه في المسائل التالية:

المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم .³

كما يمكن أن تمتد الوساطة إلى كل النزاع أو إلى جزء منه، كما لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية، و يمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضروريا في أي وقت .⁴

كما قيد المشرع الجزائري مدة الوساطة بثلاثة (3) أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم .⁵

كما أن أحكام التحكيم قابلة للطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي الذي صدر بدائرة اختصاصه حكم التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق به، ويجوز للأطراف التنازل عن هذا الطعن من خلال اتفاقية التحكيم التي تربطهم .⁶

أما الأمر الذي يتضمن المصادقة على اتفاقية الوساطة لا يقبل أي طريق من طرق الطعن، ويعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا⁷

تعيين الوسيط و المحكم ، بحيث يتم تعيين المحكمين من الأطراف المتنازعة سواء في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم وإذا تعذر ذلك يتم من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه .

¹ - جبايلي صبرينة، مرجع سابق،ص39.

² - نص المادة 944 فقرة 1 من ق إ م إ د السالف ذكره.

³ -نص المادة 1006 من نفس القانون .

⁴ - نص المادة 995 من نفس القانون.

⁵ - نص المادة 996 من نفس القانون.

⁶ -نص المادة 1033 من نفس القانون.

⁷ - نص المادة 1004 من نفس القانون .

أما الوساطة فقد تسند إلى شخص طبيعي أو جمعية¹ تسمى " الوسيط "، وفي حالة إسنادها لشخص طبيعي أوجب المشرع أن يكون من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الاستقامة ويشترط توفر فيه بعض الشروط حتى يكون أهلا لممارسة مهامه².

أما بالنسبة لإنهاء إجراء الوساطة يكون بطريقتين :

إما من طرف القاضي بناء على طلب الوسيط أو من الخصوم، أو تلقائيا من طرف القاضي إذا تبين استحالة السير الحسن لها، وفي جميع الحالات ترجع القضية إلى الجلسة ويستدعي الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط³.

وعندما ينهي الوسيط مهمته ، يخبر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه وفي حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الاتفاق، ويوقعه والخصوم ، وترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا⁴، أما في حالة فشل الوساطة في التوصل إلى اتفاق يعود المتنازعين إلى المسلك الذي حاولا تجنبه من البداية ألا وهو الطريق القضائي الذي ينهي النزاع بحكم وتستأنف من جديد إجراءات الخصومة القضائية و التي تنتهي بصدر حكم قضائي يخضع للطعن فيه أمام الجهات القضائية العليا .⁵

لذلك نجد بأن الوساطة القضائية تختلف عن التحكيم، حيث أن الوساطة تتم برعاية القاضي ،بينما يتم التحكيم خارج العدالة فهو من الطرق البديلة المستقلة⁶، كما تختلف عنه في كون الوساطة تتضمن بعض التنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل وسط، بينما المحكم يصدر حكما قد يستجاب

¹ - نص المادة 997 من ق إ م د السالف الذكر .
² - إذ تنص المادة 998 من ق إ م د على أنه : "يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، و أن تتوفر فيه الشروط التالية:
 1- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف ، و ألا يكون ممنوعا من الحقوق المدنية ،
 2- ألا يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه،
 3- أن يكون محايدا و مستقلا في ممارسة الوساطة ،
 تحدد كليات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم " ، لذلك نلاحظ أن هذه الشروط المطلوبة في الوسيط تتطلب إيضاها بصورة أكثر ، كون الوساطة ليست بمهنة منظمة حتى يحيل المشرع كيفية ممارستها إلى التنظيم ، و لتوضيح أكثر لكيفية تعيين الوسيط لابد علينا أن نتطرق إلى المرسوم التنفيذي رقم 100/09 المؤرخ في 10 مارس 2009، المحدد لكليات تعيين الوسيط القضائي ، ج ر عدد 16 مؤرخ في 15 مارس 2009 ، من خلال مادته الثانية التي جاءت ببعض الشروط التي لم ترد في المادة 98 من ق إ م د و التي تتمثل في :
 "أن لا يكون المترشح ضابطا عموميا وقع عزله أو محاميا تم شطب إسمه أو موظفا عموميا عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي.
 أو أن يكون قد حكم عليه كمسير من أجل جنة الإفلاس و لم يرد اعتباره
 أو قد حكم عليه بسبب جنائية أو جنحة مخلة بالشرف ."
 كما تنص المادة 3 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 100/09 على أنه يتم اختيار الوسيط من بين الأشخاص الحائزين على شهادة جامعية أو دبلوم أو تكوين متخصص أو أي وثيقة أخرى تؤهله لتولي الوساطة في نوع معين من النزاعات.
³ - نص المادة 1002 من ق إ م د السالف الذكر.
⁴ - نص المادة 1003 من ق إ م د السالف الذكر .
⁵ - بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2001، ص 278 .
⁶ - بوزنة ساجية، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون العام تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2011-2012 ، ص 27 .

فيها لطلبات أحد الأطراف و يرفض طلبات الطرف الآخر، فهو لا يبحث عن حل وسط، و إذا فشل يتعين عليه مواصلة مهمته و إصدار حكم في النزاع.¹

وفيما يتعلق بوظيفة الوساطة في مجال الصفقات العمومية، فهي لا تزال في مجال الدراسات والبحوث القانونية إلى غاية الوقت الحاضر محل جدل فقهي، فقد اعتبرها بعض الفقه وسيلة لتقديم الحلول في مجال تحسين إجراءات الطلب العمومي، أي أن مجالها ينحصر فقط في إجراءات الإبرام.²

2-الفرق بين التحكيم و الصلح

برجعنا إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشرع لم يضع تعريفا للصلح ، غير أن تعريفه ورد في القانون المدني أين عرفه المشرع بأنه " عقد ينهي نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا،و ذلك أن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".³

غير أنه من التعاريف المتفق عليها للصلح هو أنه اتفاق يضع حد للنزاع بموافقة الأطراف يقتضي تنازل كل طرف عن بعض حقوقه بغية التوصل لحل النزاع⁴

لقد جعل المشرع الجزائري إجراء الصلح جوازي في مادة دعاوى القضاء الكامل⁵، ويجوز للقاضي عرض إجراء الصلح أو يتصالح الأفراد تلقائيا و ذلك طبقا لنص المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كما أن الصلح لم يقيدده المشرع بمدة معينة ، إذ يمكن اللجوء إليه في أية مرحلة كانت فيها الدعوى⁶ كما كما يتم إجراءه بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم⁷، كما أن إجراء الصلح يقتصر على دعاوى القضاء الكامل فقط⁸، باعتبارها منازعات شخصية وذاتية قائمة بين طرفين، دون دعاوى الإلغاء، وهو أمر منطقي، إذ لا يمكن إجراء الصلح في دعاوى الإلغاء التي تقوم على مخاصمة القرار الإداري، و هو نفس الشيء بالنسبة لدعاوى فحص المشروعية.

¹ - بوزنة ساجية ، مرجع سابق،ص،28.

² - بن سريّة سعاد ، مرجع سابق،ص 189.

³ - نص المادة 459 من من المرسوم الرئاسي 05/10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج، ر عدد 44 الصادرة في 26/06/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، و المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم .

⁴ -Zahi A , La conciliation et le processus arbitral .revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques ,N° 4,1993,P711.

⁵ - نص المادة 970 من ق إ م إ د السالف ذكره .

⁶ - المادة 971 من ق إ م إ د السالف ذكره .

⁷ - المادة 972 من ق إ م إ د السالف ذكره .

⁸ - تنص المادة 970 على أنه: " يجوز للجهات القضائية إجراء الصلح في مادة دعاوى القضاء الكامل" .

كما يقوم القاضي المشرف على جلسة الحكم في مجال الصلح أن يقوم بتحديد المكان والزمان الذي تتم فيه إجراءات الصلح¹، يثبت الصلح في محضر يوقعه القاضي والخصوم وأمين الضبط²، ويصبح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه و التأشير عليه دون الحاجة لصدور حكم يصادق عليه وبمجرد إيداعه بأمانة ضبط الجهة القضائية³، على عكس الوساطة التي لا تعتبر سندا تنفيذيا إلا بعد المصادقة عليه عن طريق أمر قضائي .

أما فيما يخص إجراءات الصلح القضائي فهو كالاتي:

يقوم بالصلح القاضي (سواء القاضي الإداري أو العادي حسب طبيعة النزاع) ودوره هنا كمصالح هو تقريب وجهات النظر فقط، ولا يقوم به القاضي إلا بموافقة الخصوم وله نتيجتان:

• في حالة حصول صلح :

يقوم رئيس تشكيلة الحكم محضرا يبين فيه ما تم الاتفاق عليه ويأمر بتسوية النزاع و غلق الملف ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن،و ذلك وفق ما تقتضيه أحكام المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

• في حالة عدم حصول صلح :

يحول الملف إلى الجلسة لينظر فيه القاضي كحكم وليس مصالح بعد تحرير محضر عدم الصلح فتباشر إجراءات التقاضي العادية.⁴

كما أنه على الجهات القضائية الإدارية وهي تباشر إجراء الصلح أن تنقيد بالنزعات التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها⁵ .

وبرجوعنا للمواد التي تنص على إجراء الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، نجد أن المشرع نص على هذا الإجراء في الباب الخامس تحت عنوان في الصلح و التحكيم في الفصل الأول تحت عنوان " في الصلح " وذلك من المواد من 970 إلى 974 ، ثم انتقل إلى الكتاب الخامس تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات ضمن الباب الأول تحت عنوان الصلح و الوساطة في الفصل الأول في الصلح ، ثم نظم كذلك إجراءات الصلح من جديد من المواد 990 إلى 993 ، مكررا لنفس الإجراءات التي سبق و أن تطرق إليها من خلال المواد 970 إلى 974 ، مضيفا فقط بعض الإجراءات الجديدة

¹ - نص المادة 991 من ق إ م د السالف الذكر .

² - نص المادة 992 من ق إ م د السالف الذكر .

³ - نص المادة 993 من ق إ م د السالف الذكر .

⁴ - بن سرية سعاد ، مرجع سابق ، ص 195 .

⁵ - نص المادة 974 من ق إ م د السالف الذكر .

له، إذ نجد أن المادة 990 جمعت تقريبا ما جاءت به المادتين 971 و 972 اللتان تتصان على جوازية اللجوء إلى الصلح في أية مرحلة كانت عليها الدعوى أي جميع مراحل الخصومة و أن الصلح قد يكون بسعي من الخصوم أو من القاضي، و المادة 992 التي نصت على أن يثبت الصلح في محضر و يوقعه الخصوم والقاضي وأمين الضبط وهو نفس ما نصت عليه المادة 971 .

والجديد الذي جاء به المشرع بخصوص هذا الإجراء هو ما جاءت به المادة 991 على أن محاولة الصلح تتم في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، ما لم توجد نصوص قانونية خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك، و بين كذلك من خلال نص المادة 993 قيمة محضر الصلح باعتباره سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه لدى أمانة الضبط.

ومن خلال ذلك نلاحظ أن المشرع نظم إجراء الصلح في مواد قانونية متفرقة ، بحيث نظمه في الأول كإجراء، ثم أعاد تنظيمه تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات، وهو في الحقيقة إجراء واحد، وهو ما يدعونا للقول أن المواد القانونية المنظمة للصلح جاءت غير متناسقة إجرائيا، أي لا يوجد تناسق وانسجام قانوني للإجراءات الخاصة بالتحكيم وكان من الأجدر جعلها مواد مرتبة و متسلسلة مادام أنها تنظم إجراء واحد حتى تحقق الغاية التي جاءت من أجلها.

الفرع الثاني: مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات صفقات الأشغال

تعتبر مسألة تحديد مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال، أمر مهم و هذا بسبب تنوع النزاعات التي تثيرها صفقات العمومية بصفة عامة، و بسبب ما يثيره التحكيم من جدل كبير على مستوى الفقه والقضاء، سواء في الجزائر أو التشريعات المقارنة، فيما يتعلق بمشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم على اعتبار كونه يمثل اعتداء على اختصاص القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل بنظر هذه المنازعات طبقا لنصوص قانونية صريحة، فضلا عن تعارضه مع خصوصية العقود الإدارية التي تحكمها قواعد مغايرة عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص.

فقبل التطرق إلى مدى مشروعية وجواز اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال، وجب علينا التطرق إلى فكرة مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التي تباينت فيها اتجاهات الدول ما بين مؤيد ومعارض، فهناك من أخذ بالاتجاه الذي يضيق الطريق على التحكيم كوسيلة لحسم النزاعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، وهناك من أخذ بالاتجاه الذي يوسع الطريق أمامه مع مراعاة بعض الشروط في هذا الصدد، وسنبحث هذه المسألة في كل من مصر، فرنسا، المغرب والجزائر وذلك وفق مايلي:

أولاً: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الأشغال في مصر:

اختلف الفقه والقضاء والتشريع المصري حول مسألة مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ففي الفترة السابقة على صدور القانون رقم 9 لسنة 1997، لم يرد نص ينظم التحكيم في العقود الإدارية صراحة، و انقسم الفقه في شأن مدى جواز ذلك إلى قسمين أولهما يعارض فكرة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية و ثانيهما يؤيده.¹

1-الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية

انطلق أنصار هذا الاتجاه في رفضهم لإقرار التحكيم في العقود الإدارية إلى مبدأ سيادة الدولة، حيث يرون في هذا التحكيم سلبا لاختصاص القضاء الوطني الأمر الذي يعد مساسا بسيادة الدولة، إذ انه بموجب اتفاق التحكيم تتجه إرادة طرفيه إلى تسوية نزاعاتهم بعيدا عن قضاء الدولة مما يشكل مساسا بسيادتها.²

¹ - عبد العزيز منعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 378.

² - محمود التحيوي، إتفاق التحكيم و قواعده، دار الفكر الجامعي، 1995، ص 145 .

2-الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية:

ذهب أنصار هذا الاتجاه في تأييدهم للتحكيم في العقود الإدارية إلى أنه ليس هنالك ثمة نص تشريعي يمنع هذا التحكيم بل إن في نص المادة 50 من قانون المرافعات إجازة للتحكيم في العقود الإدارية وإن كان النص لم يورد ذلك صراحة إلى أن في إطلاقه ما يؤكد ذلك، حيث جاء النص على النحو التالي: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين وهذا النص أطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين".¹

أما بخصوص موقف المشرع المصري من جواز التحكيم في العقود الإدارية كان بصدر القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في العقود المدنية و التجارية، (الذي استقى أحكامه من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (UNICTRAL) في عام 1985)² حيث نصت مادته الأولى على مايلي: مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع وبالرغم ما ذهب إليه جمهور الفقه من أن هذا النص يمد حكمه ليشمل العقود الإدارية على أساس أن تلك العقود يكون أحد طرفيها شخص عام.³ إلا أن هذا الرأي لم يصادف قبولا من بعض الفقه الذي يرى أن القانون المذكور أعلاه لم يحسم مشكلة التحكيم في العقود الإدارية، و استمر هذا الخلاف إلى غاية صدور القانون رقم 9 لسنة 1997 أين تم تعديل المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994، و الذي نص في مادته الأولى إلى أنه: "بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".⁴

ونظرا لخطورة وأهمية التحكيم في العقود الإدارية، اشترط المشرع المصري أن يتم الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي إحدى الوزارات أو بواسطة من يتولى اختصاص الوزير بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، وحرص المشرع على أن يتولى هذا المسؤول الموافقة على

¹ - عبد العزيز منعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 380.
² -نبيل عمران، التحكيم في القانون المصري و تطبيقاته في قضاء محكمة النقض المصرية مداخلته منشورة في مجلة المحكمة العليا- عدد خاص- باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح و الوساطة و التحكيم ، 16، 15 جوان 2008 ، ج2، قسم الوثائق 2009 ، ص 465 .
³ عبد العزيز منعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 381 .
⁴ - عبد العزيز منعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، طبعة دار محمود ، القاهرة، د.س.ن ، ص 95 .

التحكيم دون أن يكون له حق التفويض في إبرام اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية وإلا كان الاتفاق باطلا لحدوثه من غير ذي صفة¹.

وفي سنة 2010 صدر قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم 67 لسنة 2010 و الذي أجازت المادة 35 منه تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية². ووفق ما تقدم بيانه فإنه بإمكان الأطراف في صفقات الأشغال العامة في مصر الاتفاق على تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم بطريق التحكيم.

ثانيا : مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات صفقات الأشغال العامة في فرنسا

مر الموقف من التحكيم في فرنسا بعدة مراحل نستعرضها كالآتي:

1-مرحلة الحظر المطلق للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

حظر المشرع التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة و ذلك بموجب المادة 2060 من التقنين المدني بعد تعديلها بالقانون 1972، و التي تنص على عدم جواز اللجوء إلى لتحكيم في المنازعات الخاصة بالجماعات العامة (الدولة والمؤسسات العامة) ، ويجد الحظر مسوغا له في الخشية من عدم حماية مصالح الشخص العام في التحكيم عكس القضاء وكذلك في منع الأشخاص العامة في أن تظهر كأنها تتحدى القضاء، غير أن هذا الوضع التشريعي في شأن هذا الموضوع قد تطور عندما قرر القانون رقم 596 لسنة 1975 إضافة فقرة جديدة للمادة 2060 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: "... ومع ذلك فإنه يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بموجب مرسوم أن تلجأ إلى التحكيم "

وقد تشدد هذا الحظر بالموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي في مسألة التحكيم في العقود الإدارية، وتجلى هذا الموقف في العديد من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة منذ بداية القرن التاسع عشر وحتى أواسط القرن العشرين³.

وقضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن، ببطالان شرط التحكيم الوارد في عقود الأشغال العامة استنادا إلى المادة 2061 من التقنين المدني التي تحظر شرط التحكيم، و ذلك على أساس أن التحكيم

¹ - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 340 .

² - أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مرجع سابق، ص 255 .

³ - نفس المرجع، ص 251 .

يمس باختصاص القضاء الذي ينفرد إلى الهيئات التي تقوم به، و أن التمسك به يشكل مساسا بمبادئ القانون الإداري التقليدي¹

2-مرحلة التخفيف من حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية

إزاء الفترة السابقة التي تميزت بحظر اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية ، كان لزاما على المشرع التدخل لتخفيف من شدة مبدأ الحظر السائد سابقا، وكان ذلك من خلال عدة إستثناءات أجاز من خلالها المشرع اللجوء إلى التحكيم في بعض صور العقود الإدارية، كما فعل في المادة 69 من قانون 17 أبريل 1906 الذي قصره على المنازعات المنصبة على تصفية عقود التوريد و الأشغال العامة إلى أن صدر بتاريخ 25 يوليو 1960 المرسوم رقم 25 القاضي بتوسيع نطاق تطبيق قانون 17 أبريل 1906 ، كما أصدر المشرع الفرنسي قانون 09 يوليو 1975 الذي أجاز التحكيم لبعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري ، على أن يصدر تحديدها بموجب مرسوم².

ثالثا: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في التشريع المغربي :

يمكن تقسيم الوضع في النظام القانوني المغربي إلى مرحلتين إثنين:

مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 05-08 و بعد صدوره ، وهو ما سنتطرق إليه على التوالي:

1- مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 8 لسنة 2005 :

لقد نص المشرع المغربي على جواز التحكيم في قانون المسطرة المدنية القديم الصادر بتاريخ 12 غشت 1913 في الفصول 527 إلى 549 من دون أي إشارة لإمكانية التحكيم في منازعات العقود الإدارية . و بعد صدور قانون المسطرة المدنية بتاريخ 28 سبتمبر 1974، تم إلغاء قانون المسطرة المدنية القديم. و بالرغم من صدور قانون المسطرة المدنية الجديد، إلا أنه لم ينص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، بل نص صراحة في الفصل 306 على عدم إمكانية الاتفاق على التحكيم في "النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام"، وهذه العبارة وردت مباشرة بعد العبارة التالية: "في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة: النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام .. " .، وكل ذلك يندرج ضمن ما لا يجوز التحكيم فيه .

¹ - ماجد راغب الطلو، مرجع سابق، ص 330 .

² - محمد حجوي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي و المقارن، مداخلة منشورة في مجلة المحكمة العليا- عدد خاص- باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح و الوساطة و التحكيم، مرجع سابق، ص ص 405،406.

ومن ثم، فإن سبب حظر التحكيم في العقود الإدارية، ومختلف المنازعات الإدارية، يرجع في نظر المشرع المغربي وقتئذ إلى اعتبار مثل هذه المنازعات، التي تحكمها قواعد القانون العام، تندرج ضمن النظام العام الذي لا يجوز التحكيم بشأنه.

2- مرحلة ما بعد صدور القانون رقم 08 لسنة 2005:

يعتبر القانون رقم 05-08 أول قانون تضمن التحكيم إذ تم التنصيص على التحكيم الداخلي في (الفرع الأول) من الباب الثامن من القسم الرابع من قانون المسطرة المدنية، وبموجب التعديل الذي أدخل عليها بمقتضى القانون رقم 05-08 نص المشرع صراحة في الفصل 308 على مايلي: "يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة، سواء أكانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها .."

كما نص صراحة كذلك في الفقرة 3 من الفصل 310 على مايلي: ".. يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق التحكيم.."¹.

رابعا: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في التشريع الجزائري

لمعرفة مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال، لا بد من تحديد طبيعة منازعات الصفقات العمومية التي يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم، والأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم.

1- الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء للتحكيم في مجال الصفقات العمومية

إن مسألة تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية لا تطرح إشكالات إلا فيما يتعلق بالجدل الفقهي المتعلق بمدى جواز لجوء الشخص المعنوي العام إلى التحكيم في المنازعات التي يكون طرفا فيها.

فقد تأثر التشريع الجزائري كثيرا بالتشريع الفرنسي في هذه المسألة إذ منع في بداية الأمر (خلال الفترة الاشتراكية) اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة و الأشخاص الاعتبارية العامة ويظهر ذلك جليا في الأمر رقم 66-154² في المادة 442 في فقرتها الثالثة منه بقولها: "لا يجوز للدولة والأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"، إلا أن هذا الحظر المطلق بدأ التخفيف منه عن إضافة فقرة رابعة إلى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: "بالنسبة

¹ محمد حجري، مرجع سابق، ص 420.

² الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47 المؤرخة في جوان 1966 (الملغى بموجب القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، السالف الذكر).

لعلاقات الشركات الوطنية المؤسسات العمومية فإنه يجوز أن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية أو الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريد أو الأشغال أو الخدمات".¹ ويصدر الأمر رقم 44-75¹ المتعلق بالتحكيم الإلزامي لبعض الهيئات، تم إلغاء الفقرة الرابعة من المادة 442 المذكورة أعلاه ، وأصبح التحكيم بموجب هذا الأمر حلا وجوبيا ووحيداً للنزاعات الناتجة عن تنفيذ عقود التوريد والأشغال والخدمات الناشئة بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي والتعاونيات الزراعية والشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكتسب فيها الدولة غالبية الأسهم .

ويصدر المرسوم التشريعي رقم 09-93² المعدل لقانون الإجراءات المدنية 154/66 أدرج المشرع ضمن الكتاب الثامن فصلا رابعا بعنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" و بالأخص في مواده من 458 مكرر 1 إلى المادة 458 مكرر 16، فتح المجال للتحكيم التجاري الدولي أمام الأشخاص الاعتبارية العامة في علاقاتهم التجارية الدولية، و لقد اختلف الفقه حول ما إذا كانت الصفقات العمومية هي الأخرى معنية به أو لا .

إلا أن المشرع الجزائري بإصداره للقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنهى هذا النزاع القائم حول إمكانية لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم في المنازعات التي تكون طرفا فيها، خاصة فيما يتعلق بالصفقات العمومية، حيث وعلى الرغم من احتفاظ المشرع بمبدأ حظر لجوء الشخص الاعتباري العام للتحكيم، والذي وجد أساسه التشريعي من خلال نص المادة 1006 في فقرتها الثانية بنصها على أنه : "... لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم " ومن خلال قراءتنا لهذه الفقرة ، نلاحظ أن المشرع الجزائري استخدم كلمة "تطلب" ، و من غير المنطقي أن تطلب الدولة بنفسها اللجوء إلى التحكيم مع ما يشكله من مخاطر على سيادتها ومركزها القانوني في مواجهة المتعاقد معها خاصة أنه بالرجوع إلى نفس نص المادة بالصياغة الفرنسية³ ، نجد

¹ - الأمر رقم 44-75 المؤرخ في 17 جوان 1975، ج ، ر عدد 53 لسنة 1975.

² - المرسوم التشريعي 09-93 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى) ، السالف ذكره.

³ - Art. 1006C.P.C.A n°08-09 « toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition. On ne peut compromettre sur les questions concernant l'ordre public , l'état de la capacité des personnes.les personne morale de droit public **ne peuvent compromettre**, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics »

أن المشرع استخدم عبارة "تحتكم" أو "تسوي" وهي العبارة الأكثر موضوعية إذا ما قورنت بعبارة "تطلب" ¹.

إلى أن المشرع وضع استثناءات على هذا الحظر من خلال نفس المادة أين أجازت للأشخاص المعنوية العامة إمكانية طلب التحكيم إلا في إطار علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في مجال الصفقات العمومية.

كما أن المادة 975 من نفس القانون و التي أجازت اللجوء إلى التحكيم كأحد الوسائل البديلة من طرف الدولة أو الولاية أو البلدية أو أحد المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية في مادة الصفقات العمومية أو في حالة الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، كاتفاقية نيويورك حول الاعتراف بأحكام المحكمين و تنفيذها المبرمة سنة 1958 ².

ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري لم يكتفي بالقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقول بإمكانية لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية، وإنما جاء ليؤكد مرة أخرى من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال نص المادة 153 منه والتي نصت صراحة على إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة أي المصالح المتعاقدة إلى هيئة تحكيم دولية في المنازعات المترتبة على تنفيذ الصفقات العمومية.

أما بالنسبة للمتعاقد المتعاقد في مجال الصفقات العمومية يشترط فيه يكون متعاملا أجنبيا حتى يمكنه الاستفادة من إمكانية التحكيم في منازعاته مع المصالح المتعاقدة وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 153 السالفة الذكر، غير أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جواز التحكيم الداخلي مع المتعاقد المتعاقد الوطني، وذلك على اعتبار أن التحكيم الداخلي في هذه الحالة سيفقد الشخص الاعتباري العام مجمل الامتيازات الممنوحة له بموجب العقد الإداري المتضمن الصفقة العمومية ³.

وبالمقابل نص المشرع من خلال نص المادة 154 من نفس المرسوم على أن المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين يتم تسويتها عن طريق لجنة

¹ - صبرينة جبايلي، مرجع سابق، ص100 .

² - وهي الاتفاقية التي انضمت لها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، السالفة الذكر

³ - مجرالي محمد لمين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان لإستقطاب الإستثمارات الأجنبية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر، جويلية 2018 ص810

التسوية الودية للنزاعات و التي تنشأ لدى كل وزير و مسؤول هيئة عمومية وكل والي، وذلك وفق ما تم تبيانه في دراستنا سابقا.

وبالتالي فإن مسألة الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم نجد أن المشرع حسمها من خلال القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث أجازت المادة 975 منه إمكانية لجوء الأشخاص المذكورة في المادة 800 إلى التحكيم إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية بالإضافة إلى المادة 1006 في فقرتها الثالثة التي أجازت لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية .

و يتضح جليا من خلال المادتين 975 و 1006 أن المشرع قد وقع في تعارض عند تحديده للأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم، فمن جهة يذكر الأشخاص المعنوية العامة ومن جهة أخرى يذكر الأشخاص المذكورة في المادة 800 ، فهناك فرق واضح بين المصطلحين ، و المادة 800 لم تشمل إلا بعض الأشخاص المعنوية العامة و ليس كلهم .

كما وقع المشرع في تعارض أيضا، فيما يخص المجال الذي يجوز فيه لهذه الأشخاص طلب التحكيم، ففي المادة 975 يحصره في مجال الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر ومجال الصفقات العمومية في حين يحصره في المادة 1006 في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية و مجال الصفقات العمومية فذكر المادتين للمجالات على سبيل الحصر يؤدي بطبيعة الحال إلى إقصاء ونفي كل مادة لمجالات لم تتضمنها، لابد على المشرع أن يتدارك مثل هذا التعارض بتوحيد المصطلحات المستعملة وتقادي أسلوب التخصيص على وجه الحصر من أجل ضمان تكامل النصوص¹.

2- طبيعة منازعات صفقات الأشغال التي يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم

حسب نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يجوز لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها .

ومن هنا يقتصر التحكيم على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط و بالتالي تستبعد بعض نزاعات الصفقات العمومية المذكورة فيما يلي:

النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية

¹ - رمضان غناي، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009، ص 47 .

النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة، كدعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية مهما كان نوعها،

-النزاعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية، التي لا تتعلق بالالتزامات المالية بين أطراف الصفقة العمومية.¹

كما يستبعد من التحكيم أيضا النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم وذلك حسب الفقرة الثانية من المادة 1006 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

ومن بين الأمثلة العملية للتحكيم في منازعات صفقات الأشغال نذكر قضية الشركة الفرنسية Frères Bec ضد الحكومة التونسية في تاريخ 8 ديسمبر 1981 صادق الوزير التونسي للتجهيز والإنشاءات على العقود المبرمة بين كل من وزارة التجهيز والإنشاءات والشركة الفرنسية Frères Bec وتهدف هذه العقود إلى إقامة مجموعة من الطرق كانت وزارة التجهيز والإنشاءات في الدولة التونسية قد أعلنت عن رغبتها في القيام بتشبيدها من خلال مناقصتين، ولقد تضمنت المادة 2/66 من كراسات الشروط الإدارية الخاصة بكل من العقدین الخاصين بتشبيد كل مجموعة من الطرق، شرط تحكيم نص على أنه: إتفقت الأطراف على اللجوء إلى التحكيم في حالة نشأت النزاعات بين المقاول و جهة الإدارة مع تعذر حلها عن طريق اللجوء إلى وزير التجهيز والتشييد وعلى كل طرف أن يقوم بتعيين محكمه.

ولا يجوز الرجوع على أحكام المحكمين بأي طريقة من طرق الرجوع ونظرا للمشاكل التي نشأت بين الأطراف أثناء تنفيذ الأعمال، فإن المهندس المشرف على التنفيذ أخطر شركة Frères Bec بوقف الأعمال و فسخ العقود .

وإزاء عجز الأطراف عن التوصل إلى اتفاق ودي، فإنه لم يكن هنالك مفر من اللجوء إلى التحكيم والذي إنتهى بإصدار حكم بالإلزام وزارة التجهيز والتشييد التونسية بدفع مبالغ متنوعة إلى الشركة الفرنسية Frères Bec وهو الحكم الذي طعن فيه بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس من قبل الوزارة التونسية للتجهيز والإنشاء، حيث تمسكت الوزارة التونسية أمام المحكمة ببطلان حكم التحكيم مستندة في ذلك إلى أن محكمة التحكيم قد فصلت في المنازعة المعروضة عليها وذلك على الرغم من بطلان الاتفاق على التحكيم، إذ يتعلق الأمر بعقد إداري من عقود القانون الداخلي يحظر قبول التحكيم فيه وهو الحظر الناجم عن إعمال المادتين 260 و 251 من قانون الإجراءات المدنية و التجارية التونسية .

¹ - عبد العزيز عيد منعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء و تحكيما، مرجع سابق، ص 341 .

ولقد ذهبت الوزارة التونسية إلى تحديد طبيعة العقود المبرمة بين الشركة الفرنسية و جهة الإدارة التونسية بتعيين الفصل وفقا للقانون التونسي، وأن المحاكم التونسية وحدها هي المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية.

إلا أن محكمة استئناف باريس ذهبت في حكمها إلى القضاء بأن:

الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم و أيا كان السبب الذي يستند إليه، يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي، الذي يحظر على العكس، على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية من أن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من أجل التنصل من إتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقا.¹

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2004، ص 366 .

المطلب الثاني : التنظيم الإجرائي للتحكيم لتسوية منازعات صفقات الأشغال

يأخذ أسلوب التحكيم صورة اتفاقية تكون بين طرفي النزاع و ذلك قبل أو بعد نشوء النزاع ومنه تنشأ الخصومة التحكيمية حيث تتشكل هيئة التحكيم التي تقوم بتسيير الإجراءات التحكيمية ، و تنتهي هذه الهيئة بإصدار حكم يفصل في أصل النزاع المطروح من طرف محكم أو محكمين ، حيث يتم عرضه على القاضي لإمهاره بالصيغة التنفيذية في حالة رفض الطرف المحكوم عليه التنفيذ طواعية .

وللإلمام بالتنظيم الإجرائي للتحكيم وجب التطرق أولاً إلى الخصومة التحكيمية (الفرع الأول) ثم إلى الحكم التحكيمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخصومة التحكيمية

لا يمكن السير في الخصومة التحكيمية إلا بعد اتجاه إرادة الأطراف النزاع إلى التحكيم واتفاقهم على عرض النزاع أمام المحكمة التحكيمية كإجراء ممهّد للخصومة التحكيمية (أولاً) بعد ذلك يتم تشكيل المحكمة التحكيمية لحل النزاع المعروض أمامها (ثانياً)، ثم تتخذ الإجراءات أمامها حتى تصل إلى نهاية الدعوى التحكيمية و صدور الحكم التحكيمي (ثالثاً)

أولاً: الإجراءات الممهدة للخصومة التحكيمية

يتم السير في الخصومة التحكيمية بعد اتجاه إرادة الأطراف المتنازعة على عرض النزاع أمام هيئة تحكيمية، ويتم ذلك بموجب اتفاقية التحكيم ، وهو ما سنوضحه كما يلي:

1- اتجاه إرادة أطراف النزاع إلى التحكيم

قبل البدء في الخصومة التحكيمية يستوجب بداية أن تتجه إرادة أطراف النزاع (المصلحة المتعاقدة والمتعامل الأجنبي) إلى التحكيم لتسوية النزاع الناشئ بينهما أثناء تنفيذهما لصفقة الأشغال، ويكون ذلك بموجب اتفاقية التحكيم .

أ- اتفاق التحكيم

إذ يعد اتفاق التحكيم نقطة البداية في نظام التحكيم، و هو جوهر التحكيم وحجر زاويلته، إذ لا يتم عرض النزاع على هيئة التحكيم، إلا باتفاق الأطراف صراحة على أن يتم الفصل فيه عن طريق اللجوء إلى التحكيم .

ونظراً للمكانة التي يحتلها اتفاق التحكيم في نظام التحكيم، فقد حظي هذا الاتفاق باهتمام كبير من جانب الفقه ، و كذلك القانون الذي نظمه تنظيمياً يتلائم مع أهميته .

وفي هذا الشأن عرفه جانب من الفقه اتفاق التحكيم على أنه: "العقد المكتوب الذي يلتزم أطرافه باللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض النزاعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، على أن يتضمن هذا العقد تعيين المحكمين أو تحديد طريقة تعيينهم."¹

كما يرى الأستاذ فوشارد بأن "اتفاق التحكيم يغطي في الحقيقة فكرتين مختلفتين من جهة شرط التحكيم Clause compromissoire وهو الشرط المنصوص عليه في العقد، و ينص على أنه أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم ومن جهة أخرى مشاركة التحكيم Compromis d'arbitrage والتي هي اتفاق بين الطرفين يقومون بموجبه بإخضاع النزاع إلى المحكم أو هيئة تحكيمية، وتكون بعد إبرام العقد وبعد أن يثور النزاع بين الطرفين."²

في حين عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة 10 من قانون التحكيم لسنة 1994 على أنه: "هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية .

- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين..."³

غير أن المطلع على الأنظمة القانونية الحديثة يجدها متشابهة فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم وقد يرجع هذا التشابه إلى كون مختلف التشريعات قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم لسنة 1975 حيث عرف اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة السابعة بأنه: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية " .⁴

تأسيسا على ذلك فقد عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم من خلال المادة 1011 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "... هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم ."

¹ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لإتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، ط 2، 2008، ص 64

² - نور الدين بكلي، الطرق البديلة لحل المنازعات، الصلح و الوساطة و التحكيم، مجلة المحكمة العليا، الجزء الأول، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ص 163 .

³ - شعران فاطمة ، إتفاق التحكيم الدولي في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي ، تبسمسبيلت، الجزائر، العدد الثاني ديسمبر 2016، ص12

⁴ - صبرينة جبالي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، مرجع سابق، ص161 .

ويشترط أن يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة، و يجب أن يتضمن تحت طائلة البطلان موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم¹.

كما يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية². ونستنتج من خلال هذه التعاريف على أنه لا يمكن عرض النزاع على المحكمين إلا بموجب اتفاق الأطراف اتفاقا واضحا على أن يتم الفصل فيه بطريق التحكيم .

أ-01- شروط صحة اتفاق التحكيم

إن الاتفاق على التحكيم سواء أثناء إبرام عقد الصفقة أو في إطار عقد مستقل يتطلب وجود شروط موضوعية تعبر عن إرادة الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم عوض القضاء، ولا يكفي توفر الشروط الموضوعية بل لابد من احترام شروط شكلية لتكون هذه الأحكام الصادر عن الهيئة التحكيمية صحيحة.

أ-02- الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم

لصحة اتفاق التحكيم لابد أن يكون هذا الأخير في إطار المواد التي يجيزها القانون فيه، كما يجب أن تتوفر في الأطراف الأهلية الضرورية للاتفاق على التحكيم.

-المواد القابلة للتحكيم.

مبدئيا يمكن الاتفاق على التحكيم في كل المواد، و لكن بصفة استثنائية لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم وذلك طبقا لنص المادة 1006 من ق.إ.م.إ المذكورة أنفا.

كما أن المشرع من خلال المادة 975 من ق.إ.م.إ نص على أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 من ذات القانون أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"، ونص من خلال المادة 1006 فقرة 3 ينص على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية ."

¹ - نص المادة 1012 من ق.إ.م.إ السالف الذكر .

² - نص المادة 1013 من ق.إ.م.إ السالف الذكر .

- الأهلية الضرورية للاتفاق على التحكيم:

لما كان إتفاق التحكيم كأى عقد يتم بإيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم ويتجهان لإحداث آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فإنه يلزم أن تتوفر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في سائر العقود وهي توافر صلاحية و أهلية التعاقد لدى المتعاقدين .

ولئن كانت مسألة أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم أحد الموضوعات التي أثارت نقاشا وجدلا كبيرا سواء بين اللجان الفنية التي أعدت مشروع قانون التحكيم المصري، أو خلال جلسات مجلس الشعب أو بين هيئات القضاء الإداري المصري ، أوفي الأنظمة القانونية التي احتوت نصوصا تقيد أو تستبعد المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها من الخضوع إلى التحكيم وتجعل الاختصاص بنظر المنازعات التي تكون أحد هذه الأشخاص طرفا فيها للقضاء الوطني، بل و تذهب الدول التي تنتمي إلى النظام اللاتيني إلى عقد الإختصاص إلى جهة القضاء الفاصل في المادة الإدارية لا غير¹.

بعيدا عن هذا الجدل و حيث سبق و أن بينا أن المشرع الجزائري قد رفع هذا الحظر الذي كان مفروضا في ظل التشريعات السابقة على أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم ، فإن الذي يعيننا هنا هو الأهلية الواجب توافرها عند أشخاص القانون العام لإبرام اتفاق التحكيم .

وبرجعنا للمادة 1006 في فقرتها 1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها" نستخلص من هنا أن المشرع يجيز لأي شخص اللجوء إلى التحكيم متى توافرت فيه أهلية التصرف، و بالتالي فإن الأهلية المطلوبة لاتفاق التحكيم هي أهلية التصرف .

أ-03- الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

تتجسد الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في توفر مقتضيات تتعلق بما هو شكلي و تتمثل في :
الكتابة: تعتبر الكتابة شرطا لازما لصحة اتفاق التحكيم حيث يقع باطلا كل اتفاق لم يفرغ في شكل مكتوب، وفق مقتضيات المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على غرار المادة 1008 من نفس القانون التي نصت على أنه: " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في العقد أو في الوثيقة التي تستند إليها .

¹ - جبايلي صبرينة، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، مرجع سابق، ص164 .

ومن هنا نجد أن اتفاقية التحكيم لا بد أن تتجسد كتابة سواء في شكل شرط ضمن العقد الأصلي أو في الوثيقة التي تستند إليها.

فوجود إثبات عقد التحكيم بالكتابة، سواء في سند عادي أو رسمي أو مستند آخر له قيمة السند وهو شرط تتطلبه بعض التشريعات كشرط لانعقاده و ليس لإثباته.¹

أ-04- صور اتفاق التحكيم

يتخذ اتفاق التحكيم صورتين: شرط التحكيم و مشاركة التحكيم

- شرط التحكيم

لقد عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم من خلال القانون رقم 09/08 على أنه "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".²

ويستخلص من هذه المادة أن شرط التحكيم هو الشرط الذي يتفق بموجبه الأطراف مسبقا على عرض النزاعات التي قد تثار بينهم على التحكيم ، يظهر هذا الشرط في صورة وعد بطلب التحكيم في المنازعات التي قد تنشأ عند تنفيذ العقد، وأن يتعلق الأمر هنا بحقوق متاحة أي الحقوق التي يجوز التصرف فيها وأن لا يتعلق بالمسائل التي تخص النظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم .

كما أن شرط التحكيم ينشأ عنه التزام عدم اللجوء إلى القضاء إلى أنه يمكن للأطراف التخلي عنه والتخلص من الالتزام باللجوء إلى القضاء بدلا عنه لحل النزاع كأن يتم بعد دفع المدعى عليه بعدم وجود اتفاق التحكيم أو حتى لو دفع في الموضوع بوجود اتفاق، فلا يمكن للقاضي أن يحكم بعدم الاختصاص أو بعدم قبول الدعوى وفقا للمادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بل يجب تقديمه كدفع شكلي، إذا جاء في قرار المحكمة العليا أن لا يمكن التحجج بالحق الدستوري في التقاضي لاستبعاد أعمال شرط اللجوء إلى التحكيم المتفق عليه.³

¹ - باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم و آثاره، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005، ص200 .

² - المادة 1007 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ السالف الذكر.

³ - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، قرار بتاريخ 2010/06/03، ملف رقم 626204، قضية ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف ضد الشركة التجارية، ذ.م.م للأشغال (ر.ب.ك) ، مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد الأول، ص 247 .

وتتوقف صحة شرط التحكيم على توفر شرطين :

أن يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها .
وجوب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين وتحديد كيفية تعيينهم إضافة إلى تحديد موضوع النزاع .

-مشاركة التحكيم

قد يرد اتفاق التحكيم في شكل مشاركة التحكيم وهو الاتفاق الذي يقبل بموجبه الأطراف عرض نزاع سبق نشوءه بمناسبة تنفيذ العقد المبرم بينهم على التحكيم، بمعنى أنه اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي الذي يربطهما، حيث غالبا ما يكون لاحقا لهذا العقد الأصلي بموجبه يتفقون على اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع بينهم.¹

وقد أشار إليه المشرع من خلال نص المادة 1013 من ق. إ.م.إ التي نصت على أنه : " يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية ."

وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن نفرق بين شرط التحكيم و مشاركة التحكيم وفقا للنقاط التالية:

شرط التحكيم يكون في العقد الأصلي فهو احتمالي قد يتم العمل به أولا حسب الظروف، أما اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم فهو عقد قائم بذاته حول نزاع ينشأ فعلا و بالتالي يخضع للشروط التي تخضع لها العقود .

شرط التحكيم عقد احتمالي موقوف على قيام نزاع بين الأطراف ، أما اتفاق التحكيم الخاص فهو عقد يخص نزاع قائم، ولذلك غالبا ما يأخذ شكل نظام يحتوي على النقاط المتعلقة بالتحكيم منذ بداية الإجراءات و صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه.²

ثانيا : تشكيل محكمة التحكيم

تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي ، كما أن المشرع لم يضع حدا أقصى للعدد، و يرجع سبب اشتراطه العدد الفردي للتشكيلة كون أن أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات ولا يمكن الحصول على الأغلبية دون أن يكون العدد فرديا³ ، لذلك سنتطرق إلى تعيين المحكم أو المحكمين وفقا لمجموعة من الشروط المطلوبة قانونا .

¹ - جبايلي صبرينة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012/2013، ص 40.

² - نفس المرجع، ص 41 .

³ - بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 542 .

وبما أن مجال دراستنا محصور في مجال صفقات الأشغال سنكتفي بالتحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي .

1- تعيين المحكم

برجعنا إلى نص المادة 1008 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجدها تنص على أنه يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم "، كما تنص المادة 1009 فقرة 1 من نفس القانون على أنه إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه .

كما نصت المادة 1012 فقرة 2 على أنه: "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ."

نستنتج من خلال هذه المواد أن إرادة الأطراف في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم هي المرجع الأساسي في اختيار المحكمين أو تشكيل هيئة التحكيم، وفي حالة اعتراض صعوبة في التشكيل، يعين المحكم أو المحكمين من طرف رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه وبالتالي فإن تشكيل هيئة التحكيم تتم بطريقتين: إما باتفاق الخصوم (أ) أو من طرف القضاء (ب)

أ- تشكيل هيئة التحكيم بواسطة اتفاق الخصوم

يتم اختيار المحكمين وهيئة التحكيم باتفاق الأطراف الخصوم كمبدأ عام ، و هذا يعتبر حق أو رخصة لهم تقوم على أساس النزاهة والثقة وعدم إفشاء الأسرار وهذه الاعتبارات لا يستطيع تقديرها إلا أصحاب الشأن أنفسهم ومن هنا كان حقهم ثابت في اختيار هيئة التحكيم، كما أن الخصوم غير ملزمين بأن يتم الاختيار في اتفاق التحكيم لهيئة التحكيم، و بالتالي فعدم تعيين المحكم في اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلانه ، أو عدم صحته كما أن للأطراف حرية تحديد كيفية الاختيار ووقته¹ ، وهو ما تم تأكيده فعلا في المادة 1008 و 1012 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ومع ذلك فهذا لا يعني القول بصحة الاتفاق على التحكيم شرطا أو اتفاقا الذي لا يحمل سوى اللجوء إلى التحكيم دون الإشارة إلى كيفية تعيين هيئة التحكيم، وإنما يجب عليهم على الأقل أن يحددوا الطريقة التي يتم بموجبها تعيينهم سواء عن طريقهم هم بأنفسهم وعن طريق إحالتهم إلى هيئة أخرى تتولى القيام بذلك عوضا عنهم.²

¹ - أبي إسماعيل بكير، مرجع سابق ، ص 33 .

² - نفس المرجع ، ص 33 .

ب- تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم

قد لا يتم تشكيل محكمة التحكيم مباشرة عن طريق اتفاق الخصوم لسبب من الأسباب، في هذه الحالة يتصور أن يتم تشكيلها عن طريق التدخل القضائي و يتم ذلك وفق ما نصت عليه المادة 1009 من ق.إ.م.إ في حالة اعتراض صعوبة أثناء تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يقوم رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه بتعيين المحكم أو المحكمين.

أما في حالة ما إذا كان شرط التحكيم باطلا كإندام تعيين المحكم أو غياب تحديد كفاءات تعيينهم أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بأن لا وجه للتعيين .
ومن أمثلة صعوبات تشكيل محكمة التحكيم:

- عدم موافقة أحد أطراف الخصوم في اتفاق التحكيم الخالي من تعيين أسماء المحكمين على تعيينهم في اتفاق لاحق .

- عدم قيام الطرف في اتفاق التحكيم بتعيين محكمه هو أو عدم اتخاذ اللازم لإجراء هذا التعيين.

- تحقق مانع أو ظروف في جانب المحكمين تحول دون قيامهم بالتحكيم مثل الوفاة أو العزل أو الاعتزال أو الرد أو امتناع المحكم عن العمل أو غير ذلك .

- أي سبب يؤدي إلى إعاقة تشكيل هيئة التحكيم يبيح اللجوء إلى القضاء .

و يلاحظ أن الاختصاص السابق في نطاق تشكيل هيئة التحكيم هو اختصاص وجوبي ونوعي أي رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه .¹

2- القواعد التي تحكم تعيين المحكم أو المحكمين

برجعنا إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الخاصة بالتحكيم نجدها تنص على أهم الأحكام والشروط الخاصة بتعيين المحكم أو المحكمين وهي كالتالي:

أ- تسمية المحكم

يعرف المحكم على أنه قاض بالرغم من عدم تمتعه بالسلطة التي يتمتع بها هذا الأخير، لذا فإن الأطراف يختارونه آخذين بعين الاعتبار كفاءته وتخصصه، وبالتالي يعرف بأنه الشخص المختار للفصل في نزاع بين طرفين أو أكثر بناء على اتفاقية تحكيم تخوله حق القيام بهذه المهمة .²

¹ - أي إسماعيل بكير، مرجع سابق، 34 .

² - زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة لنل شهادة الماجستير في القانون ، فرع المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015، ص 110 .

لذلك أكد المشرع على ضرورة أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين و كيفية تعيينهم¹، وبالتالي فإن سلطان الإرادة يعين المحكمين أو يحيل إلى نظام تحكيمي يفضي إلى تعيين المحكمين، وإذا تخلف طرف عن تسمية محكمه سماه القضاء بقرار رجائي².

ب- وترية تشكيل هيئة التحكيم

تنص المادة 1014 من ق.إ.م.إ على أنه: "لا تسند مهمة المحكم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية وإذا كان شخصاً معنوياً فعليه تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم". وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون عدد أعضاء هيئة التحكيم بعدد فردي³، واختيار العدد الفردي هو ترجيح للطبيعة القضائية للتحكيم، كون أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات، ولا يمكن أن تتحقق هذه الأغلبية إلا إذا كان عدد المحكمين فردي .

ج- قبول المحكم لمهمته

أكد المشرع من خلال نص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم وهنا المشرع ربط صحة تشكيل المحكمة إلى ضرورة موافقة المحكم بالمهمة المسندة إليه وعليه يلتزم المحكم تعاقدياً بمهمة إصدار حكم تحكيمي .

ولا يجوز للمحكم التخلي عن المهمة إذا شرع فيها ، ولا يجوز رده إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينه⁴.

غير أنه يجوز توقيف مهمة المحكم مؤقتاً في حالة ظهور عائق جنائي، أو في حالة الطعن بالتزوير مدنياً في ورقة، في هذه الحالة يتم إحالة الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويستأنف سريان الخصومة التحكيمية بعد ذلك من تاريخ الحكم في المسألة العارضة من طرف الجهة المختصة ، وذلك وفق ما تقتضيه نص المادة 1021 فقرة 2 .

وبالتالي فإن الحكمة من اشتراط قبول المحكم مباشرة مهمته هي إعطائه فرصة كي يعطي موافقته النهائية بعد معرفة التشكيل الكامل للهيئة التحكيمية، و بقبول المحكم لمهمته يصبح طرفاً في الاتفاقية

¹ - نص المادة 1012 من ق.إ.م.إ السالف الذكر.

² - أبي إسماعيل بكير، مرجع سابق، ص32.

³ - نص المادة 1017 من ق.إ.م.إ السالف الذكر.

⁴ - نص المادة 1021 فقرة 1 من ق.إ.م.إ السالف الذكر.

التحكيمية، و يلتزم بالقيام بمهمته و المتمثلة في إلزامية الفصل في النزاع في الميعاد المحدد وذلك تحت طائلة تحميله المسؤولية في حالة التأخر أو التخلف.¹

د- ميعاد التحكيم

الأصل أن الأطراف هم من يحددون أجل التحكيم في اتفاقية التحكيم ، وفي حالة عدم تحديد الأطراف للأجل حدد المشرع الجزائري ميعاد التحكيم بمدة أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، إلا أنه يجوز تمديد مدة التحكيم بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم ذلك وفقا لنظام التحكيم وفي غياب هاتين الحالتين يمكن لرئيس المحكمة المختصة أن تحدد مدة التحكيم.²

-الاستثناءات الواردة على ميعاد التحكيم :

قد تحدث قوة القاهرة فيتعذر على المحكم بدأ إجراءات التحكيم ومواصلتها فيكون بغير مقدوره إتمام المهمة المخولة له في الميعاد المحدد قانونا، وفي كلتا الحالتين يكون أثر القوة القاهرة في وقف ميعاد التحكيم، فإذا زالت القوة القاهرة عاد الميعاد إلى السريان بحيث تضم المدة السابقة على قيام القوة القاهرة إلى المدة اللاحقة على انتهائها لتحديد التاريخ الذي ينتهي فيه الميعاد المذكور.³

*رد المحكم أو عزله:

نظرا لأهمية العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية التي يمكن أن تكون محل نزاع وتسوية عن طريق التحكيم قد تتعرض إلى الضياع و عدم الانضباط في الحقوق عندما يتعلق الأمر بمحكمن وقع شك في استقلاليتهم أو نزاهتهم أو حيادهم ونقصد بالاستقلالية والحياد في هذا المقام أن لا توجد للمحكم أي صلة أو ارتباط أو تبعية بأحد الطرفين بل يكون مستقلا عنهما استقلا ماليا واجتماعيا ومهنيا، وأن لا ينحاز لأحدهما أو ضده لأسباب خاصة أو شخصية.⁴

وطلب الرد هو في الحقيقة دفع ببطلان تشكيل هيئة التحكيم فيجوز رد المحكم إن وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده و استقلاله، ومن تم لا تخضع أسباب الرد إلى قوالب أو نصوص محددة بل يجب منح الجهة المنوط بها الفصل في طلب الرد سلطة تقديرية واسعة، لتقييم مدة قوة

¹ - أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية و أثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 207.

² - نص المادة 1018 من ق إ م .

³ - مصطفى الجمال عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 1998، ص 655 .

⁴ - جبابلي صيربنة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 57 .

الشكوك المثارة حول حيادية المحكم و مدى نصيبها من الصحة على ضوء الاعتبارات المحيطة بالمحكم والمصالح المشتركة أو المتضاربة.¹

لذلك يمكننا القول أن الرد هو أهم الوسائل التي تكفل استقلالية وحياد المحكم ، وفي هذا الصدد أكد المشرع على أنه لا يجوز عزل المحكم خلال مدة التحكيم إلا باتفاق جميع الأطراف كما نص المشرع من خلال نص المادة 1015 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاعدة في الرد و هي أنه : "إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم ."

وقد يصدر رد المحكم من طرف أحد الأطراف ، فلقبوله يجب أن لا يكون هذا الأخير من عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين، فيقوم بتبليغ محكمة التحكيم والخصم الآخر بذلك مع ذكر سبب الرد و إن لم يتفق الأطراف على وجود هذا السبب فنشأ نزاع بينهما تمت تسويته حسب نظام التحكيم المتبع،و إن لم يتضمن هذا النظام كيفية التسوية أو لم يسعى الأطراف لذلك رفع النزاع إلى القاضي الذي يفصل فيه بأمر غير قابل لأي طعن بناء على طلب من يهيمه التعجيل . ويكون الرد في الحالات التالية:

-عندما لا تتوفر في المحكم المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف

-عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،

-عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما سبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط .²

كما لا يفوتنا الإشارة إلى أن أسباب الرد ليست من النظام العام ،و بالتالي يمكن تسويتها، وفي حالة ما إذا ظهر سبب للرد يمكن للطرفين أن يتفاوضا عليه و أن يتوافقا على القبول به .³

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام ما هو الميعاد المقرر لطلب الرد؟ وعلى من يقع عبئ إثبات سبب رد المحكم ؟

لذلك نلاحظ بخصوص هذه المسألة أن المشرع الجزائري لم ينص على ميعاد طلب الرد و لكنه أكد على طابعه الإستعجالي ، كما أن المشرع لم يقرر نصا لمعالجة عبئ إثبات سبب الرد، في حالة رد المحكمين .

