إن المتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها تنظيم الصفقات العمومية،ثم أن المتعامل المتعاقد إذا واجهته أثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة،لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بآلية إعادة التوازن المالي،وإذا أصابه ضرر جراء عمل قامت به الإدارة المتعاقدة معها يمكنه المطالبة بالتعويض أو اللجوء إلى آليات التسوية المكرسة للحصول على مقابله المالي في الصفقة ،والتي تكمن في التسوية الودية وفي حالة فشل هذه الأخيرة يلجأ إلى التسوية القضائية.

وسنتناول ضمن هذا الفصل مجمل طرق استفاء المتعاقد لحقه المالي في الصفقة العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 .

المبحث الأول: آليات التسوية المالية للصفقة العمومية

القاعدة العامة أن الدفع والتسديد يتم بعد تأدية الخدمة،ونظرا لأهمية وضخامة تكاليف بعض الصفقات العمومية خاصة صفقات الأشغال العمومية أضفى على القاعدة السابقة مرونة من خلال تمويل جزئي وقبلي من أجل الحفاظ على الأموال العامة للمصلحة المتعاقدة من ناحية ومن ناحية أخرى الدعم والإسناد المالي للمتعاقد معها بغية حسن تنفيذ الصفقة ،إذ نجد ثلاثة آليات تتم بها التسوية المالية للصفقة،وسوف نقوم بشرحها في ثلاثة مطالب،الأول دفع التسبيق،والثاني الدفع على الحساب،والأخير التسوية على رصيد الحساب كالآتي:

المطلب الأول: دفع التسبيق

لقد فصل المرسوم الرئاسي 247/15 في نظام التسبيق كآلية متبعة لتسوية مالية الصفقة قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد من أجل ضمان البدء الفعلي في تنفيذ موضوع الصفقة،كما رسم قواعده وشروطه وأنواعه،وسنقوم بشرح هذه المسائل في الفروع التالية:

الفرع الأول: القواعد العامة التي تحكم نظام التسبيقات:

يخضع الحصول على المقابل المالي لقاعدة عامة كما سبق القول و هي الدفع بعد تأدية الخدمة بمعنى أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها إلا بعد انجاز الصفقة سواء القيام بالخدمة أو تسليم التوريدات المطلوبة[1]،ولتخفيف الأعباء المالية فقد اعتبر تنظيم الصفقات العمومية التسوية المالية للصفقة تتم بالتسبيقات.

ويقصد بالتسبيق طبقا للمادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15 "كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة"[2]،وتحكمه عدة قواعد تتمثل في:

[1]– ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط3، لباد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 143.

[2]– انظر المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15،السابق ذكره ،ص 9.

أولا: الطبيعة القانونية: لا تعد التسبيقات بمثابة تسديد نهائي للمبلغ أو السعر وهو ما نصت عليه المادة 108 فقرة03 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث جاء فيها "وبهذه الصفقة فإن الدفعات لا تمثل تسديد نهائيا للمبلغ"[1]،بل إن التسبيقات تسترجع بواسطة اقتطاعها من المبلغ التي تدفع في شكل دفعات على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب طبقا لأحكام المادة 116 من المرسوم الرئاسي 247/15،كما يجب انتهاء استرداد التسبيقات عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة80% من المبلغ الأصلي،وينصب محل دفع التسبيقات على الصفقات العمومية بمختلف أنواعها سواء (دراسات ، أشغال، لوازم، خدمات) طبقا للمادة 113 من المرسوم الرئاسي 247/15.[2]

وأما بخصوص مدى إلزامية دفع التسبيقات فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بدفعها حتى ولو لم ينص عليها دفتر الشروط وبتصفح المرسوم الرئاسي 247/15 لا نجد طابع إلزام للتسبيق في حين أن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 أقر بإلزامية الدفع للمتعامل المتعاقد[3]،وهذا ما يفسر إلزامية دفع التسبيقات في صفقات الأشغال أما بقية الصفقات تبقى إلزاميتها حسب البنود التعاقدية بدفتر الشروط المتعلق بالصفقة.

ثانيا: شروط دفع التسبيق :لا يمكن تصور قيام المصلحة المتعاقدة بدفع مبلغ التسبيقات دون أن يقدم المتعامل المتعاقد معها ضمانات تتيح له قبض التسبيقات .

وعليه فان الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة التي هي عقد من عقود الضمان المالي باعتبارها أداة تأمين وائتمان في ضمان ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى في المطالبة بدين أو عين أو نفس.[4]

[1]– انظر المادتين 108 فقرة3 و 109 من المرسوم الرئاسي 247/15 ،السابق ذكره،ص29.

[2]– انظر المادتين 113، 116 من المرسوم نفسه،ص 30.

[3]– انظر المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 السابق ذكره،ص60،

[4]– راضية آمقران ،ضمانات البنك في مجال الائتمان، مذكرة ماجيستير،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،2000،ص 30.

وفي مجال الصفقات العمومية فقد تم وصف الكفالة بأنها ضمانات ملزمة يؤديها المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة بواسطة البنوك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية وتتمثل أنواع الكفالة في كفالة رد التسبيقات،كفالة حسن التنفيذ،وكفالة الضمان.[1]

ومن الشروط المطلوبة للاستفادة من نظام التسبيق أن يظهر المتعاقد مع الإدارة حسن النية في البدء المادي لتنفيذ الصفقة، وهو ما بينته المادة 113 فقرة 2 بقولها" يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها التزاما صريحا بإيداع المواد والمنتجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق".

الفرع الثاني: أنواع دفع التسبيق

يتخذ التسبيق حسب المادة 111 من المرسوم الرئاسي 247/15[2]،شكل التسبيقات الجزافية أو شكل التسبيقات على تموين مخصص لصفقات الأشغال والتوريد والتي تسلم للمتعاقد مع الإدارة متى أثبت حيازته لعقود وطلبات مؤكدة للمواد أو المنتوجات الضرورية لتنفيذ الصفقة[3]،وسنتناول هذه الأنواع في النقاط التالية:

أولا: التسبيق الجزافي :يقصد بالتسبيق الجزافي ذلك المبلغ الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها قبل البدء في تنفيذ موضوع الصفقة فهو لا يتحدد بناء على اعتبارات معينة مسبقا[4].

وبالتالي فهو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدء تنفيذ الصفقة على أن لا يتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة[5]

[1]– انظر المواد 130، 131، 132 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره ، ص 32.

[2]– انظر المادة 111 ،113من المرسوم نفسه، ص 29.

[3]– عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية،د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2010،ص 116.

[4]– محمد الصغير بعلي،(العقود الإدارية)، المرجع السابق، ص 84.

[5]–عمار بوضياف، (شرح تنظيم الصفقات العمومية)، المرجع السابق، ص 222.