¹ - منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي ، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص 137 .

² - نص المادة 1016 من ق.إ.م.إ. السالف الذكر .

³ - جبابلي صبرينة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 59 .
- الأحديب عبد الحميد ، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات ، الصلح و الوساطة و التحكيم، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجزائر، قم الوثائق و الدراسات القانونية و القضائية، 2008، ص 87

والحقيقة أن مشكلة عبئ إثبات الرد مسألة في غاية الصعوبة قد ناقشها مؤتمر علمي بفرنسا كما شغلت الفقه أيضا، وقد اقترح لحل هذا المسألة أن يجنب أطراف التحكيم هذه المسألة و أن يلقي على عاتق المحكم ذاته التزام بأن يبلغ أطراف التحكيم بالظروف التي من شأنها أن تؤثر على استقلاله في أداء عمله¹، و تبنى المشرع الجزائري هذه الفكرة من خلال نص المادة 1015 فقرة 2 السالفة الذكر التي تنص على أنه إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم

أما عزل المحكم يعني إقالته بناء على اتفاق جميع الأطراف إن بدا لهم ما يبهر ذلك من تقاعس في أداء واجباته مثلا².

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية

سنعرض من خلال هذا العنصر إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية ثم إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى التحكيمية وذلك كالآتي:

1- القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية

إذا كان القرار الذي يصدر في الدعوى التحكيمية هو بمثابة ثمرة التحكيم فإن هذا القرار يظل رهنا للإجراءات المتبعة في الخصومة التحكيمية بحيث أن الجانب الإجرائي هو العمود الفقري للتحكيم وهو الضامن للشرعية.

وبعبارة أدق، إذا كانت مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق تثار أمام المحكم، فإن الأمر قد يثار أمام القاضي بمناسبة عرض القرار للاعتراف أو التنفيذ أو في حالة الطعن بالبطلان بحجة صدوره مخالفا لإجراءات القانون الواجب التطبيق.³

وإذا كان تحديد القواعد الإجرائية يستجيب للرغبة في السرعة والمرونة المبررتين اللجوء إلى التحكيم، فإن هذا التحديد يخضع باتفاق أغلب القوانين الداخلية للدول لقانون الإرادة أي حرية الأطراف في تحديد قواعد الإجراءات، وفي حالة غياب تلك الإرادة تتولى هيئة التحكيم هذه المهمة وذلك مع مراعاة القواعد الجوهرية التي تعتبر من مجالات الإجراءات القضائية.

أي أن القاعدة الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم مفادها منح الأطراف حرية الاتفاق على تنظيم إجراءات التحكيم، فقد يتفقون على تنظيم إجراءات معينة أو على الأقل جانب منها و قد يتفقون على

¹ - جبايلي صيربينة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 59.

² - زيري زهية، مرجع سابق، ص 111 .

³ - جبايلي صيربينة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 60 .

إتباع القواعد المعمول بها أمام المحاكم كالاتفاق على تطبيق لائحة أحد مراكز التحكيم على الإجراءات.¹

2- القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى التحكيمية

نص المشرع على أن المحكم يفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون²، و ذلك مثله مثل القاضي حيث تطبق القواعد القانونية السارية المفعول على الوقائع محل النزاع المطروح .

وينبغي الإشارة في هذا الشأن إلى أن القانون الواجب التطبيق لا يطرح أي إشكال بالنسبة للتحكيم الداخلي، وإنما تثار عدة إشكالات بخصوص القانون الواجب التطبيق إذا ما كنا بصدد التحكيم الدولي .

رابعا : الإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم

تنص المادة 1019 من القانون رقم 09/08 على أنه تتم الإجراءات أمام محكمة التحكيم تبعا لإرادة الخصوم فينظمونها كيفا شاؤوا ، وفي غياب هذا الاتفاق تطبق الآجال و الأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك .

ولقد حدد المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية جملة من الإجراءات يتعين أن تتبع أثناء النظر في النزاع من طرف الهيئة التحكيمية، و ذلك من طرح النزاع أمامها إلى غاية تنفيذ الحكم الصادر عنها، الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة التي تتميز بها صفقات الأشغال ومنازعاتها. تنص المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مايلي: " يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا، أو من الطرف الذي يهمله الأمر."

إلا أن المشرع لم يتطرق إلى إجراءات طلب التحكيم تاركا ذلك لحرية الأطراف،و بالتالي ليس لهذا الطلب شكلا معينا فالمهم أن يكون كافيا و ومتضمنا للبيانات اللازمة كإسم وعنوان كل من طالب التحكيم والخصم، وعرض موجز عن وقائع الدعوى، والطلبات،و يرفق هذا الطلب بالوثائق المثبتة لصحة الوقائع، وهو ما يشكل ملف موضوع دعوى التحكيم والذي يكون على نسخ بعدد أطراف النزاع.³

-آجال إيداع المستندات وتقديم الدفع:

¹ - جبايلي صبرينة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص61 .
² - نص المادة 1023 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر ، و تقابلها نص المادة 451 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية القديم التي كانت تنص على أنه: " يفصل المحكمون و المحكم المرجح في التحكيم وفقا للقواعد القانونية ، إلا إذا كان إتفاق التحكيم حول لهم سلطة النزاع كمحكمين مفوضين بالصلح " .
³ - زيري زهية، مرجع سابق، ص113 .

يمكن لأطراف الخصومة إيداع مستنداتهم وتقديم دفاعاتهم خلال أجل التحكيم (الذي حدده المشرع بأربعة أشهر في حالة اتفاق الأطراف على أجل آخر)، وذلك في أجل 15 يوما قبل انقضاء التحكيم كأخر أجل لتقديم الدفاع ، و هنا يتخذ المحكمون الحكم بناء على ما تم تقديمه إليهم قبل انتهاء الأجل.¹

ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع أجاز أن تكتفي هيئة التحكيم بما قدم من وثائق ومستندات ومذكرات دون حاجة لمرافعة شفوية متى كانت هذه الأوراق والمستندات كافية لإظهار وجه الحق في النزاع أو قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر يوما على الأقل.

وفي نفس السياق نص المشرع المصري في المادة 35 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا تخلف أحد الطرفين عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم و إصدار حكم في النزاع استنادا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها."

ولكن هل يجوز لهيئة التحكيم أن تجبر الغير على تقديم ما تحت يده من مستندات ؟

الواقع انه لم يرد نص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يعالج مثل هذا التساؤل، و ترتيبا على ذلك فإن هيئة التحكيم لا تملك إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف وذلك لافتقارها سلطة الأمر²، و لكن هل يجوز لرئيس هيئة التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إلزام الغير بتقديم المستندات التي في حوزته وفق نص المادة 73 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجيز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو أية وثيقة لدى الغير بناء على طلب أحد الخصوم، حتى ولو لم يكن طرفا في العقد ، وذلك خلافا لما تنص عليه بعض التشريعات من ذلك ما تنص عليه المادة 1467 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي من الحكم بتكليف الغير بتقديم مستند بحوزته ضروري للحكم في خصومة التحكيم³، لذلك نرى وجوب النص على ذلك.

-القيام بإجراءات التحقيق :

¹ - حسب نص المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، السالف ذكره.

² - أبي إسماعيل بكير، مرجع سابق، ص 55

³ - Art.1467 C.P.C.F (Modifié par Décret n 2011-48 du 13 janvier 2011 art.2) «Si une partie détient un élément de preuve , le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire ...»J.O.R.F N°0011 du14 janvier 2011 .

وكذلك بهدف الوصول إلى حل النزاع تقوم هيئة التحكيم بإجراءات تحقيق، فلها سماع الشهود والاستعانة بالخبراء دون أداء اليمين حيث بوسع هيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي في النزاع وعلى طرفي النزاع معاونة الخبير في أداء عمله بتقديم المعلومات المتعلقة بالنزاع والتي تعينه على تقديم تقريره، و تفصل هيئة التحكيم فيما قد يثور من نزاع بين الخبير وأحد طرفي النزاع في هذا الشأن، و بعد إيداع الخبير لتقريره تقوم بدورها بإخطار طرفي النزاع به وإتاحة الفرصة لهما بإبداء ملاحظات على ما ورد به ، و لهيئة التحكيم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد طرفي النزاع المعروف عليها عقد جلسة تسمع فيها أقوال الخبير وتتاح فيها الفرصة لطرفي النزاع لسماع و مناقشة ما ورد بتقريره مع كفالة حق كل من الطرفين في الاستعانة بخبير أو أكثر لتنفيذ ما جاء بتقرير الخبير المنتدب بواسطة هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفي التحكيم على غير ذلك¹.

إلا أن المشرع الجزائري نص في هذا الشأن من خلال نص المادة 1020 من ق إ م إ بأن أعمال التحقيق والمحاضر تنجز وتوقع من قبل جميع المحكمين إلا إن أجاز اتفاق التحكيم ندب أحدهم للقيام بذلك.

خامسا :إنتهاء الدعوى التحكيمية

نص المشرع من خلال المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حالات انتهاء التحكيم و هي :

- بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تحيته أو حصول مانع له أو استبداله باتفاق الأطراف أو من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، و في حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 من ذات القانون

- بانتهاء المدة المقررة للتحكيم فإذا لم تشتط المدة ف بانتهاء مدة أربعة أشهر

- بفقد الشئ موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.

- بوفاة أحد أطراف العقد .

أما في التحكيم التجاري الدولي لم يحدد المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الحالات التي تنتهي بها الخصومة التحكيمية، تاركا ذلك لمبدأ سلطان الإرادة .

الفرع الثاني : الحكم التحكيمي

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ص 376 ، 377 .

بعد انتهاء تبادل المذكرات و المستندات و تحقيق الدعوى، تأمر هيئة التحكيم بعد سماع المرافعات بحجز الدعوى للحكم صراحة أو ضمنا بتحديد جلسة للنطق بالحكم، و بذلك يتم قفل باب الخصومة وتتقطع صلة الخصوم بالقضية، ولا يكون لهم سوى إصدار حكم التحكيم بمراعاة المبادئ الأساسية للعدالة السابقة الذكر، تكون إجراءات الإصدار موضحة بإجراءات وهي المداولة، التصويت و تحرير الحكم .

ولتوضيح أكثر للحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية ، سنتناول طبيعة الحكم التحكيمي مبرزين صور صدره ومضمونه (أولا) لنتناول بعد ذلك طرق الطعن فيه(ثانيا) وإجراءات تنفيذه (ثالثا) .

أولا : طبيعة الحكم التحكيمي

في هذا السياق نجد أن المشرع اعتمد في الفصل المخصص لأحكام التحكيم نفس الشكليات التي تخص الحكم القضائي و ذلك من حيث :

أن تكون مداوات المحكمين سرية¹

أن تصدر الأحكام بأغلبية الأصوات²

ضرورة أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم

ضرورة أن تكون أحكام التحكيم مسببة³

كما أوجب المشرع تضمن حكم التحكيم على بيانات معينة حددها المشرع على سبيل الحصر و تتمثل هذه البيانات في مايلي:

إسم و لقب المحكم أو المحكمين،

تاريخ صدور الحكم ،

مكان إصداره، و أسماء الأطراف عند الاقتضاء⁴

وأن توقع أحكام التحكيم من قبل المحكمين،و في حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين .⁵

وباستقرائنا للمواد السابقة الذكر التي تنظم أحكام الحكم التحكيمي، نستخلص أن مرحلة صدور

الحكم التحكيمي تعتبر من أهم المراحل التي يمر بها نظام التحكيم، بدأ من اتفاق التحكيم على حل

¹ - نص المادة 1025 من ق.إ.م.إ السالف الذكر .

² -نص المادة 1026 من ق.إ.م.إ السالف الذكر .

³ - نص المادة 1027 من ق.إ.م.إ السالف الذكر .

⁴ - نص المادة 1028 من ق.إ.م.إ السالف الذكر .

⁵ - نص المادة 1029 من ق.إ.م.إ السالف الذكر .

نزعاتهم باللجوء إلى التحكيم ، وحتى إنهاء النزاع ، والحصول على حكم تحكيمي هو غاية المتنازعين، فيه يتم الفصل في النزاع، و بموجبه يحصل كل ذي حق على حقه. كما أنه بمجرد صدور الحكم التحكيمي أي عند الفصل في النزاع تخرج الخصومة من ولاية المحكمين، بمعنى أنه حتى ولم يتم ميعاد التحكيم (04 أشهر) فإنه بصدوره يكون حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه.¹

إن حجية أحكام المحكمين تتعلق بالمصلحة الخاصة للمحكمين، و ليس حماية للمصلحة العامة كما هو الحال بالنسبة لأحكام محاكم الدولة، فيؤكد المشرع هنا أن التحكيم له طبيعة قضائية باعتبار حكمه حكماً قضائياً، بمنحه صراحة حجية الشيء المقضي به.²

فالحجية تتعلق بتطبيق القانون بواسطة من له سلطة القضاء سواء كان محكماً أو قاضياً لكن تبقى هذه الحجية قائمة على أطراف التحكيم فقط فلا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير بمقتضى المادة 1038 من القانون رقم 09/08 أي لا يحتج بأحكام التحكيم على ما لم يكن طرفاً في الخصومة التحكيمية التي صدر فيها ، وقد لا يكون حكم التحكيم الصادر في باقي المنازعات التي قد تتكون من أطراف أخرى خارجة عن مجال و نطاق صدوره .

وكثيراً ما يحدث الخلط بين حجية الشيء المقضي فيه واستنفاد ولاية المحكم أو المحكمين فالأولى تكون للأحكام القطعية فقط، وأثرها خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم والثانية تحدث بالنسبة لكل الخصومة التي يفصل فيها المحكم أثناء نظره الدعوى وحتى انتهائها، وذلك سواء مسألة إجرائية أو موضوعية، وبالتالي يقتصر أثر استنفاد ولاية المحكم على داخل الخصومة التي يحقق فيها.³ غير أن في الأصل لا يحوز الحكم حجية الشيء المقضي فيه إلا عند تصحيح الأخطاء المادية و الإغفالات التي تشوبه طبقاً للأحكام المقررة قانوناً وذلك بدليل نص المادة 1030 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

ثانياً : طرق الطعن في الحكم التحكيمي

¹ - نص المادة 1031 من ق.إ.م.إ السالف الذكر .

² - ريجاني أمينة، مرجع سابق، ص151 .

³ - نفس المرجع، ص151 .

عند صدور الحكم التحكيمي، فإن من صدر الحكم ضده سيحاول إثارة العقبات في طريق تنفيذ الحكم عن طريق الطعن فيه، وتختلف التشريعات في إجازتها للطعن في حكم المحكمين أو في عدم إجازتها.

وبالتالي تخضع أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن في الأحكام القضائية كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فأجاز في إطار التحكيم الداخلي أن يتم الطعن فيها بالاستئناف، إلا إذا تضمن اتفاق التحكيم ما يفيد نزول الأطراف عن حق الاستئناف، أو كان المحكم مفوضا بالحكم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، ومع ذلك يجوز للأطراف حتى مع هذا التفويض التحفظ وتضمن اتفاق التحكيم ما يفيد صراحة تمسكهم بإمكانية الطعن بالاستئناف.¹

وقد سائر المشرع الجزائري نفس الاتجاه الذي انتهجه المشرع الفرنسي، أين فرق هو الآخر بخصوص الطعن في حكم التحكيم بين التحكيم الداخلي والدولي، والأصل أن التحكيم الداخلي يقبل الاستئناف في أجل شهر واحد من تاريخ النطق به أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، إلا إذا تضمنت اتفاقية التحكيم تنازل الأطراف عن حق الاستئناف . كما أجاز المشرع الجزائري الطعن في أحكام التحكيم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم وذلك طبقا لنص المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وأجاز الطعن بالنقض في القرارات الفاصلة في الاستئناف و ذلك طبقا لنص المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

هذا بالنسبة لطرق الطعن المتاحة في التحكيم الداخلي، غير أن المشرع استبعد الطعن بالمعارضة الذي يعتبر طريق من طرق الطعن العادية للطعن في الحكم التحكيمي وذلك بموجب نص المادة 1032 السالفة الذكر، وهذه المادة ترتبط بنص المادتين 293 و 295 من القانون رقم 09/08 التي تنصان على أنه إذا تخلف المدعي عليه المكلف بالحضور شخصيا أو وكيله أو محاميه عن الحضور²، يفصل بحكم اعتباري حضوري، و الحكم المعتبر حضوريا غير قابل للمعارضة³.

¹ - العرابوي نبيل صالح، تنفيذ حكم التحكيم و طرق الطعن فيه في القانون الجزائري، مقال منشور بموقع مجلة القانون و الأعمال الدولية، <https://www.droitentreprise.com/?p=12221>، تم تصفح الموقع بتاريخ 26 جانفي 2019 على الساعة 15.00 .

² - نص المادة 293 من القانون رقم 09/08 السالف ذكره .

³ - نص المادة 295 من ق.إ.م.إ السالف الذكر .

على اعتبار أن بعض المتقاضين أصبحوا يتلاعبون باستخدامهم لهذه الوسائل القانونية في غير محلها، وحسنا ما فعل المشرع الجزائري عندما استبعدها من مجال التحكيم، لأنه لا يتصور أن يدعي أحد الخصوم عدم علمه بقيام الخصومة التحكيمية ، ولا يحق له الحديث عن الغياب أو المعارضة .

هنالك بعض الدول التي وضعت نظام مستقل و متميز للطعن في أحكام التحكيم يختلف عن طريق الطعن في الأحكام القضائية، و يظهر هذا النظام في بعض التشريعات التي أجازت تعديل حكم التحكيم أو تصحيح ما به من أخطاء أو تفسيره .

ومما سبق يتضح أن كلا المشرعين الجزائري والفرنسي أخذوا بفكرة جواز الطعن في أحكام التحكيم سواء كان التحكيم داخلي أو دولي، غير أن انه إذا تطرقنا للتشريع المصري وخاصة في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 نجد أن المادة 52 فقرة 1 منه تنص على أنه: " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ."

فالمشرع المصري وضع نوعا من الحصانة لأحكام التحكيم، فجعلها تسمو على أحكام القضاء وتتمتع بهذه الحصانة كل أحكام التحكيم التي تصدر وفقا لأحكام قانون التحكيم، أي أحكام التحكيم الذي يجري في مصر سواء كان تحكيما وطنيا أو دوليا، أو أحكام التحكيم الذي يجري في الخارج واتفق الأطراف على إخضاعه للقانون المصري وذلك في حالة التحكيم التجاري الدولي.¹

غير أن المشرع المغربي أجاز هو الآخر أن يكون الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية موضوع إعادة النظر أمام المحكمة التي كانت ستنتظر في القضية أمام عدم وجود اتفاق على التحكيم، وذلك طبقا لشروط محددة في الفصل 402 (34-327)، و أجاز اعتراض الغير خارج عن الخصومة وذلك بموجب الفصل 35-327، كما أجاز الطعن بالبطلان في الأحكام التحكيمية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت بشأنها وذلك في الفصل 36-327.²

¹ - محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 ، ص 211.
² - قانون رقم 08-05 الصادر بتاريخ 6 دجنبر 2007 المتضمن المسطرة المدنية المغربية، السالف الذكر .

ثالثا : تنفيذ الحكم التحكيمي

يعتبر تنفيذ الحكم هو الهدف النهائي من نظام التحكيم، ولا شك بأن الطرف الذي صدر التحكيم لصالحه هو الذي يبادر بالتنفيذ، فإذا قام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم اختيارا وأعلن إرادته الواضحة في ذلك، فإنه يعتبر قابلا لحكم التحكيم الصادر، وقد يمتنع عن ذلك محاولا إستئناف كل الوسائل لعرقلة هذا التنفيذ ، هنا يضطر المحكوم له إلى تنفيذه جبرا ، وهذا يحتاج إلى سند تنفيذي .
والمشرع الجزائري قد أجاز الالتجاء إلى التحكيم، إلا أنه لم يذهب إلى إعطاء حكم التحكيم القوة التنفيذية، فحكم المحكمين وإن كان يحوز حجية الشئ المقضي فيه بمجرد صدوره إلا أنه ليس له القوة التنفيذية التي تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبرا، فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم المحكمين إلا بصور أمر خاص بها يسمى أمر التنفيذ .

وفي هذا الصدد نص المشرع من خلال المادة 1035 على أنه يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ "...

1- صاحب الإختصاص في تنفيذ حكم التحكيم

بموجب أمر صادر عن حكم التحكيم سواء كان نهائيا أو جزئيا أو تحضيريا¹، أول إجراء يتم اتخاذه هو أن يقوم الطرف الذي يهيمه التعجيل بإيداع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة ويتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق وأصل حكم التحكيم²، وهنا يمارس القاضي سلطته الولائية للنظر في الحكم لإصدار الأمر التنفيذي .

كما أنه لا يمكن ليس من سلطته إصدار أمر بتعديل حكم المحكمين أو تكملة منطوقه وليس له أن يبحث عن ملائمة الأسباب الموجودة التي بني عليها الحكم، وقد ذهب بعض الفقه إلى أن القاضي لا يستطيع مراقبة صدور الحكم، وهل صدر في الميعاد المحدد أم لا، وله فحص ملخص الحكم دون فحص المضمون أو الموضوع³، وليس من سلطته أن يرفض إصدار أمر التنفيذ على أساس خطأ

¹ - وهذا تصريح للمشرع الجزائري من خلال نص المادة 1035 على أنواع أحكام التحكيم و التي قد تكون قرارات تمهيدية وهي أحكام لا تفصل في موضوع النزاع كليا أو جزئيا، و ليس منهيها للخصومة فهو يرمي إلى التمهيد لإصدار حكم موضوعي أو وقتي "إستعجالي" من خلال موافقة أطراف النزاع توصي محكمة التحكيم أو تأمر بإجراء وقتي أو مستعجل قبل إصدار حكمها، و يستعمل لأغراض معينة على أن يتحول إلى حكم دائم إذا تم أداء العمل بشكل مقبول،

أما الأحكام الجزئية فهي أحكام غير منهيبة للخصومة ، فاصلة في الموضوع عندما يتعلق بطلبات متعلقة بالتأخير أو كمية ما تم تنفيذه في موضوع النزاع ، فيتضمن على وجه التحديد الجزء من الطلب الذي فصل فيه مع إستمرار محكمة التحكيم فجزئي في النظر في باقي المسائل، لذلك فإن الحكم الجزئي لا ينهي ولاية محكمة التحكيم و يمكن إعادة النظر فيما فصلت فيه مرة أخرى، ولا يتشترط لممارسة هذه السلطة إصدار أحكامها باتفاق الأطراف على أنه يجوز حرمانها من ذلك باتفاقهم، أما حكم التحكيم النهائي فهو المنهي للنزاع بصورة نهائية و الحائز على حجية الشئ المقضي فيه، ربحاني أمينة، مرجع سابق ، ص 152 .

² - وهو ما نصت عليه المادة 1035 في فقرتها الأولى و الثانية.

³ - خليل بوضويرة، القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه شعبة القانون العام ، جامعة منتوري قسنطينة، 2007-2008 ، ص 140.

المحكّمين في تكبيف الوقائع أو خطئهم في تطبيق القانون عليها، فليس للقاضي العدول عن قراره بعد إصداره سواء صدر القرار بالتنفيذ أو برفضه.¹

2- إصدار أمر التنفيذ

يقدم طلب استصدار بالتنفيذ من المحكوم له بأداء معين يقتضي الحصول عليه بتنفيذ الحكم جبراً، فيكون الطلب بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، فيرفق بالعريضة أصل حكم التحكيم أو صورة موقعة منه، وصورة من اتفاق التحكيم سواء في شكل اتفاق أو في شكل شرط يتضمنه العقد الأصلي بين الطرفين، و ترجمة رسمية لحكم التحكيم إذا لم يكن باللغة العربية، وصورة من محضر إيداع حكم التحكيم، وصورة ورقة إعلان الحكم إلى المحكوم عليه، وهذا ما يفهم من نص المادة 1035/2 من القانون رقم 09/08 حيث يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض.

يصدر الأمر بالتنفيذ كما تصدر الأوامر على عرائض الدعوى، ويسلم رئيس أمناء الضبط نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف²، ويلاحظ على وضع الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، بأن يصبح الأمر جزءاً مكملًا لحكم المحكّمين، فإن أمر التنفيذ لا يسقط و لو تقاعس تنفيذ حكم المحكّمين إلى ما بعد صدوره، كما أن نصوص التنفيذ لم تنص على وجود الكفالة سواء كانت عامة أو خاصة.³

وفي حالة رفض طلب التنفيذ يمكن للخصوم استئنافه في أجل 15 يوماً من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي وذلك وفقاً لنص المادة 1035 الفقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

¹ - ربحاني أمينة، مرجع سابق ، ص153.

² - نص المادة 1036 من ق إ م إ د السالف الذكر .

³ - ربحاني أمينة، مرجع سابق، ص154.

الفصل الثاني:

التسوية القضائية لمنازعات صفقات الأشغال

كأصل عام إن وجود الإدارة طرفاً في علاقة قانونية مع الأفراد، بما تتمتع به من سلطات وامتيازات كثيرة لاشك يؤدي في كثير من الأحيان إلى ارتكاب الإدارة بعض الأخطاء عندما تصدر قراراتها دون روية أو على عجل، وقد يحدث أن تتجاهل الإدارة بعض القواعد القانونية التي سنها المشرع حفاظاً على مصلحة الأفراد .

ولما كانت الإدارة في اتصال مستمر مع الأفراد فقد تؤدي هذه الأخطاء إلى الإضرار بهم ومن مقتضيات العدالة ومقوماتها أن تخضع الإدارة لحكم القانون وأن تكون كلمة القانون هي العليا، ولا بد من تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة تضمن سيادة حكم القانون .

ويقول عبد الرزاق السنهوري في هذا المعنى: "أن من كان مظلوماً وكان خصمه قويا كالإدارة، فلا بد من ملاذ يلوذ به ويتقدم إليه بشكواه ولا شيء أكرم للإدارة وأحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء تتصفه أو تنتصف منه وذلك أدنى إلى الحق والعدل وأبقى للهيبة والاحترام."

وقد حمل القضاء الإداري على كاهله عبئ تحقيق التوازن بين المقتضيات المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها وبين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من تعسف الإدارة إذا ما إعتدت على هذه الحقوق⁷⁴¹ ففي حالة فشل تسوية النزاعات المتعلقة بصفقات الأشغال بالمساعي ومحاولات التسوية بالطريقة الودية فإن المشرع منح مكنة للمتعاقل الاقتصادي المتضرر من وسائل قانونية أخرى لتسوية هذه النزاعات القائمة، وذلك من أجل تفادي استمرار النزاع و تعطيل الأشغال وحفاظاً على المصلحة العامة، وتتمثل هذه الوسائل القانونية في آليات التسوية القضائية والتي تختلف عن آليات التسوية الودية، من حيث أنها تنهي النزاع بموجب حكم يكون ملزماً لطرفي النزاع، في حين أن الأحكام الناتجة عن آليات التسوية الودية لمنازعات صفقات الأشغال لا تتمتع بالصفة الإلزامية إلا في بعض الحالات .

وتتمثل التسوية القضائية في اختصاص القاضي الإداري بنظر منازعات صفقات الأشغال من خلال قضاء الاستعجال، وقضاء الإلغاء (المبحث الأول)، وكذا اختصاص القاضي الإداري بنظر دعوى القضاء الكامل لتسوية هذه المنازعات (المبحث الثاني) .

⁷⁴¹ - مازن ليلو راضي، القضاء الإداري- دراسة لأسس و مبادئ القضاء الإداري- دار قنديل للنشر و التوزيع - عمان- ط1، 2015، ص15 .

المبحث الأول: اختصاص القاضي الإداري بنظر منازعات صفقات الأشغال

نظرا لأهمية الصفقات العمومية و تعلقها بالمال العام أحاطها المشرع بمجموعة من الضمانات والضوابط القانونية لعقلنة وترشيد استعمالها ، ولعل أهمها وجوب مراعاة مبادئ حرية الوصول إلى الطلب العمومية والمساواة في المعاملة بين المترشحين وشفافية الإجراءات .

ورغم هذه الضمانات القانونية، نجد أن الواقع يثير العديد من المنازعات الناتجة عن الإخلال بهذه المبادئ من طرف المصلحة المتعاقدة، لذلك عمل المشرع على إقرار آليات لتسويتها قضائيا، وذلك في حالة فشل آليات التسوية الودية المشار إليها سابقا .

وفي هذا الصدد يتم اللجوء إما إلى القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد الذي وجد من أجل حماية مبدئي الإشهار والشفافية التي تقوم عليها الصفقات العمومية من أي إخلال (المطلب الأول) .

أو يتم اللجوء إلى قضاء الإلغاء عند عدم مشروعية القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة منفصلة عن الصفقة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد في مجال منازعات صفقات الأشغال

يعد الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال من أهم وأبرز هذه الآليات التي استحدثها المشرع لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذلك في إطار إصلاح قضاء الاستعجال الإداري.

لأن المتتبع للنصوص القانونية التي سبقت قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 يلاحظ التهميش التشريعي لمسألة القضاء الإستعجالي الإداري، فقانون الإجراءات المدنية السابق رقم 23/90 كان يحتوي على مادة وحيدة وهي المادة 171 والتي أشارت إلى القضاء الإستعجالي المدني و الإداري، رغم اختلافهما وحتى القوانين العضوية المنظمة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحكمة التنازع، لم تشر إلى القضاء الإستعجالي الإداري، مما خلق فراغا قانونيا إلى غاية صدور القانون رقم 09 /08 الذي تناول فيه المشرع القضاء الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية و إبرام العقود .

و إن كانت هذه الخطوة قد جاءت متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس هذه الوسيلة منذ سنة 1992 بموجب القانون رقم 10/92 الصادر بتاريخ 04 يناير 1992، تطبيقا لتعليمة الإتحاد الأوروبي تحت عنوان "طعن ورقابة" المؤرخة في 21 ديسمبر 1989، وتهدف هذه التعليمة إلى السماح برقابة دقيقة للمقتضيات الخاصة بقانون المجموعة الأوروبية في مجال إبرام الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال و تبعا لذلك أضاف قانون 1992 المعدل بواسطة قانون 29 يناير 1993، المادة 22 إلى قانون المحاكم الإدارية و المجالس الإدارية للاستئناف، و الذي يمنح عدد معين من السلطات لرئيس المحكمة الإدارية، أو من ينوب عنه والذي يفصل ابتدائيا ونهائيا في شكل الاستعجال في حالة: "الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية و اتفاقيات تفويض المرفق العام".⁷⁴²

هذا وكان للمشرع الفرنسي نظره مغايرة عن المشرع الأوروبي على عمومه في تبني الإستعجالي ما قبل التعاقد، تمثل في الفراغ التشريعي المتعلق بوجود دعوى تصحيحية وقائية وذلك أن دعوى الإلغاء ظهرت لفترة طويلة من الزمن بلا فاعلية، وذلك لأن القاضي غالبا ما يبت فيها بعد توقيع العقد وأحيانا بعد تنفيذه و بالتالي عدم فعاليتها في إيجاد حماية قانونية للمال العام ما دام العقد يبقى صحيحا بإرادة أطرافه.⁷⁴³

⁷⁴² - لحسين بن شيخ آيث ملوينا، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري ، دراسة قانونية، فقهية و قضائية مقارنة، دار هومة للنشر، الجزائر، الطبعة

الثالثة، 2011 ، ص 268،269 .

⁷⁴³ - شوقي يعيش تمام ، مرجع سابق، ص347

ولإحاطة بموضوع الاستعجال ما قبل التعاقدى ،لابد علينا التطرق إلى الإطار القانوني للدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية في الفرع الأول ،ثم إلى السلطات الممنوحة للقاضي بخصوصها في الفرع الثاني .

الفرع الأول : الإطار القانوني للاستعجال ما قبل التعاقدى في مادة الصفقات العمومية

لإبراز الإطار القانوني للدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية ينبغي علينا (أولاً) التطرق إلى مفهومها، وتبيان شروط الاستعجال في مادة الصفقات العمومية (ثانياً)، والإجراءات المتبعة بخصوصها (ثالثاً).

أولاً: مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقدى في مادة الصفقات العمومية

لقد نص المشرع الجزائري على الاستعجال في مجال الصفقات العمومية بموجب المادتين 946 و947 من الفصل الخامس "الاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات " من الباب الثالث " في الاستعجال" من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ولم يعرف المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الاستعجال ما قبل التعاقدى وهو أمر طبيعي لأنه ليس من مهام المشرع صياغة التعاريف لما ينظمه من مسائل، بل هو أمر منوط بالفقه والقضاء الإداريين بحكم الدور التأصيلي للمنازعة الإدارية المنوط بهما.⁷⁴⁴

إن المتمعن لمصطلح الإستعجال ما قبل التعاقدى في مادة الصفقات العمومية يظهر له أنه يتميز بالطابع المركب و يجد أنه جامع لمصطلحين هما لهذا القضاء الإستعجالي من جهة و الصفة العمومية من جهة أخرى، فالقضاء الإستعجالي عرفه الفقه بأنه:"إجراء يطلب بموجبه أحد الأطراف اتخاذ إجراءات مؤقتة وسريعة لحماية المصالح قبل أن تتعرض لنتائج يصعب تداركها ، كما عرفت كذلك بأنها الفصل في المنازعات التي يخشى عليها، الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم لطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين."⁷⁴⁵

كما جرى الفقه والقضاء على تعريف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد حمايته والذي يلزم درؤه بسرعة لا توفرها إجراءات التقاضي العادية، فالمطلوب هو المحافظة على الحق الذي يخشى عليه أمراً لا يحتمل الانتظار حتى يعرض أصل النزاع على قضاء الموضوع .⁷⁴⁶

⁷⁴⁴ - رزيق عمار، بشير الشريف شمس الدين، قضاء الإستعجال ما قبل التعاقدى في مادة الصفقات العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، العدد الحادي عشر، جوان 2017 ، ص 628 .

⁷⁴⁵ - محفوظ عبد القادر، القضاء الإستعجالي قبل التعاقدى في التشريع الجزائري، الإتحاد الوطني لمنظمة المحامين بوهران، مجلة الدفاع، العدد 2، مارس 2014، ص 125

⁷⁴⁶ - عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص 109 .

أما الصفقة العمومية فقد عرفت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنها: "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 الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات". وبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد في الصفقات العمومية على أنه: "إجراء تحفظي وقائي مستعجل، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية بوجه عام، وذلك عن طريق إعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة تختلف عن تلك الموجودة في القواعد العامة للاستعجال الإداري بهدف التصدي لأي إخلال بالتزامات العلنية والمنافسة".

ومن خلال التعاريف المذكورة أنفا تتضح لنا مجموعة من الخصائص يتميز بها الاستعجال قبل التعاقد و نلخصها فيما يلي:

هي تقنية قضائية قبل تعاقدية: يتم تحريك هذه الدعوى في مرحلة الإبرام، لأنها تهدف إلى الحد من المخالفات التي تمس قواعد العلانية و المنافسة، بحيث لها دور وقائي من جهة، و تحول دون ارتكاب المخالفات للقواعد و الإجراءات القانونية الواجب إتباعها من قبل المتعاملين و تساعد على اكتشافها و استجلائها من جهة أخرى.

دعوى إستعجالية تخول للقاضي الإداري سلطات هامة: إذ يتمتع القاضي الإداري وهو بصدد الفصل في الدعوى الإستعجالية بسلطات واسعة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري، تتمثل هذه السلطات في الأمر، و الوقف، و الإلغاء و لكنه لا يمكن له منح التعويض .

دعوى قضاء مستعجل: يوكل النظر في هذه الدعوى إلى التشكيلة الجماعية المنوط بها البث في دعوى الموضوع.

يبث القاضي الإستعجالي في الموضوع: القاعدة العامة أن القاضي الإستعجالي لا يمس بأصل الحق و إنما يتخذ التدابير الإستعجالية الفورية و الضرورية فقط، إلا أنه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة إستعجالية موضوعية أي ينظر في جوهر الموضوع .⁷⁴⁷

⁷⁴⁷ - قاسمي خديجة، نطاق إختصاص القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية، مقال منشور في موقع مجلة القانون و الأعمال الدولية، <https://www.droitentreprise.com/?p=11079> ، تاريخ تصفح الموقع 2018/02/10 على الساعة 20.00 .

ثانيا : شروط الاستعجال الإداري في مادة الصفقات العمومية

وتتمثل شروط الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية بالشروط العامة التي تشترط في الدعاوى الإستعجالية بصفة عامة ، كما تنفرد بشرط خاصة بها، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

1-الشروط العامة :

تندرج ضمن هذه الشروط مايلي:

أ-توافر حالة الاستعجال

المقصود بالإستعجال هو الخطر المحدق الوشيك الوقوع بالحق المراد حمايته بإجراء وقتي لا تعسف فيه وفق إجراءات التقاضي العادية ، ويتحقق ركن الاستعجال إذا تبين لقاضي الأمور المستعجلة أن الإجراء الوقتي المطلوب منه اتخاذه للمحافظة على الحق الذي يخشى عليه أمره لا يحتمل الانتظار حتى يعرض أصل النزاع على قضاة الموضوع .⁷⁴⁸

كما يقصد به ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق مع إتباع الإجراءات العادية للتقاضي، وذلك نتيجة ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصوم أو يتضمن ضررا قد يتعذر بتداركه إصلاحه،إذا ما انتظر الفصل في قضايا الموضوع وهو أمر يختص بفحصه وتقديره قاضي الأمور المستعجلة حسبما يظهر من ظروف الدعوى .⁷⁴⁹

ونكون بصدد استعجال، كل ما كنا بصدد وضعية استثنائية بحيث تتطلب مواجهتها بإجراء أو تدبير سريع فعال،و نكون كذلك بصدد الاستعجال كل ما تطلب الأمر اتخاذ تدبير سريع قصد تقادي حدوث وضعية ضارة أو قصد الحفاظ على وضعية في طريق الاندثار، سواء كانت الوضعية مادية أو قانونية.⁷⁵⁰

فالدعوى الإستعجالية إجراء يطلب بموجبه أحد الأطراف اتخاذ مؤقت وسريع لحماية مصالحه قبل أن تتعرض لنتائج يصعب تداركها، فهذا الإجراء المؤقت لا يعود لاختصاص قاضي الموضوع وإنما لاختصاص قاضي الأمور الإستعجالية ، الذي يلجأ إليه الأطراف في هذه الحالة بموجب دعوى إستعجالية .⁷⁵¹

إن شرط الإستعجال تم التنصيص عليه في المواد 920 ، 921،924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون أن توضح الحالات التي يتوفر فيها ظرف الاستعجال ،بل تركت ذلك للسلطة التقديرية

⁷⁴⁸ - حسن طاهري، قضاء الإستعجال فقها و قضاء مدعما بالإجتهد القضائي المقارن، دار الخلدونية، 2005، ص ص 7-8.

⁷⁴⁹ - حسن طاهري، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجزء الثاني، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2013، ص115.

⁷⁵⁰ - لحسين بن شيخ أبيث ملويا ، مرجع سابق، ص77.

⁷⁵¹ - شيهوب مسعود ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية نظرية الاختصاص، الجزء الثالث د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص486.

للقضاء الإستعجالي الذي يستشفها من خلال ظروف ووقائع كل منازعة تعرض عليه، فهو مبدأ مرن غير محدد يقدر في وصفه للواقعة والظروف التي تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور المجتمع⁷⁵².

وفي الحقيقة أن أية محاولة من المشرع لتعريف حالة الاستعجال أو وضع صياغة قائمة حصرية لها، يعني تقييد سلطة القاضي، كون أن القاضي هو أقرب لمعايشة الواقع من المشرع الذي لا يستطيع مهما تنبأ أن يحصي جميع حالات الاستعجال⁷⁵³.

ب- شرط عدم المساس بأصل الحق:

لا يكفي توافر شرط الاستعجال وحده حتى يعلن قاضي الأمور المستعجلة اختصاصه بالنظر في الطلبات المستعجلة بل يجب عليه أن يتحقق من توفر شرط ثاني ألا وهو شرط عدم المساس بأصل الحق.

وهو أن يمتنع قاضي الأمور المستعجلة عن المساس بأصل الحق ولا يتطرق إلى صميم موضوع النزاع وإنما يقضي بالتدابير الوقائية أو إجراءات وقتية⁷⁵⁴.

واختلفت التعبيرات القانونية التي استعملها المشرع الجزائري والتي أطلقت على هذا الشرط، ففي ظل قانون الإجراءات المدنية القديم استعمل المشرع مصطلحا مشتركا فيما يتعلق بالقضاء الإستعجالي الإداري والمدني وهو عدم المساس بأصل الحق، وذلك في المادتين 186 و171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم، غير أنه استعمل في المادة 172 من نفس القانون التي نصت على تدابير الاستعجال أمام القاضي المدني مصطلح مقارب للمصطلح الأول وهو مصطلح "دون المساس بحقوق الأطراف".

غير أنه في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد تم التنصيص على هذا الشرط مستعملا مصطلح أصل الحق سواء في الاستعجال في المادة المدنية⁷⁵⁵، أو في الاستعجال الإداري⁷⁵⁶.

لم يضع المشرع تعريفا لشرط عدم المساس بأصل الحق تاركا ذلك للفقهاء والقضاء. ورغم اتفاق الفقهاء حول فكرة عدم المساس بأصل الحق كشرط للاختصاص إلا أنه اختلف في تعريفه حسب المنطلق الذي انطلق منه كل فقيه:

⁷⁵² - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار النشر جيطلي، 2012، مرجع سابق، ص122.

⁷⁵³ - نفس المرجع، ص122.

⁷⁵⁴ - طاهري حسين، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مرجع سابق، ص115.

⁷⁵⁵ - نص المادة 303 من ق إ م د: "لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق"

⁷⁵⁶ - نص المادة 918: "... لا ينظر في أصل الحق."

عرف الأستاذ محمد علي راتب فكرة عدم المساس بأصل الحق من خلال تعريفه لأصل الحق حيث قال بأن معنى أصل الحق هو كل ما يتعلق بها وجودا وعدما ، فيدخل في ذلك ما يمس بحتها أو يؤثر في كيانها ويغير فيها، أو في الآثار القانونية التي رتبها القانون أو التي قصدها العاقدان .

كما عرفه المستشار المصري موسى عبد الغني بأنه هو : " وجوب امتناع القاضي في حكمه عن تناول الحقوق المراد حمايتها بالتفسير أو التأويل أو بالقطع في شأنها برأي حاسم من حيث حتميتها أو بطلانها أو الأحقية أو عدم الاستحقاق و كذلك يتمتع عليه تناول مراكز الخصوم القانونية بالتغيير أو التعديل كأن يقطع مثلا أن الخصم مدين و ليس دائنا أو أنه حائزا و ليس مستأجرا أو وكيلا وليس أصيلا عن نفسه أو عن غير ذلك من المساس بمركز الخصوم إلا أن ذلك لا يمنعه من وجوب التصدي بالبحث العرضي من ظاهر المستندات والأوراق عن مدة جدية المنازعات سواء من جانب المدعي في الدعوى المستعجلة أو المدعى عليه فيها توصيلا للحكم بالإجراء المستعجل المناسب أو الحكم بعدم اختصاصه نوعيا بنظر الدعوى.

وقد تناوله الأستاذ حسن عكوش من خلال منهجية قاضي الاستعجال في بحث الطلب المقدم إليه فقال: "أصل الحق هو صميم النزاع الموضوعي، يتحسس القاضي ظواهره لا للمساس بحق أي من الخصوم، بل لاتخاذ إجراء وفتي لحماية صاحب الحق الأرحح حتى يفصل فيه قاضي الموضوع .⁷⁵⁷ ذلك أن قاضي الاستعجال يأمر باتخاذ تدابير ذات طابع مؤقت، ويبقى الأمور على حالها بحيث لا يتعرض للمسائل الموضوعية، لأنه لو تعرض لها، فإنه لا يترك لقاضي الموضوع ما يفصل فيه، وهو غير مختص بالنطق بالتدابير تمس الموضوع أو حقوق طرفي النزاع لكون اللجوء إليه إنما الهدف منه هو إما اتخاذ تدبير حقيقي بحث أو تدبير تحفظي .⁷⁵⁸

فالقضاء الإستعجالي ليس له بأي حال من الأحوال أن يفصل في أصل الحقوق والالتزامات مهما أحاط بها من حالة الاستعجال، أو ترتب على امتناعه عن البث فيها من ضرر للخصوم، بل يجب عليها تركها لقضاة الموضوع المختصين وحدهم للفصل فيها، كالدعوى الرامية إلى فسخ عقد الصفقة، أو مدى صحتها أو بطلانها أو الدعوى الرامية إلى طلب التعويض والحقوق المالية المترتبة على التزامات الصفقة العمومية... الخ، و إذا تعلقت الطلبات الواردة في دعوى الإستعجال إلى أصل الحق يحكم القاضي الإستعجالي بعدم الاختصاص لأن النزاع الخاص بموضوع الحق من اختصاص قاضي الموضوع، هذا المستقر عليه في فقه

⁷⁵⁷ - مقيمي ريمة، القضاء الإستعجالي الإداري وفقا للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهدي - أم البوقى- 2012-2013، ص 18 .
⁷⁵⁸ - لحسين بن شيخ أبيث ملوثا، مرجع سابق، ص 89 .

المرافعات لكن التطبيق الحرفي للمادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يؤدي إلى الحكم برفض الطلب.⁷⁵⁹

ج- شرط عدم المساس بالنظام العام

النشئ المهم في هذا المقام هو أن قاضي الاستعجال الإداري عليه التحقق قبل الفصل باتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت من عدم المساس المنازعة بالنظام العام و الأمن العام، الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديده دون التأثير بإدعاءات الأطراف و دفعهم بما في ذلك الإدارة.⁷⁶⁰

وهذا الشرط كان منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية القديم من خلال نص المادة 171 مكرر ف 6 منها⁷⁶¹، إلا أن المشرع لم يورده صراحة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 ضمن شروط الاستعجال، ولكن تم الإشارة إليه في المادة 932 منه عندما خصه باستثناء عن باقي الدفوع، إذ يجوز لهيئة القضاء الإستعجالي إخبار الخصوم بالأوجه المثارة بالنظام العام خلال الجلسة، خلافا لأحكام المادة 843 من نفس القانون.

د- شرط الجدية

يقتضي هذا الشرط أنه لنشأة الدعوى الإستعجالية يجب أن يكون هناك احتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، و يترتب على تخلف هذا الشرط عدم قبول الدعوى المستعجلة .

و ترتبط الجدية بمسألتين:

وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته: فإذا كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة في حين أنه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية، فإنه لا محل لرفع دعواه الإستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانونا .

يجب أن يتبين القاضي من خلال الوقائع، ما من شأنه أن يعطي احتمالا لوجود هذا الحق⁷⁶²، وهو ما تؤكد المادة 924 من القانون رقم 09/08 التي تنص على أنه: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب" أي أن القاضي عليه أن يتأكد من

⁷⁵⁹ - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 151 .

⁷⁶⁰ - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جليطي، مرجع سابق، ص 124.

⁷⁶¹ - تنص المادة 171 مكرر ف 6 على أنه: ".... الأمر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة و ذلك باستثناء ما تعلق منها بأوجه النزاع التي تمس النظام العام و الأمن العموميين.."

⁷⁶² - محمد فقير، رقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري و التشريع المقارن - آلية وقائية لحماية المال العام ، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام ، كلية الحقوق د. يحي فارس بالمدينة ، بتاريخ 20 ماي 2013 .

احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة طبقاً للمادة 946 من نفس القانون.

ويعد من قبيل انتهاك قواعد الإعلان عدم قيام الإدارة بالإعلان مطلقاً، أو قيامها بإعلان معيب كأن يكون النشر في جريدة وطنية واحدة في حين يشترط القانون نشره في جريدتين وطنيتين واحدة باللغة العربية وأخرى بلغة أجنبية ، أو أن تغفل في الإعلان عن ذكر البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 86 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرق في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى انتهاك قواعد العلانية والمنافسة، والأشكال الثانوية التي تؤثر فعلياً على العقد والتي يمكن تصحيحها لاحقاً، فلا يستدعي إغفالها اللجوء إلى القاضي الإستعجالي أصلاً.⁷⁶³

2- الشروط الخاصة

إضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية المذكورة سابقاً، لابد من توافر جملة من الشروط الخاصة و التي سنوضحها كالآتي:

أ- الشروط الشكلية

أ-01- الصفة في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

بما أن موضوع الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية في مادة إبرام صفقات الأشغال يتعلق بالإخلال بالإلتزامات الإشهار والمنافسة، فإن ذلك معناه أن هذا الإخلال لا يكون إلا من جانب الإدارة أي المصلحة المتعاقدة ، من ثمة فالمدعي هو المتضرر من جراء هذا الإخلال ويكون المدعي هو المترشح للتعاقد والذي تقدم بعبءه ، غير أنه برجعنا إلى المادة 946 من ق إ م إ نجدتها تؤكد على إقتصار رفع الدعوى من طرف كل من له مصلحة في إبرام العقد ، والذي قد يتضرر من هذا الإخلال .

ومنا هنا يتبين لنا أن المشرع قد توسع إطار رفع الدعوى ولو كانت المصلحة محتملة ، من خلاله استعماله لمصطلح " ... قد يتضرر "، وقد يؤثر ذلك على إبرام الصفقة ويؤدي إلى تعطيلها .

يشترط في رافع الدعوى الإستعجالية على أن يتوفر على الصفة والمصلحة فلا يمكن قبول النظر والفصل فيها إلا إذا توفرت الصفة القانونية فيه.

والصفة في الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية تأخذ مجالاً أوسع وأشمل من ذلك الذي يعرف في القواعد العامة فهي تكتسب بحكم القانون أو بحكم المصلحة.

⁷⁶³ - محمد فقير ، مرجع سابق .

*اكتساب صفة المدعي بحكم القانون:

ويقصد باكتساب صفة المدعي بحكم القانون هي كل الجهات الرسمية التي أعطاه القانون صلاحية رفع الدعوى الإستعجالية حماية لشفافية الصفقة في حالة وجود أي انتهاكات لمبادئ الإشهار والمنافسة . إذ منح المشرع حق تحريك الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية للأشخاص العامة الرسمية المتمثلة في الوالي في حالة ما إذا كان العقد قد أبرم أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية ، في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.

وفي هذا الشأن اشترطت المادة 946 على أن يتم إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة من طرف الوالي باعتباره ممثلاً للدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

ويقصد بالجماعات الإقليمية هي الولاية⁷⁶⁴ والبلدية⁷⁶⁵، أما المؤسسات العمومية المحلية فيقصد بها جميع المؤسسات المذكورة في المادة 02 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و الموجودة على مستوى الولاية .

برجعنا إلى المادة 946 المذكورة أعلاه، و التي منحت للوالي مكنة إخطار المحكمة الإدارية عند وجود أي إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة في الصفقات العمومية المحلية ، تكون قد منحت صفة الحارس على شفافية صفقات العمومية المحلية ، وهو ما يصطدم في الواقع بعائق قانوني في غياب الأطر القانونية التي من خلالها يتسنى للوالي العلم بالمخالفات القانونية المرتكبة بخصوص التزامات الإشهار والمنافسة في الصفقات العمومية المحلية، ومن ثم تبدو مثل هذه السلطات نظرية صعبة التفعيل في الواقع العملي⁷⁶⁶

ومن هنا نجد أنه ناذرا ما يقوم الوالي بتقديم طعن لأنه ليس لديه المعلومات الكافية عن المرحلة السابقة للتعاقد ولا يعلم بالصفقة إلا بعد تلقيه المداولة التي وافقت عليها أو الشكوى التي قد يقدمها مرشح متضرر .⁷⁶⁷

⁷⁶⁴تنص المادة 1 من القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية (المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق لـ 21 فبراير سنة 2012 ،جريدة رسمية عدد 12)، المؤرخ في 21 فيفري 2012 على أن: "الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة"

⁷⁶⁵تنص المادة 1 من القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـ 22 يونيو 2011، ج،ر عدد 37 الصادرة بتاريخ 03 يوليو 2011 ص 4 . على أن: "البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة."

⁷⁶⁶ - رزيق عمار، بشير شريف شمس الدين، مرجع سابق، ص631 .

⁷⁶⁷ - بروك حليلة، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود و الصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 11، 2014 ص 306.

غير أن الإشكال المطروح في هذا المقام هو من يكون المسؤول بإخطار المحكمة الإدارية بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة الواقع على الصفقات العمومية المركزية، إذ تعتبر هذه الأخيرة ذات أهمية كبيرة سواء من حيث موضوعها أو من حيث المبالغ المالية المرصدة لها وأمام هذا الفراغ التشريعي، نرى بأن هنالك ضرورة ملحة لتدارك الأمر من طرف المشرع الجزائري لرفع اللبس عن هذه المسألة المهمة و توضيحها .

كما يكتسب المدعي الصفة بحكم المصلحة .

• المدعى عليه في الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية:

المدعى عليه في هذه الدعوى هو الذي ينسب إليه الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة وبالتالي هذا الإخلال لا يكون إلا من طرف المصلحة المتعاقدة كما هي معرفة بالمادة 6 من قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام المذكورة سابقا .

أ-02- المصلحة في الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية

يجب أن يكون لصاحب الدعوى الإستعجالية مصلحة في رفعها تكريسا لمبدأ لا دعوى بغير مصلحة، أي فائدة ومنفعة وهي ما تسمى بالمصلحة القانونية المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إذ تقبل الدعوى لكل من له مصلحة في إبرام العقد الذي قد يتضرر من حالة الإخلال بالتزامات المتعلقة بالإشهار و المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية طبقا للمادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالمشرع ألزم وجود المصلحة في تحريك الدعوى الإستعجالية وهذا بدليل نص المادة 946 في فقرتها الثانية التي نصت على أنه: " يتم الإخطار من قبل كل من له مصلحة في العقد ."

والمقصود بعبارة كل من له مصلحة في العقد والذي قد تضرر من هذا الإخلال، يتمثل على التوالي في المتعهد والشخص الذي أقصى من طرف السلطة الإدارية المعنية .⁷⁶⁸

⁷⁶⁸ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (الخصومة الإدارية، الإستعجال الإداري، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية) ج 3، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، 2013، ص 209 .

أ-03- ميعاد رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

لم يحدد المشرع الجزائري صراحة على غرار المشرع الفرنسي أجلا وميعادا لرفع الدعوى، إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت في فقرتها الثانية على أن يتم الإخطار إذا أبرم العقد أو سيبرم .