كما يتم دفعه مرة واحدة أو يتم توزيعه على فترات يتم الاتفاق عليها في الصفقة، و هذا ما نصت عليه المادة 112 من المرسوم الرئاسي 247/15،وقد أجازت المادة 111 من نفس المرسوم[1]،دفع تسبيقا جزافيا أكثر من النسبة المقررة أعلاه شريطة توافر ما يلي:

– إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد و هذا ما يفسر أن الضرر ثابت و مؤكد ليس احتماليا مما يؤدي إلى جواز الخروج عن القاعدة و منح تسبيق أكثر من نسبة 15%علما أن المادة لم تضع سقفا محددا بل أجازت مخالفة الحد بصورة مطلقة.

– ضرورة استشارة لجنة الصفقات المعنية.

– ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي حسب الحالة.

ومن المفيد الإشارة أن التسبيق الجزافي في المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 أطلق عليه التسبيق الإجمالي و يبدو أن مصطلح الجزافي أبلغ و أدق.[2]

ثانيا: التسبيق على التموين : عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ إذا أثبت لجهة الإدارة بموجب وثائق وعقود تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة أو المواد موضوع الصفقة[3]،مثل أصول وسندات طلب شراء مواد البناء في صفقات الأشغال بحيث يقدم المقاول سند اثبات يخص الحديد أو الاسمنت ويطالب بناء عليها بحقة في التسبيق على التموين.

ويستمد هذا النوع من التسبيق أساسه القانوني من المادة 113 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي نصت على أنه "يمكن أصحاب صفقات عمومية للأشغال واللوازم

[1]– انظر المادتين 111، 112 من المرسوم الرئاسي 247/15، السابق ذكره ، ص 29.

[2]– انظر المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، السابق ذكره،ص62.

[3]– عمار بوضياف،(الصفقات العمومية في الجزائر)، ط 2، المرجع السابق، ص 137.

أن يحصلوا بالإضافة إلى التسبيق الجزافي على تسبيق على التموين إذا اثبتوا حيازتهم عقود أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة".

ونستشف من النص أنه مسألة جوازية وليس إجباري بالنسبة للمصلحة المتعاقدة و حصر هذا النوع من التسبيق فقط إلا على صفقات الأشغال وصفقات اللوازم دون باقية الصفقات وهذا اختلاف معقول بحكم القيمة المالية لهذين العقدين.

وفي حالة منح الإدارة التسبيق على التموين أجازت المادة 113 فقرة 2 السالفة الذكر حق اشتراط تعهد أو إلتزام صريح من جانب المتعاقد معها بإيداع المواد أو المنتوجات في الورشة أو في مكان التسليم تحت طائلة إرجاع التسبيق،بهدف عدم تحويل المواد محل التسبيق لخدمة مشروع آخر لجهة أخرى،وقد أجاز المرسوم الرئاسي 247/15 في مادته 115 للمتعامل المتعاقد الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين دون أن يتجاوز ذلك 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة،ويتم استرجاع مبلغ التسبيق من طرف الإدارة وفق وتيرة على أن يتم ذلك الاسترجاع كليا متى بلغ مجموع المبالغ المدفوعة للمتعاقد نسبة 80% من المبلغ الأصلي للصفقة.[1]

المطلب الثاني: الدفع على الحساب

الدفع على الحساب آلية متبعة لتسوية مالية الصفقة تقوم به المصلحة المتعاقدة من خلال تسديد مستحقات المتعاقد بطريقة تدريجية مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة وسنتناول في هذا المطلب فرعين،الأول بعنوان القواعد التي تحكم نظام الدفع على الحساب والثاني أنواع الدفع على الحساب كالآتي:

الفرع الأول: القواعد التي تحكم نظام الدفع على الحساب

نظام الدفع على الحساب اعتنقه المرسوم الرئاسي 247/15 في مادته 109 فقرة 2

[1]– انظر المادتين 113، 115 من المرسوم الرئاسي 247/15، السابق ذكره، ص 30.

بقولها : " هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة".[1]

ومن النص نستشف أنه التسديد الذي تقوم به الإدارة المتعاقدة إلى الطرف الثاني المتعاقد معها، مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة، كقيام المقاول فعلا بإنجاز جزء من الأشغال ببناء بعض المساكن مثلا و بذلك يختلف عن التسبيق الذي هو عبارة عن قسط من المال يدفع قبل بدء الأعمال موضوع الصفقة.

أولا: الطبيعة القانونية لدفع على الحساب :الصفقات التي يمكن تمويلها بطريق الدفع على الحساب هي صفقة الأشغال أو الخدمات إذا أثبت المتعامل المتعاقد قيامه بعمليات جوهرية في تنفيذ الصفقة طبقا للمادة 117 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 247/15،كما يمكن لأصحاب صفقات الأشغال الحصول على دفع على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة ،والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات عل التموين حتى بنسبة 80% من مبلغها المحسوب ولا يستفيد من هذا الدفع إلا فيما يخص التموينات المقننة في الجزائر.

وطبقا للمادة 118 من نفس المرسوم يكون الدفع على الحساب شهريا غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول يتلاءم مع طبيعة الخدمات، و يتوقف هذا الدفع على تقديم إحدى الوثائق الثبوتية[2].

وأما بخصوص كيفية وإجراءات الدفع على الحساب في صفقات الأشغال يتم إعداد الحساب التفصيلي المؤقت يخص الأشغال و التموينات المنفذة وذلك بناء على اللوائح الخاصة بالأشغال المحررة على أساس معاينات ميدانية ووضعيات الأشغال التي يتم إعدادها دوريا بحسب التقدم في انجاز الأشغال.[3]

[1]– انظر المادة 109 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره ص 29.

[2]– انظر المادتين 117 فقرة 1 و 118 من المرسوم نفسه، ص 30.

[3]– انظر المادة 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964،السابق ذكره ص62.

ثانيا: شروط نظام الدفع على الحساب :يخضع الدفع على الحساب للشروط الأساسية التالية:

– أن يكون الدفع على الحساب شهريا،مع إمكانية النص في العقد على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الصفقة، على أن لا يتجاوز الشهر طبقا للمادة 122 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15.

ويترتب على الاخلال بهذا الشرط من طرف المصلحة المتعاقدة حق المتعاقد في المطالبة بفوائد التأخير طبقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في المادة 122 من المرسوم الرئاسي 247/15،بحيث يستفيد المتعامل المتعاقد في حالة عدم قيام المصلحة المتعاقدة بصرف الدفعات على الحساب في الشهر من فوائد تأخيرية تحسب نهاية الأجل القانوني و تحسب على أساس نسبة فائدة مطبقة على القروض القصيرة.[1]

– ضرورة تقديم ما يثبت التنفيذ الجزئي محاضر انجاز الأشغال أو تسليم اللوازم في عقد التوريد أو جدول أجور العمال أو جدول التكاليف،وهذا السياق اكدته المادة 113 من نفس المرسوم.[2]

الفرع الثاني: أنواع الدفع على الحساب

بالجمع بين المادتين 117 و118 من المرسوم الرئاسي 247/15 نستنتج أن نظام الدفع على الحساب يأخذ صورتين،الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات،والدفع على الحساب الشهري[3].

أولا: الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات :الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات نصت عليه المادة 117 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها:"غير

[1]– انظر المادة 122 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره،ص 30.

[2]– انظر المادة 113 من المرسوم نفسه،ص 29.

[3]– عمار بوضياف، (شرح تنظيم الصفقات العمومية)، المرجع السابق، ص 224.

أنه يجوز لأصحاب صفقات عمومية للأشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات".[1]

ومن النص أعلاه نستشف أن الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات تم حصره إلا في صفقات الأشغال،فمتى أثبت المقاول أنه وضع تحت ذمة المشروع منتوجات معينة وتم استلامها في الورشة بإمكانه الحصول على دفع على الحساب يقدر بـ80% من مبلغ هذه المنتوجات بشرط ألا يكون قد حصل على تسبيق بالتموين.

ثانيا: الدفع على الحساب الشهري: نصت عليه المادة 118 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها:"يكون الدفع على الحساب شهريا غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول يتلاءم مع طبيعة الخدمات، و يتوقف هذا الدفع على تقديم الوثائق المنصوص عليها في دفتر الشروط حسب الحالة".[2]

ومن النص نجد أن الدفع على الحساب يكون شهريا باستثناء إذا نص أحد بنود الصفقة على مدة أطول تتلاءم مع طبيعة الصفقة العمومية على المشرع منح الدفع على الحساب الشهري على تقديم الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف حضورية أو وجاهية أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة .

- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به وجدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي المختص، وهذه خطوة نوعية من جانب المشرع لدفع المتعاملين على تطبيق التشريعات ذات الطابع الاجتماعي جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.[3]

[1]- انظر المادة 117 من المرسوم الرئاسي 247/15،السابق ذكره ،ص 30.

[2]- انظر المادة 118 من المرسوم نفسه ، ص 30.

[3]- عمار بوضياف،(شرح تنظيم الصفقات العمومية) ،المرجع السابق، ص225.

المطلب الثالث: التسوية على رصيد الحساب

التسوية على رصيد الحساب لها تعريفا تشريعيا تستمده من المادة 109 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها:"هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة"[1]،وسنتولى شرح هذه المسائل في فرعين،الأول التسوية على رصيد الحساب المؤقت والثاني التسوية على رصيد الحساب النهائية

الفرع الأول: التسوية على رصيد الحساب المؤقت

التسوية على رصيد الحساب المؤقت نصت عليها المادة 119 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها:" تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها مع خصم ما يأتي :

- اقتطاع الضمان المحتمل.
- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.
- الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب بإختلاف أنواعها التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد ".[2]

وبينت أحكام المادة 119 المذكورة أعلاه كيفية التسوية المؤقتة للرصيد كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة،على أن تبادر الإدارة إلى اقتطاع الضمان المحتمل والغرامات المالية عند الاقتضاء والدفوعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب باختلاف أنواعها.

الفرع الثاني: التسوية النهائية:

التسوية النهائية نصت عليها المادة 120 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها:"يترتب

[1]– انظر المادة 109 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 247/15، السابق ذكره ،ص 29.

[2]– انظر المادة 119 من المرسوم نفسه ، ص 30.

على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء.[1]

ومن النص نستشف أن التسوية تكون بعد الاستلام النهائي للأشغال أو التوريدات وهذا بهدف التأكد من حسن تنفيذ المشروع، فيسبق التسليم النهائي الاستلام المؤقت الذي تتأكد من خلاله المصلحة المتعاقدة بعد المعاينة للأشغال و التوريدات[2]، وكذا خلو الإنجاز من العيوب، وبعد ذلك يأتي التسليم النهائي الذي سيكون موضوع محضر إداري بعد انقضاء فترة الضمان المنصوص عليها في الصفقة.

وطبقا للمادة 131 من المرسوم الرئاسي 247/15 تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان ويتم استرجاع كفالة الضمان أو اقتطاعات الضمان المنصوص عليها في المادتين 132 و 133 من نفس المرسوم كليا في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي،وألزمت المادة 122 الإدارة المعنية بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما من استلام الكشف أو الفاتورة ،وأخذا بعين الاعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي،وتعلم المصلحة المتعاقدة المتعاقد معها بتاريخ الدفع وإصدار الحوالة.[3]

[1]– انظر المواد 120 ،131، 132 ،133 من المرسوم الرئاسي 247/15، السابق ذكره،ص 32 ،33.

[2]– انظر الملحق رقم 05.

[3]– انظر الملحق رقم 06.

المبحث الثاني: آليات إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية

إن حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي لصفقة يستند على ما سمي بنظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة،وسوف نقوم بشرح هذه المسائل في ثلاثة مطالب كالآتي:

المطلب الأول: إعادة التوازن المالي على ضوء نظرية فعل الأمير

تعد نظرية فعل الأمير من النظريات القضائية التي تهدف إلى تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار الناجمة عن ممارسة الإدارة للسلطات المشروعة دون أي خطأ منه فتقوم على أساس الصعوبات التي تطرأ جراء ما تستحدثه المصلحة المتعاقدة من إجراءات على موضوع الصفقة والمعطيات المحيطة بها،وسنتطرق في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع الأول تعريف نظرية فعل الأمير،والثاني شروط تطبيق نظرية فعل الأمير،والثالث أثار نظرية فعل الأمير.

الفرع الأول: مدلول نظرية فعل الأمير.

تعد نظرية فعل الأمير من النظريات القضائية الأصل التي خلقها مجلس الدولة الفرنسي من خلال القضايا المعروضة عليه[1].

أولا: التعريف الفقهي لنظرية فعل الأمير:يراد بعمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد معها.[2]

وقد تعددت التعريفات الفقهية لنظرية فعل الأمير بحيث عرفه البعض بأنه :" جميع الإجراءات والأعمال الصادرة عن المصلحة المتعاقدة التي تؤدي إلى زيادة أعباء التزامات

[1]– عثمان بوشكيوة،التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي، سوق أهراس،2005،ص48.

[2]– مازن ليلو راضي،العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2002،ص119.