و تشبه صياغة المادة 946 من القانون الجزائري إلى حد بعيد المادتين 1-551 و 2-552 "من القانون الفرنسي، إذ تنص المادة الأولى على أن : " رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي المنتدب يمكن أن يبيث قبل إبرام العقد ... " ، أما الثانية فقد نصت على أنه : " لا يمكن للقاضي أن يبيث قبل إبرام العقد إلا ضمن الشروط المحددة فيما يلي"⁷⁶⁹

وبذلك فإن حق اللجوء للقضاء الإستعجالي حسب المادة 946 المذكورة أعلاه يكون سواء قبل أو بعد إبرام الصفقة العمومية مكفول لصاحب المصلحة، رغبة من المشرع في مكافحة أي إخلال يمس الصفقة العمومية سواء قبل أو بعد الإبرام .⁷⁷⁰

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن المحاكم الإدارية في فرنسا في السنوات الأولى من تكريس الإستعجالي ما قبل التعاقد كانت تقبل النظر في الدعوى حتى بعد إبرام العقد، غير أن مجلس الدولة الفرنسي تبنى مبدأ مغاير مفاده أن تطرق القاضي الإداري الإستعجالي للنظر في مشروعية الإشهار والمنافسة بعد إبرام العقد يخرج من رقابة المشروعية الوقائية إلى رقابة المشروعية العلاجية، وعلى هذا الأساس تم الإجماع على أن ميعاد رفع هذه الدعوى ينحصر في المرحلة السابقة لإبرام الصفقة العمومية .⁷⁷¹

وهو نفس موقف مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 074854 المؤرخ في 21/06/2012 أين جاء فيه : " ... حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة وقبل إبرام العقد، طالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نفذت، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغائه ..."⁷⁷²

⁷⁶⁹ - رقرافي محمد زكرياء، مرجع سابق، ص 234 .

⁷⁷⁰ - جدي سليمة، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات المجلد 10 العدد 1 ، 2017، 314.

⁷⁷¹ - Rémy Schwartz, le juge français des référés administratifs, Revue du conseil d'état ,n°4, année 2003 ,p72.

⁷⁷² - قرار مجلس الدولة رقم 074854 المؤرخ في 21/06/2012 قضية ولاية البيض ضد (أ.م.)، قرار منشور في مجلة مجلس الدولة ، العدد 12، 2012، ص265 .

إن الطابع الوقائي للدعوى يفرض أن ترفع قبل إبرام العقد وبصفة أدق خلال مرحلة الإشهار والمنافسة، وذلك من أجل تغطية المخالفات التي تمس بهذه المبادئ، حيث يمارس القاضي الإستعجالي سلطته فيوجه أمراً للمتسبب للقيام بالتزاماته أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد وفق ما نصت عليه المادة 946 في فقرتها 4 و6، أما في حال أبرام العقد فما جدوى هذه الدعوى لاسيما أنها ذو طابع وقائي .

وفي كل الحالات فإن الحكم الصادر لفائدة المدعي والقاضي بتأجيل إمضاء العقد في حالة دعوى الاستعجال لا يمكن له أن يؤجل ذلك إلا لفترة أقصاها 20 يوما ابتداء من تاريخ الإخطار، إلى جانب محدودية أجل البث في القضية الاستعجالية للصفقة بالنسبة للقاضي فهي أيضا غير ممكنة إذا تم إمضاء الصفقة بين الأطراف المتعاقدة، والتي تمثل نقطة توقف صلاحيات القاضي الاستعجالي كقاضي وقاية وبدء اختصاصات قاضي الموضوع كقاضي علاجي .

ب- الشروط الموضوعية

إن اللجوء إلى القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية يرتبط أساسا ب : الإخلال بمبدأ المنافسة ومبدأ الإشهار، لذلك سنكتفي بذكر صور الإخلال الواقعة على كل مبدأ منهما دون شرحها، لأنه سبق لنا توضيحها في دراستنا السابقة⁷⁷³، وهو ما سنوضحه كما يلي :

ب-01- الإخلال بمبدأ المنافسة

ويتخذ هذا الإخلال إحدى الصور التالية :

1- اختيار المصلحة المتعاقدة لإجراء إبرام غير مناسب

2- مخالفة معايير اختيار المتعامل المتعاقد

3- وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي

4- الإقصاء و الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق

ب-02- الإخلال بقواعد الإشهار

ويمكن أن يتخذ هذا الإخلال إحدى الصور التالية :

-عدم نشر الإعلان عن الصفقة في الجريدتين الوطنيتين وفق ما تقتضيه المادة 65 من المرسوم

الرئاسي 247/15 السالف الذكر، أو الاكتفاء بنشره في جريدة واحدة دون الأخرى.

-عدم تضمين الإعلان للبيانات الإلزامية المحددة قانونا

⁷⁷³ - لتوضيح أكثر، يرجى الرجوع إلى الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة ، عند دراستنا للمنازعات الناشئة عن مخالفة المبادئ التي تقوم عليها صفقة الأشغال.

-عدم نشر المنح المؤقت للصفقة، عدم الإعلان عن حالة عدم الجدوى، أو إلغاء الإجراء أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة .

-الإخلال بمبدأ الشفافية في مرحلة فتح العروض

ثالثا : إجراءات رفع الدعوى الإستعجالية

يرجعنا إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن قاضي الإستعجالي الإداري هو القاضي المختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية الناتجة عن الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، التي تخضع لها عملية إبرامها، إذ تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة ، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية وبالتالي فإن القاضي الإستعجالي لا يتدخل من تلقاء نفسه، وإنما لا بد من تحريك سلطته بموجب دعوى تقام أمام المحكمة الإدارية ، من طرف من تتوفر فيهم الصفة والمصلحة كما تم تبيانه سابقا .

وبالتالي تتعدد الخصومة القضائية أمام المحكمة الإدارية في هذا الشأن وفق إجراءات قانونية تتمثل في :

-إعداد عريضة افتتاح الدعوى:

تعتبر عريضة افتتاح الدعوى هي العنصر المحرك للخصومة ولذلك يجب احترام قواعد موضوعية مسبقا يتوقف عليها قبولها، فمن خلال العريضة يتضح موضوع الطلب وأطراف الخصومة وكذا الوثائق التي تأسست عليها الطلبات⁷⁷⁴، كما يمكننا أن نعرفها على أنها هي الطلب الذي يتقدم به ذوي الشأن المتعامل المتعاقد المتضرر من الإخلال بالالتزامات الإشهار والمنافسة إلى الجهة القضائية المختصة وهي المحكمة الإدارية وإعداد هذه العريضة يشترط فيها أن تكون مكتوبة وموقعة من طرف محام وذلك تحت طائلة عدم القبول، كما تعفى الدولة و الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 من ق م إ د و يقصد بهم الدولة والولاية والبلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام في الإداء أو الدفاع أو التدخل، كما توقع العرائض والمذكرات باسم الدولة أو باسم الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 من طرف الممثل القانوني .

كما يجب أن تكون العريضة الافتتاحية للدعوى مستوفية لجميع البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من ق م إ ، ويجب أن تكون العريضة بنسخ بعدد الخصوم، كما يمكن أن ترفق بوثائق ثبوتية وتودع لدى

⁷⁷⁴ - بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص46 .

أمانة ضبط المحكمة الإدارية مقابل دفع الرسم القضائي⁷⁷⁵ ، ويتم تقييد العريضة وترقيمها في سجل حسب ترتيب ورودها ويحدد لها تاريخ أول جلسة بعدها، و يبلغ المدعى عليه بنسخة من العريضة عن طريق المحضر القضائي ، لكن الآجال تكون قصيرة تتناسب الطبيعة الاستعجالية للدعوى.⁷⁷⁶

-الاختصاص في الدعوى:

لقد حددت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن المحكمة الإدارية هي المختصة بالنظر في الدعوى الإستعجالية في مادة الصفقات العمومية، وذلك لاعتبارها هي صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية⁷⁷⁷، وبرجوعنا لقواعد الاختصاص القضائي المنصوص عليها في المادة 804 من نفس القانون، فإن الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية، ترفع وجوبا في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال في مادة الأشغال العمومية، أو أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها.

وأما بالنسبة للتشكيلة الفاصلة في مادة الاستعجال الإداري جعلها المشرع تشكيلة جماعية وذلك وفقا للمادة 917 من ق إ م إ و التي تنص على أنه " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البحث في دعوى الموضوع " و بالتالي فإن الجهة القضائية النازرة في دعوى إلغاء القرار المخالف لقواعد العلانية والمنافسة هي التي تفصل في الدعوى الإستعجالية ، بالتالي فإن المشرع قد وحد الجهة النازرة في الدعوى.

ويلاحظ من خلال المادة 917 المذكورة أعلاه أن القاضي الإستعجالي هو ذاته قاضي الموضوع، أي التشكيلة الجماعية المنوط بها البحث في دعوى الموضوع، ورغم أن مسلك المشرع هنا جاء دون بيان للأسباب والأهداف، إلا أنه ينطوي بداهة على الرغبة في الاستفادة من مزايا التشكيلة الجماعية، لعل أهمها فكرة الحوار وتبادل الآراء ووجهات النظر بين قضاة التشكيلة، مما يؤدي إلى ضمان الجودة في الأحكام القضائية الصادرة، من خلال التقليل من خطر الوقوع في الأخطار و الإنسياق وراء الأحكام الشخصية المسبقة، بمعنى أن التشكيلة الجماعية تحقق الموضوعية و تتلافى فكرة شخصنة الوظيفة القضائية.⁷⁷⁸

⁷⁷⁵ - تظهر خصوصية الدعوى المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية في الرسم القضائي الذي فرضه المشرع إذا يقدر بـ 6000 دج ، أما باقي الدعاوى الإدارية فإن رسمها القضائي يقدر بـ 1500 دج طبقا للمادة 26 من القانون رقم 01-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 ، ج ر عدد 40، بتاريخ 23 يوليو 2015 .

⁷⁷⁶ - نيبان نادية، مرجع سابق، ص 265.

⁷⁷⁷ -تنص المادة 800 ف 1 على أن : " المحاكم الإدارية هي صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية " ، ونجد أن مضمون هذه المادة هو نفسه الذي تضمنته المادة الأولى من القانون رقم 02/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 ، جريدة عدد 37 يتعلق بالمحاكم الإداري ، مع إختلاف طفيف في الصياغة ، إذ نصت المادة 1 منه على أنه: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية"

⁷⁷⁸ - رزيق عمار ، بشير الشريف شمس الدين، مرجع سابق، ص 634

كما أن هذا المبرر ورغم وجاهته وجاذبيته، فإن لا ينهض سببا كافيا لاعتماد مبدأ التشكيلة الجماعية في نظام الاستعجال ما قبل التعاقد، لأنه لا ينسجم مع فلسفته وهي إقرار حماية سريعة لمبادئ إبرام الصفقات العمومية المنتهكة من جانب الإدارة، ولا شك أن هذا المقتضى (السرعة) يفرض التخلي عن التشكيلة الجماعية لصالح نظام القاضي الفرد، لما يوفره من مزايا هامة تتلائم مع فلسفة وأغراض نظام الاستعجال ما قبل التعاقد، كما أن توحيد جهة التقاضي بين قضاء الموضوع و قضاء الاستعجال يؤدي إلى إرهاق القضاة بعدد كبير من القضايا، مما يفضي إلى صدور أحكام غير متأنية تهدر غالبا حقوق و حريات الأفراد وتتجاوز لصالح أعمال الإدارة، بينما يكون القاضي الفرد بحكم تفرغه وعدم ارتباطه بدعاوى الموضوع أكثر تأنيا عند الفصل في الدعوى المستعجلة، وهو ما ينعكس إيجابا على جودة الأوامر التي يصدرها.⁷⁷⁹

كما أن النهاية الطبيعية لكل دعوى مرفوعة أمام القضاء أيا كانت طبيعتها هو صدور حكم قضائي بشأنها، و هو الحال بالنسبة للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية .

⁷⁷⁹ - رزيق عمار ، بشير الشريف شمس الدين، مرجع سابق ،ص 634

الفرع الثاني: سلطات القاضي الإداري الإستعجالي في مجال صفقات الأشغال

بما أن القضاء الفرنسي كان هو السباق في تبني الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية بصفة عامة و صفقات الأشغال بصفة خاصة، سنعمل على إبراز السلطات الممنوحة للقاضي الإداري الفرنسي ، بعد توضيحنا للسلطات الممنوحة للقاضي الإداري الجزائري في إطار هذه الدعوى للاستفادة من تجربة القضاء الإداري الفرنسي ولتوضيح مواطن الاختلاف بخصوص السلطات الممنوحة لكل منهما ، وذلك وفق ما يلي:

أولاً: سلطات القاضي الإداري الإستعجالي الجزائري في مجال صفقات الأشغال

لقد منح المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 09/08 سلطات واسعة وغير مألوفة للقاضي الإداري تصل إلى حد إرسال أوامر للإدارة بالامتثال للالتزامات الإشهار والمنافسة وفرض غرامة تهديدية ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام وتأجيل إمضاء العقد وفق ما نصت عليه المادة 946 من ق إ م إ د .

1- سلطة توجيه أوامر للمخل بالتزامات الإشهار والمنافسة

كان مبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة إلى وقت قريب قاعدة تحكم سلطات القضاء الإداري، ترجع هذه القاعدة أساساً إلى مبدأ الفصل بين السلطات، والتي يقتضي عدم تدخل القاضي الإداري في عمل الإدارة بأن يحل محلها أو يوجه لها أوامر أياً كان مضمونها، واستقر القضاء الإداري في الجزائر على عدم جواز إصدار القاضي الإداري أوامر للإدارة، فعند رقابة القاضي الإداري للقرار الصادر عن الإدارة يكتفي بإلغائه في حالة عدم مشروعيته دون إصدار أية أوامر للإدارة، فقد جاء في أحد قرارات مجلس الدولة أنه: "لا يمكن للقاضي أن يأمر الإدارة"⁷⁸⁰ ، وهو نفس ما كان يأخذ به القضاء الإداري في فرنسا، وهو ما تأكده من طرف مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1970/01/29 و الذي جاء فيه: "... حيث أنه ليس لمجلس الدولة أن يوجه أوامر للإدارة"⁷⁸¹.

تشكل قاعدة عدم جواز إصدار القاضي أوامر للإدارة قيوداً على عمل القاضي، تجعل رقابته على عمل الإدارة تفتقد في كثير من الأحيان للفعالية، غير أنه سرعان ما تدارك كل المشرع الفرنسي و الجزائري الوضع ، بعد ذلك ، إذ أصدر المشرع الفرنسي قانون بتاريخ 04-01-1995 الذي أجاز للقاضي الإداري

780 - شريف سمية ، مرجع سابق، ص 63 .

781 - قاسمي خديجة، نطاق إختصاص القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية، مقال منشور في موقع مجلة القانون و الأعمال الدولية، <https://www.droitentreprise.com/?p=11079> ، مرجع سابق .

توجيه أوامر للإدارة، ولكن ضمن حدود، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلا إذا اقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من جانبها، كأن يأمر الإدارة بإعادة نشر الإعلان إذا كان غير مشروع.⁷⁸²

في حين منح المشرع الجزائري بصدور القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإستعجالي سلطات واسعة ومتنوعة عند إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار و المنافسة إذ جاء في المادة 04 من المادة 946 من ق إ م إ على أنه يمكن للمحكمة أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتنال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه .

وهذا يعني أن قاضي الاستعجال له أن يوجه الأوامر، كالأمر بنشر الإعلان عن الصفقة في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني واحدة باللغة العربية والثانية بلغة أجنبية وذلك بعد أن تم النشر فقط في جريدة وطنية واحدة، أو الأمر بإعادة النشر وفق ما يتطلبه القانون من بيانات إلزامية ، وله أن يأمر بقبول مترشح تم إقصاءه أو منعه من الترشح بدون سبب قانوني، على أن يتم الامتنال لهذه الأوامر ضمن أجل قانوني يحدده القاضي .

وتعد هذه الأوامر التي يصدرها القاضي الإستعجالي ذات طبيعة موضوعية، أي أنها تدابير تمس أصل الحق وليست مجرد تدابير تحفظية مؤقتة، الأمر الذي يجعل من دعوى الاستعجال في مادة الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال ذات طبيعة خاصة و مميزة عن دعاوى الاستعجال الإدارية الأخرى التي تقوم على مبدأ عدم المساس بأصل الحق .

ولعل من أهم المبررات التي دفعت بالمشرع إلى اعتماد هذه الصلاحية الجديدة نذكر مايلي:

إن تمكين القاضي الإداري من توجيه أوامر للإدارة ، يشكل تطبيقا فعليا لمتطلبات دولة القانون وحماية مبدأ المشروعية، و بهذا ستتخذ الإدارة أثناء مباشرتها نشاطها كل الاحتياطات اللازمة، لتفادي مخالفة القانون وتوجيه القاضي لأوامر لها، مما يحقق فعالية و نجاعة النشاط الإداري، ويضفي طابع الصرامة والجدية على ممارسة الإدارة لعملها.⁷⁸³

والإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المقام ، ما هو الجزاء المترتب على عدم إلتزام المصلحة المتعاقدة بأمر الامتنال الصادر عن المحكمة الإدارية ؟ أوجد المشرع حل لهذا الإشكال عن طريق سلطته في توقيع الغرامة التهديدية ، و هو ما سنتناوله في النقطة التالية .

782 - قاسمي خديجة، نطاق إختصاص القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية، مقال منشور في موقع مجلة القانون و الأعمال الدولية،

<https://www.droitentreprise.com/?p=11079> ، مرجع سابق .

783 - خضري حمزة ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، مجلة المفكر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد الثالث عشر، ص205

2- الحكم بغرامة تهديدية:

تعتبر الغرامة التهديدية هي إجراء يهدف إلى ضمان تنفيذ الأحكام القضائية ، حيث أن القاضي يستطيع بناء على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينا خلال مدة معينة، فإذا تأخر كان ملزما بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من الإخلال بالالتزام.

ولقد أكد القضاء الإداري الجزائري سابقا في العديد من أحكامه عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية وفقا لاجتهاد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا و مجلس الدولة حاليا، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 10-04-2000 و الذي جاء فيه: "..... حيث أنه في الموضوع الحالي للتشريع والاجتهاد القضائي لا يمكن النطق ضد الولاية أو البلدية بغرامة تهديدية، حيث يستند مجلس الدولة و الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في تبرير رفضها للنطق بالغرامة التهديدية على ما يلي :

- الغرامة التهديدية غير مبررة ضد الإدارة.
- يجب على العارض رفع دعوى التعويض في حالة رفض الإدارة تنفيذ الالتزام القضائي لصالحه.
- عدم استناد الغرامة التهديدية إلى أي نص قانوني ولا يمكن التصريح بها ضد الإدارة .
- في الوضع الحالي للتشريع و الاجتهاد القضائي، لا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية.⁷⁸⁴ ، و لكن سرعان ما تغير الوضع بصدور القانون رقم 09/08 السالف الذكر، و أصبح بإمكان القاضي الإداري أن يحكم بالغرامة التهديدية كلما تطلب الأمر ذلك .

و بالتالي فإن الاعتراف للقاضي بسلطة توجيه الأوامر للإدارة مصحوبة بغرامة تهديدية يجعل الإدارة ملزمة بالتنفيذ، و قد يكون له أثر إيجابي، يتمثل في مباشرة الإدارة لأعمالها بجدية متوخية في ذلك مقتضيات مبدأ المشروعية، إذ ما تأكدت بأن أعمالها يتكون محل رقابة فعالة إلى درجة إلزامها بفعل شئ والحكم عليها بغرامة تهديدية.

إن تطبيق المبدأ يعني اجتناب تهرب الإدارة من التنفيذ، ويمثل ثورة على الأفكار التقليدية، التي أرسى قناعة لدى المسؤولين على الإدارات العمومية، أنهم غير معنيين وغير ملزمين بالقرارات القضائية .

كما أن السماح للقاضي بتوجيه أوامر للإدارة، لا يؤدي إلى شل أعمالها وعرقلتها بالشكل الذي يمس المصلحة العامة أو النظام العام ، لأن هذه السلطة الممنوحة للقاضي لا تتعدى إعادة الأمور إلى نصابها دون أن تصل إلى درجة حلول القاضي محل الإدارة .⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ - قاسمي خديجة، نطاق إختصاص القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية، مقال منشور في موقع مجلة القانون و الأعمال الدولية،

<https://www.droitentreprise.com/?p=11079> ، مرجع سابق .

⁷⁸⁵ - خضري حمزة ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق ، ص 205 .

يتم الحكم بالغرامة التهديدية في حالة عدم امتثال المصلحة المتعاقدة لأوامر القاضي الإستعجالي في الأجل المحدد، فبانتهاؤ هذا الأجل يحكم القاضي بمبلغ محدد كجزء عن كل يوم تأخير حتى تمتثل لأوامر القاضي وتعديل عن إجراءاتها المخالفة للقانون في مجال إبرام الصفقات العمومية، وذلك حسب المادة 946 في فقرتها 5 التي تنص على أنه: "... يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد....".

ومن هنا تعتبر الغرامة التهديدية كوسيلة ضغط قوية مستعملة لجبر المصلحة المتعاقدة على مراجعة إجراءاتها المعيبة وفق ما يتطلبه القانون ، وللقاضي سلطة تقديرية في فرضها من عدمه . وكذلك يطرح إشكال آخر في حالة امتناع المخالف عن الالتزام رغم توقيع الغرامة، فما هي الوسائل المخولة للقاضي الإستعجالي لإجباره على الالتزام ؟

هذا ما يدفع إلى إعادة النظر في هذه السلطات وضرورة دعمها حتى تؤدي الغرض منها كأن يتم توقيعها في حق الموظف الممتنع باعتبار الإدارة العامة شخص معنوي يعبر عن إرادته شخص طبيعي . وما يجدر الإشارة إليه بخصوص السلطتين أعلاه ، سلطة توجيه الأمر وسلطة توقيع الغرامة التهديدية هو أنه حتى يتم توقيعها فإنه لا بد من ثبوت المخالفة في حق المدعى عليه (الإدارة العامة صاحبة الصفقة) وهذا لا يتحقق إلا إذا نظر القاضي في موضوع الدعوى وهو ما قد يشكل مساسا بأصل الحق كشرط لقبول الدعوى الإستعجالية لكن ذلك يبرر ويؤكد في الوقت ذاته الطبيعة شبه الإستعجالية للدعوى المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية .⁷⁸⁶

3- تأجيل إمضاء عقد الصفقة إلى غاية نهاية الإجراءات

للقاضي الإستعجالي سلطة إصدار أمر بتأجيل إمضاء العقد بمجرد إخطاره ، لمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما وذلك وفق ما تقتضيه المادة 946 فقرة 6 ، وما يستنتج من ذلك أن رفع الدعوى بعد إبرام العقد يصبح هذا الأمر دون جدوى.

ويعتبر هذا التأجيل في حد ذاته وسيلة ضغط على المصلحة المتعاقدة لتفي بالتزاماتها . والملاحظ من المادة 946 في فقرتها 6 المذكورة أعلاه ، أن مدة تأجيل إمضاء العقد هي نفسها المدة المقررة للفصل في أصل المنازعة أمام قضاء الاستعجال ، وغاية المشرع من وضع إجراءات الاستعجال

⁷⁸⁶ - بوكحيل ليلي، دور القضاء الإستعجالي في حماية مبدأ المنافسة ، مداخلة حول دور القاضي الإداري في حماية مبدأ المنافسة ، ملتقى وطني حول "حرية المنافسة في القانون الجزائري" ، منشورة على الموقع <http://dr.sassane.over-blog.com/article-118105224.html>، تاريخ تصفح الموقع 2019/09/09 على الساعة 14.00 .

الخاصة بمنازعات الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال والمتمثلة أساسا في تقصير أجل الفصل، وجواز الطعن فيها قبل إبرام عقد الصفقة ، وتخويل لهيئة القضاء سلطة تأجيل العقد هو لتفادي وضعية يصعب تداركها ، ذلك أنه إذا نشب نزاع للمطالبة بإلغاء إحدى القرارات الإدارية المنفصلة التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام، و بالمقابل تكون عملية إبرام الصفقة قد تمت ودخلت حيز التنفيذ، و صدر بعد ذلك حكم بالإلغاء، فما مصير عقد الصفقة؟ هل يتم التوقف عن تنفيذها بمجرد صدور هذا الحكم بصفة تلقائية لتأثيره المباشر وحجيته المطلقة، أم أنه يتم الاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية إلى غاية تمسك من له مصلحة بهذا الحكم والطعن في عقد الصفقة العمومية، أم أن الحكم بالإلغاء هو مجرد حكم نظري فصل في مدى مشروعية القرار الإداري و ليس له تأثير عملي وأن من صدر لمصلحته ليس له سوى المطالبة بالتعويض؟

ولتجنب هذه الوضعية المتشابكة ولتحقيق المصلحة العامة لمشروع الصفقة العمومية، ولحماية المال العام وضمن مبدأ المساواة، و تمكين الاختيار الأمثل للمتعاقد المتعاقد، قام المشرع الجزائري بوضع إجراءات الاستعجال في مجال منازعات الصفقات العمومية، و منح لهيئة القضاء الإستعجالي سلطة تأجيل إبرام عقد الصفقة إلى غاية الفصل في الطعن، بأجل قصيرة، كما خول الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة قبل إبرام الصفقة العمومية .⁷⁸⁷

ويمكننا القول في هذا الشأن أن المشرع الجزائري قد ألزم القاضي الإستعجالي بإصدار أوامره في مهلة لا تتجاوز 20 عشرين يوما، تسري من تاريخ إخطاره بالطلبات المقدمة له، وتعد هذه المهلة قصيرة نوعا ما مقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن تثيرها عملية إبرام صفقات الأشغال .

⁷⁸⁷ - كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جليطي، مرجع سابق، ص139، 138.

ثانيا : سلطات القاضي الإستعجالي الإداري الفرنسي في مجال صفقات الأشغال

برجعنا إلى سلطات القاضي الإستعجالي الإداري الفرنسي في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة في صفقات الأشغال فسلطته تخوله اتخاذ نوعين من التدابير وهي تدابير مؤقتة و تدابير نهائية .

1-التدابير المؤقتة

تشمل هذه التدابير تأجيل التوقيع على العقد ووقف إبرام الصفقة أو فرض غرامة تهديدية.

أ- تأجيل التوقيع على العقد

هو أول صلاحية يتمتع بها القاضي الاستعجالي لمواجهة الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة وهي تأجيل التوقيع إلى غاية إتمام الإجراءات الناقصة .

ب-وقف إبرام الصفقة

5- تشمل سلطة الوقف التي يتمتع بها القاضي الاستعجالي كل إجراء أو قرار يهدف إلى إبرام العقد، فوفقا

لنص المادة 1/521 من قانون العدالة الإدارية يستطيع القاضي الإداري الحكم بوقف أي قرار إداري يتعلق بإبرام الصفقة شرط أن يبرر الوقف بحال استعجال .

ج- فرض الغرامة التهديدية

لقد تم تكريس فرض الغرامة التهديدية كتدبير يتخذه القاضي الإداري لحث الإدارة على الاستجابة للأحكام الصادرة ضدها منذ سنة 1980، أي أن المشرع الفرنسي اعترف للقاضي الإداري بصلاحيته التهديد المالي للإدارة قبل صدور قانون العدالة الإدارية وذلك بالنسبة لكل أنواع النزاعات.

2-التدابير والإجراءات النهائية

تشمل هذه التدابير إلغاء القرارات ذات الصلة بتكوين العقد حذف الشروط أو التعليمات المتضمنة محاباة لصالح أحد المتنافسين⁷⁸⁸، أي للقاضي سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد ، وسلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية ، ولهذا سنتعرض لكلا السلطتين⁷⁸⁹ فيما يلي:

أ-سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد

تتمثل هذه السلطة في إمكانية القاضي الإداري إلغاء بعض القرارات المتعلقة بالصفقة العمومية، والتي تعتبر مخالفة للقانون وغير مشروعة، وهي إجراء خطير يمكن أن يمس بالعقد الإداري خاصة قبل التوقيع عليه من قبل السلطات الإدارية المختصة، أما بعد ذلك يستنفذ القاضي الإداري سلطاته، وتجد هذه السلطة

⁷⁸⁸ - شريف سمية، مرجع سابق، ص 66، 65.

⁷⁸⁹ - بين أحمد حورية ، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 230.

تطبيقها في التشريع الفرنسي، أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم ينص على هذا الإجراء الذي يعتبر تحفظيا يعطي القيمة الحقيقية لرقابة القاضي الإداري الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية .

ب-سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية

هذه السلطة هي من صنع القضاء الإداري الفرنسي ، حيث يمكن للقاضي الإداري أن يبطل بعض الشروط التعاقدية الخاصة بالصفقات العمومية، إذا كانت هذه الشروط تتطوي على عنصر تفضيلي، و يلاحظ أن هذه السلطة تعطي الحق للقاضي الإداري البث في الموضوع وهذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى الإستعجالية العادية، التي تقوم على أساس أن النظر في طلبات الأفراد بإجراء تحقيق أو انتداب خبرة أو إثبات حالة، يجب أن لا يعيق تنفيذ القرار الإداري، كما يجب أن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية التي تظل قائمة حتى تفصل فيها محكمة الموضوع ، و الهدف منها إيجاد دعوى فعالة. يتم بواسطتها فصل في موضوع النزاع محاط بحالة من الاستعجال مما ينتج عنه أن هذا القضاء ليس قضاء إستعجالي بالمعنى القانوني للمصطلح ، و إنما هو أسلوب خاص من القضاء أعده المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب و القبول في معرض إبرام الصفقات العمومية .

إلا أنه أمام هذه الامتيازات المتعددة والمتنوعة الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى فقد ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى ، هل تنتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء ؟

و استقر الرأي على اعتبارها من قبيل القضاء الكامل، لأنها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة، علما أنه في هذه الدعوى لا يحق له أن يبيث في طلبات التعويض، لأن ذلك يبقى تماما من اختصاص قضاء القانون العام، حسب تعبير المحكمة المدنية "ليل"

« Le contentieux de l'indemnisation reste entièrement un contentieux de droit commun »⁷⁹⁰

وعليه نستنتج مما سبق أن السلطات الممنوحة للقاضي الإداري الفرنسي تمتاز بالتنوع والدقة والوضوح مقارنة مع سلطات القاضي الإستعجالي الجزائري، إذ منحه المشرع علاوة على سلطته في إصدار الأوامر للامتثال لالتزامات الإشهار والمنافسة ، صلاحية إلغاء القرارات ذات الصلة بتكوين العقد وحذفه للبنود والتعليمات التي تتضمن محاباة وتفضيل لأحد المتعهدين على حساب البقية أو أي إجراء من شأنه الإخلال

790 - قاسمي خديجة، نطاق إختصاص القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية، مقال منشور في موقع مجلة القانون و الأعمال الدولية، <https://www.droitentreprise.com/?p=11079> ، مرجع سابق

بمبدأ المنافسة، في حين حصر المشرع الجزائري سلطات القاضي الاستعجالي الإداري في توجيه الأوامر للمخل بقواعد الإشهار والمنافسة للامتثال لالتزاماته، وسلطة توقيع غرامة تهديدية في حالة عدم الامتثال لأوامر الامتثال وتأجيل إمضاء الصفقة .

ثالثا: الحكم في الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية

انطلاقا من السلطات الممنوحة للقاضي الإستعجالي المختص والتي تطرقنا إليها أنفا يكتسي الأمر الصادر عن القاضي الإداري في مجال الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية في مادة إبرام صفقات الأشغال حجية تلزم أطراف الدعوى، ولكن هل يقبل القرار الصادر في هذا الشأن الطعن فيه؟
للإجابة على هذا التساؤل لا بد علينا الرجوع إلى الإطار القانوني المحدد للدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية بصفة عامة بما فيها صفقات الأشغال والمحدد بالمادتين 946 و 947 من ق إ م إ د، إذ نجدها خالية من أي إشارة لإمكانية الطعن في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية مما يدفعنا إلى الرجوع للقواعد العامة المنظمة للدعوى الإستعجالية الإدارية.
-الطعن بالاستئناف:

يشير المشرع في نص المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الطعن بالاستئناف في الأوامر الإستعجالية الصادرة عن المحاكم الإدارية ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك .
وحسب ما جاء في المادة 950: "ويخفض الأجل إلى خمسة عشر يوما بالنسبة للأوامر الإستعجالية ."
أي أجل الاستئناف 15 يوما تسري من تاريخ التبليغ الرسمي إلى المعني أو من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا .

-الطعن بالمعارضة

تنص المادة 949 السالفة الذكر على إمكانية الطعن بالمعارضة في الأمر الصادر غيابيا غير أنه يرجعنا إلى المادة 953 من ق إ م إ د نجدها تنص على حق الطعن بالمعارضة في القرارات والأحكام الإدارية ومجلس الدولة دون أن تشير إلى الأوامر وهذا ما يثير إشكال لذلك كان من المفروض جواز المعارضة خاصة بالمقارنة مع طرق الطعن العادية في الاستعجال العادي، كون أن هذه الأوامر تمس بموضوع الدعوى وبالتالي فلا يمكن حرمان المعنيين من درجات التقاضي ومن حقوق الطعن على أن تحدد أجال قصيرة تناسبها مع الطبيعة الاستعجالية للدعوى .⁷⁹¹

⁷⁹¹ - بوكحيل ليلي، دور القضاء الإستعجالي في حماية مبدأ المنافسة ، مداخلة حول دور القاضي الإداري في حماية مبدأ المنافسة ، ملتقى وطني حول "حرية المنافسة في القانون الجزائري " ، منشورة على الموقع <http://dr.sassane.over-blog.com/article-118105224.htmlK>، مرجع سابق.

نستنتج مما سبق أن الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية والتي جاء بها قانون رقم 09/08 تعتبر ضماناً قانونية أوجدها المشرع لحماية المتعامل الاقتصادي وحماية المبادئ التي تقوم عليها الصفقة من كل إخلال قد يمسها ، وذلك بمراقبة مدى قانونية الإجراءات المتبعة من طرف المصلحة المتعاقدة ومدى مراعاتها لالتزامات الإشهار والمنافسة ، وبالتالي غالباً ما يكون موضوع هذه الدعوى المنازعات التي تطرأ على صفقات الأشغال قبل إبرامها والمتعلقة بالإخلال بالتزامات الشفافية والمنافسة ، ومن خلالها يمنح للقاضي المختص سلطة واسعة في إصدار أوامر تتنوع بين إلزام المصلحة المتعاقدة بالامتثال للالتزامات خلال مهلة محددة من طرف القاضي، والحكم بغرامة تهيديية في حالة عدم امتثال المصلحة المتعاقدة خلال هذه المهلة الممنوحة ، وله السلطة التقديرية في ذلك، وسلطة إصدار أمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات .

المطلب الثاني : قضاء الإلغاء في مجال منازعات صفقات الأشغال

دعوى الإلغاء هي الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية العينية التي يحركها ويرفعها ذوي الصفة القانونية والمصلحة أمام جهات القضاء المختصة في الدولة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة وتتحرك وتتصرف سلطات القاضي المختص فيها في مسألة البحث عن شرعية القرارات الإدارية المطعون فيها بعدم الشرعية والحكم بإلغاء هذه القرارات إذا ما تم التأكد من عدم شرعيتها وذلك بحكم قضائي ذي حجية عامة ومطلقة.⁷⁹²

تتعدد تسميات دعوى الإلغاء في القوانين الجزائرية، فهي أحيانا دعوى بطلان وأحيانا طلبات إلغاء، وأحيانا أخرى دعوى تجاوز السلطة، أو أي ما كانت التسمية فهي تتعلق بدعوى إلغاء قرار إداري يعتقد رافعها أنه غير قانوني.⁷⁹³، ومخالف للقاعدة القانونية، وعليه فالمتضرر من القرار هو الذي يطلب من المحكمة الإدارية للقيام بمدى مشروعية قرار الإدارة الصادر بإرادتها المنفردة، والحكم بإلغاءه كلياً أو جزئياً، وبذلك تستهدف دعوى الإلغاء غاية مثلى في تحقيق احترام مبدأ المشروعية.⁷⁹⁴

والأصل أن منازعات العقود الإدارية تدخل في مجال القضاء الكامل لأن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية، غير أن العقد الإداري يرتبط بإجراءات تمهد الإدارة بها لإبرام العقد أو تهئ لمولده، ومن هذه الإجراءات ما يتم بقرار إداري صادر عن السلطة المختصة يكون له كل مقومات وخصائص القرار الإداري من حيث كونه إفصاح من جانب الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وكان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة، فمثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عنه وتنفصل عنه ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً و تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة.⁷⁹⁵

وبالتالي فإن مجال دعوى الإلغاء في نطاق منازعات العقود الإدارية بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال بصفة خاصة محدود بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة وهو يقوم على مبدأين أصليين: المبدأ الأول: هو أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود ذلك أنه من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري والمبدأ الثاني في مجال دعوى الإلغاء لا يمكن الإستناد إلى

⁷⁹² - بو عمران عادل، مرجع سابق، ص 76.

⁷⁹³ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص 460.

⁷⁹⁴ - بوجادي عمر، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 98.

⁷⁹⁵ - محمد بن سعيد بن حمد العمري، مرجع سابق، ص 155.

مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري، فدعوى الإلغاء هي جزء لمبدأ المشروعية والالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية.⁷⁹⁶

وفي نفس السياق لم يتم القضاء الفرنسي بإقصاء قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية على إطلاقه، بل أقر إمكانية إلغاء القرارات الإدارية المتصلة بالصفقة العمومية في إطار ما يعرف بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة ونظراً لأهمية النظرية في تكريس دور قضاء الإلغاء أقرها القضاء الإداري بعد سنوات الرفض لتتبنها التشريعات الوضعية بعد ذلك .

ولما كان القرار الإداري المنفصل هو محل أو موضوع دعوى الإلغاء يعني ذلك اعتراف من القضاء أنه قرار يحمل خصائص القرار الإداري بالمفهوم الفني الإداري ولما كان الأمر كذلك يعني إلغاءه يجب أن يستند إلى إحدى عيوب المشروعية كأى قرار إداري غير مشروع.⁷⁹⁷

وبناء على ما تقدم سنتناول شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة في الفرع الأول، لننتقل إلى دراسة آثار إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في الفرع الثاني على التوالي .

⁷⁹⁶ - كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 103 .
⁷⁹⁷ - تياب نادية، مرجع سابق، ص 214 .

الفرع الأول: شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة

يقصد بشروط قبول دعوى الإلغاء هي تلك الشروط التي يلزم توافرها حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء، وبالتالي فإن القاضي الإداري يستطيع أن يتعرض إلى موضوع الدعوى إذا ما توافرت هذه الشروط، وفي حالة عدم توافرها كلها أو بعضها فإنه يحكم بعدم قبول دعوى الإلغاء . ولهذا فإن النظر في قبول الدعوى هو أمر تال لموضوع الفصل في مسألة الاختصاص وسابق على البت في موضوع الدعوى⁷⁹⁸ .

ولقبول دعوى الإلغاء يستلزم توافر الشروط العامة المطلوبة في كل الدعاوى الإدارية كالشروط المتعلقة بالطاعن من صفة ومصلحة وأهلية والشروط المتعلقة بعريضة الدعوى وشرط التمثيل بمحامي وشرط دفع الرسوم القضائية (أولاً)، إضافة إلى شروط أخرى تشترط في دعوى الإلغاء بوصفها أحد دعاوى قضاء المشروعية (ثانياً)، و هو ما سوف نتناوله كما يلي:

أولاً: الشروط الشكلية

تتمثل الشروط الشكلية فيما يلي:

1- شرط الصفة والمصلحة

باعتبار دعوى الإلغاء دعوى قضائية، فلا يمكن قبولها من طرف الجهة القضائية المختصة إلا في حال ما إذا توافرت في رافعها شرطي الصفة والمصلحة المنصوص عليهما في المادة 13 من القانون 09/08 و التي تنص على أنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. "

وفي هذا الشأن قد اختلف الفقهاء في مدلول كل من شرطي الصفة والمصلحة في ما إذا كان كل منهما يمثل شرطا مستقلا أم أن الصفة مجرد شرط من المصلحة، إلا أن القضاء الإداري المصري أخذ بفكرة أن الصفة ليست شرطا قائما بذاته بل تندمج في شرط المصلحة و يعتبران شرطا واحدا ، وهو ما تجسد في أحد أحكامه الصادرة في 15 ديسمبر 1948 أنه: "و من حيث أن الصفة في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية لمجازة حدود السلطة تندمج في المصلحة فتتوافر الصفة كلما كانت هنالك مصلحة شخصية مباشرة لرافع الدعوى في طلب إلغاء القرارات المذكورة سواء كان رافع الدعوى هو الشخص الذي صدر بشأنه القرار المطعون فيه أم غيره .

⁷⁹⁸ - بلال أمين زين الدين، دعوى الإلغاء في قضاء مجلس الدولة، دراسة مقارنة، دار المناهج للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، 2010، ص247

وحيث أن القاعدة المتقدمة مؤسسة على طبيعة هذه المبادئ ومن أنها دعاوى عامة وموضوعية، القصد منها تصحيح الحالات القانونية بإزالة كل أثر قانوني للقرارات الإدارية غير المشروعة والمخالفة للقانون.⁷⁹⁹ والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو من هم الأشخاص المؤهلين لرفع دعوى الإلغاء؟ وهل هي متاحة لكل من المتعامل المتعاقد و الغير على حد سواء؟

في هذا الصدد نجد أن مجلس الدولة لا يطبق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقد إلا ليحمي الغير، وبالتالي كان يقبل الطعن بالإلغاء المقدم من طرف الغير ضد القرار الإداري المنفصل.⁸⁰⁰ ويستمد غير المتعاقد الحق في طلب إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة، من كون هذا القرار أثر سلبي على مركزه القانوني، ومن ثمة تكون له مصلحة للطعن فيه بالإلغاء .

ويرجع سبب اشتراط صفة الغير في الطاعن، إلى رفض القضاء الإداري فصل القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ .

وبالتالي فإن حق الغير في الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة لا يستمد من العقد بل من نصوص القوانين، و لكن هذا الأمر يقتصر على القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة قبل إبرام العقد كقرار لجنة البث في العطاء وإرساء المناقصة والتصديق على العقد، أما القرارات اللاحقة لإبرام العقود المتعلقة بتنفيذه فإن البعض منها يكون الطعن فيها مستمدا من العقد ذاته ومن يمارس هذا الحق هم طائفة معينة من الغير كالمنتفعين من عقد الأشغال العامة.

فالإدارة عندما تصدر هذه القرارات فإنها تعتبرها قرارات إدارية منفصلة عن العقد الإداري وبالتالي فإن أساس الطعن فيها من قبل الأفراد هو كونها مخالفة للنصوص القانونية في الالتزام و من هنا نجد أن حق الطعن هنا مستمد من نصوص العقد لا من القانون .

وقد أكد هذا الأمر مجلس الدولة الفرنسي، حيث أن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة هي نظرية قضائية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي ليحمي بها ذلك الغير الذي هو في الحقيقة ليس طرفا في العقد من القرارات التي تصدرها الإدارة والتي تكون مخالفة للقانون، حيث أجاز المجلس للمتعاقد مع الإدارة إمكانية الطعن في هذه القرارات على أساس مخالفتها للقانون دون الاستناد إلى حقوقه التعاقدية⁸⁰¹

⁷⁹⁹ - بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 248 .

⁸⁰⁰ - مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 28.

⁸⁰¹ - ماجد راغب الحلو، دعاوى الإدارية، منشأة المعارف للطباعة، الإسكندرية، 2004، ص 43 .

ومن هنا فإنه لا تقبل دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة من الشخص المتعاقد مع الإدارة سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو اعتبارياً حيث أنه بوسع هذا المتعاقد اللجوء إلى دعوى القضاء الكامل⁸⁰²، وله أن يؤسس دعواه على أن هذا القرار الإداري المنفصل قد خالف القانون أي أن يكون طعنه موجهاً إلى مخالفة القرار الإداري موضوعياً وليس على أساس أنه مس بحقوقه الشخصية الناتجة عن العقد نفسه، لأن المنازعات المتعلقة بهذه الحقوق تكون عن طريق دعوى القضاء الكامل⁸⁰³.

ومن هنا نجد أن المصلحة في دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية تختلف بين مصلحة كل من المتعاقدين و مصلحة الغير وذلك كالآتي:⁸⁰⁴

*مصلحة المتعاقدين:

يملك كلا المتعاقدين القضاء الكامل من أجل الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، حيث لا يمكنهم الطعن بالإلغاء لوجود الدعوى الموازية، إلا إذا كان القرار الصادر مستنداً إلى القواعد القانونية والتنظيمية، وبالتالي في هذه الحالة يتحول المتعامل المتعاقد من طرف في العقد إلى شخص عادي تضرر من قرار إداري وبالتالي يمكنه مخالفة هذا الأخير أمام قاضي الإلغاء.

*مصلحة الغير:

لقد وجدت هذه الدعوى لحماية مصالح الغير المتعاملين مع الصفقة العمومية .

2- أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري

دعوى الإلغاء هي الدعوى الأصلية والوحيدة لإلغاء القرارات الإدارية لذلك فإنه من الطبيعي أن يكون محلها قرار إداري يستوفي كل العناصر والخصائص المتطلبة فيه⁸⁰⁵، فدعوى الإلغاء لا تتصدى سوى للقرارات الإدارية، وهو ما أكدته المادتين 801 فقرة 1 و المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. والقرار الإداري هو إفصاح من جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً بهدف تحقيق المصلحة العامة، ووفقاً لهذا المفهوم فإن القرار الإداري حتى يكون محلاً لدعوى الإلغاء يجب أن تتوفر له مقومات أساسية، حيث يتعين أن تصدره جهة إدارية، في الشكل الذي قد يحدده لها القانون، بقصد إحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة تعديلاً أو إلغاءً، أو إنشاء لمراكز قانونية جديدة

⁸⁰² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 343

⁸⁰³ - رشيد خلوفي، قانون المنازعة الإدارية- تنظيم و اختصاص القضاء الإداري - ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2007، ص 3، ص 78

⁸⁰⁴ - بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 247، 248 .

⁸⁰⁵ - بو عمران عادل، مرجع سابق، ص 78 .

ما دام ذلك جائزا أو ممكنا في ظل الوضع القانوني القائم، شريطة أن يكون الهدف من إصداره تحقيق مصلحة عامة.⁸⁰⁶

لذلك يجب أن تكون الدعوى المرفوعة منصبية على إلغاء قرار إداري صادر عن سلطة إدارية عامة في شكل قرار سابق منفصل عن الصفقة في حد ذاتها، حيث تعتبر منفصلة عن الصفقة التي تكون سابقة على إمضائها، وترتبط الأعمال المفصولة عن الصفقة بالإجراءات التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة في سبيل إبرام الصفقة، أي تلك الإجراءات التي من شأنها أن تؤدي عند اكتمال تسلسلها، إلى توقيع الصفقة مع متعامل بعينه⁸⁰⁷، فإذا كانت أغلب القرارات المنفصلة المتعلقة بعملية إبرام الصفقة تقبل الإلغاء، فإن القرارات المنفصلة المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية، لا يمكن إلغاؤها إلا إذا كانت صادرة عن السلطة الإدارية بصفتها سلطة عامة و ليس إدارة متعاقدة.⁸⁰⁸

ويشترط كذلك أن يكون القرار الإداري نهائي له مواصفات القرار الإداري المنفصل وليس ضد العقد ذاته⁸⁰⁹، كما يجب إرفاق القرار الإداري مع العريضة المتعلقة بدعوى الإلغاء وذلك تحت طائلة عدم قبولها، ما لم يوجد مانع مبرر⁸¹⁰، و متى تبين أن المانع مرده امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمرها القاضي بتقديمه في أول جلسة.⁸¹¹

و يثار التساؤل هنا عن مدى اشتراط التظلم من القرارات الإدارية المنفصلة قبل رفع الدعوى.

3- شرط الميعاد في دعوى الإلغاء

يعد شرط الميعاد من أبرز الشروط الجوهرية لدعوى الإلغاء حيث لا تقبل تلك الدعوى إلا في حدود المدة الزمنية المقررة قانونا لرفع و قبول دعوى الإلغاء .

وبعد شرط الميعاد كأحد شروط قبول دعوى تجاوز السلطة من النظام العام حيث يجوز للقاضي المختص والناظر في الدعوى إثارته من تلقاء نفسه كما أنه لا يجوز الاتفاق إطلاقا على إسقاطه .

⁸⁰⁶ - عبد العزيز منعم خليفة، قضاء الإلغاء أسس إلغاء القرار الإداري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص513

⁸⁰⁷ - خرشي النوي ، مرجع سابق، ص461.

⁸⁰⁸ - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية و الدولية ، العقود الإدارية في التطبيق العملي: المبادئ و الأسس العامة ، بدون طبعة ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1998، ص156 .

⁸⁰⁹ - عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، ج2، ط4، الجزائر، 2007، ص159.

⁸¹⁰ - المادة 819 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ السالف الذكر.

⁸¹¹ - نص المادة 819 / 2 من نفس القانون ، وفي هذا الشأن يرى جانب من الفقه أنه كان أجدر بالمشروع الجزائري أن يوظف في نص المادة 819 من ق.إ.م إ مصطلح " يطلب " بدلا من " يأمرها " لأن الأمر يعني منح القاضي سلطة منح القاضي توجيه أو أمر للإدارة ما يعني السماح بتدخله في صلاحياتها ، يراجع في تفصيلات ذلك د مزياني فريدة ، القرار و التظلم الإداري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مقالة منشورة بمجلة المحاماة الصادرة عن المنظمة الجهوية للمحامين لناحية باتنة ، عدد خاص ، سنة 2007، ص 180 ، نقلا عن أبو عمران عادل ، مرجع سابق ، ص 78 .

ولعل الحكمة من وراء تقرير هذا الشرط تكمن في حماية مبدأ استقرار القرارات الإدارية وضمان فعاليتها للصالح العام وفي حماية مبدأ استقرار المعاملات والمراكز والحقوق الفردية المتولد عن القرارات الإدارية المطعون فيها بعدم الشرعية⁸¹².

خلافاً للدعوى المدنية التي لم يحدد القانون كقاعدة عامة مدة معينة لرفعها مادام الحق قائماً ولم يسقط بالتقادم، فإن دعوى الإلغاء مقيدة بنطاق زمني حرصاً على استقرار الأوضاع الإدارية، وضمان الحفاظ على مبدأ المشروعية، حيث يشترط لقبولها أن ترفع خلال المدة التي حددها القانون، إذ يعد هذا الشرط من النظام العام، لا يجوز مخالفته ويمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارته في أي مرحلة كان عليها النزاع و تختلف هذه المدة باختلاف الجهة القضائية المرفوعة أمامها النزاع.⁸¹³

وعلى هذا الأساس حدد المشرع الجزائري أجل لرفع دعوى الإلغاء بالنسبة للمحاكم الإدارية بأربعة أشهر تسري من تاريخ تبليغ القرار بنسخة من هذا الأخير أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي⁸¹⁴.

غير أن المشرع من خلال نص المادة 830 من ق إ م إ ينص على أنه: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه" وهو أجل 04 أشهر وبالتالي فإن مسألة التظلم هو أمر جوازي.

وبتوظيفنا لقاعدة الخاص يقيد العام، فإن التظلم يأخذ المواعيد المقررة في المرسوم الرئاسي 15-247 في نص المادة 82 منه والتي حددته بـ 10 أيام ابتداءً من تاريخ نشر الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة، إذ تلتزم الجهة المختصة بالرد خلال 15 يوم من تاريخ انقضاء الأجل الأول، إذ لا يمكن عرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين يوماً ابتداءً من تاريخ النشر للإعلان عن المنح المؤقت للصفقة الموافق للأجل المقررة، لتقديم الطعن ودرسته من طرف لجنة الصفقات المختصة و تبليغه، وهي أجل طويلة مقارنة بمدة إبرام الصفقة، لذلك أوجد المشرع الجزائري الإجراء القضائي الجديد الاستعجال قبل التعاقد وخصه بالمنازعات المتعلقة بمرحلة إبرام الصفقة وحصرها بالمنازعات الناتجة عن الإخلال بالالتزامات المتعلقة بمبدأ الإشهار و المنافسة.

812 - بو عمران عادل، مرجع سابق، ص 79 .

813 - بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 250 .

814 - تنص المادة 829 من ق إ م إ د السالف الذكر .

أما بالنسبة لميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة ، نجد أن دعوى الإلغاء طبقا للمادة 901 من ق إ م إ قد ترفع ابتدائيا و نهائيا أمام مجلس الدولة إذا تعلق الأمر بقرار وزاري أو مرسوم تنفيذي صادر عن السلطات الإدارية المركزية عندما تكون الصفقة العمومية تشرف عليها هيئات إدارية مركزية. إذ نجد أن المشرع قد أحالنا فيما يخص الميعاد إلى المواد 829 إلى 832 من نفس القانون⁸¹⁵، حيث تحدد بـ 04 أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره ، إضافة للتظلم و إن كان جازيا فهو يتحدد بمدة شهر. و يرجوعنا للمادة 09 من القانون العضوي رقم 02/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، يتولى هذا الأخير النظر فقط بدعاوى الإلغاء ضد القرارات التنظيمية والفردية، ودعاوى فحص المشروعية التي تؤول عليه.

ومن هنا نلاحظ أن المشرع و إن كان قد أخرج منازعات الصفقات العمومية من ولاية مجلس الدولة بعنوان قضاء ابتدائي ونهائي، ولكن هذا لا يعني أنه لا يراقب القضايا المتعلقة بالصفقات ، من خلال النظر في الاستئناف في القرارات الإدارية الصادرة عن المحاكم الإدارية المختصة⁸¹⁶.

4- شرط الاختصاص القضائي في دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة

برجوعنا إلى القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشرع الجزائري قد حدد طبيعة القواعد المتعلقة بالاختصاص بنوعيه و اعتبرهما من النظام العام وذلك طبقا لنص المادة 807 فقرة 1 من ق إ م إ، التي لا تقبل الاتفاق على مخالفتها و هي تتمثل في :

أ- الاختصاص النوعي لمنازعات الصفقات العمومية :

لقد نظم المشرع مسألة الاختصاص في المنازعات الإدارية عموما دون أن ينص صراحة للاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية، حيث أنه يرجوعنا إلى المادتين 2/800 و 801 من ق إ م إ يتبين لنا أن المشرع قد اعتمد المعيار العضوي لتحديد الاختصاص القضائي للمنازعات الإدارية ، إذ تنص المادة 800 من ق إ.م.إ على أن "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها."

⁸¹⁵ - نص المادة 970 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

⁸¹⁶ - بن أحمد حورية، مرجع سابق ، ص 251 .

كما نصت المادة 801 المذكورة أعلاه على أنه :

"تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في :

دعوى إلغاء القرارات الإدارية والدعوى التفسيرية ودعوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن :

الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية .

البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.

المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية"

وبرجعنا إلى المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات

المرفق العام نجد أن المشرع نص من خلاله على أنه : " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات

محل النفقات :

1-الدولة ،

2-الجماعات الإقليمية ،

3-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ،

4-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما يكلف بإنجاز عملية ممولة

،كلية أو جزيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية "

من خلال مطابقتنا للمادة 801 من ق. إ. م. إ. و المادة 06 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات

المرفق العام المشار إليهما أعلاه نستنتج أن المحكمة الإدارية هي صاحبة الاختصاص الأصيل للنظر في

منازعات الصفقات العمومية بما فيها المنازعات المتعلقة بصفقات الأشغال عندما يكون موضوع الدعوى

هو إلغاء أحد القرارات الإدارية المنفصلة المعيبة، كما سيتبين تفصيله لاحقا .