تعاقدية وعندئذ تلتزم هذه المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحق به جراء ذلك".[1]

وبالتالي فعل الأمير يقوم على تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي لحقت به جراء ما تتخذه المصلحة المتعاقدة من إجراءات مشروعة تنصب على العقد أو على ظروف تنفيذه وتؤدي الزيادة في أعباء المتعاقد المالية.[2]

ثانيا: الأساس القانوني لنظرية فعل الأمير:يمكن القول أن نظرية فعل الأمير تستند وفق تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي نصت على أنه: " إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين" وبالتالي نجد المشرع الجزائري حرص على حل الإشكالات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية بالتراضي بين الطرفين لإتمام العملية على أكمل وجه[3].

وهكذا قنن المشرع الجزائري هذه النظرية ذات المصدر القضائي كما بينا،وتأثر بها القضاء الجزائري منذ الاستقلال،بحيث أخذ قضاء الغرفة الإدارية سابقا بمدلول هذه النظرية في العديد من قراراتها مثل القرار الصادر عنها بتاريخ 11 ديسمبر 1964 في قضية كهرباء وغاز الجزائر EGA ضد بلدية فوكة.[4]

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

لإعمال نظرية فعل الأمير في مجال الصفقات العمومية فلابد من أن يتوافر في الإجراء الذي أساء للمركز المالي للمتعاقد ما يلي:

[1]– محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، د، ط، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2005 ،ص411.

[2]– عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، د ط، دار الهدى،عين مليلة الجزائر، 2014 ،ص 306.

[3]– سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة عنابة، الجزائر 2005 ص 114 .

[4]– محمد الصغير بعلي،(العقود الإدارية)، المرجع السابق، ص 90.

أولا/ صدور الإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة: يتعين أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقدة مشروعا غير مخالف للنظام العام،فإن صدر العمل عنها وكان غير مشروع جاز للطرف الأخر اللجوء للقضاء ومساءلتها طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية[1].

ثانيا/ أن يكون الإجراء غير متوقع: يتعين أن يكون الإجراء غير متوقع وقت إبرام العقد فإذا كان المتعاقد قد توقع حدوث مثل ذلك الفعل أثناء التعاقد لم يعد له الحق في طلب التوازن المالي لأنه أقدم على التعاقد وهو مقدر لهذا الظرف،وما يمكن الحصول عليه في مثل هذه الحالة هو الطعن بالعقد بذاته من حيث تفسيره أمام القضاء[2].

ثالثا/ أن يلحق الإجراء ضررا خاصا بالمتعاقد:يتعين أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة، لأنه إذا صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير و امتنع بذلك تطبيق أحكامها.[3]

رابعا/ألا ينطوي الإجراء على خطأ ينسب للإدارة :يتعين أن يكون عمل الإدارة المتعاقدة مشروعا ذلك لأن الأعمال غير المشروعة تخرج من نطاق تطبيق هذه النظرية ويكون التعويض عليها طبقا لقواعد المسؤولية الإدارية بلا خطأ الإدارة.[4]

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على نظرية عمل الأمير

إن إعمال نظرية فعل الأمير يولد آثار تعود لمصلحة المتعاقد مع الإدارة،وتكمن في:

أولا/تعويض المتعاقد مع الإدارة :يترتب على تطبيق هذه النظرية آثار هامة يتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد و ذلك عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته من جراء ذلك،ويكون التعويض كاملا عن الربح والخسارة وفي هذه الحالة يكون التعويض

[1]– عمار بوضياف، (الصفقات العمومية في الجزائر)، ط 2، المرجع السابق،ص 143.

[2]– محمود خلف الجبوري، المرجع السابق،ص 217.

[3]– عبد الغني بسيوني عبد الله،النظرية العامة في القانون الإداري، د ط،منشأة المعارف،الإسكندرية،2003 ،ص577.

[4]– بوعمران عادل، (النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية)،المرجع السابق،ص 120.

كاملا ومغطيا لكافة الأضرار الناجمة على عكس التعويض الناتج عن حالة الظرف الطارئ[1].

ثانيا/مطالبة المتعاقد فسخ العقد:يستطيع المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما استحال تنفيذه بفعل الأمير،كصدور تشريع يمنع الاستيراد بالنسبة للسلع موضوع العقد ولا يمكن الحصول عليها إلا من خارج البلاد،وكذلك إذا أدى عمل الأمير إلى زيادة الأعباء عليه لدرجة لا تحتمله إمكانياته المالية.[2]

ثالثا/مطالبة المتعاقد عدم توقيع الغرامات المالية :يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بعدم إيقاع غرامات مالية في حالة التأخير في التنفيذ إذا أثبت أن فعل الأمير وإن كان لم يؤدي إلى استحالة التنفيذ فقد جعله عسيرا عليه.[3]

المطلب الثاني: إعادة التوازن المالي على ضوء نظرية الظروف الطارئة

برزت هذه النظرية في النظام القانوني البرجوازي على اثر الأزمات التي حلت بالاقتصاد الرأسمالي بحيث تعود جذورها التاريخية إلى نظرية فوت عرض العقد التي استند عليها القضاء الإنجليزي[4]،وسوف نتطرق لهذه النظرية وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: مدلول نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة من خلق مجلس الدولة الفرنسي الذي أقرها في حكم بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية الإنارة لمدينة"بوردو"[5]،وعلى ضوء هذا الحكم قدم الفقه عدة تعريفا لهذه النظرية و سنبين تعريف النظرية في النقاط التالية:

---

[1]– علاء الدين عشي، المرجع السابق،ص 151.

[2]– محمود عبد المجيد المغربي،المشكلات التي تواجهها تنفيذ العقود الإدارية، ط1،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان 1997،ص 109.

[3]– إبراهيم محمد علي،آثار العقود الإدارية،،د ط،دار النهضة العربية، القاهرة،مصر،2003،ص 240.

[4]– رياض عيسى،نظرية العقد في القانون المقارن والجزائري، د ط،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1985،ص 25.

[5]– عبد الحميد الشواربي،العقود الإدارية في ضوء الفقه – القضاء– التشريع–، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية،مصر 2003 ،ص 55.

أولا/التعريف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة: تعددت التعريفات الفقهية لهذه النظرية ومن أهم هذه التعريقات :" أنه إذا طرأت ظروف طارئة جعلت تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد فإنه لابد من الإصرار على ضرورة تنفيذ العقد والالتزام ببنوده خضوعا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تقوم الإدارة بتعويض المتعاقد معها تعويضا جزئيا من الخسارة بهدف إعانته على اجتياز هذه الظروف، مما يضمن استمرار سير المرفق بانتظام واطراد".[1]

وبالتالي في هذه الحالة ليس للإدارة المتعاقدة أي يد في الحدث مصدر الخلل المالي وتتميز عن القوة القاهرة التي لايد لأطراف العقد في حدوثها إلا أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا.[2]

ثانيا/الأساس القانوني لنظرية الطروف الطارئة :نجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في نص المادة 107 من القانون المدني[3]،إلى جانب المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 153[4]،والتي ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق ودون حاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية بما يعني أن قانون الصفقات راعى الظروف الطارئة و الإرهاق المالي للمتعاقد فأجاز إعادة الاعتبار المالي له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية.

وهكذا قنن المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة،فلا مانع أن يطبق القاضي الإداري هذين النصين المذكورين أعلاه لأن روحهما تصب ضمن اتجاه واحد ،وهو إعادة التوازن المالي للمتعاقد.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لإعمال نظرية الظروف الطارئة لابد من توافر الشروط الآتية:

---

[1]– سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية– دراسة مقارنة–،د ط،دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص 47.

[2]– عمار بوضياف،(شرح تنظيم الصفقات العمومية)، المرجع السابق، ص 232.

[3]– انظر المادة 107 من الامر 58/75،السابق ذكره،ص 996.

[4]– أنظر المادة 153من المرسوم الرئاسي 247/15،السابق ذكره،ص37.

أولا/حدوث ظرف أو حادث استثنائي: الظرف الطارئ في مفهوم هذه النظرية قد يكون ظواهر طبيعية كفيضانات أو زلازل أو براكين،وقد يكون ظرفا اقتصاديا أدى إلى ارتفاع الأجور والأسعار بشكل كبير وغير متوقع،وذلك بسبب أزمة سياسية أو اقتصادية أو بسبب سيطرة حالة من التضخم على الاقتصاد أو مروره بأزمة كساد،وقد تأخذ تلك المخاطر شكلا تنظيميا عاما أو إجراءات خاص بعقد معين.[1]

ثانيا/عدم توقع المتعاقد للظرف وعدم استطاعته دفعه:فعدم التوقع شرط أساسي لتطبيق هذه النظرية لذلك يجب حصول حدث استثنائي جديد باعتباره غريبا عن نوايا المتعاقدين عند إبرام العقد وخارجا عن إمكانية تصورهم،ويكون غالبا من النوع الاقتصادي كارتفاع ثمن المواد الأولية،بل يجب ألا يكون بوسع المتعاقد دفع هذا الظرف أو مواجهته بالطرق العادية المألوفة وقاية لآثاره الضارة أو منعا لتفاقمها.[2]

ثالثا/أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين: وعلى ذلك لا يستفيد المتعامل من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة إذا تسبب هو بعمله أو تدخله في إحداث السبب أو الطارئ الجديد فإذا كانت هي من أحدثت بعملها الطارئ الجديد جاز مساءلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية لا نظرية الظروف الطارئة[3].

رابعا/أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد: يعني تجاوز ما يسمى بالسعر الجديد بحيث تؤدي هذه الحوادث والظروف الطارئة إلى اختلال التوازن المالي للعقد إخلال خطير وغير مألوف بحيث يصبح تنفيذ المتعاقد مع الإدارة التزاماته التعاقدية مرهقا، أي يجعله يتحمل أعباء مالية خطيرة و خسارة كبيرة.[4]

---

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 201.

[2]– موريس نخلة،العقود الإدارية إلتزامات الأشغال العامة وامتيازات صفقات اللوازم والأشغال، د، ط، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، 1986،ص 207.

[3]– عمار بوضياف،(شرح تنظيم الصفقات العمومية)،المرجع السابق،ص 232.

[4]– عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري،الجزء 02، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية،الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2005 ،ص 227.

الفرع الثالث: آثار نظرية الظروف الطارئة

يمكن حصر وإجمال آثار نظرية الظروف الطارئة في النقاط الآتية:

أولا/إلزام المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد: يجب على المتعامل المتعاقد مواصلة تنفيذ الصفقة تحت طائلة التعرض للمسؤولية التعاقدية،لأن نظرية الظروف الطارئة أقامها مجلس الدولة الفرنسي أصلا لضمان استمرارية المرافق العامة وتلبية الاحتياجات العامة للجمهور.[1]

ثانيا/حق المتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض :يترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة استحقاق المتعامل المتعاقد لتعويض جزئي من الإدارة لا يشمل الخسارة كلها بل يغطي جزء من الأضرار فقط،وما هي إلا تجسيد لفكرة التعويض التضامني بحيث يتم تقدير التعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة وفقا للقواعد العامة في القانون الإداري.[2]

المطلب الثالث:إعادة التوازن المالي على ضوء نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هذه النظرية تجد تطبيقها بوجه خاص في صفقات الأشغال العامة ،ونشأت على يد مجلس الدولة الفرنسي،وكان أول حكم قضائي يقضي بالتعويض استنادا إليها في فرنسا "حكم دوشي"الصادر بتاريخ 1964/6/24،سوف نتطرق في هذا المطلب إلى هذه النظرية ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: مدلول نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

سوف نقوم بتعريف هذه النظرية من خلال العناصر والنقاط الآتية:

أولا: التعريف الفقهي للنظرية : عرفها البعض بأنها: " إذا صادف الطرف المتعاقد مع الإدارة خلال تنفيذ الالتزامات التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية وغير مألوفة

[1]– محمد الصغير بعلي،(العقود الإدارية)،المرجع السابق،ص 94.

[2]– سحار جبار يعقوب،(فسخ العقد لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة)، مجلة مركز دراسات الكوفة،جامعة الكوفة، العراق،العدد 7، 2008،ص 15.

ولا يمكن توقعها وقت إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا،فإن لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة المتعاقدة معه بتعويض كامل عما سببته له هذه الصعوبات المادية من أضرار".[1]

وبالتالي متى صادف المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ و جعلت من تنفيذ العقد مكلفا فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض لما لحقه من جراء تلك الصعوبات من أضرار[2]،بحيث يكون التعويض كاملا على عكس نظرية الظروف الطارئة فيكون تعويض جزئي كما أن هذه النظرية وضعت لمواجهة الظروف التي يواجها المقاول أما نظرية الظروف الطارئة فقد وضعت لكل المتعاقدين غير أنه هناك تشابه بين النظريتين من حيث أن الظرف غير متوقعة عند الإبرام للعقد وكذلك تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا.

ثانيا/الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :يمكن القول بأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تستمد أساسها القانوني من المرسوم الرئاسي 247/15 بموجب مادته153 ،لأنها ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن المالي بما يعني أنه يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاة العارض المادي ذات الطبيعة الاستثنائية التي لم تكن في الحسبان وقت إبرام العقد،وبالتالي أجاز المشرع للمتعاقد المطالبة بتعويض كامل من المصلحة المتعاقدة في إطار حل ودي يتجسد في ملحق الصفقة الأصلية.[3]

وهكذا يمكن القول أن المشرع قنن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لأنها تتماشى مع مبادئ العدالة فليس من العدل أن يتحمل المتعاقد وحده الأعباء المالية بحجة أن المصلحة المتعاقدة ليست المتسببة في هذه العوارض المادية.