ب- الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية

يقصد بالاختصاص الإقليمي توزيع الاختصاص توزيعاً جغرافياً بين المحاكم المختلفة المنتشرة في أنحاء الدولة ومراعاة نصيب كل محكمة من محاكم درجة معينة من ولاية القضاء، وذلك تبعاً للمكان المعين لهذه المحاكم وشمول دائرة اختصاصه⁸¹⁷.

كما أن الغاية من الاختصاص الإقليمي هو تيسير التقاضي وتقريب المحاكم من المتقاضين، فتكون العدالة في متناول أيديهم، على أساس أن لكل محكمة نصيب من ولاية القضاء بحسب موقعها الجغرافي من إقليم الدولة.⁸¹⁸

وعلى هذا الأساس فإنه يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية طبقاً للمادتين 37 و 38 من ق إ م إ، وهو ما أكدته المادة 803 من نفس القانون.

غير أن المادة 804 من القانون 09/08 المتضمن ق إ م إ نجد أنها جاءت خلافاً لما تضمنته المادة 803 المذكورة أعلاه، وجاءت باستثناءات فيما يخص المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية بصفة عامة و صفقات الأشغال بصفة خاصة، أين تم التنصيص فيها على وجه الإلزام رفع الدعاوى أمام المحاكم الإدارية في المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال أو تأجير الخدمات الفنية والصناعية، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه، إذا كان أحد الأطراف مقيماً به، وهو ما أكدته قبل ذلك المادة 39 من نفس القانون⁸¹⁹.

وبناءً على ما سبق فإنه ينعقد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية بالنسبة لمنازعات صفقات الأشغال أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

⁸¹⁷ - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جليطي، مرجع سابق، ص 65

⁸¹⁸ - نفس المرجع، ص 65.

⁸¹⁹ - المادة 39 من ق إ م إ تنص على أنه يؤول الاختصاص فيما يخص المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال و تأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان، غير أننا نلاحظ أن مضمون المادة 39 هو نفس ما احتوته المادة 804/6 من نفس القانون، غير أن الإختلاف يكمن بين المادتين أن المادة 804/6 عقدت الإختصاص في هذه المنازعات أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيماً به.

ثانيا: الشروط الموضوعية

تتمثل هذه الشروط الموضوعية في أسباب وحالات الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة، أو ما يطلق عليها عيوب القرار الإداري، وهي تشكل العيوب المثارة بخصوص هذه القرارات غير المشروعة، وفي حقيقة الأمر فإن هذه الشروط لا تعتبر شروط لرفع دعوى الإلغاء، وإنما شروط لقبولها، إذ يتم إلغاء القرار الإداري المنفصل بناء على أسباب ترجع إلى عدم مشروعيته الداخلية و الخارجية .⁸²⁰

1- عيوب المشروعية الخارجية في القرار الإداري المنفصل

ينطوي القرار الإداري على مظهر خارجي، بحيث نكون بصدد المنازعة في المشروعية الخارجية عندما تكون هذه الأخيرة تنصب على الأسلوب الذي استخدم في اتخاذ القرار فالقاضي لا يستطيع أن يحكم بإلغاء القرار الإداري في حالات عدم الاختصاص، عيب عدم الاختصاص، وعيب مخالفة الشكل والإجراءات⁸²¹ :

أ- عيب عدم الاختصاص

إذا كان الاختصاص في مجال القرارات الإدارية هو ولاية إصدارها، فإن عيب عدم الاختصاص يقع حينما يغتصب من لا ولاية له سلطة إصدار القرار، أو يصدر القرار من صاحب الولاية متجاوزا حدوده الزمنية والمكانية أو الموضوعية ، والاختصاص هو صلاحية قانونية لموظف معين، أو جهة إدارية محددة في اتخاذ قرار إداري ما، تعبيرا عن إرادة الإدارة، و تتحدد هذه الصلاحية بموجب أحكام القانون أو وفقا لمبادئه العامة .⁸²²

كما أن عيب عدم الاختصاص هو أول العيوب التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي للطعن بالإلغاء لما يتمتع به من أهمية كبيرة لكونه يتعلق بتحديد اختصاصات كل موظف عام أو هيئة إدارية من جهة، ولأنه أكثر عيوب القرار الإداري وضوحا من جهة أخرى⁸²³.

⁸²⁰ - رفرافي محمد زكرياء، مرجع سابق، ص 199 .

⁸²¹ - نفس المرجع، ص 199

⁸²² - عبد العزيز منعم خليفة، قضاء الإلغاء، أسس إلغاء القرار الإداري، مرجع سابق، ص 15 .

⁸²³ - مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 193.

ويرجعنا إلى المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع قد حدد اختصاصات المصلحة المتعاقدة بموجب المادة 6 منه و التي تنص على أنه :

لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة الآتية:

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة.
 - مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.
 - الوالي فيما يخص صفقات الولاية.
 - رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية.
 - المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية الوطنية والمحلية ذات الطابع الإداري".
- وأضاف من خلال الفقرة 2 من نفس المادة على أنه يمكن لكل سلطة من السلطات المذكورة أنفا أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال، بتحضير الصفقات و تنفيذها طبقا لأحكام التشريع والتنظيم المعمول به.

ومن أمثلة عيب الاختصاص في مجال الصفقات إعلان لجنة تقييم العروض عن اختيار المتعامل المتعاقد فإن ذلك لا يدخل ضمن اختصاصات هذه اللجنة التي وإن أوكل لها التنظيم فرز العروض وتقييمها واستخراج العرض أو العروض الأحسن، إلا أنه سلب منها اختصاص إرساء الاختيار على متعامل بعينه، وحصص هذا الاختصاص فقط في ممثل المصلحة المتعاقدة.⁸²⁴

ب- عيب مخالفة ركن الشكل و الإجراءات في القرار الإداري المنفصل

يقصد بشكل القرار هو الإطار الخارجي الذي يصدر فيه القرار و القالب الذي تعبر به الإدارة عن إرادتها أو هو المظهر الخارجي للقرار⁸²⁵، بالتالي هو الصورة التي تفرغ فيها الإدارة إرادتها بإصدار القرار، فإذا اشترط القانون أن يصدر القرار مكتوبيا أو مسيبا وخالفت الإدارة ذلك فإن قرارها في هذا الشأن يكون معيبا في شكله، ويتمثل عيب الشكل في عدم احترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المقررة في القوانين واللوائح المنظمة لإصدار القرارات الإدارية سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلية أو بمخالفتها جزئيا، ومن ثم فإن العيب يصيب القرار الإداري إذا ما خالف مصدره الإجراءات والأشكال التي حددها القانون لإصداره.⁸²⁶

⁸²⁴ - خرشي النوي ، مرجع سابق،ص 467 .

⁸²⁵ - بو عمران عادل ،مرجع سابق، ص 38 .

⁸²⁶ - عيد العزيز عبد المنعم خليفة ، قضاء الإلغاء ،أسس إلغاء القرار الإداري،مرجع سابق،ص 101

والأصل في القرار المنفصل أنه يصدر وفقا لشكليات معينة من أبرز تلك الشكليات شكلية تحرير القرار، وإصداره بلغة معينة، نشر القرار، إعلان القرار، التوقيع على القرار، تسبب القرار⁸²⁷، وهذه الشكليات قد تكون جوهرية أو ثانوية، حيث أن الشكليات الثانوية لا يتم الأخذ بها لإلغاء القرار الإداري و إنما يجب تصحيحها .⁸²⁸

ومن أمثلة الشكليات الجوهرية هي اشتراط المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن يكون قرار الإعلان عن الصفقة محتويا على البيانات الإلزامية المحددة في نص المادة 62 ، و بالتالي فإن تخلف أي بيان من هذه البيانات يجعل قرار الإعلان معيبا بعبب الشكل .

كما يعتبر قرار المنح المؤقت معيبا بعبب الشكل والإجراءات، إذا جاء مخالفا لما نصت عليه المادة 65 ف2 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، كأن لم يتم الإعلان عنه في الجرائد نفسها التي نشر فيها الإعلان عن الصفقة .

ومن أمثلة الأعمال الإدارية المرتبطة بالصفقة بغض النظر عن كونها تواكب مرحلة الإبرام أو تنفيذ الصفقة، والتي ألزم التنظيم بإتباع شكليات بشأنها، نجد على سبيل المثال تأشير لجنة الصفقات، و الإعدارات المتعلقة بتنفيذ الصفقة، وقرارات تسوية النزاعات و قرار الفسخ والحسابات الإجمالية النهائية.⁸²⁹ ويقصد بالإجراءات هي الخطوات التي يتعين مرور القرار بها قبل إصداره، فبعض القرارات قد يشترط القانون لصدورها إجراء معين .⁸³⁰

إلا أنه في مجال الصفقات العمومية بصفة عامة و صفقات الأشغال بصفة خاصة نجد أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بالعديد من الإجراءات التي حددها المشرع قانونا، أهمها نشر الإعلان عن الصفقة وفق ما تقتضيه المادتين 62 و65 من المرسوم الرئاسي 247/15 فكل إخلال بأحكام هاتين المادتين يكون سببا في رفع دعوى الإلغاء .

2- عيوب المشروعية الداخلية في القرار الإداري المنفصل:

إذا كانت المشروعية الخارجية تتعلق بالشكل الخارجي للقرار، فإن المشروعية الداخلية تتعلق أساسا بموضوع ومحتوى القرار، وبالتالي، يكون القرار الإداري المنفصل مشوبا بعبب المشروعية الداخلية، إذا أثرت أمام القاضي الإداري مسائل تتعلق بجوهر القرار المطعون فيه من حيث المحل والهدف والسبب .⁸³¹

827 - بو عمران عادل ، مرجع سابق، ص 39 .

828 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، 1991، مرجع سابق ، ص 641 .

829 - لمزيد من التفصيل راجع، خرشي النوي ، مرجع سابق، ص 468 وما يليها .

830 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، قضاء الإلغاء ، أسس إلغاء القرار الإداري ، مرجع سابق، ص 101 .

831 - رفاقي محمد زكرياء، مرجع سابق، ص 202 .

أ- عيب انعدام التسبيب:

للتعرف على عيب انعدام التسبيب يتعين علينا التعريف بركن السبب الذي يؤدي تخلفه إلى قيام هذا العيب حيث أن سبب القرار حسبما عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر هو العنصر القانوني أو الواقعي الذي يحدو بالإدارة إلى إصداره، فهو حالة واقعية أو قانونية، تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني معين هو محل القرار، ابتغاء تحقيق الصالح العام والذي هو غاية القرار.

وبوضح تعريف المحكمة الإدارية العليا لركن السبب، مدى الارتباط بين سبب القرار الإداري ومحله وغايته، فإذا كان سبب القرار هو سنده القانوني، فإن هذا السبب ما هو إلا وسيلة تدفع الإدارة لإحداث أثر معين، بغية تحقيق هدف عام غاية لكل القرارات الإدارية هي المصلحة العامة.⁸³²

رقابة القضاء الإداري على سبب القرار الإداري تمثل جانبا مهما من جوانب الرقابة القضائية على مشروعية القرار الإداري، ومقتضاها أن يبحث القاضي في مدى مشروعية الدوافع الموضوعية التي دعت الإدارة لإصدار قرارها.⁸³³

ومن هنا يعتبر تسبب القرار ضمان للأفراد و للقضاء على حد سواء، إذ يمكنهما من معرفة أسباب اتخاذ القرار والحكم على مشروعيته، إذ اشترط القانون تسبب القرار الإداري، فإن ذلك يجعل من التسبب شكلا أساسيا في القرار، و بالتالي يؤدي إهماله إلى بطلان القرار .

ومن الأعمال الواجبة التسبب اختيار المتعامل المتعاقد، فالإعلان عن المنح المؤقت للصفقة يستوجب تبيان أسباب اختيار المتعامل المتعاقد (مبلغ العرض الذي تقدم به، الأجل، النقاط المحصل عليها ... الخ)، كما أن التنظيم أوجب تعليل قرار رفض العرض المالي للمتعامل الاقتصادي الذي يبدو عرضه منخفضا بشكل غير عادي.⁸³⁴

ب- عيب مخالفة القانون في القرار الإداري المنفصل

قد تكون مخالفة القانون في القرار الإداري المنفصل في مجال الصفقات العمومية مباشرة وتتمثل هذه الحالة في مخالفة قاعدة القانون العام، سواء كانت هذه القاعدة دستورية أو تشريعية أو معاهدة دولية، وهذا ما نجده في ضرورة احترام التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية وقد تكون مخالفة القانون غير مباشرة، وتتمثل هذه الحالة في الخطأ في تفسير أو تطبيق القانون.⁸³⁵

832- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، قضاء الإلغاء ، أسس إلغاء القرار الإداري ،مرجع سابق، ص217 .

833- مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس و مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق،ص221

834- خرشى النوي، مرجع سابق،473 .

835- بن أحمد حورية، مرجع سابق،ص258.

فمثلا تنص المادة 13 من قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام التي تحدد السعر أو الحد المالي لاعتبار العقد صفقة عمومية، حيث يجب أن يفوق مبلغ 12.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال ومخالفة هذا الحد يجعل القرار الإداري المنفصل بالمنح المؤقت أو بإبرام الصفقة مخالفا للقانون .

ج- عيب الانحراف في استعمال السلطة

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن: "الانحراف بالسلطة يتمثل في استخدام سلطة معينة بواسطة جهة إدارية، من أجل تحقيق هدف آخر غير ذلك الذي من أجله منحت لها هذه السلطة بواسطة القانون".⁸³⁶ لذلك يعتبر عيب الهدف مركز عيب الانحراف في استعمال السلطة، ويظهر عندما يتبين أن مصدر القرار استهدف مصالح مغايرة لأهداف المصلحة العامة ومخالفة لما حدده القانون، والذي على أساسه منحت هذه الهيئة سلطة اتخاذ القرار .

ولدى مراقبة القاضي لهذا الركن من أركان القرار، فإنه يركز على فحص مدى مشروعية الهدف المراد وراء إصدار القرار محل الخصام، وذلك للتأكد من أن القرار لم يستهدف تحقيق غرض يجانب المصلحة العامة كت تحقيق مصلحة شخصية أو مصلحة للغير في شكل محاباة.⁸³⁷ وقد حظي هذا العيب بأهمية كبيرة في القضاء الإداري في فرنسا ومصر والأردن على السواء إلا أن أهميته تضاعفت لأنه يتصل بالبواعث النفسية الخفية لجهة الإدارة، وإثباته يتطلب أن يبحث القضاء في وجود هذه البواعث وهو غاية بعيدة المنال .

لذلك أضفى القضاء على هذا العيب الصفة الاحتياطية فلا يبحث في وجوده طالما أن هناك عيب آخر شاب القرار الإداري مثل عيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القانون.

وإذا كان عيب الانحراف بالسلطة عيب قصدي أو عمدي يتعلق بنية مصدر القرار الذي غالبا ما يكون سيئ النية يعلم أنه سعى إلى غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو غير تلك التي حددها القانون فإنه قد يحصل أن لا يقصد مصدر القرار الابتعاد عن المصلحة العامة إلا أنه يخرج عن قاعدة تخصيص الأهداف فيكون القرار مشوبا بعيب الانحراف أيضا.⁸³⁸

ويمكن أن يظهر عيب الهدف بصدد الخصائص التقنية مثلا، كتحديد بطريقتة متعسفة لا يستدعيها موضوع الصفقة، بحيث يؤدي التحديد إلى إعطاء أسبقية لطرف على حساب أطراف أخرى، أو يكون الهدف

836 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، قضاء الإلغاء (أسس إلغاء القرار الإداري)، مرجع سابق، ص281.

837 - خرشي النوي، مرجع سابق، ص473

838 - مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس و مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق ، ص ص231، 230.

منه استبعاد أطراف أخرى عن المنافسة، أو مثل إدخال معايير اختيار لا علاقة لها بحسن اختيار العروض.⁸³⁹

الفرع الثاني : أثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة

بعدما يصدر القاضي مقرر قضائي بإلغاء القرار الإداري المنفصل المتعلق بالصفقة العمومية، إعتبر هذا القرار كأنه لم يكن، مما يؤدي إلى إلغاء القرارات التي تم إصدارها على أساس القرار الإداري الملغى، شريطة أن تكون علاقة قانونية قائمة بينهما.⁸⁴⁰

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الشأن هل إلغاء القرارات التحضيرية لإبرام الصفقة يؤدي بالضرورة إلى إلغاء عقد الصفقة العمومية وهل تؤثر على مشروعيتها؟

وهنا يرى الدكتور محمد باهي أن إلغاء القرارات التحضيرية لإبرام الصفقة العمومية وحدها لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء الصفقة، بل يبقى العقد سليما وناظا حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء أمام قاضي العقد، وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه استنادا إلى سبق إلغاء القرارات الممهدة لإبرام الصفقة العمومية والتي ساهمت في إتمام التعاقد.⁸⁴¹

ولتوضيح هذه المسألة أكثر وجب علينا التطرق أولا إلى موقف الفقه والقضاء الفرنسي ثم الفقه والقضاء المصري (ثانيا)، لننتعرض في الأخير إلى موقف المشرع الجزائري من ذلك (ثالثا).

أولا : موقف الفقه والقضاء الفرنسي بخصوص أثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة

في فرنسا مر مجلس الدولة الفرنسي بمرحلتين، المرحلة الأولى أنه لا يترتب على الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة بطلان العقد نفسه، لأن المختص هو قاضي العقد و بالتالي فإن هذا الحكم ليس له أثر مباشر على العقد، وإنما يظل العقد قائما ومنتجا لكل آثاره حتى ترفع المنازعة أمام القاضي المختص المتمثل في قاضي العقد، من أحد طرفي العقد طالبا الحكم ببطلانه استنادا إلى حكم إلغاء أحد القرارات المساهمة في تكوينه.⁸⁴²

وقد انتقد الفقه هذا المسلك الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي على أساس القرار الذي حكم بإلغائه هو جزء من العملية التعاقدية كلها ، ومن غير المنطقي أن يظل العقد قائما منتجا لآثاره برغم الحكم بإلغائه جزء منه، طالما لم يطلب أحد طرفيه بطلانه.⁸⁴³

⁸³⁹-خرشي النوي، مرجع سابق، ص474

⁸⁴⁰- طيبون حكيم، مرجع سابق، ص114 .

⁸⁴¹- محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق، ص182 .

⁸⁴²-محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق، ص ص353،352.

⁸⁴³-نفس المرجع، ص353.

ومن جانبه يقرر weil أن هذا الاتجاه السابق ليس له ما يبرره سواء من الناحية العملية أو من الناحية النظرية، فمن الناحية العملية لا ينبغي أن يكون القانون عملاً فقهيًا بحتاً مجرداً من كل فاعلية، ولا يخفى ما يؤدي إليه ذلك الاتجاه من تعقيدات وتكرار لإجراءات التقاضي أمام قاضي الإلغاء ثم أمام قاضي العقد ومن الناحية النظرية فإنه مما يتعارض مع كل منطق أن ينهار ركن أو أساس من أسس عملية قانونية وتظل العملية رغم ذلك قائمة، إذا كان المشرع قد استلزم سلسلة من الإجراءات الإدارية في سبيل إتمام العقد الإداري، فإنه يقصد بذلك سلامة العقد و شرعيته، وما أحيط به من قرارات، وإذا كان قبول الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية المنفصلة يمثل خطوة محمودة تتفق والتحليل المنطقي للعملية العقدية، فينبغي أن يتبع ذلك أعمال النتائج المنطقية للحكم بإلغاء تلك القرارات.⁸⁴⁴

ويؤكد الاتجاه السابق ما يقول به Karassilchik من أن عدم ترتيب أي أثر على إلغاء القرار المنفصل يتضمن مخالفة صارخة لحجية الشيء المقضي فيه، فكيف يتسنى الإبقاء على العقد مع ما يتضمنه من عدم المشروعية مع أن أحد العناصر التي يقوم عليها أصبح معدوماً بمقتضى حكم الإلغاء.⁸⁴⁵

وهكذا يرتب الفقه الفرنسي على بطلان القرار المنفصل عن العملية العقدية بطلان العملية برمتها رافضاً بذلك مسلك مجلس الدولة الفرنسي السابق.

وقد تأثر مجلس الدولة الفرنسي، وعدل عن رأيه وسائر في رأيه الفقه باعتبار إلغاء القرار الإداري المنفصل يرتب آثاره المباشرة في إبطال العقد الإداري حتى ولو لم يتمسك الأطراف به ودل على ذلك في حكمه الصادر في أول مارس سنة 1954 في قضية société d'énergie industrielle في هذا الحكم قضى المجلس بأن إلغاء القرار الصادر بالتصديق على العقد الإداري يجعل طلب التفسير المقدم إلى المجلس بعد ذلك غير ذي موضوع، لأن الشروط الواردة في العقد لا يمكن تنفيذها، بالرغم من أنه لا الإدارة ولا المتعاقد معها قد طلب أمام قاضي العقد ترتيب الآثار التي تتولد عن الحكم الصادر بالإلغاء .

كما أن هذا الرأي أكثر انسجاماً مع طبيعة الحكم بالإلغاء الذي يتميز بالحجية المطلقة اتجاه الكافة، و أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي مباشرة إلى إلغاء العقد حتى ولو لم يتمسك به أطراف العقد أو الغير، وأن العلاقة التعاقدية تتأثر تلقائياً بذلك الإلغاء خاصة إذا كان إلغاء تلك القرارات الإدارية المنفصلة

844- محمد أحمد إبراهيم المسلماني ، مرجع سابق، ص353

845- نفس المرجع، ص 354 .

ناتج على أساس الإخلال بأحد المبادئ التي وضع من أجلها تنظيم الصفقات العمومية المتمثلة في المساواة والشفافية والمنافسة.⁸⁴⁶

ثانيا : موقف الفقه والقضاء المصري بخصوص أثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة

إن القضاء الإداري المصري في هذا الشأن قد سلك مسلك القضاء الإداري الفرنسي، وهو أن الحكم الصادر بإلغاء أحد القرارات المساهمة في تكوين العقد ليس له في حد ذاته أثر مباشر على العقد ذاته ما لم يتمسك به أحد طرفي العقد⁸⁴⁷، غير أن الفقهاء المصريين انتقدوا مبدأ عدم تأثر العقد الإداري بإلغاء القرار المنفصل عنه وذلك على أساس أن هذا القرار يكون مع مجموعة القرارات الأخرى كلا لا يتجزأ، فهو مرحلة من مراحل العملية التعاقدية ويتوقف عليه بالتالي سلامة تلك العملية بأكملها، ولذلك فإن انهياره يترتب انهيار لبقية أجزاء العملية بالكامل.⁸⁴⁸

كما ذهب بعض الفقه في هذا الإطار إلى أنه رغم عدم تأثر العقد الإداري بحكم إلغاء قرار منفصل عنه من الناحية القانونية، إلا أن العقد يتأثر بهذا الإلغاء من الناحية العملية حيث يمكن لأحد أطراف العقد استنادا إلى حكم إلغاء القرار المنفصل عن العقد، اللجوء إلى قاضي العقد طالبا فسخه، كما أن حكم الإلغاء قد تكون له آثار إيجابية فمن الممكن أن تقدم الإدارة على تصحيح الوضع بإجراء لاحق.

ويرى الدكتور محمد أحمد إبراهيم المسلماني أن الحكم بإلغاء القرار القابل للانفصال يتوقف أثره على مدى ارتباطه بالعقد ذاته، فقد يقتصر أثر البطلان على الإجراءات التالية للقرار المحكوم بإلغائه دون الإجراءات السابقة عليه والتي تمت سليمة في ذاتها، وقد يؤثر على العقد ذاته لما يؤدي إلى بطلانه، مثل القرار الصادر بإلغاء الترخيص أو باستبعاد أحد المتناقصين أو المتزايدين والذي يترتب عليه بطلان العملية التعاقدية برمتها، بعكس ما لو تم الطعن على قرار إبرام العقد أو التصديق عليه الذي لا يؤدي إلى بطلان كل الإجراءات السابقة عليه وإذا صدر الحكم بإلغاء أحد القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية بعد تمامها دون أن يتمسك به أحد طرفي العقد، ولم ترفع بشأنه دعوى بطلان العملية العقدية ذاتها، في هذه الحالة لا يترتب على الحكم بإلغاء القرار القابل للانفصال عن العملية التعاقدية بطلانها، وعلى الإدارة تصحيح الوضع بإجراء لاحق لتلافي العيب الذي لحق بالقرار المحكوم بإلغائه.⁸⁴⁹

⁸⁴⁶- كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص

109.

⁸⁴⁷- محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق، ص360.

⁸⁴⁸- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكما، مرجع سابق، ص330.

⁸⁴⁹- محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق، ص360.

كما يرى الدكتور سليمان الطماوي أن الطعن في القرار الإداري المنفصل عن طريق دعوى الإلغاء، في حالة العقود الإدارية يتميز بنتيجة أساسية بالغة الخطورة، تنحصر في أثر الإلغاء على العقد الإداري فالمسلم به بالنسبة إليه أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج لأن ما يبني على باطل فهو باطل، و استطراد مبرزا التناقض الحاصل في موقف القضاء الفرنسي والمصري بالقول أن القرار المنفصل والذي يحكم بإلغائه، هو مرحلة من مراحل العملية المركبة، و يترتب عليه سلامة العملية كلها، و بالتالي فإن إبطال القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلى إبطال ما يترتب عليها .

ورغم استقرار قاعدة عدم تأثر العقد الإداري بالحكم الصادر بإلغاء قرار منفصل عنه، حيث لا يفسخ هذا العقد تلقائياً كأثر لحكم الإلغاء إلا أن ذلك لا يقلل من أهمية حكم الإلغاء، حيث أن العقد يتأثر من الناحية العملية بإلغاء أحد القرارات المنفصلة عنه، فيمكن لأحد أطراف الصفقة استنادا إلى هذا الحكم أن يلجأ لقاضي العقد مطالبا بفسخه حيث أن لحكم الإلغاء أثر مطلق يكون محل تقدير المحكمة الإدارية كما أن حكم الإلغاء قد يكون له آثار إيجابية فمن الممكن أن تقوم الإدارة بتصحيح الوضع بإجراء لاحق.⁸⁵⁰

كما أن حق المطالبة بإنهاء العقد الإداري استنادا إلى الحكم الصادر بإلغاء أحد القرارات المنفصلة عن هذا العقد والتي ساهمت في تكوينه يقتصر استعماله على أطراف العقد، وذلك وفقا لقاعدة نسبية العقود الإدارية، فليس لمن لم يكن طرفا في العقد اللجوء إلى قاضي العقد متمسكا بحكم إلغاء القرار المنفصل والذي ساهم في إيجاد العقد الإداري توصلا لإنهاء هذا العقد .

و إن كانت إمكانية تقديم دعوى بطلان العقد تبقى مفتوحة أمام أطراف العقد، فإن الأمر يستدعي معرفة مدى إلزامية تحريك دعوى بطلان العقد وخاصة بالنسبة للإدارة المتعاقدة ؟ إن إشكالية استعمال حق المطالبة بإنهاء العقد غير مطروحة عندما يكون الطرف المتعاقد هو الذي قام بتحريك دعوى إلغاء القرار المنفصل عن العقد، لكن الأمر قد يختلف عندما يكون الغير هم الذين قاموا بتحريك دعوى بطلان القرار المنفصل عن العقد، باعتبار أن ذلك قد يتعارض مع مصلحة أطراف العقد الذي يرغبون باستمرار قيام العقد، وأمام هذه الوضعية يمكن التساؤل هل يمكن للغير الذي ليسوا لهم الحق في اللجوء إلى قاضي العقد للمطالبة بإنهاء العقد، أن يلزموا الإدارة بأن تتقدم بدعوى بطلان العقد ؟

⁸⁵⁰ - محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2 مرجع سابق، ص ص 184 ، 185

ولإجابة عن هذه الإشكالية يجب الأخذ بعين الاعتبار إذا ما كان القرار المنفصل الصادر بالحكم بإلغائه يستند على عيب ذاتي في القرار المنفصل، أم يستند على عدم شرعية العقد نفسه؟ فإذا تم الحكم بإلغاء القرار المنفصل استناداً إلى عدم شرعية العقد فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى بطلان العقد لأن عدم شرعية العقد هي التي أدت إلى عدم شرعية القرار المنفصل في هذه الوضعية يكون تحريك دعوى بطلان العقد إلزامياً من طرف الإدارة .

أما إذا تم الحكم استناداً إلى عيب ذاتي فإن إلزامية تحريك دعوى بطلان العقد لا تكون صارمة وترتبط بجدية العلاقة القائمة ما بين القرار المنفصل موضوع الإلغاء وبين العقد، فإذا كان القرار المنفصل الصادر بالحكم بإلغائه يتعلق بإبرام العقد فإنه يكون له ارتباط وثيق بالعقد، وفي هذه الحالة فإن تحريك دعوى بطلان العقد تكون ضرورية، لكن إذا كان القرار المنفصل يتعلق بعمل آخر غير الأعمال الممهدة لإبرام الصفقة فقد تواجه ذلك ظروف من شأنها الحيلولة دون تحريك دعوى بطلان العقد، كما هو عليه الحال مثلاً بالنسبة لقرار المصادقة على الصفقة العمومية من لدن سلطة الوصاية، حيث يمكن اتخاذ قرار جديد للمصادقة على الصفقة والذي يمكنه أن يحل محل قرار المصادقة الصادر بالحكم بإلغائه باعتبار أن قرار المصادقة يسري بأثر رجعي.

و يتبين مما سبق أن الإدارة المتعاقدة لا تكون ملزمة بتحريك دعوى بطلان العقد في جميع الحالات، وأن هذه الإلزامية لا تكون مفروضة إلا في بعض الفرضيات، وأن تحريك تلك الدعوى يرتبط بظروف بطلان القرار المنفصل عن العقد و بموضوعه و بأسبابه.⁸⁵¹

⁸⁵¹ محمد باهي . منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2مرجع سابق، ص ص 185،186 .

ثالثا: موقف المشرع الجزائري بخصوص أثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة

والمشرع الجزائري قصد تفادي هذه الإشكالات القانونية الأنفة الذكر، استحدث ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 طريق القضاء الإستعجالي قبل التعاقد وذلك بغية الفصل في المنازعات الناتجة نتيجة الإخلال بمبدأي الإثهار والمنافسة والتي يأمر بموجبها القاضي الإداري الإستعجالي بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات لمدة لا تتجاوز 20 يوما ، وفق ما تمت دراسته سابقا.

كخلاصة لما سبق فإن لابد من التنويه بأن الإمام بجميع القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة يكاد يكون مستحيلا وذلك لندرة الأحكام القضائية في هذا المجال، و يبقى الدور منوطا بالقاضي الإداري ليضع قواعد و اجتهادات يركز عليها كل من القاضي والمتقاضي لأن الحكم بالإلغاء له أثر سلبي بسبب طول مدة النزاع، إذ قد يصدر والصفقة دخلت مرحلة التنفيذ أو شارفت على نهايتها .

وبما أنه لا تقبل دعوى الإلغاء إلا على وجه من الوجوه التي سبق ذكرها، فإن القاضي الإداري سيحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس، لأن مخالفة القرار لنص عقدي ليس من حالات عدم المشروعية وهذا مبدأ مستقر في كافة مراحل العقد في الإبرام والتنفيذ وكذلك باختلاف وصف العقد سواء كان مدني أو عقد إداري، وهذا راسخ حاليا في القضاء الفرنسي .⁸⁵²

⁸⁵² - خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 197

المبحث الثاني: اختصاص القاضي الإداري بنظر دعوى القضاء الكامل لتسوية منازعات صفقات الأشغال أطلق على هذا النوع من الدعاوى القضاء الكامل ، نظرا لتعدد واتساع سلطات القاضي المختص في الدعوى، مقارنة بسلطاته المحدودة في دعاوى الإلغاء والتفسير و فحص مشروعية القرارات الإدارية، ومن ثمة فهي تشمل مجموعة دعاوى إدارية يرفعها ذوي الصفة والمصلحة أمام القضاء المختص بهدف المطالبة والاعتراف لهم بوجود حقوق أي مراكز شخصية مكتسبة، والتقرير أن الإدارة من خلال أعمالها القانونية والمادية قد مست بهذه الحقوق الذاتية بصفة غير شرعية، ثم تقدير الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن ذلك ،ثم التقرير بإصلاحها وجبرها ،وهذا إما بإعادة الحالة التي كان عليها المدعون على أساس القانون، أو دفع مبلغ مالي مستحق أو التعويض عنها والحكم على السلطات الإدارية المدعى عليها بالتعويض أو تثبيت حق مؤسس قانونا⁸⁵³.

وبالتالي فإن المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية والعقود هي منازعات شخصية بين أطراف العقد وليست منازعة عينية توجه إلى العقد ذاته بالإضافة إلى أن القاضي في منازعات العقود يجب أن يتمتع بسلطات واسعة مثل القيام بتعيين خبير أو فسخ العقد أو الحكم بالتعويض أو إبطال بعض التصرفات أو تعديل بعض الأعمال .

ومن تم فإن المنازعات كلما ارتبطت ببند الصفقة العمومية ونصوص العقد سواء كانت المنازعات خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها تدخل كلها في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء⁸⁵⁴.

ومن شروط رفع الدعاوى المتعلقة بالقضاء الكامل ، أن ترفع من طرف المتعاقدين فقط ولا يمكن رفعها من قبل المتعاملون الثانويون ولا الأطراف الأجنبية لانعدام شرط المصلحة، كما يشترط أيضا أن يتعرض المتعاقد إلى حالة تعدي لحق من حقوقه النابعة عن الالتزامات التعاقدية في إطار الصفقة ويكون هذا التعدي ناتج عن فعل الطرف الآخر للعقد⁸⁵⁵.

ومن أجل الإلمام بمختلف دعاوى صفقات الأشغال التي تندرج ضمن اختصاص ولاية القضاء الكامل، ارتأينا التطرق إلى سلطة القاضي في دعوى إبطال وفسخ صفقات الأشغال في **المطلب الأول**، ثم إلى سلطة القاضي الإداري في دعوى التعويض في **المطلب الثاني** .

⁸⁵³ - خضري حمزة ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص202

⁸⁵⁴ - كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جليطي، مرجع سابق، ص 104

⁸⁵⁵ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص479، 480 .

المطلب الأول: سلطات القاضي الإداري في دعوى إبطال و فسخ صفقات الأشغال

يتمتع القاضي الإداري في مادة صفقات الأشغال بسلطات متنوعة وذلك من خلال دعاوى إبطال و دعاوى فسخ هذه الصفقات ، وهو ما سنبرزه من خلال دراستنا الآتية :

الفرع الأول: سلطة القاضي في دعوى إبطال صفقة الأشغال

ينظر القاضي الإداري في دعوى إبطال عقد صفقة الأشغال عند وجوب عيوب متعلقة بهذه الصفقة (أولاً)، كما يترتب جزاء على مخالفة شروط الانعقاد والصحة فيها (ثانياً)، وهو ما سنوضحه كما يلي:

أولاً: سلطة القاضي بنظر العيوب المتعلقة بصفقات الأشغال

يتمتع القاضي الإداري بسلطات في دعوى الإبطال عند النظر في العيوب المتعلقة بصفقات الأشغال، غير أن الفقه الإداري يصنف الإختلالات والعيوب التي تصيب الصفقة العمومية إلى إختلالات أو عيوب خارجية و عيوب داخلية، والتي سنتطرق إليها على الشكل التالي:

1- العيوب الخارجية:

الإختلالات الخارجية هي التي تشمل من جهة عيوب التعبير عن الرضا، من حيث عدم توفر الاختصاص لدى أطراف العقد، ومن حيث عدم احترام الشكل الذي تتخذه الصفقة ومن حيث مخالفة الشكليات والشروط والإجراءات القانونية المحددة لإبرام الصفقة العمومية، بما في ذلك احترام الشكل الكتابي لإبرام الصفقة العمومية و احترام إجراءات المنافسة وحرية الولوج إلى الطلب العمومي واختيار طرق إبرام الصفقة واختيار المتنافسين وإبرام الصفقة وتشمل من جهة ثانية عدم الرضا وعيوب الرضا⁸⁵⁶ ، وسنلخص هذه الإختلالات في مايلي:

أ- أهلية أطراف الصفقة :

إن أهلية المتعاقدين شرط لصحة التعاقد في العقود الإدارية هذه الأهلية بالنسبة للإدارة تأخذ شكل اختصاص التعاقد باسم الإدارة ومن ثم فإن عدم أهلية الإدارة للتعاقد، يأخذ شكل عيب عدم مشروعية العمل الذي يرجع إلى عيب عدم الاختصاص .

ويطلب اختصاص الإدارة المتعاقدة شرطين: الأول اختصاص الشخص العام المتعاقد (المصلحة المتعاقدة) والثاني اختصاص السلطات التي تتدخل لإبرام العقد .⁸⁵⁷

⁸⁵⁶ - باهي محمد منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق، ص420
⁸⁵⁷ - محمد بن سعيد بن حمد المعمري، مرجع سابق، ص116.

وإعمالاً لذلك فإن العقود الإدارية بصفة عامة وعقود الصفقات العمومية بصفة خاصة تنعقد بوجود شخصين أحدهما الشخص المعنوي العام، وهذا الأخير يتمثل وفقاً للمادة 49 من ق م الجزائر في :
الدولة ، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري... " وهذا طبقاً للمعيار العضوي .
وبرجعنا إلى المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المادة 6 منه نصت على صفة المصلحة المتعاقدة ، كما نصت المادة 4 من ذات المرسوم على أنه لا تصح الصفقات ولا تصبح نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة ، ويمكن لهذه الأخيرة أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وفقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما .

غير أن صفة المصلحة المتعاقدة المشار إليها في المادة 6 أعلاه تثير عدة إشكالات تتمثل في ما يلي:

أ-01-عدم الاختصاص الشخصي

يتمثل هذا الاختصاص في تحديد الأفراد الذين يشكلون صلاحية إبرام الصفقة العمومية من جهة وتحديد الشروط الواجب توافرها في المتعامل المتعاقد كما أن صفة الشخص الذي يتعاقد مع الإدارة، تتعلق أساساً بفكرة الأهلية بالنسبة للشخص الطبيعي، إما إذا كان المتعاقد شخصاً معنوياً، فإن الصفة تتعلق بمدى صحة تمثيل الذي قام بالتوقيع على الصفقة للشخص المعنوي الذي ينوب عنه، ومن ثم فإن القاضي المدني هو الذي يختص بالنظر في هذه المسائل ، فإذا كان الفصل في صحة العقد الإداري متوقف على الدفع الجدي لمسألة أولية تتعلق بأهلية الشخص الخاص، فإن القاضي المختص يوقف الدعوى، ويحيلها على القاضي العادي ليفصل فيها، و يعتبر هذا الحكم مقيداً للقاضي الإداري⁸⁵⁸، ويوجد هذا العنصر سنده في المادة 4 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الإشارة إليها.

وفي هذا الشأن يعتبر كل من الفقه والقضاء المقارن الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال باطلة إذا أبرمت في ظروف غير مشروعة، كتوقيعها مثلاً من طرف شخص غير مختص، وهو بطلان يعتبر من النظام العام حيث يمكن إثارتها تلقائياً من طرف القاضي أو من طرف المتعاقد في كل حين ، وحتى في حالة بداية الأعمال، ونفس الأحكام تطبيقاً على صفقات الأشغال غير المصادق عليها أو المصادق عليها في ظروف غير مشروعة، إذ لا يمكن أن تترتب عليها أية آثار قانونية، وبالتالي يجوز لطرفي العقد الدفع ببطلان الصفقة ويبقى القاضي هو وحده المؤهل بالتصريح ببطلانها .⁸⁵⁹

⁸⁵⁸ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 264.

⁸⁵⁹ - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، مرجع سابق، ص 245 .

وبالنسبة لموقف القضاء الإداري من الحياد عن القواعد المنظمة لإبرام الصفقات العمومية، وبخصوص الشروط المتعلقة بالجهة المختصة بالتعاقد أكدت محكمة النقض على ضرورة أن يكون الشخص المتعاقد باسم الإدارة متوفراً على الصفة القانونية التي تخوله ذلك⁸⁶⁰، كما صرحت في قرار لها أنه: "بالرجوع إلى سندات الطلب و وصولات التسليم المعتمدة من طرف المحكمة كأساس للحكم المطعون فيه يتضح بأنها مجرد نسخ لا تبين الصلاحية المخولة لموقعها هل هو الأمر بالصرف أو أنه يتوفر على تفويض قانوني من الأمر بالصرف ، وبذلك فإنها لم تجعل لما قضت به أساساً من القانون ."⁸⁶¹

أ-02-عدم الاختصاص الإقليمي

يعرف هذا الاختصاص على أنه تحديد الدائرة المكانية التي يمكن لرجل الإدارة المختص أن يمارس اختصاصه ضمنها، والمثال على أن تقوم إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في بلدية "أ" خطأ بإبرام صفقة عمومية تدخل في نطاق اختصاص مؤسسة عمومية أخرى تابعة لنفس البلدية .

أ-03-عدم الاختصاص الزمني

يقصد بهذا العنصر تحديد المدى الزمني الذي يجوز ضمنه إبرام التصرف القانوني، كأن تبرم مؤسسة عمومية صفقة عمومية بعد قرار حلها ، و إنشاء مؤسسة عمومية أخرى عوضها .

أ-04-عدم الاختصاص النوعي

يرتبط هذا الاختصاص بقاعدة تخصيص الأهداف بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، إذ لا يمكن مباشرة اختصاصاتها إلا داخل النطاق القانوني المحدد لها بموجب القوانين والتنظيمات .⁸⁶²

ب-بطان الصفقة لعيب يتعلق بركن الرضا :

العقد الإداري شأنه شأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزام أو تعديله .⁸⁶³

وعقود الصفقات العمومية ومنها صفقة الأشغال تتم كأبي عقد باقتران إرادتين، وهو ما يعبر عنه بالإيجاب والقبول، وإرادة المتعهد تمثل إيجاباً وإرادة المصلحة المتعاقدة تمثل قبولا، تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات متبادلة في ذمة الطرفين .

⁸⁶⁰ قرار محكمة النقض - الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 2004/10/13، تحت عدد 1031 ، مشار إليه في مقالة د- هشام الوازيكي، ضمان المراكز المتعارضة في منازعات الصفقات العمومية، مجلة مغرب القانون ، 2018 ص 128 .

⁸⁶¹ قرار محكمة النقض - الغرفة الإدارية، بتاريخ 2006/05/25، عدد 409، ملف 1254/4/25 ، مشار إليه في نفس المرجع، ص 128 .

⁸⁶² - بن أحمد حورية ، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص ص 264، 265 .

⁸⁶³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ص 328 ، 329 .

تبدأ الصفقات العمومية بمرحلة تمهيدية تتمثل في الإعلان عنها بالطرق القانونية⁸⁶⁴، وبما أن المشرع الجزائري لم يضع على غرار العديد من التشريعات المقارنة تعريفا للإعلان في مجال الصفقات العمومية وإنما اكتفى بذكر القواعد المنظمة له من بيانات، أجال، وسائل نشره وفي غياب التعريف التشريعي، سنلجأ إلى التعريف الذي أورده الفقه، إلا أن الملاحظ هنا هو تعدد التعريفات الفقهية بسبب الاختلاف حول التكييف القانوني للإعلان الذي عرف جدلا فقهيًا واسعًا .

حيث يرى اتجاه أول من الفقه أن الإعلان هو التزام يقع على جهة الإدارة مصدره القانون وأن تقديم العطاء من قبل المترشحين هو الآخر مصدره القانون، في حين يرى اتجاه ثاني أن إعلان الإدارة يعد إيجاباً، ويكون التقدم بالعطاء قبولاً ويبررون موقفهم هذا بأن الإيجاب هو ما يصدر أولاً من طرف الإدارة، على عكس القبول الذي يصدر ثانياً من أحد المتعاقدين، وهو ما ينطبق على الإعلان عن الصفقة والتقدم بالعطاء، أما الاتجاه الثالث فيرجح أن الإعلان عن الصفقة العمومية ما هو إلا دعوة للتعاقد وليس إيجاباً تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معها، وهو نفس الرأي الذي استقر عليه القضاء الإداري في مصر، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الإعلان عن المناقصة مجرد دعوة للتعاقد، بينما يعتبر تقديم العطاء وفقاً للمواصفات و الإشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يتلقى قبول الإدارة لينعقد العقد .⁸⁶⁵

غير أننا نؤيد الاتجاه الفقهي الأخير الذي يقضي بأن الإعلان عن الصفقة لا يعد إيجاباً من جانب المصلحة المتعاقدة، بل يظل مجرد دعوى إلى التعاقد⁸⁶⁶، وخلال المدة المحددة في إعلان الصفقة، يبادر المتنافسون بإرسال عطاءاتهم، فيعد العطاء إيجاباً من جانب المتعهد، وإذا كان الأصل أن الإيجاب يقع غير ملزم قبل أن يتصل بعلم من وجه إليه، فيحقق للموجب العدول عن إيجابه إذا لم يتصل بعلم من وجه إليه، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات حيث أنه وفق المادة 63 من القانون المدني، يكون الإيجاب ملزماً لصاحبه إذا حدد لمن وجه إليه ميعاد لقبوله، وتعد حالة تقديم العطاءات في المناقصات مثالا لذلك حيث يلتزم المتعهد بعطائه طيلة المدة المحددة لإيداع العروض والتي تسمى بمدة صلاحية العروض و يقصد بها في مجال الصفقات المدة التي بقي فيها المتنافس ملتزماً بعطائه، تحسب هذه المدة ابتداءً من تاريخ انتهاء مدة استلام العروض، يتم بعد ذلك دراسة العروض من طرف اللجان المختصة لتصل في

864 - شريف سمية، مرجع سابق، ص 118.

865 - غنية عباس، مرجع سابق، ص 21 .

866 - نفس المرجع، ص 21

الأخير إلى اختيار أحد العروض فتقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء المنح المؤقت للصفقة وهو الإجراء الذي يشكل قبولاً من جانبها وبذا يكتمل الرضا في الصفقات .⁸⁶⁷

ولا يكفي لقيام الصفقات العمومية توافر الإيجاب و القبول بالصورة التي سبق بيانها، وإنما يجب أن يكون التراضي صحيحاً، خالياً من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، التديليس والإكراه، فإذا شابته إرادة المتعاقد أياً من تلك العيوب جاز له طلب إبطالها وستنطبق لهذه العيوب كما يلي :

ب-01-الغلط

يعرف الغلط على أنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، عن طريق واقعة صحيحة يتوهم الإنسان عدم صحتها أو واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها .

ومثل هذا الغلط إذا ما وقع فيه المتعاقد مع الإدارة فإنه يعيب إرادته، الأمر الذي تنعدم معه صحة التراضي مما يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد، حيث يقضي ببطلانه إذا ما تمسك المتعاقد بطلب إبطال العقد .⁸⁶⁸

بالتالي فإن الغلط هو اعتقاد خاطئ يقع في ذهن المتعاقد يدفعه إلى التعاقد ، ويرجعنا إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المادة 81 منه تنص على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطالب بإبطاله"، كما نصت المادة 82 من نفس القانون على أنه: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط"، و يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرياً أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية، و إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

باستقراءنا للمادتين 81 و82 المذكورتين أعلاه ، يتبين لنا أنه يشترط لإبطال العقد لغلط أن يكون جوهرياً و أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر إذا كان في صفة جوهريه، أي أن يكون هذا الأخير قد وقع هو الآخر فيه أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

وترتيباً على ما تقدم فإن الغلط غير الجوهري لا يؤثر على صحة العقد الإداري كما لو كان خطأ في الكتابة أو الحساب، حيث أن هذا لا يعدو أن يكون غلط مادي يتم تصحيحه دونما تأثير على صحة العقد .⁸⁶⁹

⁸⁶⁷ - شريف سمية، مرجع سابق، ص 118.

⁸⁶⁸ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 330.

⁸⁶⁹ - نفس المرجع، ص 331.

ب-02-التدليس

إن الصفقات العمومية تبطل إذا شاب إرادة أحد طرفيها غلط أوقعه فيه الطرف الآخر مستعملا طرق إحتيالية، إلا أنه من غير المعقول أن تدلس الإدارة على المتعاقد معها لحمله على التعاقد، حيث يفترض أن المتعاقد مع الإدارة هو الذي يقوم بالتدليس عليها لدفعها للتعاقد معه و يلحق أضرارا بالإدارة و بالتالي من حقها وواجبها إبطالها .⁸⁷⁰

نصت المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز إبطال العقد لتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرام الطرف الثاني العقد، و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ."

ويتحقق ذلك في عقد صفقات الأشغال إذا ما ارتكب المقاول غشا في تنفيذه لالتزاماته مثل إخفاء عيب في المبنى أو في المواد الأولية للبناء، والمسؤولية عن تدليسه أو غشه كقاعدة عامة مسؤولية تقصيرية، وأساس ذلك أن التدليس ينشئ على عاتق مرتكبه التزاما جديدا يختلف عن الالتزام الناشئ عن العقد .⁸⁷¹

-عناصر التدليس

يتكون التدليس من عنصرين أساسيين وهما:

*العنصر المادي:

يتمثل في استعمال طرق احتيالية من طرف أحد المتعاقدين أو نائبيهما تبلغ درجة من الجسامة تدفع بالطرف الآخر لإبرام الصفقة العمومية .

*العنصر المعنوي:

يتحقق بتوافر القصد لدى مستخدم الطرق الاحتيالية في دفع الطرف الآخر للتعاقد معه، أي توافر نية التظليل لدى المدلس .

والتدليس نوعان ،التدليس الدافع هو وحده الذي يعيب الرضا وبالتالي يستوجب إبطال الصفقات العمومية أما العارض لا يعد سببا للإبطال و إنما هو سبب للتعويض .⁸⁷²

⁸⁷⁰ - بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل منازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان- كلية الحقوق، 2010/2011، ص 74 .

⁸⁷¹ - عبد الله صنفين، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1999، ص 70 .

⁸⁷² - بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق ، ص 74 .

فالتدليس كسبب لإبطال العقد يجب أن يكون صادرا من أحد طرفيه حيث أن إبطال العقد استنادا إليه يكون بمثابة جزاء، ولا يجوز توقيع الجزاء على الطرف الآخر في العقد عن فعل لم يقترفه كما في حالة قيام شخص أجنبي بالتدليس.⁸⁷³

ب-03- الإكراه

يعرف الإكراه هو الضغط الذي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع للتعاقد، إذ يفسد الرضا على أساس الرهبة النفسية التي توجد بها الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، ويكون هذا الأخير مبطلا للصفقات العمومية إذا ما تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينة، بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق، وتكون الرهبة مؤسسة قانونا إذا كانت الظروف تصور للمكروه (الطرف الذي يدعيها) أن خطرا جسيما يهدده هو أو عائلته في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.⁸⁷⁴

وهو نفس المحتوى الذي اعتمده المشرع الجزائري من خلال المادة 88 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو المال....".
و يشترط في هذا الإكراه أن يكون صادرا من أحد المتعاقدين، فإذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكروه المطالبة بإبطال الصفقة، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض عليه أن يعلم بهذا الإكراه.⁸⁷⁵

ب-04- الغبن

يتحقق الغبن في التعاقد إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا الطرف من فائدة بموجب العقد، كما يقع الغبن إذا كانت التزامات أحد طرفي العقد لا تتعادل البتة مع التزامات الطرف الآخر و تبين أن الطرف المغبون قد أبرم العقد نتيجة استغلال الطرف الآخر لطيش بين أو هوى جامحا لديه.⁸⁷⁶

وفي هذه الحالة يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

⁸⁷³ - عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 333..

⁸⁷⁴ - محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و قوانين المزايدات و المناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقود الإدارية، ب، ط، دار الكتب المصرية،

مصر، 2003، ص 906.

⁸⁷⁵ - نص المادة 89 من ق.م. ج. السالف الذكر.

⁸⁷⁶ - المادة 90 من ق.م. ج.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر ، دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .⁸⁷⁷

وحتى يحق لأحد المتعاقدين المطالبة بإبطال العقد للغبن فإن هناك شروط لابد من توافرها تتمثل في :
الاختلال الجسيم بين التزامات طرفي العقد والذي يميل لصالح أحد المتعاقدين على حساب الطرف الآخر .
-توافر سوء نية لدى أحد المتعاقدين باستغلاله هوى أو طيشا لدى المتعاقد الآخر لدفعه للتعاقد .
-يجب إقامة دعوى الغبن في خلال عام من تاريخ التعاقد، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة .
-غير أن بعض الفقه ذهب إلى أن عيب الغبن المشار إليه في القانون المدني يختلف عن اختلال التزامات التعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد بسبب المخاطر المالية التي يتعرض لها نتيجة سلطات الإدارة في التعديل والرقابة مما يجيز له طلب إعادة التوازن المالي إلى العقد وفقا لشروط نظرية الأمير، لأن اختلال التوازن يتعلق بالتزامات أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد، عندما يستغل أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر هوى بين أو طيش جامح ، وهي مسألة يصعب تصورها في تعاقدات الإدارة .⁸⁷⁸

-غير أن القضاء الفرنسي يعتبر أن الغبن الفاحش الذي تقع فيه الإدارة والذي يصيب أموال الدولة يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، و يعتبر من تتوفر فيهم المصلحة المطلوبة المتقدمين بالمناقصات و المزايدات .⁸⁷⁹

ج- مخالفة قواعد الشكل والإجراءات في صفقة الأشغال

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتبع بعض الشكليات الجوهرية منها الشكل الكتابي للصفقة العمومية ،تحديد دفتر الشروط مسبقا، وعرضه على لجان الصفقات العمومية من أجل التأشير عليه، ثم عرضه على المتعاملين الاقتصاديين بغرض الإطلاع على الشروط المطلوبة في إبرام الصفقة العمومية، وهي إجراءات جوهرية يترتب على مخالفتها بطلان الصفقة العمومية بطلانا مطلقا .

ج-01- الشكل الكتابي للصفقة

تعتبر الصفقة العمومية من العقود الإدارية المكتوبة ،وفقا للمادة 2 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام :الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل بين متعاملين

⁸⁷⁷ - نص المادة 90 من ق.م. ج. السالف الذكر .

⁸⁷⁸ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 337

⁸⁷⁹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الادارية ، الجزء الأول، 2009، مرجع سابق، ص 387 .

اقتصاديين وفق الشرط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوامز والخدمات والدراسات."

وبذلك فإنه ما دام أن النص القانوني قد أوجب إفراغ الصفقة في عقد كتابي، فإن مؤدى ذلك أن الصفقات العمومية بمختلف أنواعها هي عقود شكلية، وتعتبر الكتابة فيها شرط انعقاد وليس فقط شرط إثبات، وبالتالي فإن تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد .

وفي هذا السياق ذهبت محكمة النقض المغربية إلى التصريح في أحد قراراتها: "بأن الأمر يتعلق بمعاملة الإدارة التي أوجب القانون إبرام عقودها وفق الشكليات المحددة في قانون الصفقات العمومية، وليس بها ما يسمح بالأخذ بشهادة الشهود لإثبات التعاقد".⁸⁸⁰

دفتر الشروط :

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لكراسة الشروط فذهب جانب إلى أنها تعد جزءا لا يتجزأ من العقد حتى ولو لم ينص على ذلك في الاتفاقيات الموقعة بين الإدارة و المتعاقد معها، وقد أيدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع هذا الاتجاه، حيث قررت طرح الأصناف المراد شراؤها في مناقصة أو ممارسة إنما يكون على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة و اشتراطات عامة وخاصة تستقل جهة الإدارة بوضعها، وبمجرد الإعلان عن المناقصة أو الممارسة تعتبر هذه الشروط والمواصفات هي قانون التعاقد الذي يتعين الالتزام بها وعدم الفكك منها.⁸⁸¹

وبالتالي فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة عند شروعها في إبرام الصفقات العمومية أن تحرر دفتر الشروط، الذي يحدد و يوضح مواصفات الصفقة شروطها وموضوعها، ومدة إنجازها وحقوق وواجبات كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، فإذا لم تحترم المصلحة المتعاقدة هذه الشروط و الالتزامات القانونية كانت الصفقة باطلة، أما فيما يتعلق بالإجراءات الواجب إتباعها من قبل كلا المتعاقدين، و أول إجراء جوهري يخص الإعلان عن الصفقة وعن المنح المؤقت والمنح النهائي لها، وذلك من أجل ضمان احترام المبادئ الأساسية التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية وهي المحافظة على المال العام، و ضمان اختيار أكفئ المتعاقدين ولتجسيد هذه القاعدة في مجال البناء والأشغال العمومية وقطاع المياه والري، فقد أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 289/93 المؤرخ في 1993/11/28 الذي يفرض على

⁸⁸⁰ قرار محكمة النقض -الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 21 يونيو 2006، تحت عدد 510 ، تمت الإشارة إليه في مقالة د-هشام الوازيكي، مرجع

سابق، ص 127 .

⁸⁸¹ - ريم علي إحسان محمد العزاوي ، مرجع سابق، ص79.

جميع المقاولين العاملين في ميدان البناء، الأشغال العمومية والري، إمتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهنيين .⁸⁸²

2- العيوب الداخلية

ويقصد بالعيوب و الإختلالات الداخلية للصفقات العمومية هي العيوب التي تلحق بموضوع الصفقة من حيث غياب تحديد الحاجيات ومن حيث غياب تحديد الثمن ومن جهة ثانية العيوب التي تلحق السبب من حيث غيابه أو عدم مشروعيتها، ومن جهة ثالثة العيوب التي تلحق الصفقة من حيث عدم مطابقتها للنظام العام⁸⁸³، وهذا ما سنتعرض له فيما يلي:

أ- العيوب المتعلقة بمحل الصفقة

يتمثل محل أي صفقة عمومية في العملية القانونية قصد تحقيقها بإبرامها، وإذا كان أثر الصفقة هو إنشاء التزامات، لا بد أن ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد، ويشترط في محل الصفقة أن يكون موجودا إن كان شيئا، أو ممكنا إن كان عملا أو امتناع عن عمل وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وكذلك أن يكون محل الالتزام قابلا للتعامل فيه وعليه فلكل من لديه مصلحة أن يتمسك ببطلان هذه الصفقة إذا كان محلها غير قابل للتعامل لكونه مخالف للنظام العام .⁸⁸⁴

كما يبطل العقد الإداري متى ثبت أن محل الالتزام مستحيلا حيث قضى في هذا الصدد : بأنه ".... و إن جاز أن يتضمن العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، إلا أن جميع العقود إدارية كانت أو مدنية يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد و محله، فلا بد و أن يكون المحل مشروعا وغير مستحيل في ذاته، وإذا ثبت أن أحد بنود العقد مستحيل التنفيذ على المدعي وعلى الأفراد كافة استحالة مطلقة فإن هذا يرتب بطلان هذا البند ."

وبموجب هذا الحكم فإن استحالة محل العقد والتي توجب بطلانه يقصد بها الاستحالة المطلقة وهي التي تكون بالنسبة للكافة، ولا تقتصر على المتعاقد فقط وقد تتصل تلك الاستحالة بمضمون العقد ذاته فيغدو العقد باطلا، كما قد تنصب على أحد بنود العقد فيبطل البند و يبقى العقد صحيحا .⁸⁸⁵

⁸⁸² - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص270 .
⁸⁸³ - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق، ص420 .
⁸⁸⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات)، مرجع سابق ، ص ص 319،320 .
⁸⁸⁵ - نفس المرجع، ص339 .

ب- العيوب المتعلقة بسبب الصفقة

إن السبب في الصفقة العمومية هو الدافع الذي أدى بها إلى إبرامها، وبالتالي يكون السبب ركنا لازما لا يقوم العقد الإداري بدونه ويجب أن يكون موجودا ومشروعا أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، وإن حدث وأن تعاقدت الإدارة دون سبب أو في حالة مخالفتها للنظام العام والقانون، فالمتعاقد يقوم بإثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.⁸⁸⁶

حوصلة ما تطرقنا إليه فيما يخص دعوى بطلان عقد الصفقة بصفة عامة وعقد صفقة إنجاز الأشغال بصفة خاصة هو أن زوال هذا العقد يترتب عليه إلغاء ما ترتب عليه من آثار، أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فيعتبر العقد وكأنه لم يكن أصلا، كما أنه يفتح المجال للطرف المتضرر من اقتضاء التعويض من الطرف الآخر وذلك إما على أساس المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال .

ثانيا : الجزاء المترتب على مخالفة شروط الانعقاد و الصحة في الصفقات العمومية

يترتب على عدم استيفاء أركان عقد الصفقة للشروط القانونية المطلوبة، بطلان الصفقة ويعرف القانون الإداري التمييز بين البطلان النسبي والمطلق، ولكن مجال البطلان المطلق في العقود الإدارية أوسع منه بالنسبة إلى مجاله في عقود القانون الخاص، وذلك لأن القواعد المقررة بالنسبة إلى إبرام الصفقات العمومية تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، ويملك القاضي الإداري وحده تقرير بطلان العقد، ولا يحق رفع دعوى البطلان إلا من لدن أطراف العقد، و يصدق هذا المبدأ فيما يتعلق بالأفراد وكذلك بالنسبة للإدارة التي تكون ملزمة أيضا بأن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم ببطلان العقد، لأنها لا تستطيع إعلان البطلان بنفسها⁸⁸⁷، وهو ما سنوضحه من خلال مايلي:

1- آثار بطلان الصفقة

يترتب على الحكم ببطلان الصفقة نتيجتان هامتان:

تتعلق الأولى بإلغاء الآثار التي تكون قد ترتبت على وجودها، أي اندثار الصفقة بأثر رجعي وبالتالي لا يمكن للمتعاقد إثارة المسؤولية التعاقدية في مواجهة الإدارية، لكن المتعاقد المتضرر يكون له الحق عند الاقتضاء في الاستناد إلى أنظمة المسؤولية خارج التعاقدية و تتعلق الأخرى بتحديد مركز الطرفين المتعاقدين .

⁸⁸⁶ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة عمان، 2010، مرجع سابق، ص ص96، 95 .

⁸⁸⁷ - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، مرجع سابق، ص ص420، 421 .

أ-البطلان المطلق للصفقة

فطبقا لنظرية البطلان، فإن الصفقة التي يعلن القاضي الإداري عن بطلانها تعتبر و كأنها لم تكن ويفقد توافق الإرادتين آثاره بصفة رجعية ، و يعتد بهذه الآثار كيفما كانت أسباب عدم مشروعية الصفقة وخاصة عدم اختصاص السلطة الموقعة أو استعمال إجراءات غير مشروعة لإبرام الصفقة أو إدماج شروط غير قانونية بالصفقة⁸⁸⁸، وبالتالي يترتب على بطلان الصفقة العمومية تلاشي كافة آثارها القانونية، إذ لا يقتصر هذا التلاشي على زوال أثر الصفقة بالنسبة للمستقبل، بل يزيل كافة الآثار القانونية بالنسبة للماضي، وبالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل التعاقد، غير أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات⁸⁸⁹ المتمثلة فيما يلي :

التقادم: لقد نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 102 فقرة 2 من ق م ج على أن دعوى البطلان تسقط و تتقادم بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد .

ب-البطلان النسبي للصفقة

إعمالا لنص المادة 104 من ق م ج فإنه إذا ترتب البطلان النسبي على جزء من الصفقة، فإن هذا الجزء وحده هو الذي يبطل دون الصفقة كلها⁸⁹⁰ .

-مصلحة حسن النية :

لا يجوز التمسك بالبطلان على وجه يتعارض مع المتعاقد حسن النية .

-مصلحة ناقص الأهلية :

في حالة إبطال صفقة الأشغال لنقص في أهلية المتعاقد، فإن هذا الأخير لا يلزم برد إلا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (عقد صفقة إنجاز الأشغال)⁸⁹¹ .

-العقود الزمنية:

لا يمكن إعمال قاعدة الأثر الرجعي للبطلان في العقود الزمنية، حيث يلتزم الطرف المخل بالتزامه بتعويض الطرف الذي نفذ التزامه على أساس نظرية الإثراء بلا سبب⁸⁹² .

888 - باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق ، ص421 .

889 - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص274 .

890 - تنص المادة 104 من ق م ج على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله ."

891 - نص المادة 103 ف 1 من ق.م.ج .

892 - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية ، مرجع سابق، ص275 .

إن الجزاء المترتب على بطلان الصفقة، لا يمس المركز القانوني لأحد المتعاقدين فقط، و إنما يمكن للمتعاقد المتعاقد المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق به، خاصة في حالة إثباته لخطأ في المصلحة المتعاقدة، على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية.⁸⁹³

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري بنظر دعوى فسخ صفقة الأشغال

يتم اللجوء إلى القضاء الإداري من طرف المتعامل المتعاقد للمطالبة بفسخ الصفقة لسبب من الأسباب (كالإخلال بالالتزامات التعاقدية أو لاستحالة في التنفيذ لقوة القاهرة)

فالدعوى الإدارية في هذا الصدد تندرج في نطاق القضاء الكامل، بما في ذلك الطعن بالإلغاء في القرار الإداري الصادر عن المصلحة المتعاقدة المتضمن فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة لأنه لا يدخل ضمن القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية العقدية لارتباطه بينود الصفقة وشروطها.⁸⁹⁴

إن منازعات فسخ الصفقات العمومية بما فيها صفقة الأشغال، بمختلف صورها تعتبر من المنازعات الحقوقية كونها تندرج ضمن دائرة عقد الصفقة العمومية وشروطها، وأن هيئة القضاء وهي تنظر في إحدى تلك المنازعات تعتمد في فصلها على مدى احترام الالتزامات التعاقدية وشروط الصفقة العمومية ونصوصها، وليست منازعات عينية تتعلق بمدى شرعية القرار الإداري.⁸⁹⁵

وتأسيسا على ما سبق، سنتطرق إلى دعوى فسخ للإخلال بالالتزامات التعاقدية (أولا)، ودعوى المطالبة بفسخ الصفقة نظرا للقوة القاهرة (ثانيا).

أولا : الفسخ للإخلال بالالتزامات التعاقدية

للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب إنهاء العقد بسبب إخلال الإدارة بأحد التزاماتها التعاقدية إخلالا جسيما، وهي تختلف باختلاف طبيعتها فهناك الالتزامات المالية كإخلالها بأداء المقابل المادي أو الإخلال بتمكين المتعاقد معها من البدء في التنفيذ، إذ يترتب عليه فسخ الصفقة إذا كان الإخلال جسيما، إضافة إلى التعويض كما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، كما يجوز للإدارة أن تلجأ إلى القضاء طالبة إنهاء العقد، و إن كان من الناحية العملية غير متصور ذلك لأن الإدارة تملك الإنهاء بإرادتها المنفردة.⁸⁹⁶، وبما

⁸⁹³ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية ، مرجع سابق ،ص275 .

⁸⁹⁴ - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،دار النشر جليطي، مرجع سابق،

ص108

⁸⁹⁵ - نفس المرجع ،ص109

⁸⁹⁶ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص282 ، كما أشار إلى ذلك محمد بن سعيد بن حمد المعمري

، مرجع سابق، ص466 .

أنه قد سبق وتم استعراض صور إخلال المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية بما فيها السلطات الممنوحة لها في سياق دراستنا للمنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقة .

لذا سنكتفي بتبيان صورة واحدة للفسخ وهي الفسخ الناتج عن الإخلال بسلطة التعديل الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، لتبيان أهم النقاط التي يستند عليها القاضي الإداري حتى يحكم بفسخ الصفقة، وهو ما سنبينه وفق مايلي:

-الفسخ نتيجة الإخلال بسلطة التعديل :

للمتعاقد الحق باللجوء إلى القاضي الإداري للمطالبة بفسخ العقد في الحالات التالية :

إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل الذي حددته النصوص القانونية أو دفاتر الشروط ونصت على حق الفسخ كجزء لهذا التجاوز .

إذا كان من شأن التعديل إلغاء التزامات جديدة على عاتق المتعاقد مع الإدارة تجاوز إمكاناته المالية والفنية، بحيث يكون من شأن وفائه بتلك الالتزامات إرهاقه .

فالمتعاقد قد أبرم العقد وفي اعتباره أوضاع معينة تتعلق بإمكاناته وقدراته الفنية ومن ثم فلا يجوز للإدارة تحميله ما يجاوز قدراته، و إلا جاز له طلب الفسخ .

وإذا ترتب على التعديل قلب اقتصاديات العقد بمعنى أن يكون من شأنه إحداث اختلال في التوازن المالي له، وذلك بأن يراقب هذا التعديل زيادة التزامات المتعاقد بصورة تفوق حقوقه بكثير، مما يجعل وفاء المتعاقد بتلك الالتزامات من شأنه أن يلحق به خسائر فادحة.

لذلك فقد قضي بأنه إذا أخل التعديل الذي أدخلته الإدارة على شروط العقد بتوازنه المالي حق للطرف الآخر في العلاقة العقدية، طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض إن كان لذلك موجب .⁸⁹⁷

وفي هذا الصدد يقوم القاضي الإداري بالتأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، وكذلك من مدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عليها تشريعياً، وعلى ضوء ذلك يقرر عما إذا كان هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه، و إذا ثبت للقاضي الإداري جاز له أن يحكم بفسخ الرابطة التعاقدية بناء على تجاوز المصلحة المتعاقدة لحدودها في تعديل الصفقة العمومية ومخالفته للنصوص التنظيمية بناء على تجاوز المصلحة المتعاقدة لحدودها في تعديل الصفقة العمومية ومخالفته للنصوص التنظيمية والقانونية، ومبدأ المشروعية بشكل عام وفي هذه الحالة

⁸⁹⁷ - عيد العزيز عبد المنعم خليفة ، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ص 273، 274 .

يمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض المالي عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، إضافة إلى فسخ الصفقة .⁸⁹⁸

فحق المتعاقد في طلب فسخ العقد لعدم مراعاة الإدارة لقيود التعديل، يختلف عن حقه في طلب إلغاء قرار التعديل الذي يكون مخالف لمبدأ المشروعية، على النحو السابق ذكره، حيث أن الحكم بإلغاء قرار التعديل يتضمن إلزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد ، حيث أن العقد يبقى صحيح ،وحكم الإلغاء ينص على شرط التعديل الذي قضي ببطلانه ،على عكس الحكم الصادر بالفسخ حيث يؤدي إلى إلغاء العقد بصفة كلية و اعتباره كما لو لم ينعقد أصلا.

أما بالنسبة لغير المتعامل المتعاقد فليس له أن يرفع دعوى فسخ عقد الصفقة لعدم توفره على شرطي الصفة والمصلحة،و ليس له إلا أن يسلك طريق دعوى الإلغاء للطعن في القرار الإداري الصادر عن المصلحة المتعاقدة إذا كان مضرا به واستوفى شرط المصلحة مؤسسا دعواه على مبدأ المشروعية دون الإشارة إلى نصوص الصفقة و شروطها لأنه ليس طرفا فيها .⁸⁹⁹

ثانيا :الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة

من أبرز وأكثر الأسباب شيوعا في الواقع العملي والتي تؤدي إلى فسخ الصفقة من جانب المتعامل المتعاقد فكرة القوة القاهرة ، ما يفيد بداهة أن القاضي الإداري لا يمكن أن يفسخ العقد الإداري تحت طائلة نظرية الظروف الطارئة، ومرد ذلك أن هذه الأخيرة لا تؤدي بذاتها إلى استحالة التنفيذ بل تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا لا غير ، وذلك بخلاف القوة القاهرة التي تعد سببا لتحلل المتعاقد مع الإدارة من التزاماته، و ينصرف مدلول القوة القاهرة في هذه الحالة إلى كل حادث خارجي يستقل عن إرادة كل من المتعاقدين،و يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فيؤدي إلى إعفاء المتعامل مع الإدارة من التزاماته التعاقدية ويجعل له الحق في طلب فسخ العقد⁹⁰⁰، ولا تستطيع الإدارة أن توقع أي جزء من الجزاءات الإدارية المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير فيه⁹⁰¹، مع الإشارة أنه لا تنتج القوة القاهرة آثارها إلا أثناء قيامها ،فإذا إنتهت عادت التزامات المتعاقد إلى الظهور مرة أخرى .⁹⁰²

⁸⁹⁸ - بن أحمد حورية ، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق ، ص284 .

⁸⁹⁹ - André De l'aubader ,Moderne Franc et Devolve Pierre , traité des contrats administratifs, tome 02,édition ,02 ,L.G.D.J, 1983p1061 .

⁹⁰⁰ -شوقي يعيش تمام، مرجع سابق،ص ص 350، 351

⁹⁰¹ - نصري منصور نابلسي،مرجع سابق،ص684

⁹⁰² - شوقي يعيش تمام، مرجع سابق ، ص351

المطلب الثاني: اختصاص القاضي الإداري بنظر دعوى التعويض

إن الطعن بالتعويض في المادة التعاقدية يعتبر طعنا ذاتيا، من خلاله يمكن للأطراف أن يطلبوا من القاضي البث في المنازعات الناشئة عن العلاقة التعاقدية التي تجمعهم ، و بناء على ذلك ، فإن الأمر هنا يتعلق بمنازعة ذاتية ترمي إلى الاعتراف بحق ذاتي، أي الأخذ بعين الاعتبار حقوق المتعاقدين الناتجة عن العقد المؤطر لهذه العلاقة .

وفي هذا النوع من المنازعات ، لا يمكن للأطراف إلا الاحتجاج بالحقوق الناتجة عن العقد الذي يربطهم وبذلك يكون هذا النزاع مختلفا عن نزاع المشروعية الذي يعني القرارات المنفصلة عن العقد، سواء تم اتخاذها خلال مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه ، و الذي يكون هدفه هو حماية حق موضوعي ، ويتم قبوله دائما بسبب خرق المقتضيات التشريعية و التنظيمية⁹⁰³ .

أما قاضي التعويض فيرتكز على المسائل المتعلقة بخرق المقتضيات التعاقدية ، أو القوة القاهرة ... الخ ، وبما أن هذه الحقوق يتم خرقها ، فيحق للمتعاقد أن يطلب الحكم على المتعاقد الآخر بالتعويض ، وهنا نجد أن قضاء التعويض يندرج إذن في إطار المنازعات التعاقدية أي الذاتية .

ومن جهة أخرى ، فإن الطعن بالتعويض محصور في الأطراف المتعاقدة ، هم الذين يحق لهم رفع الدعوى في إطار القضاء الشامل ، ولا يكون في استطاعة غير الأطراف القيام بذلك .

و تطبيقا لآثار نسبية العقود ، فالغير يعتبرون أجنب عن العلاقة التعاقدية ، حيث لا يمكنهم أن يرفعوا في حالة الإضرار بهم إلا دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة أو دعوى التعويض في إطار المنازعات غير التعاقدية.⁹⁰⁴

وكما هو معلوم أن عقد صفقة الأشغال يولد في مواجهة المصلحة المتعاقدة التزامات عقدية، يترتب على مخالفتها جزاء ويولد حق للمتعاقد معها ممارسة دعوى التعويض ، وتتخذ صور التعويض عن الأخطاء التي ترتبها المصلحة المتعاقدة عند إخلالها بالتزاماتها التعاقدية ، أو استعمالها غير المشروع لسلطاتها الاستثنائية (الفرع الأول)، كلما تلزم المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن إخلالها بالتوازن المالي للصفقة وعن إضرارها بلا سبب (الفرع الثاني) .

⁹⁰³ - عبد اللطيف الشداوي، نظام الصفقات العمومية (في ضوء مرسوم 20مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال

2016، الجزء الثاني، مرجع سابق ، ص 968.

⁹⁰⁴ - نفس المرجع ، ص 969 .

الفرع الأول: سلطات القاضي الإداري بإلزام المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئها المسؤولية بمفهومها العام تعني الإخلال بالالتزام سابق، فإذا كان مصدر الالتزام قانون فإن المسؤولية تكون تقصيرية، و أما إذا كان مصدر الالتزام عقد فإن المسؤولية تكون تعاقدية، والمسؤولية التعاقدية تدور وجودا وعدمًا مع العقد، فحيث لا يوجد عقد لا توجد مسؤولية تعاقدية.⁹⁰⁵

إذن يشترط في المسؤولية التعاقدية كما أسلفنا أنفا وجود العقد(الصفقة) و يخرج عن ذلك حالة قيام بأشغال دون عقد وكذا حالة إعطاء أمر بالأشغال في انتظار تسوية العقد إذا لم تتم هذه التسوية في آخر الأمر⁹⁰⁶. وبقتضي ذلك أن المسؤولية التعاقدية لا يمكن أن تكون إلا بين أطراف العقد، وبذلك يخرج عن دائرة أطراف العقد المقاولون الثانويون (المناولون) لعدم وجود عقد، كل هذه الحالات لا تنشئ مسؤولية تعاقدية وإنما تسمح فقط للمتضرر إثارة الإثراء بلا سبب وفق ما سنوضحه في دراستنا اللاحقة .

و فضلا عن شرط وجود العقد يجب أن يكون وجوده قانوني،بمعنى أن يكون قد أبرم بطريقة قانونية ويخرج عن هذا الشرط العقود الباطلة كالعقد الممضي من شخص غير مختص كما يتحدد مدى وامتداد المسؤولية التعاقدية بناء على بنود العقد، بحيث لا يبحث الأطراف عن المسؤولية إلا في إطاره، فالمسؤولية التعاقدية تطغى على كل أنواع المسؤوليات الأخرى لنفس الحدث، ويشكل الخرق الجوهري لأي من الإلتزامات قاعدة المسؤولية التعاقدية.

وتنتج المسؤولية التعاقدية عن خطأ مرتكب، مثل عدم الإلتزام بشروط الأداء أو تجاوز أجال التسديد، أو مسؤولية التأخر في التسليم، أو الاستغلال الغير قانوني لسلطاتها كتوقيعها لعقوبات غير متوازنة مع طبيعة خطأ المتعامل المتعاقد، أو اتخاذها لعقوبات بدون إنذارات سابقة مثلما يقتضيه التنظيم.⁹⁰⁷

و بالتالي يفترض في المسؤولية الإدارية التعاقدية في القانون الإداري كما هو الشأن في القانون الخاص توافر ثلاثة شروط أساسية وهي عمل محدث أو موجب للمسؤولية(خطأ) ،ضرر موجب للتعويض ، وعلاقة سببية بينهما .⁹⁰⁸

⁹⁰⁵ - بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر ، ط 1، 2018 ، ص 19.

⁹⁰⁶ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص482 .

⁹⁰⁷ - نفس المرجع ، ص482

⁹⁰⁸ - عبد اللطيف الشداوي ، نظام الصفقات العمومية (في ضوء مرسوم 20مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال

2016، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 971 .

ومن هنا يتعين على المتعامل المتعاقد أو المقاول إثبات خطأ المصلحة المتعاقدة فهذا الشيء الذي يكفل له المطالبة بتعويض لجبر الضرر الحاصل له.

وبالتالي لا تترتب المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة الموجبة للتعويض إلا إذا تم إثبات وقوع خطأ من طرفها و نتج عنه ضرر، أي لا بد من توافر علاقة سببية بين نشاط المصلحة المتعاقدة و الضرر الحاصل للمتعامل المتعاقد أي المقاول ، و بالمقابل يمكن للمصلحة المتعاقدة بدورها نفي العلاقة السببية من خلال إثبات أن الضرر الحاصل كان نتيجة ظروف أخرى لا يد لها فيها .

ويكون للقاضي الإداري في هذا الشأن الاستعانة بخبرة تقنية في الموضوع، و إذا تأكد و اقتنع أن المصلحة المتعاقدة هي المسؤولية عن الضرر الحاصل، حكم بالتعويض لصالح المتضرر أو المتضررين .

وتأسيسا على ما سبق، فإن الخطأ العقدي المرتب لمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها يأخذ صورتان وهما إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية (أولا)، استعمال المصلحة المتعاقدة غير المشروع لسلطاتها الاستثنائية (ثانيا).

أولا : التعويض الناتج عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية

سبق لنا الإشارة في أول دراستنا إلى أنه من آثار إبرام صفقة الأشغال ،أنه ينشأ التزامات في ذمة كلا طرفي الصفقة، وما يهمنا في هذا الشأن الالتزامات التعاقدية المترتبة على إبرام صفقة الأشغال والتي تكون على عاتق المصلحة المتعاقدة ،حيث أن هذه الالتزامات التعاقدية تنفرع إلى التزامات تعاقدية تقنية والتزامات تعاقدية مالية، فتكون المصلحة المتعاقدة مجبرة على تنفيذ التزاماتها التعاقدية الناشئة عن الصفقة وعليه سوف نبرز مواطن الإخلال في الالتزامات التعاقدية للمصلحة المتعاقدة فيما يلي:

1- التعويض الناتج عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية التقنية

و يتجسد ذلك عند إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامها بوضع المواصفات والرسومات و التصاميم الخاصة بالمشروع، أو أن تتأخر المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع في تمكين المقاول من الأمر بالبدا في تنفيذ الأشغال، أو تأخرها في تقديم المواد الضرورية والترخيص اللازمة لتنفيذ الصفقة المراد إنجازها ،أو عدم تسليمها موقع تنفيذ الأشغال، أو عدم تسليمها الموقع خال من العوائق .

فإذا وقع مثلاً خطأ من قبل المصلحة المتعاقدة عند قيامها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية كأن تكون قد أخطأت في وضع المواصفات أو المقاييس والتصاميم أو أنها وصفتها بصورة عشوائية دون قيامها بدراستها على أسس علمية وقامت بتنفيذها على أرض الواقع فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ⁹⁰⁹، وهو ما ذهب إليه القضاء الإداري المصري عند إقراره مسؤولية الإدارة التعاقدية نتيجة إغفالها تحديد المواصفات الفنية في الدراسات التي تقدمها، أو الخطأ في عمل الرسومات الهندسية للمشروع أو الخطأ في تصور حجم المشروع الذي يتضمن تقدير الأحجام والمساحات بالنسبة للأعمال المنفذة، أو تنفيذ العقد في موقع مختلف عن الموقع المنصوص عليه في العقد مما يتسبب في إلحاق الضرر بالمتعاقدين مع الإدارة، حيث أن من الالتزامات التعاقدية أن تمكن الإدارة المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل في نفس موقع العمل ومن المضي في تنفيذه وألا تكون قد أخلت بالتزاماتها التعاقدية فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أنه: "من المقرر أن العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن يمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم انجازه فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً من جانبها يخول المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ينجم من عدم قيام جهة الإدارة بالتزامها .. ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن محافظة القاهرة تعاقدت مع الطاعن على تنفيذ عملية إنشاء سور، وبدء بعملية التنفيذ ... إلا أنها لم تتمكن من الاستمرار في تنفيذ العملية إذ ثبت ... اعتراض هيئة الآثار المصرية على تنفيذ السور لمخالفة مواصفاته الطابع الإسلامي ... وظل العمل متوقفاً حتى أقام المتعاقد دعواه ولم يتم الاتفاق بين محافظة القاهرة وهيئة الآثار على مواصفات السور المذكور ، فرأت المحافظة أن المواصفات التي أقرتها هيئة الآثار مخالفة لما تم التعاقد على أساسه مع الطاعن ... وانتهت المحكمة إلى تقرير مسؤولية محافظة القاهرة حيث لم تقم بتنفيذ التزاماتها العقدية ويرجع ذلك إلى الخطأ في وضع المواصفات والرسومات الخاصة بالسور والذي كان يتعين عليها قبل إبرام العقد وتسليم الموقع للمقاول لتنفيذ العملية أن تتعاون مع هيئة الآثار في إعداد المواصفات أو الرسومات الخاصة بالسور ... وبالتالي فإن خطأ محافظة القاهرة يجعلها مسؤولة عن تعويض الطاعن عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا الخطأ"⁹¹⁰

909 - حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة (دراسة مقارنة)، المجلة القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد الثامن، 1996، ص 191.

910 - نفس المرجع، ص ص 194 ، 195.

ويلاحظ أن الإدارة قد تتأخر في تسليم الموقع كما قد تتأخر في تسليم الأشغال التي ألزمت نفسها بتنفيذها أو ألزمت بها متعاقداً آخر، فالكثير من المشاريع الكبرى في عقود الأشغال العامة قد تبرم الإدارة في شأنها أكثر من عقد، و بالتالي تلتزم في مواعيد محددة بأن تتسلم الأعمال من متعاقد لتسلمها في ميعاد محدد إلى متعاقد آخر وهكذا، أو قد تقوم هي بنفسها بتنفيذ بعض أجزاء العمل، ومن ثم تلتزم بتسليم الموقع والأعمال منفذة على الوجه المناسب الذي يتيح لمن يليها من القائمين على التنفيذ باستلام الأعمال واستكمالها و يعد إخلال الإدارة بهذا الالتزام مرتباً لمسئوليتها ودافعاً لمسؤولية المتعاقد عن التأخير الذي قد ينتج عن عدم قيام الإدارة بتسليم الموقع و الأشغال في الميعاد المناسب⁹¹¹.

ولقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تأكيد ذلك، حيث قضى بأن عدم قيام الإدارة بتنفيذ الأشغال التي التزمت بموجب العقد بتنفيذها بنفسها يستوجب مسؤولية الإدارة عن التأخير و التزامها بالتعويض⁹¹². وفي هذا الشأن أيضاً ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أن: "... العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أهمها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في العمل فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يشكل خطأً عقدياً في جانبها يخول للمتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد فضلاً عن استحقاقه للتعويض الجابر مما أصابه من ضرر"⁹¹³.

ومن التطبيقات القضائية التي تبرز لنا قيام المسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة في حالة امتناعها عن تقديم المعاونة للمتعاقد معها، ما قضت به المحكمة العليا المصرية في حكم لها : "بأن تأخر الإدارة في توصيل المياه لموقع العمل وعدم معاونتها للمتعاقد في الحصول على تراخيص الحصول على مواد بناء وتراخيها في إصدار تصاريح دخول العمال إلى الموقع كل تلك الأمور ترتب مسؤولية الإدارة عن التأخير وتلتزمها بدفع التعويضات اللازمة للمتعاقد معها ، حيث قضت بأن الصعوبات التي صادفها المقاول في تنفيذ العملية والمتمثلة في تأخير الإدارة في توصيل المياه لمواقع العمل ، وفي عدم تيسير حصوله على مواد البناء، و تراخيها في إعطاء تصاريح دخول لعماله لهذه المواقع حيث تستلزم إجراءات أمن المناطق العسكرية ذلك، هذه الصعوبات راجعة إلى فعل الإدارة و ترتب عليها امتداد مدة العمل مما حمل المقاول بأعباء إضافية يتعين أن تشارك الإدارة بجزء منها"⁹¹⁴.

⁹¹¹ - محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 385 .

⁹¹² - نفس المرجع، ص 385 .

⁹¹³ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في طعن رقم 4631، جلسة 2000/01/27، مشار إليه في مرجع عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 96.

⁹¹⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 874 ، الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1982 ، مقتبس من مرجع محمد بن سعيد بن حمد المعمري، مرجع سابق، ص 393 .

ومن هنا نجد أن المسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة يمكن أن تقوم نتيجة امتناعها عن إصدار الأوامر بالخدمة أو بامتناعها عن إصدار الأوامر باستئناف الأشغال، أو تأخرها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطابع التقني، كتأخرها في تسليم العناصر الأساسية لإنجاز الصفقة مثل التصاميم والرسوم والمعلومات والتراخيص، وبهذا الصدد قضت المحكمة الإدارية باستحقاق المقاول للتعويض عن إيقاف الأشغال بسبب غياب إعداد التصاميم، والذي تم تأييده إستئنافياً، وهو القرار المطعون فيه⁹¹⁵.

"لكن حيث أنه ما دام أن القرار المطعون فيه قد علل قضاءه بأنه وخلافا لما تنعاه المستأنفة (الإدارة) على القرار من خرق قواعد التعويض المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن المحكمة قد طبقت فعلا مقتضيات المادة 45 من الدفتر المذكور واعتبرت - عن صواب - أن الإنذار الموجه من المقاول لصاحب المشروع بتنفيذ الصفقة، تتوفر في شروط المادة 45 المذكورة، كما ثبت لها من خلال المراسلات الصادرة عن النائب الإقليمي بإيقاف الأشغال إلى حين إعادة التصاميم، أن المقاول كانت مجبرة على إيقاف الأشغال مما يبرر الحكم لها بالتعويض..... إلى آخر تعليقات القرار، وهو ما يجعل ما تمسكت به طالبة النقض ضمن وسائلها على غير أساس".⁹¹⁶

2- التعويض الناتج عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية المالية

وفقا ما تقدمنا بدراسته سابقا نجد أن التزاماتها

التعاقدية المالية للمصلحة المتعاقدة تتنوع و تتخذ عدة صور التي يمكن إجمالها فيما يلي:

أ-الإخلال بأداء المقابل المالي

يتجسد إخلال المصلحة المتعاقدة بأداء المقابل المالي وفق ما تقدمنا بدراسته سابقا، في صورة عدم الوفاء به كليا أو التأخر في أدائه، وكذلك إخلالها بسلطتها في تحيين الأسعار أو من خلال قيام المصلحة المتعاقدة بتعديل الثمن المتفق عليه في العقد بإرادتها المنفردة وكذا إخلالها برد التسبيقات ومبالغ الضمان. و تعد رغم ذلك منازعة دفع مقابل تنفيذ الصفقة من أكثر المنازعات شيوعا التي تقوم بين طرفي الصفقة فكثيرا ما ترفض المصالح المتعاقدة دفع الحقوق المالية للمتعاقد، بحجة عدم توفر المبالغ المالية اللازمة رغم أن القانون واضح و صارم في مسألة تسديد المستحقات إذ يمكن للمقاول تقديم وضعيات الأشغال

⁹¹⁵ - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق، ص328.
⁹¹⁶ - قرار عدد 233 المؤرخ في 22-03-2012 الصادر عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في الملف رقم 68-4-2010 في مقابلة البناء السوسية، أورده الدكتور باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق ، ص 328.

المنجزة فيحدد أجل الدفع بمدة أقصاها 30 يوما من تاريخ إيداع الوضعيات، إلا أن واقع قطاع الأشغال العمومية أثبت أن المقاولات تعاني من الناحية المالية بسبب التأخر المستمر في تسديد مستحقاتها المالية وتراكم التأخيرات، مما أدى إلى وقوعها غالبا في ذائقة مالية، فتجبر إما على توقيف الأشغال أو فسخ الصفقة أو الدخول في نزاع مع المصلحة المتعاقدة، أو في أحسن الأحوال إلى تخفيض وتيرة الإنجاز فالنتيجة الحتمية تكون التأخر الكبير في إنجاز الأشغال ، كما تلجأ المصلحة المتعاقدة في حالات أخرى للتهرب من الدفع باستعمال أساليب بيروقراطية، فقد ترفض الدفع متذرة بعدم التأشير على الفاتورة، وفي هذا الشأن أكد مجلس الدولة أن العبرة في الدفع بتنفيذ الالتزام تنفيذا مطابق لما اتفق عليه.⁹¹⁷

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، هو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية المغربية عند نظرها في قضية امتناع الجماعة المحلية عن أداء مقابل الأشغال المنجزة لفائدة المقاول المدعية لعدم مطابقتها للمواصفات والمعايير التقنية، إذ صرحت المحكمة بانتفاء مسؤولية المقاول عن العيوب المسجلة، و بالتالي الحكم بأداء ثمن تلك الأشغال لفائدتها: "حيث يستفاد من التقرير المنجز من طرف الخبير أن الأشغال المنجزة من طرف المقاول كانت مطابقة للمواصفات المتفق عليها، و أن مصدر الأضرار يكمن في نوعية الأرضية الحاملة، مما يفسر أن الدراسة التقنية للمشروع لم تحظ بالجدية اللازمة ، وهو ما خلص إليه الخبير المنتدب من طرف المحكمة، مما تكون معه مسؤولية الشركة المدعية منتفية، وحيث باستقراء تقرير الخبرة المنجزة في الموضوع... قررت المصادقة على الخبرة و اعتماد ماورد فيها."⁹¹⁸

غير أن مجلس الدولة أكده مرارا في أحكامه، أن التنفيذ ما لم يكن له ما يثبتته، يصبح عند المنازعة حله أمام القضاء دون جدوى، إذ يتضح من خلال أحكامه أهم المسائل التي تجعل المتعامل المتعاقد في وضع قانوني يرجح كفة المنازعة لمصلحته وتتمثل في :

الحرص على وثيقة أمر الشروع في الخدمة (ODS) بالنسبة لصفقات الأشغال، فبدون هذه الوثيقة لا يمكن إجبار المصلحة المتعاقدة بالدفع مهما كان التنفيذ سليما، التأكد من مدى مطابقة مضمون الوثائق المتعلقة بما طلبته الإدارة من أشغال مع الوثائق التي يملكها المتعامل والحرص على الحصول الوثائق والتأشير عليها من طرف الموظف المؤهل، فلا يكفي أن يكون الموظف منتميا إلى المصلحة المتعاقدة، بل

⁹¹⁷ - شريف سمية، مرجع سابق، ص72

⁹¹⁸ - الحكم المؤرخ في 24-09-2013 الصادر عن المحكمة الإدارية الدار البيضاء في الملف عدد 452-6-2010 في قضية شركة بوركا للطرق ضد الجماعة الحضرية لسبيدي بنور، حكم مقتبس من مرجع الدكتور باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2 ، مرجع سابق، ص327 .

يجب أن يكون مختص بالقيام بالتصرف و إعدار المصلحة المتعاقدة المعنية بدفع المستحقات لتقاضي سقوط الحق بالتقادم، لأن إثبات الإعدار كاف لقطع التقادم⁹¹⁹.

ب- حالة التأخير في صرف الدفعات

إن التأخير بالنسبة للأجال المحددة في الصيغة يشكل خطأ تلزم المسؤولية التعاقدية للإدارة وتطبق على التأخير في الأداء القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية، إذ يستمد هذا الخطأ التعاقدية أساسه من وجود قواعد خاصة مستعارة من القانون الخاص وموجهة لجزاء التأخير في أداء مستحقات المتعاقدين.

فالمصلحة المتعاقدة لا يقع على عاتقها فقط الالتزام بأداء المقابل المادي ، بل تلتزم أيضا بعدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام ، إذ يشكل خطأ يرتب مسؤوليتها عن تعويض المتعاقد معها دون حاجة منه لإثبات أن هنالك ضرر ترتب على ذلك، وهذا ما أكدته العديد من القرارات الصادرة عن المجالس القضائية (الغرف الإدارية) ونأخذ على سبيل المثال القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان في القضية رقم 00766/07 بتاريخ 2007/09/29 والذي يتضمن مجموعة من الوقائع أهمها أن المدعي قام بإنجاز أشغال معينة ولكن لم تقم المصلحة المتعاقدة بتقديم المبالغ المالية المتفق عليها في الوقت المحدد مما دفع بالمتعاقد إلى رفع دعوى قضائية يطلب فيها بهذه المبالغ حيث قرر المجلس القضائي بأداء المقابل المالي المتبقي إضافة إلى التعويض عن كافة الأضرار اللاحقة من جراء التأخر والتماطل⁹²⁰.

وهو نفس ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية لسيدى بلعباس في حكمها الصادر بتاريخ 2017/12/12 إذ جاء في تسبيب الحكم: "...حيث أنه بناء على الخبرة المنجزة من طرف الخبير (ب.ج) فإن قيمة الأشغال المنجزة من طرف المؤسسة المدعية في الإعادة تقدر بمبلغ 2.867.946.12 دج مما يتعين إلزام المدعى عليه في الإعادة بأداء هذا المبلغ الأخير للمدعية في الإعادة ،حيث أن إمتناع المدعى عليه في الإعادة عن التماطل في تسديد مستحقات المدعية في الإعادة سبب لهذه الأخيرة ضرر يستوجب التعويض

⁹¹⁹ -شريف سمية، مرجع سابق ، ص ص74،73.

وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة الإدارية لسيدى بلعباس حكم تحت رقم 13/00713 ، رقم الفهرس 14/00078 مؤرخ في 2014/02/18 ، بين مؤسسة أشغال البناء (خ.ج) و الديوان الوطني للخدمات الجامعية الممثل لمديرية الخدمات الجامعية لسيدى بلعباس ممثلة من طرف مديرها ، قرار غير منشور ، حيث جاء في تسبيب المحكمة مايلي: "... حيث أن موضوع النزاع الحالي يتعلق بالمطالبة بمبالغ مستحقة في ذمة المدعى عليها تقدر بـ 636.203.65 دج مستحقة الدفع منذ تاريخ إنتهاء الأشغال وهو 2005/10/15 ، حيث أن المدعى عليه دفع بتقادم الدين لمضي أكثر من خمس سنوات على هذه الديون ،

حيث أن دفعه مؤسس قانونا لكون الحقوق الدورية تخضع للتقادم الرباعي 04 سنوات مما يتعين التصريح بعدم قبول الدعوى لتقادمها " وحكمت في الأخير بعدم قبول الدعوى لتقادمها .

⁹²⁰ -القرار الصادر في 2007/09/29 عن مجلس قضاء تلمسان (الغرفة الادارية) رقم القضية 07/00766 ، مشار إليه في مرجع أ/بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل منازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق ،ص104 .

مما يجعل طلب التعويض مؤسسا قانونا ويتعين الاستجابة له مع تخفيضه إلى الحد المعقول " ، و في الأخير تم اعتماد الخبرة المنجزة من طرف الخبير (ب.ج) و تم الحكم على المدعى عليها في الإعادة الديوان الوطني للخدمات الجامعية الكائن مقره بالجزائر العاصمة الممثل بمديره العام بأدائه للمدعية في الإعادة مؤسسة أشغال البناء ممثلة من طرف صاحبها (ع.ن) مبلغ 2.867.946.12 دج ومبلغ 100.000.00 دج تعويض عن الخبرة⁹²¹

و لقد أكدت المادة 122 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالفة الذكر، على أنه يخول عدم صرف الدفعات على الحساب في الأجال المحددة قانونا للمتعاقل المتعاقد و بدون أي إجراء، الحق في الإستفادة من فوائد التأخير، ويتم تسديد الفوائد على التأخير إلى حين تمكين المتعاقل المتعاقد من المبالغ المستحقة. كما يترتب على عدم دفع كل الفوائد على التأخير أو جزء منها، عند صرف الدفعات زيادة بنسبة إثنين في المائة (2%) من مبلغ هذه الفوائد على كل شهر تأخير، ويقدر التأخير الذي تحسب على أساسه هذه النسبة المئوية بشهر كامل محسوبا يوما بيوم .

وعليه فإن أي إخلال للمصلحة المتعاقدة بحق المتعاقل المتعاقد في الفوائد التأخيرية ، يخول الحق لهذا الأخير باللجوء إلى القاضي الإداري في إطار القضاء الشامل الذي يفصل في هذا النزاع مستعينا بذوي الخبرة والاختصاص ، كتعيين خبير محاسب لإعداد جدول محاسبي وتحديد قيمة الفوائد التأخيرية المترتبة على عاتق المصلحة المتعاقدة.

بعد استعراضنا لحالة التأخير في صرف الدفعات التي تترتب عنها بقوة القانون فوائد التأخير، وغير المنشئة للإلتزام بالتعويض، فهنا يثور التساؤل حول حالات التأخير في صرف الدفعات المنشئة للمسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة؟ بمعنى آخر هل يمكن للمتعاقل المتعاقد المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل له نتيجة التأخير في الأداء والمستقل عن الضرر الذي تمت تغطيته بفوائد التأخير؟

وهو ما أوضحه الدكتور باهي محمد مستندا في ذلك على أنه في إطار الصفقات العمومية التي تتضمن شروطا تعاقدية تتعلق بفوائد التأخير في الأداء وصرف الدفعات ، فإن التأخير المترتب عن خطأ الإدارة يدخل ضمن هذه الفئة من الفوائد، لكن المدعي رغم استفادته من فوائد التأخير في الأداء المنظمة في إطار القانون، فإنه يمكنه كذلك الحصول على التعويض والفوائد الجابرة للضرر إذا تقدم بالدليل من جهة على أن

⁹²¹ -حكم صادر عن المحكمة الإدارية لسيدي بلعباس ، تحت رقم 17/00860 ، رقم الفهرس 17/01238 ، بتاريخ 2017/12/12 ، بين مؤسسة أشغال البناء ممثلة من طرف صاحبها (ع.ن) و الديوان الوطني للخدمات الجامعية الممثل من طرف مديرية الخدمات الجامعية "وسط" سيدي بلعباس ، (غير منشور).

التأخير يرجع إلى سوء إرادة الإدارة ومن جهة ثانية بأن هذا التأخير قد تسبب له في ضرر يكون مستقلا عن الضرر الذي تمت تغطيته بفوائد التأخير وإلا سنكون أمام حالة الجمع بين التعويضين لنفس الضرر⁹²².

وبناء على ذلك فإن المحاكم الإدارية في الحكم بالتعويض عن الضرر تميز ما بين التعويض عن الخسارة و فوات الكسب و بين فوائد التأخير، فتفرض التعويض عن الضرر متى لم يدل المدعي بما يثبت الخسارة المزعومة وهو ما تم تأكيده في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 2012/06/21 إذ ورد فيه مايلي: "وحيث أن التعويض عن الضرر غير مؤسس لعدم إثبات المدعي للخسارة الحقيقية وفوات الكسب الناتجة عن عقد موضوعه أداء التزام مالي غير تلك المرتبطة بالتأخير عن الوفاء و التي تم القضاء بشأنها بالفوائد التأخيرية لأنهما يرميان إلى نفس الهدف و الغايات، فضلا عن أن هذا الاتجاه يجد أساسه القانوني أيضا في حماية المال العام مما يتعين معه رفضه."⁹²³

ثانيا: التعويض الناتج عن إخلال المصلحة المتعاقدة بسلطاتها

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات استثنائية متمثلة في سلطة الرقابة والإشراف ، سلطة التعديل، سلطة توقيع الجزاءات و سلطة إنهاء الصفقة ، غير أنه يحدث أن يكون استعمالها لهذه السلطات غير مشروع مما يجعلها مطالبة بالتعويض جراء ذلك، وهو ما سنوضحه وفق مايلي:

1- التعويض على أساس الاستعمال غير المشروع لسلطة الرقابة والإشراف

لقد أشرنا في دراستنا السابقة إلى أن سلطة الرقابة والإشراف هي حق للمصلحة المتعاقدة تستعمله في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، ويتسع نطاق هذه السلطة خاصة في مجال صفقات الأشغال، ولكن سلطتها في ذلك غير مطلقة و إنما مقيدة بضوابط، فإذا حادت المصلحة المتعاقدة عنها مسببة بذلك ضررا للمتعامل المتعاقد معها (المقاول) وصفت سلطتها في الرقابة والإشراف على أنها غير مشروعة ، وقامت مسؤوليتها التعاقدية، الموجبة لتعويض المتعامل المتعاقد معها .

فيكون التعويض في هذا الصدد بسبب ابتعاد الإدارة عن الغاية من الحق في الرقابة والتوجيه أو تجاوز حدودها في استعمال هذه السلطة .

⁹²² - باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق، ص333.
⁹²³ - الحكم عدد 2543 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/06/21 في الملف رقم 2010/01/121 ، مشار إليه من طرف الدكتور باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2 ، مرجع سابق، ص335.

- ابتعاد الإدارة عن الغاية من الحق في الرقابة والتوجيه :

غاية الإدارة من الرقابة والتوجيه على المتعاقد معها حال تنفيذه لالتزاماته التعاقدية هي تحقيق مصلحة المرفق وتأمين السير الطبيعي للأعمال⁹²⁴ ، فإذا قصدت الإدارة باستعمالها لهذا الحق مجرد الإضرار بالمتعاقد معها، ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليتها التعاقدية في تعويض المتعاقد معها عما لحقه من أضرار بسبب تعسفها في استخدام سلطتها⁹²⁵.

-تجاوز حدود حق الرقابة والإشراف:

تترتب المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة (صاحبة المشروع) ، كونه من حقها أن تتخذ من الإجراءات التي من شأنها التأكد من استعمال المقاول للمواد المتفق عليها في العقد أنها تتجاوز حقها في ذلك إذا قامت مثلا بإحلال مواد أخرى محل المواد المتفق عليها في العقد لأنها في ذلك تكون قد عدلت من شروط العقد⁹²⁶ ، وبالتالي تتحمل تعويض في حالة وقوع أضرار بالمتعاقد جراء ذلك .

2- التعويض على أساس الاستعمال غير المشروع لسلطة التعديل

إن التعديل الانفرادي للعقد امتياز من امتيازات الإدارة لكن يجب عليها أن لا تمارسه بشكل تعسفي⁹²⁷ ، و بالتالي يكون التعويض على أساس الاستعمال غير المشروع لهذه السلطة في الحالات التالية :

- عدم استهداف المصلحة المتعاقدة بالتعديل تحقيق المصلحة العامة
- عدم وجود مبرر للتعديل
- عدم اتصال التعديل بموضوع العقد الإداري
- تجاوز التعديل حدود الشرعية

⁹²⁴ - رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1975، ص122 .

⁹²⁵ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، القرارات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010مصر، ص110.

⁹²⁶ - أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص303 .

⁹²⁷ - عبد اللطيف الشدادي، نظام الصفقات العمومية (في ضوء مرسوم 20 مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال 2016، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 977 .

وفي هذا الصدد يقوم القاضي الإداري بالتأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، وكذلك من مدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عليها تشريعياً، وعلى ضوء ذلك يقرر عما إذا كان هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه، وإذا ثبت للقاضي الإداري جاز له أن يحكم بفسخ الرابطة التعاقدية بناء على تجاوز المصلحة المتعاقدة لحدودها في تعديل الصفقة العمومية ومخالفته للنصوص التنظيمية بناء على تجاوز المصلحة المتعاقدة لحدودها في تعديل الصفقة العمومية ومخالفته للنصوص التنظيمية والقانونية، ومبدأ المشروعية بشكل عام، وفي هذه الحالة يمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض المالي عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب إضافة إلى فسخ الصفقة.⁹²⁸

3- التعويض على أساس الاستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية

من المسلم به أن الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة والتي تختلف صورها باختلاف درجة جسامه خطأ المتعامل المتعاقد معها، فقد تلجأ للغرامة المالية إذا اتضح لها أن هذا النوع من الجزاءات من شأنه أن يحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية وفي حالة العكس يجوز لها اللجوء إلى التنفيذ على حسابها، أما في حالة الخطأ الجسيم فإنه يجوز لها فسخ العقد الذي يربطها مع المتعامل المتعاقد معه .

ونأخذ على سبيل المثال أحد الجزاءات الإدارية المذكورة أنفاً وهو قرار سحب العمل من المقاول في صفقات الأشغال، إذ يرجع كما هو الشأن بالنسبة لكافة الجزاءات التي توقعها الإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية، إلى رقابة القضاء الإداري، وذلك بالنظر إلى الآثار السلبية التي يربتها قرار سحب العمل من المقاول، خصوصاً في حالة عدم مشروعيتها، فمن حق المقاول المستبعد الطعن أمام القضاء الإداري في مدى صحة قرار توقيع الجزاء عليه، وبما أن قرار الإدارة بسحب العمل من المقاول هو قرار إداري صادر أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة فإن النزاع المترتب عن ذلك يختص به في هذه الحالة القضاء الإداري، على أساس دعوى القضاء الكامل.

وفي حالة ثبوت عدم مشروعية هذا القرار، فإن القاضي يقتصر دوره فقط في الحكم بالتعويض ويتم تعويض المقاول عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، دون أن يستطيع وقف تنفيذ هذا الإجراء أو حتى إلغائه .

⁹²⁸ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 284 .

أما في مصر والدول المقارنة الأخرى، فلم نلاحظ أن القضاء قد حكم بعدم اختصاصه بإلغاء قرارات الإدارة المتعلقة بالجزاء الضاغطة، وكذلك الفقه الذي يؤيد بغالبيته، حق القاضي بإلغاء هذه الطائفة من الجزاءات إلى جانب الحكم بالتعويض، وللعقود الإدارية كافة.⁹²⁹

وعليه فإن قرار الإدارة المتعاقدة بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر في التنفيذ في صفقات الأشغال و تنفيذ الإدارة المتعاقدة الأعمال محل التعاقد على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته يخضع لرقابة القضاء، من حيث المشروعية والملائمة و بالتالي يمكن له إلغاء القرار إذا ثبت عدم مشروعيته أو عدم تناسب بين الجزاء والخطأ المنسوب للمتعاقد فضلا عن الحكم بالتعويض المناسب للمتعاقد عن الأضرار التي سببها قرار الإدارة بالتنفيذ على حسابه.

وبناء على ما تقدم نتوصل إلى أن قرارات الإدارة القضائية بتوقيع الجزاءات الإدارية بمختلف صورها على المتعاملين المتعاقدين المخلين بتنفيذ الصفقة تخضع لرقابة القضاء الإداري، وذلك بغرض منع تعسفها في استعمال حقها في توقيع هذه الجزاءات، مع العلم أن رقابة القضاء تشمل رقابة مشروعيتها وكذا رقابة ملائمة.

أ-01- رقابة القاضي الإداري على مشروعيتها توقيع الجزاء في عقود صفقات الأشغال

وفيها تنصب رقابة القاضي الإداري حول فحص القرار الصادر عن الإدارة بتوقيع الجزاء، من حيث مدى مشروعيته أو عدم مشروعيته، وعليه يتصف قرار الجزاء بعدم المشروعية إذا اقترن بأحد العيوب المتعلقة بالشكل أو الاختصاص أو عيب مخالفة القانون أو عيب الانحراف في السلطة.⁹³⁰

ومن تطبيقات رقابة المشروعية للقاضي الإداري على جزاء الفسخ، نجدتها تتمحور في مدى احترام المصلحة المتعاقدة للإجراءات الشكلية قبل توقيع جزاء الفسخ، وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى أن الإجراءات الشكلية في مجال الجزاءات الإدارية بصفة عامة متعددة ويمكن حصرها في أربعة إجراءات وهي الإنذار واحترام الآجال بين إنذار وتوقيع الجزاء وحق الدفاع وتبليغ الجزاء، وبصفة عامة فإن احترام بعض الإجراءات الشكلية وخاصة الإنذار قبل إنزال الجزاء التعاقدية يشكل بالنسبة للإدارة التزاما تعاقديا ولا يمكنها أن تتصل منه إلا بالإستناد إلى شرط تعاقدية يعفيها من الإجراء الشكلي المطلوب، و إلى الاستعجال.

⁹²⁹ - عبد الوافي عبد الجبار، بن السبحمو محمد المهدي، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة في توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية، مجلة القانون و العلوم السياسية، العدد السابع، جانفي 2018، ص ص 255، 256.
⁹³⁰ نفس المرجع، ص ص 259، 260.