---

[1]– عمار عوابدي، المرجع السابق،ص 225.

[2]– عصام سعيد عبد العبيدي،لمياء هاشم سالم القبع،(نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)،مجلة الرافدين للحقوق جامعة الرافدين،العراق، المجلد 12 ،العدد54، 2012،ص497.

[3]– انظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، السابق ذكره،ص37.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

من أجل إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لابد من توافر الشروط الآتية:

أولا/أن تواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية :بموجب هذا الشرط فإن إعمال نظرية الصعوبات المادية يتطلب أن تعترض تنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي بحت كزيادة الطبقات الصخرية في أرض الموقع محل تنفيذ عقد الأشغال مما يجعل أعمال الحفر أكثر كلفة،أو ارتفاع منسوب المياه الجوفية في أعمال الحفر بصورة لا يتمكن معها المتعاقد مع الإدارة من سحبها دون زيادة في التكاليف[1]،فلا يكون هناك مجال لتطبيق هذه النظرية،بحيث تطبق النظريتين السابقتين على حسب الأحوال إذا كانت الصعوبة ذات طبيعة إدارية أو اقتصادية أو سياسية.

ثانيا/ أن تكون الصعوبة المادية غير متوقعة وقت التعاقد : فيتعين أن تكون الصعوبة المادية التي واجهت تنفيذ العقد لم تكن متوقعة وقت التعاقد، و يجعل من تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد[2]،ونعني بالصعوبة المادية ذلك الحادث الاستثنائي العام غير المتوقع والذي من غير الممكن دفعه أو رده،والذي يجعل من تنفيذ العقد مرهقا لا مستحيلا ،ومن ذلك الأزمات الاقتصادية التي تؤدي إلى رفع الأسعار أو هبوط العملة.

ثالثا: أن تلحق الصعوبة المادية أضرار بالمتعاقد:إذا ألحقت الصعوبة المادية غير المتوقعة ضرار بالمتعاقد مع الإدارة في صورة تجاوز الأسعار المتفق عليها فإن بوسعه التمسك بتطبيق النظرية حيث أن الضرر الناجم عن الصعوبة المادية هو سند تطبيق النظرية[3].

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق،ص221.

[2]– بوعمران عادل، (النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية)، المرجع السابق،ص 124.

[3]– محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 446.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يترتب على قيام الصعوبات غير المتوقعة بتحديدها السابق ذات الآثار التي يترتب على عمل الأمير تتمثل في النقاط التالية:

أولا/بقاء التزامات المتعاقد رغم الصعوبات غير المتوقعة :ذلك أن نظرية الصعوبات غير المتوقعة شأنها شأن عمل الأمير و الظروف الطارئة، لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد من التزاماته ويترتب على هذا الشرط استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته دون توقف ما لم تؤدي تلك الصعوبات إلى استحالة التنفيذ، ذلك إن امتناع المتعاقد أو توقعه عن التنفيذ لمجرد تعسر ذلك يسقط حقه في التعويض ويبرر للإدارة توقيع الجزاءات المناسبة عليه.[1]

ثانيا/حق المتعاقد في الحصول على تعويض :يترتب على قيام الصعوبات المادية غير المتوقعة حق المتعاقد في الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات ويقدر هذا التعويض على أساس التعويض الكامل ويحسب عادة أمام القضاء بناء على السعر المتفق عليه في العقد،وأساس التعويض هو مبدأ النية المشتركة للطرفين ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقد. [2]

[1]– عادل بوعمران،(دروس في المنازعات الإدارية)، المرجع السابق، ص 311.

[2]– سليمان الطماوي، المرجع السابق،ص 699.

المبحث الثالث: آليات تسوية نزاعات الحصول على المقابل المالي

إن إجراء الحصول على المقابل المالي في الصفقات العمومية قد ينجم عنه بعض النزاعات تحصل بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة،لذلك حرص المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية على وضع آليتين لضمان جل النزاعات التي قد تطرأ عند إجراء الحصول على المقابل المالي في الصفقة وسنتولى شرح هذه الآليات من خلال هذا المبحث في ثلاثة مطالب،الأول التسوية الودية والثاني التسوية القضائية وفي الأخير تطبيقات لآليات تسوية نزاعات الحصول على المقابل المالي.

المطلب الأول: التسوية الودية

رجوعا لأحكام المرسوم الرئاسي247/15 نجد المشرع الجزائري قد وضع آليات من أجل فض النزاع دون اللجوء على القضاء،وتفاديا لطول الوقت والمحافظة على المال العام وانجاز المشاريع دون تعطيل فتبني فكرة الحل الودي للنزاع،من خلال رسم ضوابط لها،يجب مراعاتها،وكذا استحدث لجان مختصة بالتسوية،مما يقتضي منا شرح هذه المسائل في الفروع التالية:

الفرع الأول: قاعدة الحل الودي للنزاع

سنبين قاعدة الحل الودي للنزاع في النقاط التالية:

أولا/الأساس القانوني : تستمد قاعدة الحل الودي للنزاع أساسها القانوني في المرسوم الرئاسي 247/15 من المادة 153 التي تنص على أنه:"تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها،يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها".[1]

[1]– انظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، السابق ذكره ص 37.

ويستشف من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن تنفيذ الصفقة وهذا تفاديا للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار.[1]

ويرى بعض الباحثين أن المشرع الجزائري حسن فعلا حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية ويتمكن طرفي العقد من إيجاد حلا يناسبهم لمواصلة التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله،وهو ما يتماشى وهدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة.[2]

ثانيا/ضوابط الحل الودي: جاءت المادة 153 المذكورة أعلاه معلنة عن ضوابط الحل الودي فنصت على أن الحل الودي يجب أن يراعى فيه ما يلي:

– أن تحترم الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري به العمل وأن لا تخالفه[3]: فكل اتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا و لا يترتب أي اثر بالنسبة للأطراف.

– الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين:قد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر فحين المطالبة بها يجب على المصلحة المتعاقدة أن تنصف المتعامل المتعاقد و تحاول أن تحسم الأمر وديا.

– التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة:ألح المشرع في المادة153[4]،على ضرورة إعطاء كامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق بها، وهذا الأمر يفرض لا شك الحسم

[1]– عمار بوضياف، (شرح تنظيم الصفقات العمومية)، المرجع السابق،ص 314.