ويستخلص من هذه المبادئ أن عدم احترام الإجراءات الشكلية يلزم في جميع الحالات المسؤولية العقدية للإدارة، لكن نلاحظ أن القاضي الإداري لا يجسد دائماً هذا الحل، فما هو المعيار الذي يستند إليه قاضي العقد لاستبعاد أو لاعتماد المسؤولية العقدية للإدارة؟

وهو ما أجاب عليه الدكتور باهي محمد بأنه من جهة، هنالك عدد كبير من الأحكام وقرارات الاجتهاد القضائي الإداري تفتح للمدعي الحق في الحصول على تعويض عن الضرر الخاص اللاحق به من جراء الجزاء الذي لم تحترم فيه الإجراءات الشكلية بإنذار المتعاقد باحترام التزاماته التعاقدية تحت طائلة توقيع الجزاء.

ومن جهة أخرى، فإن عدم احترام الإجراءات الشكلية لاتخاذ الجزاء لا يؤدي بشكل آلي إلى المسؤولية العقدية للإدارة في حالة الإخلالات البسيطة، وفي حالة خطورة الإخلالات المنسوبة للمتعاقد مع الإدارة واستغراقها لخطأ الإدارة، وعندما يكون الجزاء مبرراً من الناحية الموضوعية، وتطبيقاً كذلك لنظرية الخطأ المتبادل المعمول بها في إطار المسؤولية غير العقدية حيث يخفف أو يستبعد القاضي مسؤولية الإدارة وخاصة في حالة إصدار قرار إداري في إطار إجراءات معيبة، وإذا كان الضحية نفسه هو من ارتكب الخطأ و القاضي قبل الحكم بالتعويض بسبب عدم مشروعية القرار الإداري فإنه يميل إلى البحث في ما إذا كانت طبيعة الوقائع تبرر اتخاذ ذلك القرار، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يستنتج بأن الإجراءات المعيبة لا تغير في شئ من الحل و بالتالي يستخلص غياب الضرر القابل للتعويض.⁹³¹

ولأجل ذلك فإنه يبدو في النهاية أن الإلزام التعاقدية للإدارة باحترام الإجراءات الشكلية في مجال الجزاءات التعاقدية بما فيها الفسخ يكون ذو قوة إلزامية عكسية متدرجة حسب أهمية الإخلالات المنسوبة إلى المتعاقد مع الإدارة والتي أدت إلى اتخاذ الجزاء، فهذا الإلزام التعاقدية لا يكون له كامل التأثير إلا عندما تكون إخلالات المتعاقد بسيطة أو منعدمة غير أنه تكون له قوة إلزامية نسبية عندما تكون الإخلالات جد مهمة و إن احترام الإجراءات الشكلية لا يسمح في جميع الفرضيات للمتعاقد بأن يصح تهاونه وبالتالي فإنه سيصبح من العبث الحكم على الإدارة بأداء التعويض.⁹³²

وهو نفس ما ذهب إليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في تأكيده على التزام الإدارة بإعذار المقاول المتعاقد قبل إعلانها جزاء الفسخ مع تحديد مهلة معقولة له لتنفيذ التزامه وغالباً ما ينص على هذا الالتزام في العقد أو دفا تر الشروط إلا أن عدم النص عليه لا يغير من الأمر شيئاً ويلزم إعذار المقاول قبل توقيع الفسخ

⁹³¹ - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق، ص ص 340،341 .

⁹³² - نفس المرجع، ص341

ولا يكون الإعذار ضروريا إذا نص العقد صراحة على إعفاء الإدارة من هذا الالتزام وفي حالة الشك حول شرط إعفاء الإدارة من هذا الالتزام يفسر هذا الشك لمصلحة المقاول بحيث يكون الإعذار لازما.⁹³³ كما تعفى الإدارة من الإعذار المسبق في حالة ما إذا أعلن المقاول صراحة عن رفضه لتنفيذ التزامه أو عدم قدرته على ذلك، إذ لا فائدة من الإعذار في هذه الحالة، كما أنه لا ضرورة ولا جدوى من الإعذار إذا كانت الظروف تؤكد عدم فائدته بفعل المقاول كغشه في التنفيذ أو ارتكابه لمخالفة يصعب تداركها أو إصلاح الوضع حتى مع الإعذار، وفي حالة تنازل المقاول عن عقده دون موافقة الإدارة وفقا لما ينص عليه التشريع أو قام بالتعاقد من الباطن، وتعفى كذلك من الإعذار المسبق قبل توقيع الجزاء في حالة الاستعجال، لأن الظرف لا يسمح من حيث سعة الوقت ذلك، و أخيرا تعفى الإدارة من ضرورة إعذار المقاول قبل فسخ عقده إذا كان هذا الفسخ كما أسلفنا، تاليا لجزاء سابق هو وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة لأن هذا الأخير جزاء مؤقت قد ينتهي إلى الفسخ إذا استمر المقاول في المخالفة، شرط أن تكون هذه المخالفة ذاتها هي سبب توقيع جزاء الفسخ.⁹³⁴

وغني عن البيان أن الجهة التي توجه الإعذار يجب أن تكون مختصة وفقا لما ينص عليه العقد أو دفتر الشروط و في حالة عدم تحديد السلطة تكون هي الجهة المختصة باتخاذ الإجراءات التمهيدية.⁹³⁵ وفي غير الحالات المعفية للإدارة من الإعذار السالفة الذكر، يعتبر الفسخ غير المسبوق بالإعذار على الوجه السابق إيضاحه معيب يعفي المقاول من نتائجه وأعبائه الباهظة وفي حالة حصول ضرر له يحصل بالإضافة إلى ذلك على تعويض.⁹³⁶

غير أنه في التشريع المصري نجد أن لائحة المناقصات والمزايدات لم تشترط الإعذار في هذه الحالة وكذلك فإن أحكام القضاء المصري لا توجب اتخاذ مثل هذا الإجراء.⁹³⁷

في حين أن المشرع الجزائري حذى حذو نظيره الفرنسي والمغربي، وأكد على ضرورة التزام المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعامل المتعاقد ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة كليا أو جزئيا من جانب واحد.⁹³⁸

⁹³³ - محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص 272.

⁹³⁴ - بين شعبان علي، مرجع سابق، ص 122، 121.

⁹³⁵ - نفس المرجع، ص 122.

⁹³⁶ - محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص 273.

⁹³⁷ - نفس المرجع، ص 273.

⁹³⁸ - نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

كما تلزم بإعذاره كذلك عند لجوئها لفسخ الصفقة بإرادة منفردة ، عندما يكون ذلك مبررا بسبب المصلحة العامة ، حتى بدون خطأ المتعامل المتعاقد .⁹³⁹

غير أن المشرع لم يحدد الأجل الممنوح لامتنال المتعامل المتعاقد بعد الإعذار، تاركا في ذلك السلطة التقديرية للإدارة.

أما مسألة للبيانات الواجب إدراجها في الإعذار فقد أحالها التنظيم إلى القرار الصادر عن الوزير المكلف بالمالية⁹⁴⁰، غير أنه في صفقات الأشغال غالبا ما يلاحظ لجوء المصلحة المتعاقدة إلى النشر في وسائل الإعلام المكتوبة، لتنبية المتعامل المتعاقد قبل ممارستها لسلطتها في الفسخ .

و بناء على ما تقدم بيانه نستنتج أن المصلحة المتعاقدة هي ملزمة باحترام الإجراءات الشكلية لممارسة سلطتها على عملية فسخ صفقة الأشغال، وكل إخلال في ذلك من شأنه أن يضيء الطابع التعسفي على استعمال حقها في الفسخ، مما يفتح المجال للمتعاقد معها باللجوء إلى القاضي الإداري للمطالبة بإلغاء قرار الفسخ بسبب مخالفته للتشريع والتنظيم المعمول به فضلا عن حقه في المطالبة بالتعويض .

أ-02- رقابة الملائمة

يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات ،ليشمل إلى جانب الرقابة مشروعية الجزاء، الرقابة على ملائمته، حيث يبسط القاضي الإداري رقابته للتأكد من ملائمة هذا القرار للخطأ العقدي الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد، بمعنى بحث مدى تناسب الجزاء الإداري مع الخطأ المرتكب والمنسوب للمتعاقد، والذي اعتبرته الإدارة إخلالا بالتزاماته، فليس كل خطأ يبرر الفسخ وإنما يجب أن يكون المقاول قد ارتكب خطأ على درجة معينة من الجسامه ومن الأمثلة للأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ من نظر الفقه و القضاء :

⁹³⁹ - نص المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق.ص.ع.ب.م.ع.
⁹⁴⁰ في هذا الشأن نجد أن القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 2011/03/28، المنشور في ج. ر عدد 24 الصادرة بتاريخ 20 أبريل سنة 2011 ، حدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره، حيث نصت المادة 2 منه على:
 " أن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة لا يتم إلا بعد توجيه إعدارين للمتعاقد العاجز "
 كما نصت المادة 3 منه على البيانات التي يتضمنها الإعذار المتمثلة في :
 تعيين المصلحة المتعاقدة و عنوانها،
 تعيين المتعامل المتعاقد و عنوانه،
 التعيين الدقيق للصفقة و مراجعتها ،
 توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار عند الإقتضاء،
 موضوع الإعذار ،
 الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار،
 العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ ."
 و نصت المادة 4 من نفس القرار الوزاري على أن الإعذار يتم بموجب رسالة موصى عليها ، ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالإستلام و نشره حسب الشروط المحددة في المادة 5 أدناه ."
 كما نصت المادة 5 من ن نفس القرار على أنه: " يجب أن ينشر الإعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) و على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني، و يحرر باللغة العربية و لغة أجنبية واحدة على الأقل"

- * رفض مقال الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية.
- * ترك مواقع العمل و إيقاف تنفيذ الأشغال .
- * عدم مراعاة شروط العقد من حيث التزام تنفيذ الأعمال في مواعيدها المحددة .
- * التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة ويعتبر التنازل بذاته خطأ عقديا من المقال يرتب مسؤوليته و يبرر توقيع أدنى الجزاءات عليه أي فسخ العقد .
- * عدم تكملة التأمين خلال المواعيد المحددة .
- * الغش في تنفيذ الالتزامات التعاقدية .
- * حالة إفلاس المقال المتعاقد مع الإدارة وفي هذه الحالة يقع الفسخ وجوبا أو جوازيا بحسب ما إذا كان العقد أو دفا تر الشروط تتضمن النص على وجوب فسخ العقد في حالة إفلاس المقال أو في حالة التصفية القضائية من عدمه.⁹⁴¹
- فإذا قرر القاضي الإداري أن الأعمال الصادرة عن المتعاقد لا تشكل خطورة كافية تبرر الجزاء الصادر عن الإدارة ، فيمكن له أن يقرر عدم صحة الجزاء المتخذ من طرف الإدارة و الذي يعتبر مبالغا فيه.⁹⁴²
- وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 1996/09/23 بما يلي: "...حيث أن عقوبة الفسخ التي لجأت إليها الإدارة جزاء لسوء الصيانة وعدم احترام بنود العقد لا تتلائم مع الأخطاء المنسوبة إلى المتعاقد معها، وحيث أنه أمام إخلال الإدارة بالمسطرة المنصوص عليها ولكون الجزاء لا يتناسب مع الإخلال المنسوب للمتعاقد فإن المحكمة ترى أن الفسخ جاء مشوبا بالشطط في استعمال السلطة ومخالفا للقانون يستحق معه المتعاقد تعويضا كاملا عن الأضرار الحاصلة له ...".⁹⁴³
- وبالتالي فإنه يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض عن القرار الإداري المطعون فيه القاضي بفسخ الصفقة، أو التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد إذ تبين له عدم سلامته، وترتب عليه ضررا أصاب هذا المتعامل، وذلك دون إلغائه نظرا لعدم انفصاله عن العقد الإداري في هاته الحالة، عكس القرارات الإدارية السابقة عن إبرام العقد والممهدة لانعقاده، و التي يجوز للقاضي الإداري إلغائها إذا تبين له عدم سلامتها، وهذا طبقا

⁹⁴¹ - محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص 270، 269.

⁹⁴² - عبد الوافي عبد الجبار، بن السبحمو محمد المهدي ، مرجع سابق ، ص 260

⁹⁴³ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء -المغرب- تحت رقم 243 بتاريخ 1996/09/23، مشار إليه في مرجع، عبد الوافي عبد الجبار، بن السبحمو محمد الهادي، مرجع سابق، ص 260.

لنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة، أما فيما يتعلق بالجزاء المالية فإنه يمكن للقاضي الحكم بتخفيضها أو الإعفاء منها⁹⁴⁴.

4- التعويض على أساس الاستعمال غير المشروع لسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون خطأ من المتعاقد

تعتبر سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري امتيازاً استثنائياً مقرر للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن هذا المنطلق لا بد من الاعتراف بمقابل هذه الامتيازات الممنوحة للإدارة، حفظ حقوق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض عن قيام الإدارة بالإنهاء للعقد الإداري قبل الأوان، ومن دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، لأن هذا الإنهاء يحرم المتعاقد من المزايا المالية التي يجلبها التنفيذ الكامل للعقد الإداري⁹⁴⁵.

وهو ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 2012/01/12 في حيثيات القرار على أنه "... حيث أنه ثابت من الملف أن موضوع الدعوى يتعلق بإلغاء قرار فسخ الصفقة حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاءاً وقانوناً أن النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي نزاعات القضاء الكامل وأن الإدارة ونظراً لما لها من سلطة تقديرية لها فسخ أي صفقة عمومية بإرادتها المنفردة ولا يبقى للمتعاقد إلا حق المطالبة بالتعويض في الحالات التي يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ الصفقة، كما أن القرارات الصادرة بالفسخ ليست قرارات إدارية بمفهومها التقليدي التي تخضع لدعوى الإلغاء لأنه لا يمكن إرغام الإدارة على التعامل مع متعاقد رغم إرادتها وبالتالي لا يبقى لهذا الأخير إلا المطالبة بالتعويض في الحالة التي يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ العقد⁹⁴⁶.

كما يمكن أن يكون من شأن ذلك الإنهاء الانفرادي أن يضع المتعاقد في موقف صعب إذا كان هذا الأخير لم يستطع أن يستهلك بعد رؤوس الأموال التي استثمرها في تنفيذ العقد، ولهذا السبب فإنه لكي لا يتحمل المتعاقد الأعباء المالية المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد، فإن القضاء قد اعترف بقيام

944 - عامر نجيم، مرجع سابق، ص 135، 134.

945 - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، مرجع سابق، ص 123، 122.

946 - قرار مجلس الدولة رقم 063683 المؤرخ في 2012/01/12، قضية بلدية العلمة ضد (ح.ع)، منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014، ص 108.

المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة بما يتيح للمتعاقد الحق في التعويض عن الالتزام القانوني من جانب الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد بشرط أن يصيب هذا المتعاقد ضرر نتيجة إنهاء عقده.⁹⁴⁷ هذا ويختلف التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة من حيث تقديره ومقداره والأساس القائم عليه، باختلاف ما كان التعويض إتفاقياً أو قضائياً.

أ- التعويض الإتفاقي والقانوني

قد ينظم العقد الإداري محل الإنهاء ذاته أو القوانين أو اللوائح الخاضع لها ذلك العقد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد عن إنهاء عقده وعناصره، وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد أو مضمون القوانين واللوائح العامة بصدد إقرار مبدأ التعويض وأسس حسابه وسائر ما يتعلق به من أحكام ذلك أو حرية الأطراف المتعاقدين في هذا المقام كاملة في مجال تحديد التعويض المستحق للمتعاقد نتيجة الإنهاء الانفرادي من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة.⁹⁴⁸

حيث يستطيع طرفا العقد (الإدارة و المتعاقد معها) أن يحددا بالضبط عناصر حساب التعويض الممنوح للمتعاقد في هذه الحالة، أي كان طبيعة اتفاقهما في هذا الشأن بحيث يمكنها الاتفاق بمقتضى شرط صريح في العقد على استبعاد منح أي تعويض للمتعاقد عن إنهاء العقد أو تحديد مبلغ جزافي كتعويض، أو قصر التعويض على الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بالفعل مع استبعاد التعويض عن الأرباح التي فاتت عليه أو اشتمال التعويض على عنصري التعويض أي تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.⁹⁴⁹

ب- التعويض القضائي

إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح مبدأ استحقاق التعويض ومقداره وعناصره، فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد، ومقدار التعويض في هذه الفرضية يكون كاملاً بعنصريه أي أنه يغطي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

⁹⁴⁷ - حذيفة عادل عبد الكريم منصور ، مرجع سابق، ص123 .

⁹⁴⁸ - نفس المرجع ، ص ص 124، 125 .

⁹⁴⁹ - نفس المرجع ، ص125

ومع هذا فإن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع مبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناشئ للمتعاقد عن الإنهاء المبستر للعقد شاملاً الربح الفائت، فطبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن المتعاقد الذي أنهى عقده من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة لا يستحق أي تعويض في حالتين:

6- إذا نص العقد ذاته صراحة على أن المتعاقد لا يستحق أي تعويض في حالة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.

إذا لم يلحق بالمتعاقد أي ضرر حقيقي من جراء إنهاء عقده، حيث أن المبادئ العامة للحصول على التعويض تقتضي وقوع ضرر فعلي تكبده المتعاقد، لذلك لا مجال للتعويض إذا لم يحدث إنهاء العقد أي ضرر للمتعاقد، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1930/11/17⁹⁵⁰.

وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 1963/04/21 على أن التعويض يخضع للأحكام العام المقررة في هذا الصدد، ومنها شرط حصول ضرر من جراء إنهاء العقد فإذا ثبت أن إنهاء العقد لم يترتب ضرراً فلا محل للتعويض.

أما بخصوص مقدار التعويض، فالقاضي هو الذي يقدر التعويض إذا لم يكن مقدراً في العقد أو بنص القانون، وقد أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1992/05/12 الذي جاء فيه: "يقدر القاضي التعويض إذا لم يكن مقدراً في العقد أو بنص القانون، ويتعين عند تقدير التعويض تقصي وجود الخطأ المشترك وأثره، حيث يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أولاً يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه، نتيجة لذلك لا يتقاضى المضرور في كل الأحوال التعويض الكامل، بل يتحمل نصيبه من المسؤولية إذا كان هناك ما يدعو إليها".⁹⁵¹

⁹⁵⁰ - حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1930/11/17 ، ورد ذكره في مرجع حذيفة عادل عبد الكريم منصور ، مرجع سابق ، ص 127

⁹⁵¹ - مشار إليهما في نفس المرجع ، ص 127

ج-التعويض الكامل

ويقصد به التعويض الكامل الذي يغطي كافة ما يلحق المتعاقد من خسارة وما يفوته من كسب بسبب فسخ العقد، مع مراعاة ما يكون المتعاقد قد نفذ التزاماته في المدة ما بين رفع الدعوى وما بين صدور الحكم بالفسخ، ويقدر التعويض في التاريخ الذي ينطق به القاضي بالحكم .

وعلى ذلك فإن التعويض الكامل يكون مشتملا على عنصرين أساسيين:

ج-01-تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة :

ويكون ذلك نتيجة إنهاء عقده من طرف الإدارة بإرادتها المنفردة ، ويشترط في ذلك أن تكون هنالك علاقة سببية بين إنهاء العقد و الخسارة التي تكبدها المتعاقد ،وينبغي الإشارة هنا إلى أن القاضي الإداري يرفض تعويض المتعاقد عن الأضرار غير المنسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ العقد ،بحيث لا يستطيع المتعاقد أن يطلب التعويض على أساس تعاقدية عن خسائر سابقة على التوقيع على العقد وإبرامه أو اللاحقة على إنهاء العقد .

ج-02-تعويض المتعاقد عما فاتته من كسب:

ويقصد بالكسب الفائت أي المبالغ المعقولة المتوقعة وغير المتوقعة والتي كان يعول عليها المتعاقد بوصفها ربحا مشروعا لأن فسخ العقد قد تم بسبب الإدارة،وقد أقر مجلس الدولة عنصر الربح الفائت للمتعاقد إلى جانب عنصر الخسارة المحقق له،كعنصرين للتعويض الكامل الذي يستحقه المتعاقد نتيجة إنهاء عقده،وبحسب التعويض من تاريخ إنهاء العقد من طرف الإدارة .⁹⁵²

⁹⁵² -حذيفة عادل عبد الكريم منصور ،مرجع سابق ،ص 128 وما يليها

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري عن تعويض المتعاقد دون خطأ

إن المسؤولية الإدارية التعاقدية يمكن أن تكون قائمة خارج كل خطأ تعاقدي، ومن مظاهرها الأساسية تلك التي تلتزم بموجبها الإدارة بالتعويض إما في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري (أولاً) و إما إستناداً لنظرية الإثراء بلا سبب (ثانياً) .

أولاً: التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري

إن إثثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح فمتى قامت المصلحة المتعاقدة بإجراءات مشروعة تنصب على العقد أو خارجه وأنجر عنها زيادة في أعباء المتعاقد وإخلال بالتوازن المالي للعقد فإنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد وإعادة التوازن المالي للعقد لأنه لو جرى الأمر على خلاف ذلك وكان للإدارة أمر اتخاذ ما تراه مناسباً من الإجراءات دون أن تكون ملزمة مقابل ذلك بالتعويض لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أي كان لن يقبل المجازفة بالدخول في عقود مع الإدارة تخضع لمحض سلطتها و يتعرض فيها إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها.⁹⁵³

ولا تنحصر الحماية المقررة للمتعاقد في هذا الصدد في الحماية من المخاطر الإدارية و الاقتصادية فحسب بل وفي الحماية من المخاطر والصعوبات المادية غير المتوقعة والتي قد تعترض المتعاقد في مرحلة تنفيذ العقد وتؤدي إلى إرهاقه ، وفكرة التوازن المالي للعقد تجد لها أساساً في النظريات التي أرساها القضاء الإداري وهي النظريات التي يمكن للمتعاقد بموجبها وفي الأحوال التي تتوفر فيها شروط تطبيقها استحقاق التعويض⁹⁵⁴ ، وهذه النظريات وهي:

⁹⁵³ - بو عمران عادل ، مرجع سابق ، ص 118

⁹⁵⁴ - نفس المرجع ، ص 119 .

1- الحق في الحصول على تعويض من الإدارة نتيجة نظرية فعل الأمير

إن فعل الأمير يؤثر من دون شك على التنفيذ العادي للعقد، لكن لاعتباره الفعل المحدث للمسؤولية التعاقدية للإدارة يجب أن يستجيب لبعض الشروط .

وعلى هذا الأساس نجد أن شروط المسؤولية التعاقدية بدون خطأ توجد في أصل الضرر ذاته، فعل الأمير لا يمكن الإحتجاج به ، إلا إذا كان الضرر الذي تعرض له المتعاقد مع الإدارة ناتجا عن تدبير، أو إجراء اتخذ من طرف الإدارة بشكل قانوني و بشكل غير متوقع، وهناك ثلاثة أنواع من الشروط يجب شرحها و الوقوف عليها :

-الضرر يجب أن يكون ناتجا عن تدبير صادر من المصلحة المتعاقدة :

لكي تلعب نظرية فعل الأمير دورها ، وموازة مع ذلك نرى قيام المسؤولية الإدارية بدون خطأ ، يجب ان يكون الضرر الذي تعرض له المتعاقد مع الإدارة صادر عن تدبير اتخذته الشخص المعنوي العام المتعاقد، و بالتالي هذا الشروط يخرج من مجال تطبيق المسؤولية التعاقدية بدون خطأ التدابير التي يتخذها المتعاقد مع الإدارة ، والتي يتخذها شخص معنوي عام آخر غير الإدارة المتعاقدة .

انطلاقا من هذا التعريف، فالأمير هو السلطة العامة، و المتعاقدون مع الإدارة ليس لهم بالطبع هذه الصفة، إن نظرية فعل الأمير موضوعها حماية المتعاقدين مع الإدارة جراء النتائج المضرة و الناتجة عن السلطة التي تمارسها الإدارة ، وهذا يعني أن المسؤولية الإدارية التعاقدية بدون خطأ هي مسؤولية في اتجاه واحد، لا تهم إلا المتعاقد مع الإدارة، ولا تكون لفائدة الإدارة المتعاقدة .⁹⁵⁵

-الضرر يجب أن ينتج عن تدبير قانوني:

إن التدابير القانونية و المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة هي وحدها التي يمكن أن تسهم في قيام مسؤوليتها التعاقدية بدون خطأ ،و يخرج هذا التعريف من دائرته التدابير غير القانونية التي تشكل أخطاء لا يمكن إثارتها إلا في إطار المسؤولية التعاقدية بناء على خطأ، لأن التدبير مصدر الضرر يجب أن يكون مشروعا على مستوى أساس اتخاذه، وعلى مستوى طريقة ممارسته.

⁹⁵⁵ - عبد اللطيف الشداوي ، نظام الصفقات العمومية (في ضوء مرسوم 20مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال 2016، الجزء الثاني، مرجع سابق،ص 986 .

إن العقد يمكن أن يشتمل على شروط تسمح للإدارة المتعاقدة بتعديل شروط التنفيذ، أو إنهائه، فيتعلق الأمر إذن بسلطة انفرادية في التعديل، أو الفسخ، وقد تجد أيضا بعض الإيحاءات في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، والتي تسمح بإمكانية التعديل و الفسخ من طرف الإدارة .

وعندما لا يتضمن العقد أي شرط يتعلق بممارسة هذه الامتيازات، فإن الإدارة المتعاقدة يمكنها أن تتخذ تدابير أو إجراءات تمس شروط تنفيذ العقد الذي أبرمته، بناء على سلطتها العامة المخولة لها كشخص معنوي عام⁹⁵⁶ .

وفي هذه الحالات، فإن التدابير المتخذة من طرف الإدارة المتعاقدة لا تجد أساسها خارج العقد، بل تجده في نصوص القانون، و بصفة عامة داخل القواعد العامة للقانون العام، وعليه لا يمكن للشخص المعنوي العام أن يتخذ أي إجراء مخالف للعقد الذي سبق له أن أبرمه، لأن كل قراراته تبقى خاضعة لمبدأ المشروعية، فمثلا سلطتي التعديل الانفرادي و الفسخ الانفرادي مشروطتان، لأنهما تشتملان على بعض الحدود، فالإدارة المتعاقدة لا يمكن لها أن تحدث تغيير في الاقتصاد العام للعقد .

وعندما تتجاوز الإدارة المتعاقدة سلطاتها التي تمتلكها إزاء العقد، تكون قد ارتكبت خطأ موجبا لقيام مسؤوليتها التعاقدية.

-الضرر يجب أن يكون ناتجا في بعض الحالات، عن تدابير غير متوقعة:

إن فعل الأمير الذي يدعيه المتعاقد مع الإدارة يجب أن يكون غير متوقع وقت إبرام العقد، وبصفة منطقية و منصفة، إذا ما اعتبرنا أن فعل الأمير يمكن توقعه وقت إبرام العقد، فيفترض أن المتعاقد مع الإدارة قد أخذه بعين الاعتبار خاصة فيما يتعلق بدراسة الأثمان.

إن شرط عدم توقع الفعل المحدث للضرر ليس عاما، ولا يطبق على جميع فرضيات التدابير المتخذة من طرف الشخص العام، لكنها تبقى دائما رهينة السلطة التقديرية للقاضي.⁹⁵⁷

⁹⁵⁶ - عبد اللطيف الشداوي، نظام الصفقات العمومية (في ضوء مرسوم 20مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال

2016، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 987 .

⁹⁵⁷ نفس المرجع، ص 988

ومن بين التدابير التي تثير المسؤولية التعاقدية بدون خطأ للإدارة كثيرة و متنوعة ، فقد يتعلق الأمر بقرارات غير تنظيمية، كالتى تم اتخاذها بخصوص العقد أو التدابير التي من خلالها توجيه أوامر للمقاول بإدخال بعض التعديلات في تنفيذ المشروع المكلف بإنجازه.

إن العمليات المادية وخاصة الأشغال التي من شأنها عرقلة تنفيذ العقد المبرم من طرف الإدارة مع شخص آخر، فقد تعطي لهذا الأخير الحق في المطالبة بالتعويض، وكمثال على ذلك، الأوامر بالخدمة التي تبلغها الإدارة للمقاول لتنفيذ عمل يتجاوز التحديدات الأساسية، أو يتطلب منه استعمال إمكانات مالية أكثر من تلك التي تم الاتفاق عليها، حيث تشكل هذه التدابير مساسا بموضوع العقد .

وفي جميع الحالات تكون الإدارة ملزمة بتعويض الضرر الذي أحدثته للمتعاقد معها، على إثر ممارستها لامتيازات السلطة العامة وفق شروط غير قانونية بمناسبة تنفيذ العقد ، و بصفة عامة فإن فعل الأمير يعطي الحق بالتعويض ، إلا أن ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها يؤدي إلى التعسف في تطبيق شروط تنفيذ العقد و الإضرار بالمتعاقدين معهم، وهنا يكون التعويض شاملا ، وإن ما يبرر وجود التعويض هو المحافظة على التوازن المالي للعقد⁹⁵⁸.

والتعويض الشامل يشمل ما فات المتعاقد من كسب وما لحقته من خسارة، فالتعويض يشمل كافة النفقات والمصاريف الإضافية التي تكبدها المتعاقد معها، وكذلك يشمل ما كان يتوقع أن يجنيه المتعاقد من أرباح، وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية حددت قواعد هذا التعويض: ".... والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين:

الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة و يتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقتها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف أحوال وطبيعة التعديل ونتائجه ، ومثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة ، وفي هذه الحالة يجب الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه .

⁹⁵⁸ - عبد اللطيف الشدادي ، نظام الصفقات العمومية (في ضوء مرسوم 20 مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال 2016، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 989 .

والثاني ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتباراً بأن من حقه أن يعرض عن ربحه الحلال عن عمله و رأس ماله .⁹⁵⁹

كما يجوز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بعدم توقيع غرامات مالية عليه في حالة التأخير متى أثبت أن التأخر كان سببه فعل الأمير بل ويمكن للمتعاقد التحرر من التزامات التنفيذ والتمسك بفسخ العقد متى بات التنفيذ مستحيلاً .⁹⁶⁰

2-الحق في الحصول على تعويض من الإدارة نتيجة الظروف الاستثنائية

نكون أمام ظروف طارئة إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وترتب عنها إرهاب المتعاقد مع الإدارة بشكل يزيد من كلفة الأشغال و يترتب خسارة فادحة غير عادية، ولا يستقيم التوازن المالي للعقد على ضوءها إلا بمشاركة الإدارة في تحمل هاته الخسائر⁹⁶¹.

ومع توافر شروط تطبيق النظرية واستمرار المقاول في التنفيذ يحق لهذا الأخير المطالبة بمساعدة الإدارة له لتجاوز نتائج ذلك الظرف الطارئ وما ترتب عنه من زيادة أعباء مالية واختلال اقتصاديات العقد، مما جعله يواجه صعوبات جمة في تنفيذ التزاماته، و الإدارة في هذه الحالة ملزمة على مشاركته في تحمل هذه الأعباء ومساعدته على تخطي هذه الظروف .

والقول بوجود مشاركة الإدارة لمن يعاونها في تسيير مرفقها العام يعني أن تعوضه جزئياً عن الخسارة التي لحقت به، لأن هدف نظرية الظروف الطارئة هو توزيع عبئ الخسارة المترتبة عن الظرف الطارئ بين المتعاقد (المقاول) والإدارة، مما يمكن المقاول من الاستمرار في التنفيذ وتسيير المرفق حتى لا يتأثر حسن سير المرفق العام وبالتالي المساس بالمصلحة العامة .⁹⁶²

لذلك فإن طبيعة هذا التعويض الموصوف بالجزئي، أنه تعويض مؤقت يرتبط بوجود الظرف الطارئ، تساهم به لإدارة الظرف المؤقت إلى حين استعادة التوازن المالي للعقد، بالتغلب على الظرف الاستثنائي الذي أدى إلى الإختلال الحاصل.

وعودة التوازن المالي للعقد يحدث بزوال سببه المتمثل في الظرف الطارئ، كأن تزول الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت وراء زيادة أعباء ومشقة المتعاقد فتتخفف الأسعار مثلاً إلى مستواها بعد أن قفزت

959 - محمد بن سعيد بن حمد المعمري ، مرجع سابق ، ص 404،405 .

960 - بو عمران عادل، مرجع سابق، ص 121،120 .

961 - محمد القصري، القاضي الإداري و منازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقه و القضاء، العدد 46، ص 127 .

962 - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 204،203 .

إلى الأعلى فجأة، و قد تتعامل الإدارة مع الطرف الطارئ بشكل ينهي اختلال التوازن المالي لعقد المقاوم وذلك بأن تعيد النظر مثلا في شروط العقد ما يتماشى والظروف الاستثنائية المستجدة .
ولكن إذا تبين أن استعادة التوازن المالي لا يمكن تحقيقه بسبب استمرار الظروف الطارئة فالحل هو معالجة طرفي العقد للأمر (المقاوم والإدارة صاحبة المشروع) باتفاق بينهما، إن كان الأمر يبدو صعبا لأنه لا المقاوم يرضى بالاستمرار في تنفيذ عقد لا ينال منه ربحا، ولا الإدارة تستطيع أن تستمر في الإنفاق على عقد ثبت عدم إمكانية تقويمه .

فالحل هو رفع دعوى فسخ العقد من أحد الطرفين اللذان يمكن هذا الحق ، وفي هذه الحالة أي حالة ما إذا عجز الطرفين في الوصول إلى اتفاق جديد يسايران به استمرار الطرف الطارئ يتم اللجوء إلى القاضي من أحدهما بطلب الفسخ فإن هذا الأخير يحكم بالفسخ الذي قد يكون مصحوب بالتعويض لمصلحة أحد الطرفين إذا ثبت أن تعنت الطرف الآخر كان هو السبب في عدم التوصل إلى اتفاق جديد بدل الفسخ.⁹⁶³
أما التعويض عن الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة فإنه يقتصر على الأضرار المادية الفعلية الناتجة عن القوة القاهرة وبالتالي لا يشمل التعويض الربح الفائت ولا الضرر المعنوي ولا الفوائد القانونية لأن الضرر الحاصل لم ينتج عن خطأ الإدارة أو عن قرار قانوني من الإدارة كما هو الحال في قيام الإدارة بفسخ العقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، و التعويض هو استنادا للمبدأ المعمول به في القوة القاهرة التي يتم فيها إعفاء الطرفين المتعاقدين من تنفيذ موجباتهما التعاقدية .

والاستثناء الذي يشمل التعويض على المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار الناجمة عن القوة القاهرة إنما وضع لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري لأن المتعاقد يساهم ويتعاون مع الإدارة في تسيير المرافق العامة، وتعرضه لخسائر وأضرار بسبب القوة القاهرة قد يؤدي إلى عدم التعاقد مع الإدارة مما ينعكس سلبا على المصلحة العامة، لذلك يقتضي بالتعويض عن الأضرار الناتجة فقط عن القوة القاهرة بعد توفر الشروط القانونية المطلوبة لذلك.⁹⁶⁴

3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

ويقصد بالصعوبات المادية الغير متوقعة بأنها الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد وهي صعوبات استثنائية غير متوقعة تظهر أثناء تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية بسبب خارج عن إرادة الأطراف⁹⁶⁵، و تؤدي هذه

⁹⁶³ بن شعبان علي ، مرجع سابق، ص ص 204، 205 .

⁹⁶⁴ نصري منصور النابلسي، مرجع سابق ، ص ص 694، 693 .

⁹⁶⁵ Richer laurent ,droit des contrats administratifs ,5 éme édition ,L.G.D.J 2006,p226

الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى زيادة النفقات المحددة في العقد، لأن تنفيذ العقد يصبح أكثر صعوبة⁹⁶⁶.

وبإسقاطنا لهذه النظرية على صفقات إنجاز الأشغال محل بحثنا ، فنجدها تشمل الأشغال غير المتوقعة والتي هي في الأصل أشغال ناتجة عن الظروف التقنية غير المتوقعة أي الصعوبات المادية الطارئة أثناء تنفيذ الصفقة أو تنشأ على الأشغال المحددة فيها ، بحيث يصبح تنفيذها مرهقا بالمقارنة مع ما كانت متوقعا أثناء إبرام العقد .

كما تشمل الأشغال غير المتوقعة الأشغال التي لم تظهر في الصفقة، لكنها ليست غريبة عنها كتكليف المقاول بنقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض مثلا⁹⁶⁷.

وبرجوعنا إلى دفتر الشروط الإدارية العامة السابق الإشارة له، نجد أن المادة 27 منه جاءت لتخرج من نطاق الأشغال غير المتوقعة ولم يعتبرها من قبيلها وفق مايلي:

الاستغلال العادي للأموال العمومية والمصالح العمومية ولا سيما وجود حفظ شبكات القنوات والمجاري والأسلاك من كل نوع .

الورشات الضرورية لنقل أو تحويل تلك المنشآت.

التنفيذ المزدوج لأشغال أخرى معينة بصورة خاصة في دفتر الشروط الخصوصية .

ويعتبر عنصر التوقع في جملة الأشغال مسألة واقع، تسمح للقاضي في البحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة عند إبرام عقد الصفقة ومدى درجة معرفة المتعامل المتعاقد بإمكانية توقع حصول هذه الظروف من عدمها وذلك بحكم مؤهلاته وخبرته،و التي على أساسها يتم الاعتراف بحقه في الاستفادة من المستحقات الإضافية من عدمه .

لذلك فإن الأشغال غير المتوقعة والقابلة للتعويض تم حصرها في الصعوبات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة و التي تكون:

- ذات طبيعة مادية أو تقنية :

وتشمل مثلا الصعوبات المتعلقة بالأرض حيث يستفيد المتعامل المتعاقد من التعويض في الحالة التي ترتكب المصلحة المتعاقدة خطأ في تقدير قيمة الصخور والطين في باطن الأرض ولم تعطي للمتعامل المتعاقد عند طلب العروض أجلا لإجراء دراسة جيولوجية جديدة حل هذه الصعوبات .

⁹⁶⁶ -Christophe Guetier,op.cit ,p420

⁹⁶⁷ - حبشي ليلي كميلة ، ضوابط تسوية الأشغال الغير المدرجة في الصفقة العمومية، "دراسة تحليلية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، المجلد 09 ، العدد 03 ، ديسمبر 2018 ،ص267 .

- غير متوقعة :

لا يدخل في نطاق هذه الصعوبات الأشغال المنفذة في فصل الشتاء الذي يتميز بالرطوبة مثلا، فإن هذا الظرف لا يعتبر استثنائيا حتى ولو استفاد المتعامل المتعاقد من أجل لدراسة طلب العروض ولكن هذه الصعوبات تفاقمت نتيجة تأخر المتعامل المتعاقد في التنفيذ.

- ذات طابع غير عادي:

وتعود السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تكييف الصعوبات غير المنتظرة ومدى درجة أهميتها حتى تعتبر أنها تجاوزت الصعوبات العادية الطارئة على الصفقة ، ويلزم هنا المتعامل المتعاقد بإثبات وجود هذه الصعوبات ونطاقها عن طريق محاضر المعاينة التي يجب أن يعدها بمجرد حدوث الظرف الطارئ، وإلا يصعب عليه فيها بعد إثبات الضرر الذي حدث له جراء هذا الظرف.⁹⁶⁸

وقد أخذت محكمة القضاء الإداري المصرية بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أحد أحكامها مقررته أنه: "ومن حيث أن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على أساس النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات الغير متوقعة وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية ، وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة و أكثر كلفة، فيجب- من باب العدالة - تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المنفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتبارا بأن الأسعار المنفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له عن الأسعار المنفق عليها ، وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسبب ظروف سياسية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي، و يقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة، كما تختلف أيضا عن حالة القوة القاهرة في أنه يكفي في حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسرا و أكثر كلفة في حين أنه في حالة القوة القاهرة إما وقف التنفيذ أو فسخ العقد، أما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يفترض على العكس الاستمرار في التنفيذ..."⁹⁶⁹

⁹⁶⁸ - حبشي ليلي كميلة، مرجع سابق، ص 268 .

⁹⁶⁹ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 611 .

وفي حالة توافر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإن مجلس الدولة الفرنسي يلجأ عند حساب التعويض الكامل إلى السعر المتفق عليه في العقد للاهتمام به في تقدير التعويض ويخصم من هذا التعويض قيمة الخسائر التي تسبب فيها المتعاقد بخطئه في التحري و الدراسة الكاملة للصعوبات المادية غير المتوقعة .

غير أن القضاء يحرص على تقدير التعويض على سبيل الاستقلال بمراعاة الأسعار الجديدة، إذا ما ثبت أنه عند مقابلة الصعوبات المادية كانت الظروف التي أبرم فيها العقد في ظلها قد اختلفت، أو إذا ثبت أن الصعوبات المادية الطارئة أدت إلى تغيير كامل في الأسس التي وضعت في الاعتبار عند تحديد الأسعار في العقد ، وكل هذا بطبيعة الحال ليس سوى إعمال للقواعد العامة .⁹⁷⁰

غير أنه قد تتغير المعطيات الاقتصادية المحيطة بالصفقة والتي لا يمكن توقعها عن إبرام العقد والتي من شأنه أن ينتج عنها حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض المسمى بالتعويض غير المتوقع .

وبفترض وقوع الظروف الاقتصادية غير المتوقعة أن الأشغال الإضافية الناتجة عنها من شأنها قلب التوازن الاقتصادي لعقد الصفقة، ويلتزم المتعامل المتعاقد بمواصلة التنفيذ مع المطالبة بالتعويض عن الزيادة في التكاليف الناتجة عن هذه الأشغال الإضافية .

كما أن تسوية الأشغال الإضافية سواء الناتجة عن الظروف الاقتصادية غير المتوقعة و الظروف المادية غير المتوقعة يتم على أساس مدة أهميتها في قلب التوازن الاقتصادي لعقد الصفقة ،وتسوية الأشغال الإضافية الناتجة عن الظروف الاقتصادية غير المتوقعة مرتبط بتحديد حدود الاختلالات الطارئة على عقد الصفقة، من خلال إثبات العناصر المضافة كالتأمينات، الأجور، الأعباء الضريبية... الخ، وعليه فمفهوم الاختلال يشمل الالتزامات اللاتعاقدية المضافة فقط وليس كامل الخسائر التي يتكبدها المتعامل المتعاقد من جراء ذلك.⁹⁷¹

ويعود تقدير الظروف الاقتصادية غير المتوقعة للسلطة التقديرية للقاضي حيث يمكنه تكييفها على أنها ظروف استثنائية أو استثنائية غير متوقعة ،حتى في الحالة التي يتضمن فيها عقد الصفقة بندا يشير إلى أن السعر المحدد في الصفقة يشمل كذلك الأشغال الإضافية الناتجة عن الظروف الاقتصادية غير المتوقعة، حيث أن وجود هذا النوع من البنود يفرض على القاضي التدقيق في تقدير الطابع العادي من عدمه لهذه الظروف .

⁹⁷⁰ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 650 ، 651 .

⁹⁷¹ - حبشي ليلي كميلة، مرجع سابق، ص 268

ثانيا : التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب

وتعني قاعدة الإثراء بلا سبب أن كل من أثري على حساب غيره بدون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير الذي افتقر قدر ما أثري به في حدود ما لحق المفقر من خسارة فيجب على المثري أن يرد أقل القيمتين، وهما مقدار ما أثري به ومقدار ما افتقر به الغير فالأعمال الإضافية التي ينفذها المتعاقد مع الإدارة والتي لم تدرج ضمن بنود العقد و أيضا الأعمال التي ينفذها مع عدم استمرار العقد أو حتى وجوده و تؤدي إلى تحقيق منافع للإدارة، فإن ذلك يعني أن الإدارة حققت إثراء بدون سبب و بالتالي يعود للمتعاقد معها مطالبته بالتعويض على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب.⁹⁷²

وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه في مجال صفقات الأشغال أين اشترط قيام علاقة مباشرة بين اغتناء الجهة الإدارية متسلمة الأشغال وافتقار منجز تلك الأشغال، وفي قضية أخرى أوضح مجلس الدولة أن تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب رهين بأن تكون الأشغال المنجزة بمناسبة تنفيذ الصفقة الباطلة غير معترض عليها من طرف الإدارة و أن تعود عليها بفائدة حقيقية .

وهنا ينبغي التنويه بأن التعويض في الحالات المذكورة أنفا يكون استنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب المقررة في الشريعة العامة .⁹⁷³

وفي هذا المقام يثور التساؤل التالي: هل يمكن للمدعي المطالبة بالتعويض على أساس لا تعاقد من أجل وقائع حدثت أثناء تنفيذ الصفقة؟ و بمعنى آخر هل يمكن تصور وضعية شبه تعاقدية أو مسؤولية تقصيرية بمناسبة تنفيذ صفقة الأشغال ؟
فنظريا تعتبر هذه الحالات غير ممكنة لسببين:

فمن جهة تكون غير ممكنة بسبب مبدأ أسبقية المسؤولية العقدية التي تقضي بأن طرفي العقد المرتبطين بعقد لا يمكنهما إثارة دعاوى غير الدعاوى المبنية على العقد، ومن جهة ثانية بسبب شروط تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب فانطلاقا من كون الأطراف مرتبطة بالصفقة فإن هذه الأخيرة تشكل سببا لشرعنة الإثراء لأجل ذلك فإن نظرية شبه العقد لا يمكن إثارتها في منازعة ذات الطابع التعاقدية .

لكن توجد في القانون الإداري نظرية خاصة بصفقات الأشغال من شأنها أن تولد إلتزامات للتعويض خارج المسؤولية التعاقدية خلال تنفيذ الصفقة، ويتعلق الأمر بنظرية الأشغال الإضافية غير المنصوص عليها في الصفقة .⁹⁷⁴

⁹⁷² - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 550 .
⁹⁷³ - المادة 141 من المرسوم الرئاسي 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج، ر عدد 44 المؤرخة في 26/06/2005، التي تنص على أنه: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شئ له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما إستفاد من العمل أو الشئ".

وهو ما عقب عليه الدكتور منصور صبري النابلسي بقوله :

"إذا كان الإثراء بلا سبب يشكل أحد الأسس التي تقوم عليها المسؤولية الإدارية، فإنه في مجال المسؤولية شبه التعاقدية يعتبر الأساس الوحيد لها، نظرا لوجود علاقات وثيقة بين الإثراء بلا سبب وشبه العقد في القانون الإداري."

كما أوضح القضاء الإداري الفرنسي هذه العلاقة القوية بين الإثراء بلا سبب و شبه العقد بمناسبة منازعات الإدارة التي تطرح عليه، ففي قضية Sud- Aviation أكد مجلس الدولة على وجود المبدأ العام للإثراء بلا سبب ، وتطبيقه حتى بدون نص في مجال الأشغال العامة على أساس أنه مبدأ عام.⁹⁷⁵ ولقد أزاحت التطبيقات النظرية القضائية لنظرية الإثراء بلا سبب الستار عن الدور الذي لعبته النظرية لتحقيق التوازن بهذا الصدد، وهو ما سوف نتعرض له من خلال حالات الصفقات غير المبرمة بصفة نهائية (أولا) وحالات بطلان الصفقة (ثانيا) وحالات التعويض عن الأشغال الإضافية (ثالثا) والأعمال غير المطابقة (رابعا)، ويلاحظ أن بعض هذه الحالات قد تتشابه مع الفرضيات التي يتم فيها التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية، غير أن شروط تطبيق نظامي المسؤولية تكون مختلفة بسبب اختلاف وقائعها وبسبب مبدأ أولوية المسؤولية شبه العقدية في القانون الإداري، وسنبين هذه الصور لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال صفقات الأشغال كما يلي:

أولاً- الإثراء بلا سبب وموازنة الصفقات غير المبرمة بصفة نهائية

يقصد بالصفقات التي لم تبرم بصفة نهائية تلك التي لم تكتمل قانونا لغياب إبرام العقد أو لغياب المصادقة على الصفقة من السلطة المختصة، ويستتبع ذلك عدم وجود العقد فلا يتمخض عنه أية علاقة عقدية تربط المترشح بالمتعاقد المتنافس، أو المتعاقد الفعلي بجهة الإدارة، وفيما يلي سنستعرض الدور الذي تلعبه نظرية الإثراء بلا سبب لعلاج تلك الحالات:

1- غياب الترخيص المالي

كما سبق وأن أوضحنا في دراستنا السابقة لإجراءات إبرام صفقة الأشغال من خلال المرحلة التمهيدية وإعداد الغلاف المالي أنه من الثابت أن المصلحة المتعاقدة (صاحبة المشروع) لا تستطيع أن تبرم أي صفقة ما لم تتوفر على الاعتماد المالي اللازم لتغطية نفقات الصفقة المزمع إبرامها، وأن الوعاء المالي للصفقة قد يرصد أحيانا على حساب الاعتماد المالي للدولة، وأحيانا أخرى يقيد و يحسب في ميزانية الإدارة

⁹⁷⁴ - باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، مرجع سابق، 427 .

⁹⁷⁵ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 549

المعنية أو ما يعرف بميزانية القطاع فلا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا بعد التأشير عليها من طرف الجهات المختصة والتزام المراقب المالي بها، وبالتالي تستكمل شروط صحتها لكي تصبح نهائية بالمصادقة عليها.

ويترتب على غياب الترخيص المالي السابق، للتغطية الكافية للمشروع كما أسلفنا، عدم أداء ثمن الصفقة، بما يستتبع عدم استكمال الرابطة العقدية بين المصلحة المتعاقدة (صاحبة المشروع) ونائل الصفقة الذي لا يستطيع الاستفادة من أي وضع عقدي، غير أن ذلك لا يمنع من حصول هذا الأخير (نائل الصفقة -المقاول) الذي شرع في تنفيذها عن تعويض استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب عما قام به من أعمال نافعة لفائدة صاحبة المشروع بناء على هذه الصفقة التي لم تصبح نهائية⁹⁷⁶.

2- غياب إبرام الصفقة

يترتب على غياب إبرام لصفقة وكذا انتفاء رابطة عقدية يحتج بها أي من الطرفين اتجاه الآخر، غير أن الطاعن الذي لا يستطيع الاستفادة من أي وضع عقدي نتيجة لعدم التوقيع على الصفقة يستطيع الاستفادة، إما من الدعوى شبه العقدية أو الدعوى التصديرية، فهو من ناحية أولى يستطيع الاستفادة من نظرية الإثراء بلا سبب في الحصول على تعويض على الأعمال التي أنجزها رغم عدم إبرام الصفقة وذلك بشرطين ملازمين لنظرية الإثراء بلا سبب وهما :

يجب أن تكون الإدارة طلبت القيام بهذه الأعمال صراحة وأن تكون أبدت رضاها الصريح أو الضمني عليها، فإذا كانت الإدارة قد رفضتها أو منعت الطاعن من القيام بها، فلا يكون هناك مجال للتعويض استنادا على نظرية الإثراء بلا سبب، و ينبغي أن تكون تلك الأعمال نافعة للإدارة، حيث يتعين على الطاعن أن يبرهن على أن الإدارة قد جنت من ورائها منفعة حقيقية تبرر اقتضاء مقابل ما قام به من نفقات، و يستطيع الطاعن من جهة ثانية الاستفادة عند الاقتضاء من الاستناد إلى الدعوى شبه التصديرية استنادا إلى الخطأ المنسوب للإدارة ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق هذه النظرية⁹⁷⁷.

وفي هذا الصدد نص مجلس الدولة الجزائري في قراره المؤرخ في 2012/01/12 على أنه: "..... حيث يستفاد من عناصر الملف أن الولاية المستأنفة تقرر بأن المستأنف ضدها قام بإنجاز أشغال ترميم وتزيين (تهيئة البناية) للمدرسة الوطنية لكرة القدم بسيدي موسى سنة 2006 بعد اتفاق غير مكتوب بينه وبين مديرية الشباب والرياضة، وبعد تحصله على أمر بالخدمة من هذه الأخيرة، وأنه أنجز الأشغال

⁹⁷⁶ -باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق ، ص450
⁹⁷⁷ - نفس المرجع ، ص ص452 ، 453

وسلمها للأمر، وفق محضر استلام مؤقت بدون تحفظات، وأن الأشغال قدرت حسب فاتورة مؤشر عليها من مكتب الدراسات المتابع للمشروع بمبلغ 1.218.220 دج دون الاتفاق على المبلغ مسبقا وبدون علم الولاية، وبذلك فالاتفاقية غير مشروعة وأن الملف خالي من الوثائق الثبوتية الصالحة لصرف المبلغ المطالب به .

لكن حيث أن وجود الأمر بالخدمة و إقرار الولاية بإنجاز الأشغال بتبيان قيام العلاقة التعاقدية وإكمال الأشغال واستلامها بالمحضر المذكور أعلاه يعطي الحق للمقاول في قيمة تلك الأشغال وأن القول بعدم وجود كشف كمي و تقديري ولا تحديد الأسعار، هو درب من عدم الإطلاع على وثائق الملف إذ أن الفاتورة المؤشر والمصادق عليها من مكتب الدراسات المبالغ للأشغال المنجزة ومديرية الشباب تؤكد الفاتورة رقم 161 التي تحتوي على الوحدة و السعر الوحدوي والمبلغ، فهي عبارة عن كشف كمي وتقديري، حيث أنه يتعلق بالدفوع الأخرى المتعلقة بعدم تحرير اتفاقية وتحديد الأسعار للمشروع، فالمقاول غير مسؤول على عدم حرص الإدارة على التطبيق السليم للتنظيم.⁹⁷⁸

3- عدول الإدارة عن إبرام الصفقة

لقد منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة مكنة بإعلان عدم جدوى طلب العروض في الحالات التالية :
عندما لا يتم استلام أي عرض، عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض، عدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.⁹⁷⁹
غير أنه هنا على المصلحة المتعاقدة أن تعلن عن إلغاء إجراء طلب العروض مبينة الأسباب المستند عليها في هذا الإلغاء .

ومن الثابت أن الأثر القانوني المترتب على عدول الإدارة عن إبرام الصفقة هو غياب العقد الذي يكون قد أجهض وهو في طور التكوين فلم يخرج إلى حيز الوجود القانوني، ويكون من المنطقي أن تأخذ نظرية الإثراء بلا سبب سبب سبيلها إلى التطبيق مع غياب الصفقة، متى توافرت شروطها المستقر عليها، وإذا لم تتوافر تلك الشروط وتوافر خطأ في حق الإدارة أمكن التعويض استنادا على مسؤوليتها التقصيرية.⁹⁸⁰

⁹⁷⁸ - قرار مجلس الدولة، رقم 064983 المؤرخ في 2012/01/12، قضية والي ولاية الجزائر ضد الإتحاد الوطني للفنون الثقافية، مجلة مجلس الدولة العدد 12، 2012، ص111.

⁹⁷⁹ - المادة 40 ف 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ق ص ع ت م ع السالف الذكر.

⁹⁸⁰ - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مرجع سابق، ص454.

4- غياب المصادقة على الصفقة

لقد أكد المشرع من خلال المادة 4 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالفة الذكر، على أنه لا تصح الصفقة ولا تكون نهائية إلى بعد المصادقة عليها من طرف السلطة المختصة .