[2]– عثمان بوشيكيوة ، المذكرة السابقة، ص 60.

[3]– عمار بوضياف،المرجع في المنازعات الإدارية،القسم 02،ط1،جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2013 ،ص 321.

[4]– انظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 ،السابق ذكره،37.

الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ، فكلما تم التوصل إلى حل ودي وضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة.

– البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة: حتى لا يتسبب النزاع في زعزعة استمرار الصفقة فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت.

الفرع الثاني: اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاع

بالعودة للمادة 154 من المرسوم الرئاسي 247/15[1]،نجدها أقرت لجان مكلفة بالتسوية الودية و تتمثل هذه اللجان فيما يلي:

أولا/لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية :تنشأ هذه اللجنة لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية تختص اللجنة بدراسات نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها،وتتشكل من ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيسا،ممثل عن المصلحة المتعاقدة،ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع،ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

ثانيا/ لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية: تنشأ هذه اللجنة لدى كل والي ولاية تختص بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير ممركزة للدولة،وتتشكل من ممثل عن الوالي رئيسا،ممثل عن المصلحة المتعاقدة، ممثلا عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع،ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

الفرع الثالث: الأحكام المشتركة بين اللجان المختصة بالتسوية:

إن الأحكام المشتركة بين اللجان المختصة بالتسوية على ضوء المادة 155 من المرسوم الرئاسي 247/15[2]، تتمثل فيمايلي:

[1]– انظر المادة 154، من المرسوم الرئاسي 247/15 ،السابق ذكره،ص38.

[2]– انظر المادة 155 من المرسوم نفسه،ص 38.

أولا/ الأحكام المشتركة المتعلقة بالأعضاء

– يعين أعضاء اللجان المختارون نظرا لكفاءاتهم في الميدان المعين بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني.

– يجب أن لا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة وهذا بهدف إضفاء المصداقية و الشفافية على اللجان.

– يعين رؤساء اللجان من ضمن أعضاء اللجنة مقررا.

ثانيا/الأحكام المشتركة المتعلقة بإجراءات عرض النزاع والفصل فيه: بخصوص الطعن وإجراءاته أمام اللجان قد فصلت فيه المادة 155 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي نصت على" يمكن المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة".[1]

ويتعين علينا تسجيل الغموض الكبير الذي يكتنف نص المادة 155 المذكورة أعلاه،فالنص وردت فيه عبارة يمكن التي تفيد"الجواز لا الوجوب"، بما يعني أن المتعامل المتعاقد أو المصلحة المتعاقدة أن يتجاوزوا إجراء عرض النزاع على اللجنة المختصة بالتسوية وخاصة المتعامل المتعاقد حيث يرفع دعواه مباشرة أمام القضاء المختص مع تجاوز هذا الإجراء[2]،وتتمثل الإجراءات أمام اللجان في مايلي:

– توجيه الطعن من قبل الشاكي إلى أمانة اللجنة بموجب تقرير مفصلا مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصي عليها مع وصل استلام في أجل 10 أيام من تاريخ مراسلتها.

– يدرس النزاع في أجل أقصاه 30 يوما ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم برأي مبرر وتؤخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها و عند التعادل يرجح صوت الرئيس.

– يتم تبليغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام ويتم إرسال نسخة منه إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية المنظمة بموجب المادة 213 من المرسوم

[1]– انظر المادة 155 من المرسوم الرئاسي 247/15،السابق ذكره،ص38.

[2]– محمد الصغير بعلي،الوسيط في المنازعات الإدارية،د ط،دار العلوم للنشر والتوزيع،الجزائر،2009،ص 247.

الرئاسي247/15 التي تتولى إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات[1].

– تبلغ المصلحة المتعاقدة قراراها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل 08 أيام ابتداء من تاريخ تبليغها بالرسالة موصى عليها و تعلم اللجنة بذلك.

المطلب الثاني: التسوية القضائية:

إذا تعثرت التسوية الودية للنزاع المتعلق بالمقابل المالي في الصفقة بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، بإمكان المتعامل المتعاقد رفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة للمطالبة بالتعويض،وفي هذا المطلب سوف نتطرق بداية لتأصيل حق التعويض ثم تحديد القضاء المختص في منازعات المقابل المالي،ثم دعاوى الحصول على المقابل المالي.

الفرع الأول: تأصيل حق التعويض

يترتب على العقد إنشاء التزامات تقع على كاهل كل من طرفيه والقوة الملزمة للعقد تقضي بأن يقوم كل طرف بتنفيذ التزامه العقدي[2]،والأصل أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام القانون بالنسبة لطرفيه وأن العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية يجب تنفيذها طبقا لما اشتملت عليه[3].

ويكون أساس إلزام المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد استنادا على الخطأ أو من دونه:

أولا/ مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ:يأخذ الخطأ العقدي المرتب للمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقدين إخلالها بأحد التزاماتها العقدية كعدم تسليم

[1]– انظر المادتين 155 ،213 من المرسوم الرئاسي 247/15،السابق ذكره ،ص 38،47.

[2]– محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة في القوانين العربية،الطبعة 04 ،دار الهدى عين مليلة،الجزائر،2007 ،ص 310.

[3]– خالد عبد الفتاح محمد،الشامل في العقود الإدارية، ط 1،المركز القومي للإصدارات القانونية،مصر،2009،ص53.

الإدارة الموقع في الوقت المناسب أو حرمان المتعاقد من التسهيلات المالية المقررة في العقد أو تأخرها في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المالي.

ومن المقرر فقها وقضاء في المسؤولية العقدية توافر عناصر المسؤولية العقدية الثلاثة وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما طبقا للمواد 126،132،176،179 من ق.م[1]،وفي هذه الحالة تأخذ المصلحة المتعاقدة مركز المدين والمتعامل المتعاقد مركز الدائن،ولا يستحق هذا الأخير التعويض إلا بعد اعذر المصلحة المتعاقدة،كما أن التعويض يقدره القاضي طبقا للظروف المحيطة بالصفقة.

ثانيا: مسؤولية المصلحة المتعاقدة من دون خطأ: ويكون أساس الالتزام الإدارة بالتعويض هنا إما استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب حالة أداء المتعامل المتعاقد أعمال إضافية ضرورية لإنجاز الصفقة،و أن تكون راضية عن قيامه بها وهو في إطار التنفيذ لالتزامه التعاقدي ويكون التعويض استنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب وفقا للمواد 141،142 من ق.م.[2]

كما يكون أساس إلتزام الإدارة بالتعويض استنادا على فكرة الحفاظ على التوازن المالي للعقد التي أساسها (نظرية فعل الأمير،أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) السابقة شرحها،والتي أرساها القضاء الإداري والتي يمكن للمتعاقد بموجبها استحقاق التعويض.