وبالتالي يترتب على عدم المصادقة على الصفقة من طرف هذه الأخيرة، عدم اكتساب الصفقة للصفة التنفيذية، ولا ينتج عنه أي رابطة عقدية بين المترشح المتعاقد والمصلحة المتعاقدة وهو الرأي الذي سار عليه الاجتهاد القضائي، بينما يرى فريق آخر من الفقه بأن العقد في حالة عدم التصديق عليه يكون في فترة انتظار يظل العقد خلالها بلا مضمون قانوني مشوبا بمخاطر عدم إتمامه حتى يتم التصديق عليه، وسواء كان العقد منعما أو معلقا على شرط واقف هو المصادقة عليه فإن ذلك لا يتعارض مع تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب، وإلى جانب التعويض استنادا للإثراء بلا سبب يعرض القضاء الإداري على أساس المسؤولية التقصيرية لو أمكن نسبة الخطأ لجهة الإدارة، في حال قيامها بحث الطاعن ودعوته إلى تنفيذ الصفقة في غياب المصادقة عليها، أو منحها إياه معلومات مغلوبة لدفعه نحو التنفيذ، وهو خطأ يستوجب مسؤوليتها، وكذا امتناعها عن عرض الصفقة على السلطة المختصة للمصادقة عليها أو إيعازها لتلك الأخيرة بعدم المصادقة على الصفقة أو تأخرها غير المألوف في المصادقة على الصفقة من طرف السلطة المختصة خلال المدة المحددة قانونا مما يؤدي لعدم المصادقة عليها.⁹⁸¹

⁹⁸¹ -باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2 ، مرجع سابق ، ص454 ، 455.

ثانيا - الإثراء بلا سبب وموازنة آثار الرجعية المترتبة على بطلان صفقة الأشغال

البطلان هو الجزاء المترتب على مخالفة شرط من شروط شرعية عقد الصفقة، كشروط صحتها أو انعقادها أو تكوينها .

ووفق ما تم دراسته سابقا، توصلنا إلى أنه يترتب على بطلان الصفقة زوال كافة آثارها بالنسبة للمستقبل وكافة ما رتبته في الماضي، وهو ما يعرف بالصفة الرجعية للبطلان .

وإذا كان البطلان هو جزاء مخالفة قواعد شرعية العقد، فإن نظرية الإثراء بلا سبب تلعب دورا في موازنة آثار الرجعية المترتبة على بطلان الصفقة العمومية، وبهذا الصدد فإن القضاء الإداري قد تدخل ليحقق للطرف المتضرر سجايا من الحماية مخلولا له التعويض عما قام به من أعمال نافعة لصالح الإدارة، مستندا إلى نظرية الإثراء بلا سبب ليحقق التوازن بين الطرفين، حيث يمكن للمتعاقد مع الإدارة في الحالة التي يكون فيها عقد الصفقة متسما بالبطلان أن يطلب استرجاع نفقاته التي كانت مفيدة للإدارة التي كان يعتقد أنه ملزما معها.⁹⁸²

ثالثا- التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأشغال الإضافية

تعرف الأشغال الإضافية على بأنها الأشغال الزائدة عن الأشغال المقررة في عقد الصفقة العمومية، فهي تختلف عن الأشغال غير المتوقعة في أن هذه الأخيرة تشمل الأشغال المحددة في الصفقة إلا أن تنفيذها أصبح صعبا بالمقارنة مع ما كان متوقعا عن إبرام العقد .

في الأصل يلتزم المتعامل المتعاقد بالتوقف بمجرد تنفيذ جملة الأشغال القاعدية المحددة في الصفقة، إلا أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب تنفيذ أشغال إضافية تزيد عن الأشغال المقررة في الصفقة⁹⁸³.

فلكي يتم التعويض عن الأشغال الإضافية في إطار المسؤولية العقدية يجب أولا أن يتعلق الأمر بأشغال إضافية، بمعنى أعمال غير متوقعة في الشروط التعاقدية، ثانيا وكما هو الشأن بالنسبة لجل دفاتر الشروط فإنها تنص على أنه يجب على المقاول أن يقترح في الوقت المناسب الإضافات والتغييرات التي ينبغي القيام بها بالنسبة للأشغال، فتكون الأعمال الإضافية موضوع إتفاق ما بين المقاول وبين صاحب المشروع يتم غالبا في شكل عقد ملحق ففي هذه الحالة فإن تعويض المقاول لا يطرح أي مشكل ويتم احتسابه إما باتفاق الطرفين وإما على أساس الثمن الأصلي للصفقة، ثالثا أن الأشغال الإضافية يمكن للإدارة أن

982 - باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2 ، مرجع سابق، ص457 وما يليها.

983 - حبشي ليلية كميلية ، مرجع سابق ص 264 .

تفرضها على المقاول بواسطة أمر بالخدمة والذي يتعين عليه الالتزام به إذا كان وجوده لا يشكل أي نزاع و تشمل هذه الوضعية حالتين :

إذا كان الأمر بالخدمة الذي ينص على الأشغال الإضافية مشروعاً، فإن تعويض المقاول قد يتم تارة على أساس تعاقدية عندما يتم تطبيق الشروط التعاقدية التي تسمح مثلاً بالتغيير في طبيعة الأشغال أو الزيادة في حجم الأشغال مادامت هذه الشروط تنص على تعويض مالي لفائدة المقاول، وهو ما تطرق إليه المشرع الجزائري بموجب المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة⁹⁸⁴، والتي حدد من خلالها الإضافة في جملة الأشغال والشروط الواجب توافرها لاستفادة المتعامل المتعاقد من التسوية المالية مقابل تنفيذها.

ويكون التعويض على أساس تعويضي في إطار المسؤولية التعاقدية للإدارة عندما يتجاوز صاحب المشروع إطار الشروط التعاقدية بإلزام المقاول بالقيام بالتعديلات التي تكون لها آثار على قلب الاقتصاد العام للمشروع أو من شأنها التأثير على الصفة كما تم تصورها بداية من طرف الأطراف .

وقد يكون المشكل مختلف تماماً عندما تكون الأشغال الإضافية مترتبة على أمر بالخدمة غير مشروع من الناحية الشكلية⁹⁸⁵، لأنه يرجعنا إلى المادة 12 في فقرتها 8 من دفتر الشروط الإدارية المطبقة على صفقات الأشغال نجد أنها جاءت تؤكد على الشكل الكتابي للأمر المصلي المتضمن الأشغال الغير مدرجة في الصفة إذ جاء مضمونها كالآتي: " يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة و يجب أن تكون مؤرخة و مرقمة ومسجلة " ، كما تم تأكيد ذلك من خلال المادة 10 من القرار الوزاري المتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال و مراقبتها في ميدان البناء وأجر ذلك.⁹⁸⁶

حيث أنه يعتبر من قبيل المهام التي تدخل في إطار متابعة تنفيذ الأشغال ومراقبتها من قبل المستشار الفني التابع للمصلحة المتعاقدة "تحرير أوامر الخدمة وإرسالها إلى المقاول بعد مصادقة رب العمل على التوقيع، وتظهر أهمية الطابع الكتابي للأمر المصلي بتنفيذ الأشغال غير المدرجة في الحالات التي تفرض الإثبات سواء في وجوده أو تاريخ بداية نشوء الإلتزامات الناتجة عن تنفيذه .

وبالمقابل فإن الأشغال غير المدرجة بموجب أمر مصلي شفوي تثير إشكالات في الإثبات التي تقع على عاتق المتعامل المتعاقد ، حيث يلتزم بتقديم الدليل على أن الأشغال نفذت بناء على أمر شفوي وإلا يسقط

984- د.ش.إ.ع المطبقة على صفقات الأشغال لسنة 1964 السالف ذكره .

985- باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2 ، مرجع سابق ،ص 428 .

986- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك ، ج .ر.ع 43

الصادرة بتاريخ 26 أكتوبر 1988 ص1479 ، المعدل بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 يوليو 2001، ج.ر.ع 45 المؤرخة في 12 أوت

. 2001

حقه في المطالبة بالتسوية المالية لتنفيذ الأشغال غير المدرجة ويتم إثبات وجود الأمر المصلحي الشفوي بأية وثيقة، مثل استلام المصلحة المتعاقدة الأمر بالبدء بالخدمة من قبل المتعامل المتعاقد كما أن تسجيل الأشغال الإضافية في تفصيل الحساب النهائي يعتبر اعترافاً ضمناً من قبل المصلحة المتعاقدة بأنها فعلاً طلبت تنفيذها من المتعامل المتعاقد.

كما يعتبر الانطلاق في تنفيذ الأشغال غير المدرجة تحت إشراف المصلحة المتعاقدة و مكتب الدراسات بعد تحرير ملحق يتضمن مناقشة الأسعار وتحرير محضر بشأنها، ثم استلام الأشغال استلاماً مؤقتاً دون تحفظ بمثابة أمر مصلحي شفوي، استوجب الحكم بتسوية قيمة الأشغال الإضافية والتكميلية المنجزة بالإضافة إلى إلزام المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمتعامل المتعاقد جراء التأخير في التسديد.⁹⁸⁷

وعليه فإن الأشغال الإضافية التي تكون بموجب أمر بالخدمة بدل أن يكون كتابياً كما تتطلبه و تستلزمه دفاتر الشروط، أو عندما يكون غير موقع أو غير موقع بالعطف من طرف صاحب المشروع عندما يصدر عن المهندس المعماري ، ففي هذه الحالة يمكن للمقاول أن يلتمس التعويض على أساس الأثمان المحددة في الصفقة إذا كانت تلك الأشغال ضرورية لتنفيذ المشروع طبقاً للقواعد الفنية، و يمكن للمقاول أيضاً أن يلتمس التعويض على أساس المسؤولية شبه التعاقدية إذا كانت الأشغال الإضافية مفيدة بالنسبة لصاحب المشروع، فيكون بذلك للمتعاقد الحق في استرجاع النفقات المفيدة لصاحب المشروع ناقص الأرباح⁹⁸⁸، وفي هذا الصدد أقر مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن الأعمال الإضافية الضرورية، سواء بوجود أمر مرفقي صادر عن الإدارة بشكل قانوني أو لا، و سواء كان مكتوباً أو شفويًا، فإذا كانت الأوامر المرفقية قد صدرت مثل هذه الأوامر فإنه ينبغي التعويض المتعلق بمثل هذه الأعمال.⁹⁸⁹

وعلى أساس المسؤولية التقصيرية بالنسبة للضرر الذي ألحقته الإدارة بالمقاول بطلبها منه - عن طريق أسلوب غير مشروع - القيام بأشغال، ويتم التخفيف من هذه المسؤولية بخطأ المقاول الذي لم يكن ليجعل قواعد إبرام و تنفيذ الصفقة .

وأخيراً فإنه يمكن للمقاول أن يقوم بالأشغال الإضافية بشكل عفوي أو أن يدعي قيامه بتلك الأشغال بناء على أمر بالخدمة يكون وجوده غير مثبت، ففي ظل هذه الفرضية فإن حقوق المقاول في التعويض تكون مقلصة، فإذا تبين أن الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنجاز المنشأة طبقاً للقواعد الفنية فإنه يمكن

987- حبشي ليلي كميلية، مرجع سابق، ص 270 .

988- باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2 ، مرجع سابق، ص 428 .

989- نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 592.

للمقاول أن يدعي التعويض عن تلك الأشغال على أساس ثمن الصفقة، بينما وعلى العكس من ذلك فإذا كانت الأشغال الإضافية غير ضرورية لإنجاز المنشأة فإنها تكون غير قابلة للتعويض ولو كانت مفيدة بالنسبة للإدارة .

وهو ما تم وروده في المادة 3/22 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، إذ جاءت لتؤكد على حق المتعامل المتعاقد في الحصول على تسوية بشأن الأشغال غير المقررة المنفذة عفويا من طرفه، إذا كانت هذه الأشغال ضرورية لتنفيذ الصفقة⁹⁹⁰.

ويقصد بالأشغال الضرورية الأشغال غير المقررة المطلوبة في تنفيذ محل الصفقة وفقا لقواعد الفن والمطابقة لقواعد الذوق السليم، وعليه فإنه لا يشترط لتسوية قيمتها ضرورة إصدار أمر مصلي بهذه التعديلات ، وعليه فإن الطابع الضروري للأشغال غير المقررة والمنفذة تلقائيا، يكتمل بالطابع غير التوقعي لها أثناء إبرام عقد الصفقة و تكون نتيجة إما لظروف تقنية أو لظروف طبيعية ينتج عن عدم تنفيذها اختلال في التوازن العقدي للصفقة .⁹⁹¹

وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري إلى التأكيد على تسوية الأشغال الضرورية حتى في حالة تنفيذها تلقائيا ودون أمر مصلي من قبل المتعامل المتعاقد ، مادام أن الأشغال تم إنجازها وفق القواعد المقررة⁹⁹² . ولقد حدد مجلس الدولة الفرنسي قواعد تسوية الأشغال غير المقررة المنفذة دون أمر مصلي والتي تعتبر ضرورية لتنفيذ الصفقة فيما يلي:

يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع دعوى للحصول على أجر حتى في حالة غياب أمر صريح من المصلحة المتعاقدة .

يجب أن تكون الأشغال ضرورية للصفقة، ولقد تباينت أحكام القضاء بين كونها أشغال لا غنى عنها، أو أنها تمثل ضرورة حتمية، وبين الاكتفاء بالضرورة المجردة، وعليه فإن الاعتراف بتسوية الأشغال الضرورية هو أمر منطقي ما دام أن الهدف من التنفيذ التلقائي للأشغال غير المقررة ودون أمر مصلي هو إنجاز مشروع سليم مطابق لقواعد الفن، وعليه لا يمكن اعتبار هذا التنفيذ خروجاً عن إطار الصفقة و إنما بالعكس يعتبر ذلك تحقيقاً لرغبة المصلحة المتعاقدة في ضمان حسن سير تنفيذ الصفقة .⁹⁹³

⁹⁹⁰ - تنص المادة 3/22 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 على أنه: " إلا أنه عندما يعترف المهندسون أو المهندسون المعماري أن التغييرات المحدثة من قبل المقاول ليست مخالفة لقواعد الفن أو الذوق السليم، يجوز في هذه الحالة الأخذ بالمقتضيات الجديدة دون أن يحق للمتعاقد طلب أية زيادة في السعر بسبب الإلتساعات الأكثر قوة أو بسبب القيمة الأكثر ارتفاعاً في الأدوات و الأشغال ."

⁹⁹¹ - حبشي ليلي كميل، مرجع سابق، ص 274.

⁹⁹² - قرار مجلس الدولة رقم 22350/05 المؤرخ في 2005/07/12 قضية ق ع ب ضد مدير الشباب و الرياضة لولاية البويرة ، تمت الإشارة إليه في مرجع ، حبشي ليلي كميل ، مرجع سابق، ص 274.

⁹⁹³ - حبشي ليلي كميل ، مرجع سابق ، ص 274

وتطبيقاً لذلك أخذت فكرة الإثراء بلا سبب على الخصوص تسد النقص و تحقق التوازن المختل سواء خلال مرحلة إبرام الصفقة أو مرحلة تنفيذها، فلقد كشفت التطبيقات القضائية بالمحاكم الإدارية الفرنسية و مجلس الدولة الفرنسي مهد الاجتهاد القضائي في الموضوع ،عن استخدام الفكرة لتعويض المرشح للتعاقد أو المتعاقد الفعلي عن افتقاره الناتج عما قام به من أعمال نافعة أثرت جهة الإدارة،في الحالات التي لم تبرم فيها الصفقة بصفة نهائية أو في الحالات التي كان فيها العقد باطلا لسبب أو لآخر أو في الحالة التي لم يحترم فيها المتعاقد إطار الصفقة فقام بأعمال إضافية لم ينص عليها العقد إلى غير ذلك من الحالات التي ينصف فيها المتعاقد، حيث لا توجد ثمة رابطة عقدية يمكن للمترشح أو المتعاقد الفعلي الاعتداد بها في مواجهة الإدارة ومن ثم توجد عقبة تحول دون استفادته بأي دعوى عقدية في مواجهتها .

كما كشفت التطبيقات القضائية الفرنسية عن استخدام الفكرة تعويضا للمتعاقد الذي لم يحترم الإطار العقدي، فقام بأعمال إضافية حتمية، أولا غنى عنها ولم ينص عليها في الصفقة أو قام بأعمال غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه ، متى ترتب على تلك الأعمال منفعة حقيقية لصالح الإدارة ،حيث تكون الصفقة هنا دخلت حيز التنفيذ وفي زاوية أخرى استخدمت الفكرة لتعويض المقاولين من الباطن عن ما قاموا به من أعمال نافعة لصالح الإدارة مع عدم وجود رابطة قانونية تربطهم بها .⁹⁹⁴

والجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن لم يكتف بنظرية الإثراء بلا سبب بل ذهب أيضا إلى تطبيق نظرية المسؤولية الإدارية و الخطأ المشترك للإدارة و المتعامل المتعاقد للتعويض عن الأشغال المنجزة خارج العقد، وكذا نظرية الدفع غير المستحق الواجب استرداده.

أين ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى التعويض عن الأشغال الباطلة في ظل المسؤولية الإدارية و الخطأ المشترك للإدارة ومنجز تلك الأشغال لتعاضي الإدارة عن إبرام الصفقة قانونية في ظل القواعد المنظمة لها وخطأ المقاول المتمثل في إنجاز تلك الأشغال بدون صفقة وقضى بتخفيض التعويض بسبب الخطأ المشترك .⁹⁹⁵

وفي قضية أخرى،ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بأن احتفاظ الإدارة بأشغال منجزة في ظل صفقة باطلة بما يترتب عنها من مقابل يعد من قبيل دفع غير المستحق الواجب الاسترداد .⁹⁹⁶

⁹⁹⁴ - باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2 ، مرجع سابق،ص437 .

⁹⁹⁵ -قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1961/12/21 قضية CNE de chassieu ،مشار إليه في مقالة د/ محمد القصري ،مرجع سابق،ص113

⁹⁹⁶ -قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1958/11/12 قضية Campagne de messageries Maritimes ،مشار إليه في نفس المرجع،ص113

ومن خلال قرارات مجلس الدولة المشار إليها أعلاه ، فإنه يبدو جليا أن القضاء الإداري الفرنسي يتأرجح بين نظرية الإثراء بلا سبب و نظرية الدفع غير المستحق الواجب استرداده و نظرية المسؤولية في إطار الخطأ المشترك بين الإدارة و المتعامل المتعاقد .

وذهب الاتجاه القضائي المغربي إلى اعتماد نظرية الإثراء بلا سبب في تعويض المقاول على الأشغال الإضافية الغير مقررة بعقد ملحق ميرم طبقا للقانون جاء فيها مايلي : "..... لكن اعتبارا لكون إنجاز الأشغال، ترتب عنها تحمل المدعي بنفقات الوثائق المدلى بها و تقرير الخبرة وفي المقابل حققت جهة الإدارة المنجزة لهذه الأشغال لفائدتها نفعا ثابتا، و اعتبارا لكون المدعي لم يكن ليقوم بإنجاز تلك الأشغال إلا بموافقة جهة الإدارة و تحت إشراف موظفيها فإن مثل هذه الوضعية تشكل إثراء لهذه الإدارة على حساب المدعي بما أنفقه في إنجاز تلك الأشغال... ، و خلصت في النهاية إلى القول أنه: "لا يقضي في إطار مبدأ الإثراء على حساب الغير إلا برد قيمة تكلفة الأشغال والخدمات المنجزة مجردة عن أي ربح أو أي تعويض".⁹⁹⁷

وهو نفس الاتجاه الذي كرسته المحكمة الإدارية في أحد أحكامها⁹⁹⁸ إذ جاء فيه : ".... أن المتعاقد بإنجاز أشغال إضافية يستحق عنها مقابل القيام بها رغم أن كيفية إبرام العقد الملحق قد تمت دون احترام الإجراءات القانونية الواجبة التطبيق .

وذلك استنادا للقواعد العامة موضحة أن المدعية قد قامت بإنجاز أشغال إضافية ولا تتحمل وزر خطأ المجلس بخصوص كيفية إبرام عقد الصفقة معها كما لا يمكن الإثراء على حسابها " وبناء على ذلك فإن قاضي الموضوع يحكم بالتعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب في مجال الصفقات العمومية بصفة عامة و صفقات إنجاز الأشغال بصفة خاصة عند تأكده من الشروط التالية :

-إثراء المدين (المدعى عليه في دعوى التعويض أي المصلحة المتعاقدة)

-إفتقار الدائن (المتعامل المتعاقد الذي قام بإنجاز الأشغال)

-وجود علاقة سببية بين افتقار الدائن و إثراء المدين

- انعدام السبب القانوني للإثراء أي يتأكد من عدم وجود أي سبب قانوني لإثراء المصلحة المتعاقدة ، كأن يكون سببا قانونيا، أو سبب الإثراء حكم من أحكام القانون أو أن يكون السبب الفعل الضار من جانب

⁹⁹⁷ - حكم المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2002/4/30 تحت عدد 239 ملف عدد 00/20. مشار إليه في مقالة د-محمد القصري مرجع سابق ، ص135

⁹⁹⁸ - حكم المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 04/12/7 تحت عدد 325 ، مشار إليه في نفس المرجع ، ص136

المتعامل المتعاقد الذي قام بإنجاز الأشغال، لأن هذه الحالات تحول دون التعويض على أساس تطبيق هذه النظرية .

رابعاً- التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال غير المطابقة

على المتعاقد احترام بنود العقد و تنفيذها وفقاً لمضمونها، و إذا لم يحترم المتعاقد الإطار التعاقدى و خرج عليه، فقام بأعمال مغايرة لما تضمنه العقد، فعليه أن يتحمل وزر عمله و تقع عليه مسؤولية عدم التقيد بتنفيذ العقد وفقاً لمضمونه .

إلا أنه قد يقوم بتلك الأعمال بناءً على طلب من الإدارة، وفقاً لما تملكه من سلطة تعديل أو أن هذه الأعمال ضرورية و تمت بعلم الإدارة وموافقتها، وفي هذه الحالة يكون له الحق في التعويض جراء ما لحقه من ضرر نتيجة زيادة حجم الأعمال المسندة إليه، على الرغم من أن هذه الأعمال لا تتفق و الشروط التعاقدية الواردة في العقد .

فالإدارة التي تستطيع بما تملكه من سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ الأعمال ، قادرة على مواكبة التنفيذ والتحقق من أنه يتم بأفضل الطرق، بل الإدارة قد يكون لها في هذه الحالة موقف مشجعاً للمتعاقد معها، ولكي تحصل على أفضل الأعمال تترك المتعاقد يبتعد عن بنود العقد فإذا ما طالب الإدارة بالتعويض عن تلك الأعمال احتفظت بحقها في الرفض، وفي هذه الحالة عندما ترفض الإدارة التعويض على المتعاقد عن الأعمال النافعة الخارجة عن الإطار التعاقدى، لا يبقى أمام المتعاقد سوء مراجعة القضاء المختص (القاضي الإداري) الذي يحكم بالتعويض إذا توفرت الشروط القانونية لذلك، بعد تحليل جذري للوقائع .

وبحكم القاضي بالتعويض في هذه الحالة استناداً إلى نظرية الإثراء بلا سبب شريطة عدم اعتراض الإدارة على تلك الأعمال خلال تنفيذها ، و أن تكون تلك الأعمال حققت منفعتها في النهاية⁹⁹⁹ .

إضافة إلى المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية السالف ذكرها و التي تندرج إما في نطاق دعوى التعويض ، الفسخ أو الإبطال.....، هناك بعض المنازعات المتعلقة بتنفيذ صفقات الأشغال و التي يكون لها طابع استعجالي لكنها نادرة الوقوع نظراً لطبيعتها الوقتية، باعتبار أن منازعات التي تنجر عن تنفيذ العقد أو ما يتصل بهذا التنفيذ تؤول لاختصاص القضاء الكامل ، و بالتالي يختص القضاء الإداري نتيجة لذلك ينظر كافة ما قد يكون صدر بشأن تلك العقود من قرارات و إجراءات باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل لطالما لم يسقط الحق بمضي المدة ، و بمفهوم آخر

⁹⁹⁹ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 588، 587 .

يشمل اختصاص القاضي الإداري جميع الظروف و ما يتفرع عن المنازعة الأصلية من طلبات فرعية وأمور مستعجلة ، وهذا إعمالاً لمبدأ من يختص بالأصل ينسحب اختصاصه للفرع، وهو ما استقر عليه مجلس الدولة المصري، وذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى أنه : " غني عن البيان أن اختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعة وما يتفرع عنها، أن الطلبات المستعجلة ، فما دامت المحكمة مختصة بنظر الأصل فنا تختص بنظر الفرع أي الطلب الإستعجالي المتفرع عن العقد الإداري ."¹⁰⁰⁰

وبالتالي فإن الطلبات المستعجلة في منازعات صفقات العمومية تكتسي أهمية قصوى بالنظر إلى خصوصية هذه المنازعات التي يعد الوقت فيها عاملاً مؤشراً وذلك لاعتبارات عدة ، فعقد الأشغال العامة مثلاً يثير عدة إشكالات تستوجب التدخل لاتخاذ إجراءات مستعجلة لا تحتمل التأخير، مثل إثبات الأوضاع المادية التي تخشى زوالها أو التحقق من قيام قوة القاهرة التي يمكن أن يتمسك بها مستقبلاً كسبب يجعل المتعاقد يتحلل من التزاماته أو تقديم طلب إجراء خبرة لاعتماده كأساس للمطالبة بالتعويض .

ولقد أثبت الواقع العملي في بعض الحالات اللجوء إلى القضاء المستعجل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ صفقة الأشغال كطلب المتعاقد مع الإدارة من القاضي تعيين خبير كإجراء مستعجل لفحص و إثبات ما قام به من أعمال لصالح المصلحة المتعاقدة وذلك عندما ترفض هذه الأخيرة صرف مستحقاته المالية كلياً أو جزئياً عن تنفيذه لتلك الأعمال.¹⁰⁰¹

كمثال على ذلك أصدرت الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة قرار استعجالي بتاريخ 2001/03/30 بتعيين خبير (ب.م) لأجل معاينة الأشغال التي أنجزها المدعي و تقدير قيمتها نقداً ...¹⁰⁰² لذلك نجد أنه في الأمور الإستعجالية فإن القاضي غالباً ما يأمر بتعيين خبير بناء على طلب أحد الأطراف كطلب أصلي و ليس فرعي .

وقد يلجأ المقاول الذي تم فسخ صفقته بعدما ما باشر بتنفيذها ،وقامت المصلحة المتعاقدة بإحلال محله مقاول آخر لتكملة الأشغال المتبقية، قد يلجأ المقاول الأول بموجب أمر على عريضة للقاضي الإستعجالي ليطلب تعيين خبير لمعاينة الأشغال المنجزة من طرفه لتفادي وجود نزاعات قضائية في المستقبل بخصوص تداخل بين الأشغال التي قام بإنجازها و الأشغال و التي سيقوم بها المقاول الثاني ، و ذلك

¹⁰⁰⁰ - قاسمي خديجة، نطاق اختصاص القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية، مقال منشور في موقع مجلة القانون و الأعمال الدولية،

<https://www.droitentreprise.com/?p=11079> ، مرجع سابق

¹⁰⁰¹ - نفس المرجع .

¹⁰⁰² - قرار تهيدي صادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 2002/03/30، قرار تم الإشارة إليه في نفس المرجع.

عملا بنص المادة 939 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹⁰⁰³ ، وحتى يتمكن بموجب هذا الإجراء الرجوع على المصلحة المتعاقدة بعد ذلك للمطالبة بتسديد قيمة الأشغال المنجزة من طرفه .
و بمناسبة إثارتنا للنقطة المتعلقة بإجراء الخبرة ، لا بد أن نعرج على أن إجراء الخبرة يعتبر الأكثر شيوعا في الواقع العملي إذ نجد أن أغلب الأحكام و القرارات القضائية الصادرة بخصوص منازعات تنفيذ الصفقات العمومية بصفة عامة و صفقة الأشغال بصفة خاصة هي أحكام و قرارات صادرة بإجراء خبرة كلما صادف النزاع مسألة تتطلب معلومات فنية و تقنية بعيدة عن المجال الأصلي لثقافة القاضي ، حيث أجاز المشرع الجزائري لهذا الأخير من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وجعل منها إجراء اختياري للقاضي بتعيين خبير أو عدة خبراء من تخصصات مختلفة أو من نفس التخصص، وله أن يأمر به من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم .

من بين أحد التطبيقات القضائية الصادرة بهذا الخصوص هو الحكم التمهيدي الصادر قبل الفصل في الموضوع بتاريخ 2017/06/27 عن المحكمة الإدارية بسيدي بلعباس في قضية بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة (م) ممثلة بواسطة مديرها (ب.ب) و مديرية الشباب و الرياضة لولاية سيدي بلعباس و والي ولاية سيدي بلعباس بخصوص قضية إنجاز صفقة إنجاز وحدة صحية للراحة على مستوى مركب متعدد الرياضات بسيدي بلعباس، قضى بتعيين خبير مختص في الهندسة المدنية (ك.ن.د) لتقدير قيمة الأشغال المنجزة الغير مسددة .¹⁰⁰⁴

و مدى أخذ القاضي بالخبرة المنجزة من عدمها تكون وفق دقتها و جديتها و وضوحها ، و للقاضي إن لم يقتنع بالخبرة المنجزة له أن يأمر بالقيام بتعيين خبير آخر في نفس المجال للقيام بنفس المهام المسندة للخبير الأول الذي تم استبعاد خبرته .

¹⁰⁰³ - إذ تنص المادة 939 من ق إ م د على أنه: " يجوز لقاضي الاستعجال ، ما لم يطلب منه أكثر من إثبات حالة الوقائع، بموجب أمر على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق، أن يعين خبيراً ليقوم بدون تأخير، بإثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهة القضائية"
¹⁰⁰⁴ - حكم صادر بالمحكمة الإدارية لسيدي بلعباس بتاريخ 2017/06/27 تحت رقم فهرس 2017/753 بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة (م) و الممثلة بمديرها (ب.ب) و مديرية الشباب و الرياضة لولاية سيدي بلعباس ممثلة في مديرها و والي ولاية سيدي بلعباس ، (غير منشور).

خلاصة الباب الثاني

توصلنا من خلال الباب الثاني من الفصل الأول من الدراسة إلى النتائج التالية :

أن هنالك عدة آليات للتسوية الودية للمنازعات الناشئة عن صفقات الأشغال، والتي تتمثل في اللجان المتخصصة للفصل في نزاعات المنح المؤقت للصفقة والتي تندرج تحت نطاق منازعاته تلك التي تنثور عند الاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة أو إلغائه أو عدم جدوى أو إلغاء الإجراء وأسندها إلى لجان متخصصة وكلف المشرع كل لجنة من هذه اللجان كل في حدود اختصاصاتها المحددة قانونا بدراسة الطعون التي ترفع أمامها من قبل المتعهدين الذي قدموا عطاءاتهم والذين يحتجون على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إجرائي طلب العروض والتراضي .

وتقوم هذه اللجان المتخصصة بإصدار قرارات إدارية و ليس فقط مجرد رأي استشاري مثل ما كان عليه الوضع سابقا .

كما تتم التسوية الودية عن طريق التفاوض المباشر أو المصالحة وهو ما كرسته المادة 153 ف 4 من ذات المرسوم والتي تعتبر طريقا إلزاميا قبل اللجوء إلى لجان التسوية الودية وقبل اللجوء إلى القضاء .

أما منازعات التنفيذ استحدث بخصوصها لجنتين للتسوية الودية فاستحدثت لجنة على مستوى الولاية ولجان على مستوى الوزارة والهيئة العمومية، بحيث ترفع الطعون أمام هذه اللجان كل حسب اختصاصه وحدوه المالية وذلك وفقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها .

كما أن المشرع قام بإلغاء اللجان الوطنية للصفقات منها اللجان الوطنية لصفقات الأشغال كما ألغى العمل بنظام اللجان الوزارية .

وعلى صعيد آخر فإن اللجان القطاعية التي أصبحت تحل محل اللجان الوطنية التي كانت موجودة سابقا، يتحدد اختصاصها بدراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق وكذا الفصل فيها، و رقابة اللجنة القطاعية تتوج بمقرر منح التأشير أو رفض منحها، وخصها المشرع بالبحث في الطعون والنزاعات برقابة مدى قانونية إجراء الإبرام .

كم قام المشرع بتدعيم الطرق البديلة في مجال تنفيذ الصفقات العمومية بوجه عام وصفقات الأشغال بوجه خاص باختصاص سلطة ضبط الصفقات العمومية، إذ تعتبر هذه الهيئة وكأنها جاءت بديلة للجان الوطنية للصفقات العمومية، لكنها لا تخضع لنظام تنافى الاختصاص مع اللجان القطاعية وأسندت لها عدة مهام من أهمها البث في النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع متعاملين أجنب.

غير أن المرسوم التنفيذي المحدد لتنظيم و كفاءات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية ولم يصدر بعد، رغم مرور خمس سنوات على صدور المرسوم المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتصيص عليه، ولهذا السبب يبقى الطريق الوحيد لحل النزاعات الواقعة مع المتعاملين المتعاقدين الأجنب هو التحكيم.

وتوصلنا من خلال الفصل الثاني من الباب الأول إلى النتائج التالية:

إلى أنه في حالة عدم جدوى آليات التسوية الودية يتم لجوء الأطراف المتنازعة في صفقة الأشغال إلى آليات التسوية القضائية أمام القضاء الإداري

إذ يعد الإستعجالي ما قبل التعاقد في مجال صفقات الأشغال من أهم وأبرز هذه الآليات التي استحدثها المشرع لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك في إطار إصلاح القضاء الإستعجالي، وأن اللجوء إليه يرتبط أساسا بالإخلال بقواعد المنافسة والإشهار، و بمقتضى ذلك منح المشرع القاضي الإستعجالي سلطات واسعة غير مألوفة للقاضي الإداري تصل إلى حد إرسال أوامر للإدارة للامتثال للالتزامات الإشهار والمنافسة وفرض غرامة تهديديه ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام وتأجيل إمضاء عقد الصفقة وفق ما نصت عليه المادة 946 من ق إ م إ .

كما يمكن أن يتم سلوك دعوى الإلغاء في مجال منازعات صفقات الأشغال للمطالبة بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة إذا كانت غير مشروعة، وأوجه العيوب المثارة بشأن هذه القرارات تتمثل في عيب الاختصاص، عيب مخالفة القانون، عيب الانحراف في السلطة .

كما يختص القاضي الإداري بدعوى القضاء الكامل، و يتمتع بموجبها بسلطات واسعة مقارنة بسلطاته المحدودة في دعوى الإلغاء، وفحص مشروعية القرارات الإدارية وبالتالي فإن كل المنازعات كلما ارتبطت ببند الصفقة ونصوص العقد سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد الصفقة أو صحتها أو انقضائها فإنها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل، وذلك بعد توافر شروط رفعها.

ومن هنا نجد أنه يدخل في اختصاص ولاية القضاء الإداري الكامل الدعوى المتعلقة ببطلان الصفقة وفسخها أو إبطالها، وكذا دعوى التعويض التي تأخذ حيزا كبيرا من نطاق هذه النزاعات و تتعلق أساسا بطلب التعويض عن الضرر الناتج نتيجة خطأ من المصلحة المتعاقدة كإخلالها بالتزاماتها التعاقدية وكذا إخلالها بالسلطات التي تتمتع بها عن طريق الاستعمال الغير المشروع لها المؤدي إلى ضرر بالمتعامل المتعاقد معها (المقاول)، ويتم طلب التعويض كذلك ولو بدون خطأ صادر من المصلحة المتعاقدة إذ يركز التعويض هنا على إعمال نظرية الإثراء بلا سبب عن الأشغال الإضافية، ويتعدى مجال المطالبة بالتعويض هنا ليشمل كذلك الأشغال غير المطابقة، شريطة عدم اعتراض صاحب المشروع على تلك الأعمال خلال تنفيذها ، وأن تكون تلك الأعمال حققت منفعتها في النهاية .

خاتمة :

إن إستعمال مصطلح الخاتمة لا يعني بالضرورة ختم الموضوع ، بل بالعكس من ذلك تماما فالمقصود من ذلك رسم معالم الطرق وتركه مفتوحا للمهتمين بموضوع منازعات صفقات الأشغال، وهذا ما يجعلنا نجزم أن أي موضوع علمي مهما كانت الدراسات التي أطرته يبقى محلا للرأي الآخر .

من هنا فقد تناولنا خلال هذه الدراسة موضوع المنازعات المتعلقة بصفتها الأشغال، إذ إستهلنا دراستنا بتبيان النظام القانوني لصفقات الأشغال التي ما فتئت الدولة إلا إن ترصد لها أموالا ضخمة من أجل استعمالها كأداة تنفيذ مشاريع تنموية في المجال الاقتصادي و الخدماتي ومن هنا كان لزاما تأطيرها بمجموعة من الأحكام تضمن تحقيق الهدف منها.

وقد أحاطها المشرع بمجموعة من الضوابط والقيود وذلك خلال مرحلة الإبرام و التنفيذ، كما ضمن لأطراف الصفقة حقوقا و التزامات وألزم التقيد بها وعدم الخروج عنها، وذلك وفقا للمبادئ التي أقرها المشرع، وفي هذا السياق نظم المشرع حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء الثمن حسب الطرق و الكيفيات المحددة قانونا وضمن حقه في التوازن المالي والتعويض إعمالا لنظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة و نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما أن التزاماته محددة مسبقا حيث يتوجب عليه التقيد بها وتنفيذها وفق ما اشترطه دفتر الشروط وعقد الصفقة، مراعيًا بذلك المدة المتفق عليها لتنفيذ المشروع وحسب الكيفيات المتفق عليها.

كما خول المشرع للمصلحة المتعاقدة (صاحبة المشروع) في حالة إخلال المتعامل المتعاقد (المقاول) التدخل دون حاجة للجوء إلى القضاء بفرض جزاءات مالية كفرضها لفوائد التأخير أو مصادرة مبلغ الضمان، كما لها اتخاذ جزاءات ضاغطة للبرامج الاستثمارية قد تصل إلى حد الفسخ، إذ يعتبر هذا الجزاء من أخطر الجزاءات التي توقعها صاحبة المشروع على المقاول حتى بدون خطأ من هذا الأخير، وعليه نقترح تضييق نطاق اللجوء إلى هذا الجزاء بوضع حالات محددة على سبيل الحصر وفقا للشروط المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية أو دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على

صفات الأشغال، والذي ينتظر تعديله لجعله يتماشى مع التنظيم المعمول به والساري المفعول حالياً، وكذا التشريعات التي تحيلنا إليه.

كما أن صفقات الأشغال تثير عدة منازعات سواء عند إبرامها أو تنفيذها، ومن أكثر المنازعات التي تثار في مرحلة الإبرام هي تلك المتعلقة بمخالفة المبادئ الأساسية التي تحكم صفقات الأشغال والمتمثلة في مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي ومبدأ المساواة وشفافية الإجراءات، أو تلك المتعلقة بعدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة التي تصدرها صاحبة المشروع خلال المرحلة التمهيدية والتحضيرية لإبرام الصفقة، كما قد تنشأ نزاعات خلال مرحلة تنفيذ الصفقة يكون سببها الإخلال بالالتزامات التعاقدية لأحد طرفي الصفقة، كقيام صاحبة المشروع باستعمال السلطات الممنوحة لها على وجه غير مشروع، كما يمكن أن يكون سبب هذه المنازعات خارج عن إرادة طرفي الصفقة، كحدوث قوة قاهرة أو حدث طارئ أو صعوبات مادية.

وهذه المنازعات كلها من شأنها أن تعرقل وتحول دون تنفيذ الصفقة، مما ينعكس سلباً على نجاح المشاريع العمومية وما يسفر عنها من تعطيل للبرامج الاستثمارية والتنمية، وإيقاف عجلة التنمية ومن أجل تفادي ذلك، عمل المشرع على إيجاد آليات لإزالة هذه العراقيل و تسوية النزاعات القائمة بين الطرفين.

فجاء بآليات للتسوية الودية لتفادي التعقيدات اللصيقة بإجراءات التقاضي و لاختصار أمر الخصومة من جهة و تسوية النزاع في أقصر وقت ممكن من جهة أخرى، وهذا السياق عمل المشرع على تقسيم آليات التسوية على منازعات الإبرام ومنازعات التنفيذ، إذ أفرد آليات للتسوية الودية في مرحلة الإبرام إلى لجان متخصصة التي ينحصر دورها في الفصل في الطعون التي يرفعها المتعهدين والمتعلقة أساساً بالمنح المؤقت للصفقة، وتصدر بشأنها قرارات إدارية وليس مجرد آراء استشارية كما كان عليه الحال سابقاً.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد ضيق من حدود اختصاص هذه اللجان بمنازعات المنح المؤقت بالرغم من أن منازعات الإبرام تتخذ عدة صور ولا تنحصر فقط في منازعات المنح المؤقت، لذلك نقترح

توسيع نطاق اختصاص هذه اللجان لجعله يشمل جميع منازعات الإبرام لتفعيل الدور المهم الذي تقوم به في هذا الشأن وكذا تجسيد الدور الذي أنشأت من أجله .

كما استحدثت المشرع لجان تسوية خاصة بمنازعات التنفيذ، وتحدد اختصاصها في المصالحة بين أطراف النزاع دون أن يكون لها شأن الفصل فيها ، وهي بذلك تصدر مجرد آراء استشارية وهي عبارة عن اقتراحات لحلول قد يتم الموافقة عليها من طرف أطراف النزاع أو رفضها باعتبارها تفتقد للطابع الإلزامي.

وبالتالي فإن المرسوم لم ينظم مسألة اختصاص اللجنتين بشكل دقيق، وهنا نقترح ضرورة تنظيم اختصاص لجان التسوية بشكل محدد ومفصل، ونقترح جعل النتائج التي تتوصل إليها لجان التسوية الخاصة بمنازعات التنفيذ تصدر في شكل قرارات إدارية وليس مجرد آراء استشارية كما هو الشأن بالنسبة للجان المتخصصة بمنازعات المنح المؤقت، حتى تكون لها الصفة الإلزامية لتتمكن من تحقيق الدور الذي أنشأت من أجله .

كما جعل المشرع أمر اللجوء إلى لجان التسوية الودية إختياريا، وجعل طريق القضاء مفتوحا أمامهم، ومن هنا نقترح جعل مسألة المرور إلى لجان التسوية الودية أمرا إجباريا، لما لها من دور مهم في تسوية النزاعات.

كما استحدثت المشرع في إطار التسوية الودية سلطة ضبط الصفقات العمومية ومنحها العديد من الصلاحيات من ضمنها تسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجنب، لكن المشرع لم يحدد لنا متى يتم اللجوء إلى هذه اللجنة في ما إذا كان اللجوء إليها قبل عرض النزاع على أية جهة أخرى، أم أنها تختص فقط بتلك المنازعات التي لم يتفق الاتفاق بشأن خضوعها للتحكيم الدولي؟ وهو ما يستدعي ضرورة تدخل المشرع لتحديد هذا الإشكال.

كما جاء المشرع بآلية التحكيم لتسوية النزاعات القائمة، إذ يعتبر عدالة خاصة بموجبه تسلب المنازعة من جهة القضاء ليتم الفصل فيها بواسطة أشخاص خاصة يعهد إليهم بممارسة وظيفة قضائية، فالمحكم يستمد سلطته من إرادة أطراف التحكيم واتفاقهم على منحه الاختصاص بالفصل في المنازعة

المعروضة، غير أنه لا يملك سلطة الأمر والإجبار التي يملكها القاضي لإضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم، لهذا اتجه المشرع إلى إعطاء دور فعال لقضاء الدولة في العملية التحكيمية من أجل أن يستكمل هذا النظام فعاليته، وذلك من خلال قيام القضاء بإمهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية.

وبما أن الخصومة التحكيمية تقترب كثيرا من الخصومة القضائية من حيث إجراءاتها و مضمون الحكم، ومن خلال هذه الاعتبارات نقترح جعل حجية أحكامها من النظام العام ، لأن عدم احترام حجية التحكيم يؤدي إلى استمرار المنازعات وعدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية لأصحابها .

رغم إجازة التحكيم في قوانين المنظمة للصفقات العمومية المتعاقبة و النصوص القانونية ذات الصلة بها وأهميته، إلا أن الواقع العملي أثبت أن اللجوء إلى هذه الآلية قليل جدا، نظرا لتكون فكرة لدى الأغلبية أن أي منازعة مهما كان طبيعتها لا يتم تسويتها إلى عن طريق اللجوء للطريق القضائي، متجاهلين أهمية و قيمة هذه الآلية لقلّة وعيهم بها، لذا نقترح إقامة دراسات وملتقيات على المستوى الوطني حول آلية التحكيم وإجراءاتها ومدى أهميتها في فض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية بوجه عام، وكذا المشاركة في الملتقيات على المستوى الدولي من أجل تبادل الخبرات والأخذ بتجارب الدول التي كانت سباقة في تبنيها لهذا الإجراء.

وفي حالة فشل مساعي التسوية الودية وعدم التوصل إلى حل للنزاع القائم، يتم اللجوء إلى طرق التسوية القضائية للنزاع .

وتتمثل آليات التسوية القضائية على وجه الخصوص في الرقابة التي يقوم بها القاضي الإداري على صفقات الأشغال سواء على مرحلة إبرام الصفقة أو على مرحلة تنفيذها .

ويتم تسوية النزاعات الناشئة في مرحلة إبرام صفقة الأشغال إما عن طريق اللجوء إلى الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية عند الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة وفق ما تقتضيه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ منحت هذه المادة حق تحريك هذه الدعوى لكل من له مصلحة في إبرام العقد الذي قد يتضرر من حالة الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، كما منح المشرع حق تحريك الدعوى الاستعجالية

ما قبل التعاقدية للأشخاص العامة الرسمية المتمثلة في الوالي في حالة ما إذا كان العقد قد أبرم أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة.

غير أن هذا الأمر يطرح إشكال يتمثل في ميعاد رفع هذه الدعوى بذكره لمصطلح "أبرم" أو "سيبرم" وهو ما يفتح المجال لإمكانية رفعها بعد إبرام الصفقة أو قبل إبرامها ، غير أن الطابع الوقائي للدعوى يفرض أن ترفع قبل إبرام العقد و بصفة أدق خلال مرحلة الإشهار والمنافسة وذلك من أجل تغطية المخالفات التي تمس هذه المبادئ ، لذلك نقترح إعادة صياغة هذه المادة من أجل ضبط المصطلحات التي توضح ميعاد رفع هذه الدعوى بصورة واضحة لا تستدعي التأويل، وذلك بتقرير أعمالها قبل إبرام الصفقة تكريسا لطابعها الوقائي .

كما منح المشرع في هذا الصدد للوالي صفة الحارس على شفافية الصفقات العمومية المحلية وهو ما يصطدم في الواقع بعائق قانوني في غياب الأطر القانونية التي من خلالها يتمكن الوالي من معرفة المخالفات المرتكبة بخصوص التزامات الإشهار والمنافسة في الصفقات المحلية ومن ثم ليس لديه حتى المعلومات السابقة للتعاقد ولا يعلم بالصفقة، إلا بعد تلقيه للمداولة التي وافقت عليها أو الشكوى التي قد يقدمها متعهد متضرر، ومن هنا تبدا لنا مسألة قيام الوالي بإخطارات في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة في الصفقات العمومية المحلية صعب التفعيل في الواقع العملي .

غير أن الإشكال المطروح في هذا المقام هو من يكون المسؤول بإخطار المحكمة الإدارية بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة الواقع على الصفقات العمومية المركزية، إذ تعتبر هذه الأخيرة ذات أهمية بالغة سواء من حيث موضوعها أو من حيث المبالغ المرصدة لها، أمام سكوت المشرع عن ذلك؟ لذلك ندعو المشرع للتدخل وسد هذا الفراغ التشريعي ورفع اللبس عن هذه المسألة، بتعيين الوزير كحارس لمشروعية الصفقات العمومية المركزية .

كما منح المشرع من خلال هذه الدعوى للقاضي الإداري الإستعجالي عند نظره في موضوع النزاع فيها سلطات واسعة تصل إلى حد إعطاء أوامر للإدارة من أجل الامتثال للالتزاماتها المخالفة لمبدأي الإشهار والمنافسة وفق أجل يحدده القاضي، و فرض غرامة تهديدية في حالة عدم امتثالها خلال هذا الأجل، وكذا تأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات .

وبتحليلنا لهذه السلطات الممنوحة للقاضي الإداري الإستعجالي نجد أنها تجعله يتدخل في أصل الحق وبالنظر في جوهر الدعوى خلافا للقواعد العامة التي يقوم عليها القضاء الإستعجالي وهو ما يدعو إلى إعادة تسمية هذه الدعوى " بالدعوى شبه التعاقدية " .

لم يكتفي المشرع بإعمال الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية لتسوية النزاعات الناتجة عن مرحلة إبرام صفقة الأشغال، وإنما كرس كذلك إمكانية اللجوء إلى قاضي الإلغاء عندما يكون موضوع المنازعات عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة، بإثارة أحد أوجه العيوب المتعلقة بعيب الاختصاص أو مخالفة القانون أو عيب الانحراف في السلطة .

أما بخصوص المنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقة فقد كرس المشرع التسوية القضائية من خلال اللجوء إلى القاضي الإداري في إطار دعاوى القضاء الكامل الذي تتمثل في دعوى البطلان ودعوى الفسخ ودعوى التعويض، في هذا الشأن تتمثل سلطات القاضي في دعوى بطلان الصفقة عند وجود عيب في تكوين صفقة الأشغال أو صحتها ، كما تتمثل سلطاته في دعاوى الفسخ التي تندرج في نطاقها حالة الطعن في القرار الإداري الذي تصدره المصلحة المتعاقدة و المتضمن فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة، وبالتالي تتمثل سلطته في النظر في مدى مشروعية هذا القرار، كما يتم اللجوء إلى هذه الدعوى من أجل المطالبة بفسخ الصفقة لوجود إخلال بالالتزامات التعاقدية أو وجود وقوة قاهرة .

كما يتدخل القاضي الإداري في دعاوى تعويض الطرف المتضرر، وذلك بإعماله لنظرية المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض، أو على أساس نظرية الإثراء بلا سبب .

قائمة المراجع

1- باللغة العربية

أولا : المراجع العامة

- 1- أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ،، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973.
- 2- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002
- 3- أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2003.
- 4- أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2013 .
- 5- أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2016.
- 6- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2001 .
- 7- بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009 .
- 8- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية قضائية) دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010
- 9- بلال أمين زين الدين، دعوى الإلغاء في قضاء مجلس الدولة، دراسة مقارنة، دار المناهج للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، 2010.
- 10- بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، ط 1، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر ، 2018 .
- 11- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000
- 12- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، ط1، 2002
- 13- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998
- 14- حسن طاهري، قضاء الإستعجال فقها و قضاء مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن، دار الخلدونية، 2005.
- 15- _____، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجزء الثاني، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، 2013.
- 16- حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015

- 17- **خلوفي رشيد**، قانون المنازعة الإدارية تنظيم و اختصاص القضاء الإداري، ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة، 2007.
- 18- **رياض عيسى**، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985.
- 19- **رابحي أحسن**، الأعمال القانونية ، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013 .
- 20- **سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية ،دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة 1975.
- 21- _____ ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) طبعة خامسة، دار الفكر العربي القاهرة، 1991 .
- 22- **سعيد السيد علي**، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار أبو المجد للطباعة، مصر 2005 .
- 23- **سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة ،مطبعة عين الشمس ، القاهرة، 2008.
- 24- **ريم علي إحسان محمد الغزاوي**، وسائل ابرام العقود الادارية، دراسة مقارنة، ط1، ، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية 2014.
- 25- **سردوك هيبة** ، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009 .
- 26- **شيهوب مسعود** ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية نظرية الاختصاص، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.
- 27- _____ ، المبادئ العامة للمنازعات الادارية ، الجزء الأول، الهيئات والإجراءات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 28- _____، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 29- **صبري منصور نابلسي**، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2010 .
- 30- **عبد الله صنفين**، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1999.
- 31- **عوابدي عمار** ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج2، الجزائر 1998.
- 32- _____ ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 1999.

- 33- على الدين زيدان ومحمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، ج2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2002 .
- 34- عبد الحميد الشورابي، العقد الإداري على ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 .
- 35- عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ و نظريات القانون الإداري، جامعة حلوان ،مصر، 2003.
- 36- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 .
- 37- _____، المسؤولية الإدارية في مجال العقود و القرارات الإدارية دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ،ب ط، دار الفكر العربي،مصر، 2007
- 38- _____ الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2007 ، ط 2008 .
- 39- _____، قضاء الإلغاء أسس إلقاء القرار الإداري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.
- 40- عبد الحميد مفتاح خليفة، العقود الإدارية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، 2008
- 41- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، قانون رقم 09/08 ط2، منشورات البغدادي الجزائر، 2009 .
- 42- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1993.
- 43- لحسين بن شيخ آيث ملويا ، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري ، دراسة قانونية، فقهية و قضائية مقارنة، دار هومة للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011 .
- 44 - قذوج حمامة - عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2004
- 45- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و قوانين المزايدات و المناقصات ، الكتاب الأول، إبرام العقود الإدارية ، ب ، ط ، دار الكتب المصرية ، مصر، 2003.
- 46- _____، قوانين المزايدات و المناقصات والعقود الإدارية في قضاء و إفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني، ط2 ، د م ن، 2004 .
- 47- محمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على عقد العمل، عقد المقاولة، دار النهضة العربية القاهرة ، 1964.
- 48- محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و أثارها على المؤسسة الحديثة للكتاب- طرابلس 1998 .
- 49- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي بيروت ، 2002.

- 50- ماجد راغب الحلوي، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف للطباعة _ الإسكندرية، 2004
- 51- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية دار العلوم للنشر و التوزيع، عناية ، الجزائر 2005.
- 52- مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري -دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ، ط1، 2005 .
- 53- مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء ،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001
- 54- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات ،الآثار)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006
- 55- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية، رقم 812 لسنة 1999، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2009 .
- 56- محمود خلف جبوري، العقود الإدارية، دار ثقافة، عمان، 2010.
- 57- ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2010
- 58- محمد بن سعيد بن حمد العمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011
- 59- مازن ليلو راضي، القضاء الإداري- دراسة لأسس و مبادئ القضاء الإداري- الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر و التوزيع -عمان، 2015.
- 60- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، ط 1 ، 2010 .

ثانيا- المراجع المتخصصة:

- 1- أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري و الإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية ، طبعة 2001 .
- 2- أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2010.
- 3- أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة -دراسة مقارنة- بين القانون الفرنسي و المصري و أحكام الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2014
- 4- باسمة لظفي دباس، شروط إتفاق التحكيم و آثاره، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005.
- 5- باهي محمد ، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 1 ، ط 2015، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، المغرب، 2015 .
- 6- _____، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، ط 2015، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، المغرب، 2015 .

- 7- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2004.
- 8- حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، ط1، 2016، دار الأيام للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، 2017 .
- 9- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، ط2011.
- 10- خلوفي رشيد ، قانون المنازعات الإدارية (الخصومة الإدارية، الاستعجال الإداري، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية) ، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية ، 2013 .
- 11- خالد خليفة ، طرق إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2017 .
- 12- رشيد السعيد، منازعات الصفقات العمومية، على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، الطبعة صوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، 2010 .
- 13- علاء أبا ريان ،الوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008 .
- 14- عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 15- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، المكتب الجامعي الحديث الازريطه ، مصر، 2005.
- 16- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
- 17- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، ط 2، 2008.
- 18- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دار الجسور الجزائر، ط2، 2009.
- 19- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، منشأة المعارف (جلال حزي و شركاؤه) ، الإسكندرية، 2009 .
- 20- _____ التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف الجديدة الإسكندرية ، مصر، الطبعة الأولى، 2011.
- 21- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل و المتمم و النصوص التطبيقية له، دار جسور للنشر و التوزيع ، ط3، 2011 .
- 22- عبد اللطيف الشداددي، نظام الصفقات العمومية (في ضوء مرسوم 20 مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال 2016، الجزء الأول ،مطبعة سليكي أخوين ، ط1، طنجة 2019 .

- 23- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية ، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، طبعة دار محمود ، القاهرة، د.س.ن .
- 24- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009.
- 25- كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بدون طبعة، دار النشر جليطي ، برج بوعرييج ، الجزائر، 2012 .
- 26- محمود السيد عمر التحيوي، إتفاق التحكيم و قواعده، دار الفكر الجامعي، 1995 .
- 27- مصطفى الجمال عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 1998
- 28- محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 .
- 29- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي ، منشأة المعارف، مصر، 2008.
- 30- محمود السيد عمر التحيوي ، أركان الاتفاق على التحكيم، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 2008 .
- 31- مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية والتحكيم، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011
- 32- محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة، دراسة مقارنة - بين القانون الفرنسي و المصري و أحكام الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014 .
- 33- يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- 2- الرسائل و المذكرات الجامعية :
- أولا : رسائل الدكتوراه
- 1- بن شعبان علي ، أثر عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام ، جامعة منتوري قسنطينة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2011- 2012 .
- 2- بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011 .
- 3- بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية سنة 2017-2018.
- 4- بن سرية سعاد، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق تخصص إدارة و مالية ، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، 2018 .

- 5- خليل بوصنوبرة، القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه شعبة القانون العام ، جامعة منتوري قسنطينة، 2008/2007
- 6- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون ، جامعة مولود معمري -تيزي وزو - كلية الحقوق و العلوم السياسية سنة 2013-2014
- 7- تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية -دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون عام ، جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان-، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017-2018
- 8- صبرينة جبالي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2016-2017.
- 9- هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين-دراسة مقارنة - أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس ،كلية الحقوق و العلوم السياسية 2018/2017
- 10- هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، بحث للحصول على درجة دكتوراه في القانون الإداري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة طنطا، مصر ، 2005

ثانيا : مذكرات الماجستير

- 1- أبي إسماعيل بكير، التحكيم الداخلي وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 ، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع تنفيذ الأحكام القضائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سعيد حمدين، 2015/2014
- 2- بزاحي سلوى ،رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية ،دعوى الإلغاء نموذجا ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق ، 2007 .
- 3- بومقورة سلوى _ رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير ,جامعة عنابة . 2008 .
- 4- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل منازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان- كلية الحقوق، 2011/2010،
- 5- بوزنة ساجية، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون العام تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2012-2011.
- 6- بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2014-2013.

- 7- **جبايلي صبرينة**، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013/2012.
- 8- **حابي فتيحة**، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013
- 09- **حذيفة عادل عبد الكريم منصور**، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - دراسة مقارنة بين التشريع الأردني و العراقي- مذكرة ماجستير في القانون العام ، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2015 .
- 10- **خلف الله كريمة** ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق ، قسنطينة، 2012-2013.
- 11- **خلاف صليحة** ، مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2012-2013 .
- 12- **رياض عبد عيسى الزهيري**، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1975 .
- 13- **رقراقي محمد زكرياء**، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2014، 2013.
- 14- **زيات نوال**، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2013.
- 15- **زيري زهية**، الطرق البديلة لحل النزعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015.
- 16- **سبكي ربيحة**، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو . 2013 .
- 17- **سيف صالح علي الحربي**، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة -دراسة مقارنة- أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2018.
- 18- **شايبى نوال**، صفقات الأشغال العمومية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق- بن عكنون - 2012-2013.

- 19- شريف سمية، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2016 .
- 20- صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، 1984 .
- 21- طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون، 2013/2012 .
- 22- عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري ، مقدمة لنيل شهادة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه ، جامعة باجي مختار، عنابة ،كلية الحقوق، 2011 .
- 23- عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح و الوساطة القضائية" طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق ، بن عكنون 2012
- 24- عشاش حفيظة، سلطات الضبط الاقتصادي في الجزائر والحوكمة ،مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص الهيئات العمومية والحوكمة ،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2013-2014.
- 25- كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون ، فرع القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2011-2012.
- 26- مقيمي ريمة، القضاء الإستعجالي الإداري وفقا للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهدي - أم البوقي - 2012-2013
- 3- المقالات و المداخلات:

أولا : المقالات

- 1-الأحدب عبد الحميد ، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات ، الصلح و الوساطة و التحكيم، الجزء الأول، ط 1 ، الجزائر، قسم الوثائق و الدراسات القانونية و القضائية، 2008.
- 2-أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات عقود الأشغال العامة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية العدد 27 ، 2015 .
- 3-بكلي نور الدين ، الطرق البديلة لحل المنازعات، الصلح و الوساطة و التحكيم، مجلة المحكمة العليا، الجزء الأول، قسم الوثائق، الجزائر، 2009.

- 4-بن دعاس سهام، نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية ، عدد 2، المجلد الثالث، 2017 .
- 5-بروك حليلة ، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود و الصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 11، 2014 .
- 6- بوعكاز نسرين،القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الصفقات العمومية،مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الثالث عشر، 2017.
- 7- بن سالم خيرة، نحو ترشيد النفقات و تعزيز مبادئ عقود الصفقات قراءة في مرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مقالة منشورة في مجلة صوت القانون ، المجلد الخامس، العدد 01 أبريل 2018 .
- 8- جابر زيد /وهيبة ديجي ، إجراءات و طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة مجاميع المعرفة عدد 1، مجلد 1، 2015
- 9-جدي وفاء، أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة التراث، مجلد 6 عدد 21 2016 .
- 10-جدي سليمة، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات المجلد 10 العدد 1، 2017
- 11-حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة (دراسة مقارنة) ، المجلة القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، العدد الثامن، 1996 .
- 12-حسن عبد الرحيم السيد، الشفافية في القواعد و إجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر، دراسة مقارنة مع قانون اليونسترال النموذجي للمشتريات الحكومية ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد التاسع و الثلاثون ، يوليو 2009.
- 13-حبشي ليلى كمييلة ، ضوابط تسوية الأشغال الغير المدرجة في الصنف العمومية، "دراسة تحليلية في التشريع الجزائري" ،مجلة العلوم القانونية و السياسية ، المجلد 09 ، العدد 03 ، ديسمبر 2018 .
- 14- حمودي محمد ، تعديل السعر في الصنف العمومية -التحيين و المراجعة-دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، العدد التاسع المجلد الأول، مارس 2018 .
- 15-حمودي محمد ، دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية: دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام،مقالة منشورة في مجلة دفاتر السياسة و القانون، المجلد 11 العدد الثاني ،جوان 2019 .

- 16-خوبضر الطاهر،المبادئ الأساسية المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية في الجزائر في ظل القانون الجديد، مجلة الفكر البرلماني، العدد 27 ، الجزائر،2011
- 17-خضري حمزة ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة ، المجلد الحادي عشر ، العدد الثالث عشر،2016 .
- 18-رمضان غناي، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009.
- 19- ربحاني أمينة، نظام التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري(على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)، مجلة القانون و الأعمال، العدد 15 أوت،2017.
- 20-رزيق عمار، بشير الشريف شمس الدين، قضاء الإستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، العدد الحادي عشر،جوان 2017
- 21-زبيبار الشاذلي، النظام القانوني لسلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع،ديسمبر2014 .
- 22-سليمة جدي، منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف و المراقبة،المجلة الجزائرية للأمن و التنمية، العدد العاشر جانفي 2017 .
- 23-شعران فاطمة ، إتفاق التحكيم الدولي في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية ،المركز الجامعي أحمد بن يحيى الوشريسي،تيسمسيلت،الجزائر،العدد الثاني ديسمبر 2016 .
- 24-شوقي يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة،العدد 09،جانفي2018.
- 25-صوفية عباد، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة و أثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة،مجلد 17 عدد 03 سبتمبر 2018 .
- 26-عارف صالح مخلف و علي مخلف حماد" مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة" مجلة الإيثار للعلوم القانونية و السياسية ،بغداد ، العدد 5،سنة 2005.
- 27-عامر نجيم، جزاء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون و الاقتصاد، المجلد الأول عدد2، 2016
- 28-عاطف عبد الحميد ،الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، مجلة التحكيم الدولي، جامعة عين الشمس،مركز حقوق عين الشمس للتحكيم، 2017.
- 29-عبد الوافي عبد الجبار، بن السيمو محمد المهدي، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة في توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية، مجلة القانون و العلوم السياسية، العدد السابع، جانفي 2018 .

- 30- عبود ميلود ، تيفاوي العربي ، الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 (المفهوم ، المبادئ و الأحكام التشريعية الخاصة بها) مجلة اقتصاديات المال و الأعمال ، العدد السادس ، جوان 2018 .
- 31- عبد الغني زعلان، المعيار الموضوعي و المالي لصفقة الأشغال العامة في ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 ، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018
- 32- غنية عباس ، الإعلان عن الصفقة كآلية لتكريس مبدأ المنافسة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 29، العدد الأول ، جوان، 2018 .
- 33- عبد اللطيف رزايقية، دعاوى الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 08، العدد 01، سنة 2019 .
- 34- العطاروي كمال ، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية و السياسية، عدد 17، جانفي 2018 .
- 35- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية و آليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة، سبتمبر، 2009 .
- 36- قاصدي فايزة، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية، مجلة المعيار، العدد الأول، المجلد السادس، 2015
- 37- محمد حجوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي و المقارن، مداخلة منشورة في مجلة المحكمة العليا- عدد خاص- باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح و الوساطة و التحكيم ، ج2، قسم الوثائق 2009.
- 38- محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية و الصفقات العمومية وفق قرارات و أحكام القضاء الإداري المغربي منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، المغرب، 2011
- 39- محفوظ عبد القادر، القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في التشريع الجزائري، الإتحاد الوطني لمنظمة المحامين بوهران، مجلة الدفاع، العدد 2، مارس 2014.
- 40- موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية و الإقتصادية، المجلد الرابع ، العدد الثالث، 2015 .
- 41- مجرالي محمد لمين ، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان لإستقطاب الإستثمارات الأجنبية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد الثالث عشر، جويلية 2018 .
- 42- ميسون علي عبد الهادي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01 ، 2018.
- 43- مريني فاطمة الزهرة، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في العقود الإدارية الدولية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، 2018

- 44- محمد القصري، القاضي الإداري و منازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقہ و القضاء، العدد 46 ، المغرب دون سنة نشر.
- 45- نبيل عمران، التحكيم في القانون المصري و تطبيقاته في قضاء محكمة النقض المصرية مداخلة منشورة في مجلة المحكمة العليا- عدد خاص- باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح و الوساطة و التحكيم ، 16، 15 جوان 2008 ، ج2، قسم الوثائق 2009 ،
- 46- نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية و تطبيقاته في النظام القانوني الأردني، مقالة منشورة في مجلة دراسات الشريعة و القانون، المجلد 40 ، الملحق الأول، 2013
- 47- هشام الوازيكي، ضمان المراكز المتعارضة في منازعات الصفقات العمومية، مجلة مغرب القانون ، 2018.

ثانيا : المداخلات

- 1- فقير محمد ،رقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري و التشريع المقارن – آلية وقائية لحماية المال العام ، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام كلية الحقوق د. يحي فارس بالمدينة ، بتاريخ 20 ماي 2013
- 2- لعور بدرة ، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية حسب التشريع الجزائري، اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 17 ديسمبر 2015
- 3- نجاه طباع، تكريس مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام، الملتقى الوطني السادس "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال"، كلية الحقوق د. يحي فارس بالمدينة ، يوم 20/05/2013 .
- 3- النصوص القانونية

أولا: الدستور

- الدستور الجزائري لسنة 1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 07 سبتمبر 1996، ج،ر ، عدد 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم بالقانون رقم 03/02 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج،ر، عدد 25 صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، و القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، ج،ر، عدد 63، الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008، و القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، ج،ر ، عدد 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016 .

- الإتفاقيات الدولية:

المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، و الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، ج ر عدد 48 ، المؤرخة في 23 نوفمبر 1988 ، ص 1599

ثانيا- القوانين العضوية:

-القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه و عمله، ج،ر، عدد 39 ، المؤرخة في 07 جوان 1998 المعدل و المتمم .

القانون رقم 02/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية ،ج، ر، عدد 39 مؤرخة في 07 جوان 1998 .

ثالثا-القوانين العادية:

- القانون رقم 157/62 ، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962،يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 2، المؤرخ في 11 جانفي 1963 .

القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12/01/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 1988 الملغى جزئيا بموجب الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج، ر، عدد 55 المؤرخ في 27 سبتمبر 1995 (الملغى).

- قانون رقم 05-08 الصادر بتاريخ 6 دجنبر 2007 المتضمن المسطرة المدنية المغربي الصادر في ج، ر عدد 5584، الصفحة 3895 .

- القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ،ج، ر، عدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006، متمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج، ر، عدد 50، مؤرخ في 01 سبتمبر 2010.

القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ،ر عدد 29 مؤرخ في 23 أبريل 2008 .

القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـ 22 يونيو 2011، ج،ر عدد 37 الصادرة بتاريخ 03 يوليو 2011 ص 4 .

- القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق لـ 21 فبراير سنة 2012 ج ر عدد 12 الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012 ص 5 .
- النصوص التنظيمية:**
- *المراسيم الرئاسية:**
- المرسوم رقم 103/64 الممضى في 26/03/1964 المتضمن تنظيم اللجنة المركزية للصفقات ، ج،ر عدد 27 مؤرخة في 31 مارس 1964 .
- المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، ج ر عدد 48 ، المؤرخة في 23 نوفمبر 1988 ،ص 1599 .
- مرسوم رئاسي رقم 250/02، مؤرخ في 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج،ر، عدد 52 الصادرة في 28 يوليو 2002 .
- مرسوم رئاسي رقم 301/03 ، الممضى في 11 سبتمبر 2003 ، ج،ر، عدد 55 المؤرخة في 14 سبتمبر 2003 ، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
- المرسوم الرئاسي 05/10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج، ر عدد 44 الصادرة في 26/06/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم - مرسوم رئاسي رقم 338/08، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج، ر، عدد 62 الصادر في 09 نوفمبر 2008 ، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 250/02.
- المرسوم الرئاسي 236/10 ، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج، ر ، عدد 58 الصادرة في 07 أكتوبر 2010 ، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر عدد 14، الصادرة في 06 مارس 2011 ، و المرسوم الرئاسي رقم 222/11 المؤرخ في 11 جوان 2011، ج ر عدد 34، الصادرة في 19 جوان 2011، و المرسوم الرئاسي رقم 23/12 ، المؤرخ في 18 يناير 2012، ج،ر، عدد 04 الصادرة في 26 يناير 2012، و المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013، ج،ر، عدد 02 لسنة 2013 (الملغى) .
- المرسوم الرئاسي 247/15 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج، ر، عدد 50 الصادر في 20 سبتمبر 2015 . الذي ألغى المرسوم الرئاسي 236/10 .

المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 145/82 ممضى في 10 أبريل 1982، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، عدد 15 الصادرة في 13 أبريل سنة 1982 .
- المرسوم التنفيذي 83-03 المؤرخ في 05 فبراير 1983 المتعلق بحماية البيئة، ج ر عدد 06 الصادرة في 8 فبراير لسنة 1983 ص 380 .
- المرسوم التنفيذي رقم 78/90 المؤرخ في 27 فبراير 1990 المتعلق بدراسات التأثير في البيئة، ج ر 10 الصادرة في 7 مارس 1990 المرسوم التنفيذي 10/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج، ر عدد 43 الصادرة في 20 يوليو سنة 2003 ص 6.
- مرسوم تنفيذي رقم 434/91 مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، عدد 57 الصادرة في 13 نوفمبر 1991
- المرسوم التنفيذي 227/98 المؤرخ في 13 يوليو 1998 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج، ر، عدد 51 الصادرة في 15 يوليو سنة 1998، ص 6
- المرسوم التنفيذي رقم 145/07 المؤرخ في 19 ماي 2007 الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة التأثير وموجز التأثير على البيئة، ج ر 34 الصادرة في 22 ماي 2007 ص 92 .
- المرسوم التنفيذي رقم 100/09 المؤرخ في 10 مارس 2009، المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج ر عدد 16 الصادرة في 15 مارس 2009 .

التعليمات و القرارات الوزارية:

- القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء و الأشغال العمومية و النقل، ج، ر، ع 06 الصادرة بـ 19 جانفي 1965 .
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك، ج.ر.ع 43 الصادرة بتاريخ 26 أكتوبر 1988 ص 1479، المعدل بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 يوليو 2001، ج.ر.ع 45 المؤرخة في 12 أوت 2001 .
- القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 ر عدد 24 الصادرة بتاريخ 2011 قد حددت البيانات التي يتضمنها الإعدار و أجال نشره .

-قرار صادر عن وزير المالية بتاريخ 17 نوفمبر 2013 يوضح فيه محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية و كيفية تسييرها و كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية ونشر في الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2014 المؤرخة في 09 أبريل 2014 ص 27 .

القرارات و الأحكام القضائية:

-قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري، قضية السيد (م.ب) ضد بلدية كرزاز، الغرفة الأولى، رقم 10605 فهرس 2004/34 ، الصادر بتاريخ 20 جانفي 2004، قرار غير منشور .

-قرار مجلس الدولة رقم 074854 المؤرخ في 21/06/2012 بخصوص قضية ولاية البيض ضد (أ.م)، قرار منشور في مجلة مجلس الدولة ، العدد 12،2012.

-قرار مجلس الدولة رقم 063683 المؤرخ في 12/01/2012 ، قضية بلدية العلة ضد (ح.ع)، منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 12 ، 2014 ، ص108

-قرار مجلس الدولة، رقم 064983 المؤرخ في 12/01/2012 ، قضية والي ولاية الجزائر ضد الإتحاد الوطني للفنون الثقافية ، مجلة مجلس الدولة العدد 12، 2012

-قرار مجلس الدولة رقم 22350/05 المؤرخ في 12/07/2005 قضية ق ع ب ضد مدير الشباب و الرياضة لولاية البويرة، (قرار غير منشور)

-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، قرار بتاريخ 03/06/2010، ملف رقم 626204، قضية ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف ضد الشركة التجارية،ذ.م.م للأشغال (ر.ك) ، المجلة القضائية للمحكمة العليا،سنة 2012، العدد الأول،ص 247.

-حكم صادر عن المحكمة الإدارية لسيدي بلعباس تحت رقم 13/00713 ، رقم الفهرس 14/00078 مؤرخ في 18/02/2014 ، بين مؤسسة أشغال البناء (خ.ح) و الديوان الوطني للخدمات الجامعية الممثل لمديرية الخدمات الجامعية لسيدي بلعباس ممثلة من طرف مديرها ، (غير منشور)

-حكم صادر عن المحكمة الإدارية لسيدي بلعباس، تحت رقم 17/00860 ، رقم الفهرس17/01238 ، بتاريخ 12/12/2017، بين مؤسسة أشغال البناء ممثلة من طرف صاحبها (ع.ن) و الديوان الوطني للخدمات الجامعية الممثل من طرف مديرية الخدمات الجامعية "وسط" لسيدي بلعباس ، (غير منشور)

-المواقع الإلكترونية

1-العرباوي نبيل صالح، تنفيذ حكم التحكيم و طرق الطعن فيه في القانون الجزائري، مقال منشور بموقع مجلة القانون و الأعمال الدولية ، <https://www.droitentreprise.com/?p=12221> ، تم تصفح الموقع بتاريخ 26 جانفي 2019 على الساعة 15.00 .

2-بوكحيل ليلي، دور القضاء الإستعجالي في حماية مبدأ المنافسة ، مداخلة حول دور القاضي الإداري في حماية مبدأ المنافسة ،ملتقى وطني حول "حرية المنافسة في القانون الجزائري،منشورة على الموقع <http://dr.sassane.over-blog.com/article-118105224.html>، تاريخ تصفح الموقع 2019/09/09 على الساعة 14.00 .

3- قاسمي خديجة، نطاق إختصاص القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية، مقال منشور في موقع مجلة القانون و الأعمال الدولية، <https://www.droitentreprise.com/?p=11079> ، تاريخ تصفح الموقع 2018/02/10 على الساعة 20.00 .

باللغة الفرنسية

1- Les textes Juridiques :

- L'Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JOF N° 281 du 5 décembre 2018.
- code De Procédure Civile Français J.O.R.F N°0011 du14 janvier 2011 .

2- Ouvrages:

- 1- André DE LAUBADERE, Moderne Franc et DELVOLVE Pierre , **traité des contrats administratifs**, tome 02,édition ,L.G.D.J,Paris; 1983
- 2 - André DE LAUBADERE , Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif** , Tome2, 11eme éd , Delta , Paris , 2002
- 3- Aymeric Hourcabi, Berard_walsh, Ann charlotte ,Cécile Fontaine, **passation des Marchés publics, sélection et suivi de la procédure- choix des candidats ;préparation de l'exécution** ,éditeur du moniteur, Antony ,France 2016.
- 4-Christophe lajoye **Droit des marchés publics**, Berti édition, Alger,2007
- 5- Christophe Guetier, **droit des contrats administratifs** ,Thémis droit.P.U.F.2008.
- 6- Laurent Richer ;**droit des contrats administratifs** ;3eme édition, L.G.d.j ,paris ,2002

- 7- Laurent Richer, **droit des contrats administratifs** ,5 éme édition ,L.G.D.J ,2006
- 8-MANGUE Christine, **La portée de l'obligation de La transparence dans les contras publics**, édition Dalloz, paris, 2004
- 9-NICINSKI sophie; BINCZAK pascal CM. **Droit administratif des biens** ,Gualino, éditeur, Paris,2001.
- 10- SABRI. MOHAMED, Aoudia Khaled , LALLEM MOHAMED , **guide de gestion des marchés publics**, édition de sahel, 2000
- 11-YVES Gaudment ;**traite de droit Administratif Général** 16^{ème} Edition,L.G.D.J,Paris ,2002
- 12-ZOUIMIA RACHID, **les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie** ,houma ,Alger ,2005

Romain Micallef ; **l'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada** ;thèse en cotutelle Doctorat en droit .Université Laval Québec ,Canada ,2019

3-Articles et Actes de colloques

a- Articles

- 1- BENNADJI Cherif, "**Marchés publics et corruption en Algérie**", **Revue d'études et de critique social**, N°25, Alger, 2008.
- 2-François Llorens et Pierre couteaux .**contrats et marchés publics. Quel avenir pour la négociation dans les marchés publics.** Revue mensuelle lexis-nexis **jurisclasseur** ,n°8-9 aout-septembre 2001.
- 3-Rémy Schwartz,le juge français des référés administratifs, **Revue du conseil d'état** , n°4,année 2003 .
- 4- Ivan VEROUGSTRAETE , le juge de la médiation , **Revue de la cour suprême** .Tome 2 . numéro spécial. Alternatifs de Règlement des litiges Médiation. Conciliation et Arbitrage.2009.
- 5-Zahi A , La conciliation et le processus arbitral.**revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques** ,N° 4,1993.

b-Acte Colloques

- Ounissi layachi , « **la procédure de passation des marchés publics, Etude analytique et réflexions à la lumière du code des marchés publics 2015** » ; journée d'étude portant sur les marché publics, faculté de droit et de sciences politique, université de biskra,17 decembre2015.

الفهرس

مقدمة.....ص8

الباب الأول : النظام القانوني لمنازعات صفقات الأشغال

الفصل الأول : الطبيعة القانونية لصفقة إنجاز الأشغال

المبحث الأول: ماهية صفقات الأشغال.....ص10

المطلب الأول: مفهوم صفقة الأشغال ص11

الفرع الأول: تعريف صفقات الأشغالص11

أولاً: ورود صفقة الأشغال في شكل مكتوب.....ص14

ثانياً: ورود الأشغال على منشأة(عقار أو عقار بالتخصيص)ص16

ثالثاً: تنفيذ الأشغال لحساب شخص معنوي عامص18

رابعاً: هدف الأشغال هو تحقيق مصلحة عامة.....ص18

خامساً: خضوع صفقة الأشغال لمعيار مالي محدد.....ص19

الفرع الثاني: أطراف صفقة الأشغال.....ص22

أولاً:المصلحة المتعاقدة.....ص22

ثانياً: المتعامل الإقتصادي.....ص22

ثالثاً: الأطراف المتدخلة في الصفقةص23

1- من جهة المتعاملينص23

2- من جهة المصلحة المتعاقدةص26

المطلب الثاني: صيغ و إجراءات إبرام صفقات الأشغال.....ص29

الفرع الأول: صيغ إبرام صفقات الأشغالص29

- أولاً: إجراء طلب العروض كأصل في إبرام صفقات الأشغالص30
- 1-تعريف إجراء طلب العروض.....ص31
- 2 - أشكال طلب العروض.....ص31
- أ-طلب العروض المفتوح.....ص32
- ب- طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا.ص33
- ج- طلب العروض المحدود(استشارة انتقالية سابقا)ص33
- د- المسابقة.....ص33
- ثانيا : إجراء التراضي كاستثناء لإبرام صفقات الأشغالص34
- 1-تعريف إجراء التراضي.....ص35
- 2-أشكال التراضيص35
- أ- التراضي البسيط:..ص35
- أ-01-حالات التراضي البسيط.....ص36
- أ-02 شروط التراضي البسيط.....ص37
- ب- التراضي بعد الإستشارة.....ص37
- ب-01- حالات التراضي بعد الإستشارة.....ص37
- الفرع الثاني: إجراءات إبرام صفقات الأشغالص39
- أولاً: المرحلة الإعدادية و تحضير الغلاف المالي.....ص39
- أ-تحديد الحاجيات.....ص39
- ب-إعداد دراسة الجدوى الإقتصادية للمشروع.....ص40
- ب-01- دراسة الملائمةص40
- ب-02- الدراسة البيئية.....ص40
- ج-معرفة أدوات التعمير و الهيئات المعنية بالتعميرص41
- ج-01-توفر الوعاء العقاري والدراسات المتعلقة به.....ص41
- ج-02-دراسة التربةص42
- ج-03 الدراسات الطبوغرافية.....ص43
- ج-04 دراسة الشبكات و إمكانيات العبورص43
- د-توفير الاعتماد الماليص44
- ثانيا: المرحلة التنفيذية و ظهور الصفقة للعلنص45
- 1-الإعلان عن طلب العروض.....ص46

2-	تقديم و إيداع العروض	ص.46
3-	فتح الأظرفة و تقييم العروض	ص.47
4-	إرساء الصفقة	ص.50
5-	الحصول على تأشيرة	ص.51
6-	مرحلة اعتماد الصفقة	ص.51
	المبحث الثاني: الآثار المترتبة على إبرام صفقات الأشغال	ص.52
	المطلب الأول: سلطات والتزامات المصلحة المتعاقدة	ص.53
	الفرع الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة	ص.53
	أولاً - سلطة الإشراف والرقابة.	ص.53
	ثانياً- سلطة التعديل	ص.57
1-	حدود ممارسة سلطة التعديل	ص.60
	أ- صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية	ص.60
	ب- أن يتم التعديل داخل أجل تنفيذ الصفقة	ص.60
	ج- أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة	ص.60
	د- أن لا يؤدي التعديل للتغيير من طبيعة الصفقة وموضوعها	ص.60
	ثالثاً- سلطة توقيع الجزاء و إنهاء العقد	ص.61
1-	سلطة توقيع الجزاء	ص.61
	أ- الجزاءات مالية	ص.62
	أ-01- الغرامات التأخيرية	ص.62
	أ-02- التعويض	ص.64
	أ-03- مصادرة مبلغ الضمان	ص.65
	ب - الجزاءات الضاغطة	ص.66
	ب-01- سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة	ص.67
	2- سلطة إنهاء العقد	ص.70
	أ- شروط ممارسة سلطة الإنهاء الإفرادي للعقد دون خطأ من المتعامل المتعاقد مع الإدارة	ص.70
	ب- شروط ممارسة الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة عند خطأ المتعاقد معها	ص.72
	ج- شروط ممارسة الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة بقوة القانون	ص.73
	ج-01- حالة وفاة المتعامل الإقتصادي	ص.74
	ج-02- الفسخ بسبب الإفلاس و التسوية القضائية	ص.75

ج03- الفسخ بسبب فقدان المفاوض للأهلية المدنية و الممارسة أو فقدان الأهلية البدنية أو العقلية.....	ص76
الفرع الثاني: التزامات المصلحة المتعاقدة.....	ص76
أولاً: إلتزام الإرادة باحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد	ص77
ثانياً: الإلتزام بأن تؤدي للمتعاقد المقابل المالي أو الثمن المتفق عليه.....	ص78
ثالثاً : الإلتزام بتمكين المفاوض من تنفيذ العقد	ص84
رابعاً : التزام الإدارة باحترام مدة تنفيذ العقد.....	ص86
خامساً: الإلتزام بإعادة التوازن المالي للعقد	ص88
المطلب الثاني : حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد	ص89
الفرع الأول: حقوق المتعامل المتعاقد	ص90
أولاً: الحق في اقتضاء المقابل المالي.....	ص90
1-تعريف الثمن.....	ص91
أ-تحديد الثمن في العقد.....	ص91
ب-آليات دفع سعر الصفقة للمتعامل المتعاقد.....	ص92
ثانياً: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض	ص93
ثالثاً :حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد.....	ص93
1- نظرية فعل الأمير	ص94
أ-تعريفها	ص94
ب-شروطها	ص95
2- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....	ص95
أ- تعريفها.....	ص95
ب-شروطها.....	ص96
3-نظرية الظروف الطارئة.....	ص96
أ-تعريفها.....	ص96
ب-شروطها.....	ص97
4- نظرية القوة القاهرة	ص99
أ- تعريفها.....	ص99

ب-شروطها	ص99
الفرع الثاني: إلتزامات المتعامل المتعاقد	ص100
أولاً- الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد	ص100
ثانيا : أداء الخدمة حسب الكيفيات المتفق عليها.....	ص102
ثالثا: الإلتزام بأداء الخدمة في الأجل المتفق عليه.....	ص102
رابعا : الإلتزام بدفع مبلغ الضمان.....	ص102
خامسا : الإلتزام بضمان سلامة الأشغال المنجزة	ص105

الفصل الثاني: المنازعات الناشئة عن صفقات الأشغال

المبحث الأول :المنازعات الناشئة عن إبرام صفقة الأشغال	ص109
المطلب الأول : المنازعات الناشئة عن مخالفة مبادئ صفقة الأشغال	ص111
الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المترشحين	ص111
أولاً : مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي (مبدأ المنافسة).....	ص111
1-تعريف مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي	ص112
2- المنازعات الناشئة عن الإخلال به.....	ص113
أ-وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي.....	ص113
ب-إختيار المصلحة المتعاقدة لإجراء إبرام غير مناسب.....	ص114
ج-الإخلال بمعايير اختيار المتعامل المتعاقد.....	ص114
د-الإقصاء و الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق.....	ص116
ثانيا: مبدأ المساواة بين المترشحين.....	ص116
1-تعريف مبدأ المساواة.....	ص116
2-المنازعات الناشئة عن الإخلال به.....	ص122
أ-مخالفة مبدأ المساواة عند إعداد دفتر الشروط.....	ص122
ب-مخالفة مبدأ المساواة عند إيداع العروض	ص123
الفرع الثاني : مبدأ شفافية الإجراءات المتعلقة بصفقة الأشغال.....	ص124
أولاً: تعريف مبدأ الشفافية.....	ص124
ثانيا :المنازعات الناشئة عن الإخلال بمبدأ الشفافية.....	ص130

- 1- المنازعات الناشئة عن الإخلال بالإعلان عن الصفقة.....ص 130
- 2- المنازعات الناشئة عن الإخلال بالإعلان عن المنح المؤقتص130
- 3- الإخلال بمبدأ الشفافية في مرحلة فتح العروض.....ص131
- المطلب الثاني: القرارات الإدارية المنفصلة عن صفقة الأشغال والمنازعات التي تثيرها.....ص133
- الفرع الأول: مفهوم القرارات الإدارية المنفصلةص133
- أولا : نشأة و تطور نظرية القرار الإداري المنفصل.....ص 133
- ثانيا: تعريف القرارات الإدارية القابلة للانفصالص 136
- ثالثا: أنواع القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن صفقات الأشغالص138
- 1- القرارات القابلة للانفصال في مرحلة إبرام صفقة الأشغال.....ص140
- 2- مدى قابلية القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ للانفصال.....ص 141
- الفرع الثاني: المنازعات التي تثيرها عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن صفقة الأشغالص144
- أولا: المنازعات التي تثيرها عدم مشروعية القرارات الممهدة لإبرام الصفقة.....ص144
- 1- قرار الإعلان عن صفقة الأشغال العامةص144
- 2- قرار الإقصاء من المشاركة في صفقات الأشغال.....ص145
- 3- قرار إستبعاد العروض غير المطابقة في صفقة الأشغالص145
- 4- قرار الاستبعاد لدواعي المصلحة العامةص146
- 5- قرار إعلان عدم جدوى الدعوى للمنافسة لصفقة الأشغال.....ص146
- 6- قرار المنح المؤقت لصفقة الأشغالص146
- 7- قرار إلغاء المنح المؤقت لصفقة الأشغال العامة.....ص148
- 8- قرار إلغاء الإجراء في صفقة الأشغال.....ص148
- ثانيا : المنازعات التي تثيرها عدم مشروعية القرار الصادر بإبرام الصفقة.....ص149
- 1- الطبيعة القانونية لقرار إبرام الصفقة.....ص150
- 2- قرار رفض إبرام صفقة الأشغالص151
- 3- قرار التصديق على الصفقةص152
- 4- قرار تجاوز تأشيرة عدم المنحص153
- المبحث الثاني: المنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ صفقة الأشغال.....ص154
- المطلب الأول: المنازعات الناشئة نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة بسلطاتها و إلتزاماتها.....ص155
- الفرع الأول: المنازعات الناشئة عن ممارسة المصلحة المتعاقدة للسلطات الممنوحة لها.....ص155
- أولا -النزاعات الناشئة نتيجة إستعمال الإدارة لسلطاتها على وجه غير مشروع.....ص 155
- 1- المنازعات الناشئة عن الاستعمال غير المشروع لسلطة التعديل.....ص155

- 2- الإخلال بسلطة الرقابة والإشراف.....ص 158
- 3- الاستعمال غير المشروع لسلطتها في توقيع الجزاءات.....ص 160
- ثانيا: المنازعات الناشئة نتيجة إستعمال الإدارة لسلطاتها بوجه مشروعص 161
- الفرع الثاني: النزاعات المتعلقة بإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها.....ص 162
- أولا- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها ذات الطابع التقني.....ص 162
- ثانيا- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها الماديةص 164
- 1- إخلال المصلحة المتعاقدة بأداء المقابل المالي للصفقة.....ص 164
- أ- عدم قيام المصلحة المتعاقدة بأداء المقابل المالي.....ص 164
- ب- تأخر المصلحة المتعاقدة في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المادي للصفقةص 165
- 2- المنازعة المتعلقة بالفوائد التأخيرية.....ص 165
- 3- المنازعات المتعلقة بتحديد الأسعارص 166
- المطلب الثاني: المنازعات الناشئة نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته.....ص 169
- الفرع الأول: النزاعات الناشئة نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد لإلتزاماته بإرادته.....ص 169
- أولا: النزاعات الناشئة نتيجة الإمتناع عن التنفيذ.....ص 169
- ثانيا: النزاعات الناشئة نتيجة التأخر في التنفيذ.....ص 170
- ثالثا: النزاعات الناشئة نتيجة القيام بالتنفيذ بصورة غير مرضية ومعيبة.....ص 170
- الفرع الثاني: النزاعات الناشئة بسبب خارج عن إرادة المتعامل المتعاقدص 173
- أولا: نزاعات بسبب حدوث صعوبات مادية غير متوقعة.....ص 173
- ثانيا: نزاعات بسبب حدوث ظروف طارئةص 174
- ثالثا: نزاعات بسبب حدوث قوة قاهرةص 175

خلاصة الباب الأول

الباب الثاني: تسوية منازعات صفقات الأشغال
الفصل الأول: التسوية الودية لمنازعات صفقات الأشغال

- المبحث الأول: خصوصية الطعون الإدارية في تنظيم الصفقات العمومية.....ص181
- المطلب الأول: خصوصية الطعون الإدارية على المستوى المحلي والمركزي.....ص182
- الفرع الأول: حصر الطعون الإدارية بمنازعات المنح المؤقت لصفقات الأشغال.....ص183
- أولا : مفهوم المنح المؤقت.....ص183
- ثانيا: الصور التي تثيرها منازعات المنح المؤقت.....ص183
- الفرع الثاني : صلاحيات لجان الطعون الإدارية في منازعات صفقات الأشغالص185
- أولا : لجان الطعن الفاصلة في منازعات الإبرامص185
- 1-اللجنة الجهوية للصفقات العمومية.....ص185
- أ-تشكيلة اللجنة الجهوية للصفقات العمومية.....ص185
- ب-إختصاصاتهاص186
- 2-اللجنة المحلية للصفقات العمومية.....ص186
- أ-اللجنة الولائية للصفقات العمومية.....ص186
- أ-01-تشكيلة اللجنة الولائية للصفقات العمومية.....ص186
- أ-02-إختصاصات اللجنة الولائية للصفقات العمومية.....ص187
- ب-اللجنة البلدية للصفقات العمومية.....ص188
- ب-01- تشكيلة اللجنة البلدية للصفقات العمومية.....ص188
- ب-02- إختصاصات اللجنة البلدية للصفقات.....ص189
- 3-لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية و الهيكل غير الممرکز للمؤسسة العمومية.....ص190
- أ- لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية.....ص190
- أ-01- تشكيلتها.....ص190
- أ-02-إختصاصاتها.....ص190
- ب-الهيكل غير الممرکز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.....ص191
- ثانيا: إختصاص لجان التسوية في منازعات التنفيذ.....ص191
- أ-التفاوض والمصالحة في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.....ص192
- أ-01- إحترام المصلحة المتعاقدة للتشريع و التنظيم المعمول بهما.....ص193
- أ-02-إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين.....ص193
- أ-03-التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.....ص193
- أ-04-البحث عن تسوية نهائية في أقرب الوقت و بأقل تكلفة.....ص194

ثالثا- إجبارية اللجوء إلى لجان التسوية الودية بعد فشل المصالحة و التفاوض المباشر.....	ص194
1-أنواع لجان التسوية الودية	ص195
أ-لجنة تسوية ودية دولية.....	ص195
ب-لجان تسوية ودية داخلية.....	ص196
ب-01-لجنة التسوية الودية على مستوى الوزارة و الهيئة العمومية.....	ص196
ب-02 - لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية.....	ص197
2 - الإجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية.....	ص197
رابعا :الآثار القانونية المترتبة على الطعون المرفوعة أمام لجان التسوية الودية.....	ص199
1-الطابع الاستشاري للرأي	ص199
2-الطابع غير الإلزامي للرأي.....	ص199
المطلب الثاني : خصوصية الطعون الإدارية على مستوى اللجان القطاعية	
الفرع الأول: إنشاء اللجان القطاعية و إعادة تنظيمها في قانون الصفقات الحالي.....	ص201
أولاً: تشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.....	ص201
ثانياً:إختصاصات اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.....	ص202
1- المعيار المالي.....	ص202
2-المعيار العضوي.....	ص203
3 - المعيار الموضوعي.....	ص204
أ-الإختصاص الرقابي للجنة القطاعية	ص204
ب-الإختصاص التنظيمي للجنة القطاعية.....	ص205
الفرع الثاني: استحداث سلطة الضبط للصفقات العمومية.....	ص205
أولاً- العناصر المحددة للطبيعة القانونية لسلطة ضبط الصفقات العمومية.....	ص207
1-طابع السلطة.....	ص207
2 - الطابع الإداري.....	ص207
3-الإستقلالية.....	ص207
ثانيا - تشكيلة سلطة الضبط للصفقات العمومية.....	ص207
ثالثاً- إختصاصات سلطة الضبط للصفقات العمومية.....	ص208

المبحث الثاني: إجازة تحكيم نزاعات صفقات الأشغال وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

- المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم بوصفه أسلوب لتسوية منازعات صفقات الأشغال.....ص211
- الفرع الأول : ماهية التحكيمص211
- أولاً: تعريف التحكيم.....ص211
- 1-التعريف اللغوي للتحكيم.....ص211
- 2-التعريف الإصطلاحي للتحكيم.....ص214
- 3- التعريف القانوني للتحكيم.....ص214
- أ-تعريف التحكيم في التشريع الوضعي الفرنسي.....ص214
- ب-تعريف التحكيم في التشريع الوضعي المصري.....ص214
- ج-تعريف التشريع في التشريع الوضعي المغربيص215
- د-تعريف التحكيم في التشريع الوضعي الجزائري.....ص215
- ثانياً: أنواع التحكيم.....ص215
- 1-التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.....ص216
- 2-التحكيم المؤسس و التحكيم الحر.....ص216
- 3- التحكيم الإختياري و التحكيم الإجباري.....ص217
- 4-التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي.....ص217
- ثالثاً : الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.....ص218
- 1-النظرية التعاقدية.....ص218
- أ-الطبيعة القضائية للتحكيم.....ص220
- ب-الطبيعة المختلطة للتحكيم.....ص220
- ج-الطبيعة المستقلة للتحكيم.....ص221
- رابعاً :تميز نظام التحكيم عما يختلط به من الأنظمة القانونية المتشابهة.....ص222
- 1- الفرق بين التحكيم و الوساطةص223
- أ-إحالة النزاع للوساطة و التحكيم.....ص223
- ب-مهمة الوسيط و مهمة المحكمص224
- ج-مجال التحكيم و الوساطةص225
- 2- الفرق بين التحكيم و الصلحص227
- الفرع الثاني: مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات صفقات الأشغال.....ص230
- أولاً: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الأشغال في مصر.....ص230
- 1-الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية.....ص230

2-الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية.....	ص.231
ثانيا : مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات صفقات الأشغال العامة في فرنسا.....	ص.232
1-مرحلة الحظر المطلق للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.....	ص.232
2-مرحلة التخفيف من حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية.....	ص.233
ثالثا: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في التشريع المغربي.....	ص.233
1-مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 08 لسنة 2005	ص.233
2-مرحلة ما بعد صدور القانون رقم 08 لسنة 2005.....	ص.234
رابعا: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في التشريع الجزائري.....	ص.234
1- الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء للتحكيم في مجال الصفقات العمومية.....	ص.234
2- طبيعة منازعات صفقات الأشغال التي يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم	ص.237
المطلب الثاني : التنظيم الإجرائي للتحكيم لتسوية منازعات صفقات الأشغال	ص.240
الفرع الأول: الخصومة التحكيمية.....	ص.240
أولا :الإجراءات الممهدة للخصومة التحكيمية.....	ص.240
1-إتجاه إرادة أطراف النزاع إلى التحكيم	ص.240
أ-إتفاق التحكيم.....	ص.240
أ-01- شروط صحة إتفاق التحكيم.....	ص.242
أ-02- الشروط الموضوعية لإتفاق التحكيم	ص.242
أ-03-الشروط الشكلية لإتفاق التحكيم.....	ص.243
أ-04-صور إتفاق التحكيم.....	ص.244
ثانيا : تشكيل محكمة التحكيم.....	ص.245
1-تعيين المحكم	ص.246
أ- تشكيل هيئة التحكيم بواسطة إتفاق الخصوم.....	ص.246
ب-تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم.....	ص.247
2-القواعد التي تحكم تعيين المحكم أو المحكمين.....	ص.247
أ-تسمية المحكم.....	ص.247
ب-وترية تشكيل هيئة التحكيم.....	ص.248
ج-قبول المحكم لمهمته	ص.248
د-ميعاد التحكيم.....	ص.249
ثالثا: القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية.....	ص.251
1-القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية.....	ص.251

2-القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى التحكيمية.....	ص.252
رابعاً: الإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم.....	ص.252
خامساً: إنتهاء الدعوى التحكيمية.....	ص.254
الفرع الثاني : الحكم التحكيمي.....	ص.255
أولاً : طبيعة الحكم التحكيمي.....	ص.255
ثانياً : طرق الطعن في الحكم التحكيمي.....	ص.257
ثالثاً : تنفيذ الحكم التحكيمي.....	ص.259
1-صاحب الإختصاص في تنفيذ حكم التحكيم.....	ص.259
2-إصدار أمر التنفيذ.....	ص.260

الفصل الثاني: التسوية القضائية لمنازعات صفقات الأشغال

المبحث الأول: إختصاص القاضي الإداري بنظر منازعات صفقات الأشغال	ص.262
المطلب الأول: القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد في مجال منازعات صفقات الأشغال.....	ص.263
الفرع الأول : الإطار القانوني للإستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.....	ص.264
أولاً: مفهوم الإستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.....	ص.264
ثانياً : شروط الإستعجال الإداري في مادة الصفقات العمومية.....	ص.266
1-الشروط العامة.....	ص.266
أ-توافر حالة الإستعجال.....	ص.266
ب-شروط عدم المساس بأصل الحق.....	ص.267
ج-شروط عدم المساس بالنظام العام	ص.269
د-شروط الجدية	ص.269
2-الشروط الخاصة	ص.270
أ-الشروط الشكلية.....	ص.270
أ-01-الصفة في دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد.....	ص.270
أ-02-المصلحة في الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية.....	ص.272
أ-03-ميعاد رفع دعوى استعجال ما قبل التعاقد.....	ص.273
ب-الشروط الموضوعية.....	ص.274
ب-01-الإخلال بمبدأ المنافسة.....	ص.274
ب-02-الإخلال بقواعد الإشهار.....	ص.274
ثالثاً : إجراءات رفع الدعوى الإستعجالية	ص.275
الفرع الثاني :سلطات القاضي الإداري الإستعجالي في مجال صفقات الأشغال.....	ص.278

- أولاً: سلطات القاضي الإستعجالي الإداري الجزائري في مجال صفقات الأشغال.....ص278
- 1- سلطة توجيه أوامر للمخل بالتزامات الإشهار والمنافسة.....ص278
- 2- الحكم بغرامة تهديدية.....ص280
- 3- تأجيل إمضاء عقد الصفقة إلى غاية نهاية الإجراءاتص281
- ثانياً : سلطات القاضي الإستعجالي الإداري الفرنسي في مجال صفقات الأشغال.....ص283
- 1- التدابير المؤقتة.....ص283
- أ- تأجيل التوقيع على العقد.....ص283
- ب- وقف إبرام الصفقة.....ص283
- ج- فرض الغرامة التهديدية.....ص283
- 2- التدابير والإجراءات النهائية.....ص283
- أ- سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد.....ص283
- ب- سلطة إبطال بعض الشروط التعاقديةص284
- ثالثاً :الحكم في الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية.....ص285
- المطلب الثاني : قضاء الإلغاء في مجال منازعات صفقات الأشغالص287
- الفرع الأول: شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة.....ص289
- أولاً: الشروط الشكليةص289
- 1- شرط الصفة والمصلحة.....ص289
- 2- أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداريص291
- 3- شرط الميعاد في دعوى الإلغاءص292
- 4- شرط الإختصاص القضائي في دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة.....ص294
- أ- الإختصاص النوعي لمنازعات الصفقات العموميةص294
- ب- الإختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية.....ص296
- ثانياً: الشروط الموضوعيةص297
- 1- عيوب المشروعية الخارجية في القرار الإداري المنفصل.....ص297
- أ- عيب عدم الإختصاص.....ص297
- ب- عيب مخالفة ركن الشكل و الإجراءات في القرار الإداري المنفصل.....ص298
- 2- عيوب المشروعية الداخلية في القرار الإداري المنفصل.....ص299
- أ- عيب إنعدام التسبيب.....ص300
- ب- عيب مخالفة القانون في القرار الإداري المنفصل.....ص300
- ج- عيب الانحراف في إستعمال السلطة.....ص301

الفرع الثاني : أثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة.....ص302
أولا :موقف الفقه والقضاء الفرنسي بخصوص أثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة.....ص302
ثانيا : موقف الفقه و القضاء المصري بخصوص أثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة.....ص304
ثالثا: موقف المشرع الجزائري بخصوص أثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة.....ص307

المبحث الثاني : اختصاص القاضي الإداري بنظر دعوى القضاء الكامل لتسوية منازعات صفقات الأشغال

المطلب الأول: سلطات القاضي الإداري في دعوى إبطال و فسخ صفقات الأشغال.....ص309
الفرع الأول: سلطة القاضي في دعوى إبطال صفقة الأشغال.....ص309
أولا: سلطة القاضي بنظر العيوب المتعلقة بصفقات الأشغال.....ص309
1-العيوب الخارجية.....ص309
أ-أهلية أطراف الصفقةص309
أ-01-عدم الإختصاص الشخصي.....ص310
أ-02-عدم الإختصاص الإقليمي.....ص311
أ-03-عدم الإختصاص الزمني.....ص311
أ-04-عدم الإختصاص النوعي.....ص311
ب-بطلان الصفقة لعيب يتعلق بركن الرضاص311
ب-01-الغلط.....ص313
ب-02-التدليسص314
ب-03-الإكراه.....ص315
ب-04-الغبنص315
ج- مخالفة قواعد الشكل والإجراءات في صفقة الأشغال.....ص316
ج-1-الشكل الكتابي للصفقة.....ص316
ج-2-العيوب الداخلية.....ص318
أ-العيوب المتعلقة بمحل الصفقةص318
ب-العيوب المتعلقة بسبب الصفقة.....ص319
ثانيا : الجزء المترتب على مخالفة شروط الإنعقاد و الصحة في الصفقات العمومية.....ص319
1- آثار بطلان الصفقة.....ص319
أ-البطلان المطلق للصفقة.....ص320
ب-البطلان النسبي للصفقة.....ص320
الفرع الثاني :سلطة القاضي الإداري بنظر دعوى فسخ صفقة الأشغالص321

- أولاً : الفسخ للإخلال بالالتزامات التعاقدية.....ص321
- ثانياً : الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة.....ص323
- المطلب الثاني: اختصاص القاضي الإداري بنظر دعوى التعويضص324
- الفرع الأول: سلطات القاضي الإداري بإلزام المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئهاص325
- أولاً : التعويض الناتج عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقديةص326
- 1- التعويض الناتج عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية التقنيةص326
- 2- التعويض الناتج عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية الماليةص329
- أ- الإخلال بأداء المقابل المالي.....ص329
- ب- حالة التأخير في صرف الدفعاتص331
- ثانياً: التعويض الناتج عن إخلال المصلحة المتعاقدة بسلطاتها.....ص333
- 1- التعويض على أساس الاستعمال غير المشروع لسلطتي الرقابة والإشراف.....ص333
- 2- التعويض على أساس الإستعمال غير المشروع لسلطة التعديل.....ص334
- 3- التعويض على أساس الإستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات الادارية.....ص335
- أ-01- رقابة القاضي الإداري على مشروعية توقيع الجزاء في عقود صفقات الأشغال.....ص336
- أ-02- رقابة الملائمة.....ص339
- 4- التعويض على أساس الإستعمال غير المشروع لسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون خطأ من المتعاقدص341
- أ- التعويض الإتفاقي والقانوني.....ص342
- ب- التعويض القضائي.....ص342
- ج- التعويض الكامل.....ص344
- ج-01-تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة.....ص344
- ج-02-تعويض المتعاقد عما فاتته من كسب.....ص344

- الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري عن تعويض المتعاقد دون خطأص345
- أولاً: التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري.....ص345
- 1- الحق في الحصول على تعويض من الإدارة نتيجة نظرية فعل الأميرص346
- 2-الحق في الحصول على تعويض من الإدارة نتيجة الظروف الإستثنائية.....ص349
- 3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعةص350
- ثانياً : التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سببص354
- أولاً- الإثراء بلا سبب وموازنة الصفقات غير المبرمة بصفة نهائية.....ص355
- 1-غياب الترخيص المالي.....ص355
- 2-غياب إبرام الصفقةص356
- 3-عدول الإدارة عن إبرام الصفقةص357
- 4-غياب المصادقة على الصفقة.....ص358
- ثانياً - الإثراء بلا سبب وموازنة آثار الرجعية المترتبة على بطلان صفقة الأشغالص359
- ثالثاً-التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأشغال الإضافيةص359
- رابعاً-التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال غير المطابقة.....ص365

خلاصة الباب الثاني

خاتمة

قائمة المراجع

الملخص :

إن الصفقات التي تبرمها الدولة تثير عدة منازعات سواء في مرحلة إبرامها أو تنفيذها لذلك أحاطها المشرع بعدة آليات للتسوية الودية وذلك سعياً منه لفض النزاع في أقصر وقت ممكن لضمان استمرار تنفيذ المشاريع وعدم تعطيلها، وفي حالة عدم التوصل إلى حل للنزاع بإعمال هذه الوسائل ضمن المشرع آليات للتسوية القضائية للنزاعات عن طريق اللجوء للقاضي الإداري من خلال الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية ودعوى الإلغاء وذلك بالنسبة للنزاعات الناشئة في مرحلة إبرام صفقات الأشغال، ومن خلال دعاوى القضاء الكامل التي تتمثل سلطات القاضي هنا على وجه الخصوص بالنظر في دعاوى بطلان، وفسخ الصفقة ودعاوى التعويض بالنسبة للمنازعات الناشئة في مرحلة التنفيذ .

الكلمات المفتاحية: صفقات الأشغال- المنازعات- آليات التسوية .

Abstract

Public procurements concluded by the state provoke several conflicts, whether at the stage of their conclusion or their execution, the legislator.

Therefore surrounded these contracts with several mechanisms for settling the dispute amicably in order to settle it as soon as possible to ensure the continuation of the projects execution and their non- obstruction ; and I, the event that a solution to the conflict would not be obtained by the implementation of these means , the legislator to the administrative judge by means of the pre-contractual urgently procedures and the cancellation procedure in the event of disputes arising at the stage of concluding public works contracts and through standard legal procedures ,notably the administrative judge's office to examine the cases of repealing the contract , and revoke the contract and the claims for compensation in connection with the disputes arising during the execution phase

Keywords : public procurements – conflicts -mechanisms for settling

Résumé :

Les marchés publics conclus par l'Etat soulèvent plusieurs conflits, que ce soit au stade de leur conclusion ou de leur mise en œuvre.

Le législateur l'a donc entouré de plusieurs mécanismes de règlement le litige à l'amiable afin de le régler dans les plus brefs délais pour assurer la poursuite de la mise en œuvre des projets et leur non- obstruction , et dans le cas ou une solution au conflit ne serait pas obtenue par la mise en œuvre de ces moyens , le législateur a inclus des mécanismes de règlement judiciaire des litiges en recourant au juge administratif par le biais de référé précontractuelle et de procédure d'annulation en cas de litiges survenant au stade de la conclusion des marchés de travaux et par le biais de procédures judiciaires classiques , notamment la saisine du juge administratif pour examiner les cas de nullité, et de résilier le contrat et les demandes d'indemnisation en relation avec les litiges survenant lors de la phase de mise en œuvre.

Les mots clés : les marchés des travaux publics- conflits- les mécanisme de règlement.