الفرع الثاني: تحديد القضاء المختص في منازعات المقابل المالي

سوف نبين القضاء المختص في منازعات المقابل المالي وفق النقاط التالية:

أولا: مبدأ خضوع منازعات المقابل المالي لاختصاص القضاء الكامل:فالعقود الإدارية

[1]– انظر المواد 126، 132 ،176 ،179 من الأمر 58/75 ،السابق ذكره.ص997 ،1000.

[2]– انظر المادتين 141 ، 142 من الأمر نفسه،ص998.

تتم بإرادة طرفين اثنين المصلحة المتعاقدة و الطرف الأخر المتعامل المتعاقد ولهذا فهي تخضع لولاية القضاء الكامل وليس قضاء الإلغاء،ويستثنى من ذلك طائفة القرارات المنفصلة عن العقد[1]،وعليه تخضع كل النزاعات الناشئة عند تنفيذ الصفقة والمتصلة بها للقضاء الكامل،وعلى اعتبار أن كل ما يندرج في الجانب التنفيذي للعقد يخضع للقضاء الكامل والتي أهمها الحصول على المبالغ المالية،وكذا مراجعة الأسعار والمبالغ الناتجة عن الأعمال الإضافية هي من اختصاص القضاء الشامل ومنازعاتها هي منازعات حقوقية.[2]

ومن ثم فإن مرجع المنازعات المتعلقة بالمقابل المالي لاختصاص القضاء الكامل أمر يتناسب مع طبيعة تلك المنازعات فيما يتعلق بارتباطها بالحقوق المكتسبة للمتعامل المتعاقد،ونعتقد استبعاد هذه المنازعات من نطاق اختصاص قاضي الإلغاء هو لافتقادها لمحل دعوى الإلغاء والتي من أهم شروطها القرار الإداري التي تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة بل تدور حول عقد إداري يمثل توافقا لإرادتين إحداهما الإدارة.

ثانيا/اختصاص القضاء الإداري بالنظر في منازعات المقابل المالي في الصفقات العمومية : يعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية كأصل عام للقضاء الإداري ولقد تم تأكيد ذلك من خلال القرار الصادر عن الغرفة الإدارية سابقا،بتاريخ 1990/09/12 ،اذ جاء فيه: "فلا يمكن حالة إخلال أحد طرفي الصفقة أن يعاقب عليه إلا من قبل القاضي الإداري".[3]

[1]– عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، ط 2،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014،ص 109.

[2]– محمد الصغير بعلي،(منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري)،مجلة دراسات قانونية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة صفاقس،عدد خاص بأعمال الملتقى حول النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية 2007، ص 330.

[3]– مسعود شيهوب، المبادئ العامة للنزاعات الإدارية– نظرية الاختصاص ،الجزء 3،د ط، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1998 ،ص 398.

وإذا كان المؤسس الدستوري قد أعلن صراحة بموجب المادة 152 من دستور 1996 المعدل و المتمم[1]، عن تأسيس مجلس الدولة فإنه بمقتضى نفس النص أعلن ضمنيا عن تأسيس المحاكم الإدارية[2]،وإن هذه الأخيرة طبقا للمادة 01 من القانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية[3]،والمادتين 800و801 من القانون 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية[4]، تختص حصريا بصفتها صاحبة الولاية العامة في دعاوى القضاء الشامل والتي على رأسها منازعات الصفقات العمومية عامة ،وخاصة منازعات المقابل المالي،أيا كانت أطراف النزاع فيها،مركزية أو لامركزية بأحكام تقبل الطعن أمام مجلس الدولة بالاستئناف طبقا للمادة 10 من القانون العضوي 01/18 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله[5]،مع العلم أن هذا الأخير وفقا لاجتهادات قضائية صادرة عنه أنه إذا نظر بصفته كقاضي استئناف لا ينظر كجهة نقض،وبالتالي تم حجب درجة من درجات الطعن غير العادي.

وإن تأكيد المشرع اختياره المعيار العضوي لتحديد اختصاص الجهات القضائية الإدارية لا يمنع من اعتماد المعيار الموضوعي في بعض الحالات على وجه الاستثناء،كما هو الحال بالنسبة لصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري حينما تكلف بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية

[1]– المادة 152 من دستور 1996 المعدل والمتمم بالقانون 01/16 المؤرخ في 07 مارس 2016 ،الجريدة الرسمية رقم 14،ص21.

[2]–عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، ط 2، جسور للنشر والتوزيع،المحمدية، الجزائر،2008،ص95.

[3]– المادة 01 من القانون 98–02 مؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية،الجريدة الرسمية،رقم37 ص8.

[4]– المادتين 800 ،801 من القانون 08–09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية، رقم 21 ،ص75.

[5]– المادة 10 من القانون العضوي 98–01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المعدل والمتمم بالقانون العضوي 13/11 المؤرخ في 26 يوليو 2013 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله،جريدة رسمية،رقم43،ص5

لميزانية الدولة،مما يجعل الاختصاص النوعي يعود للقضاء الإداري حالة نزاع حول تنفيذ الصفقة،وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 284953.[1]

ومن المفيد الإشارة أن المادة800 المذكورة أعلاه قد أهملت التصنيف الجديد لبعض المؤسسات في سياقها إلى جانب الأشخاص المذكورة فيها،كتلك ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وذات الطابع العلمي والثقافي والمهني،التي قد تكون كمصلحة متعاقدة وطرفا في منازعات المقابل المالي أمام المحاكم الإدارية.

الفرع الثالث: الدعاوى المتعلقة بالمقابل المالي في الصفقات العمومية

الدعاوى المتعلقة بالحصول على المقابل المالي في الصفقة هي كثيرة جدا و تكاد أن تطغى على بقية أنواع المنازعات الأخرى[2]،وهي تلك الدعاوى التي يقيمها المتعاقد ضد الإدارة لمطالبتها بالمقابل المالي،لما أوفى به من التزامات تعاقدية تخضع لولاية القضاء الكامل.[3]

أولا/الشروط المطلوبة لدعاوى المقابل المالي في الصفقة العمومية: دعاوى المقابل المالي في الصفقات العمومية هي منازعات حقوقية يمارسها المتعامل المتعاقد بصفته مدعي ضد المصلحة المتعاقد معها بصفتها مدعى عليها،وكسائر الدعوى الإدارية الأخرى تنطبق على دعوى المقابل المالي في الصفقات العمومية الشروط العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقبول الدعوى من صفة ومصلحة وأهلية في المتعامل المتعاقد الطاعن،كما يشترط أن ترفع الدعوى بواسطة عريضة مكتوبة وموقعة من محامي[4]،إضافة لذلك يشترط أن يرفق الطاعن عريضته بنسخة من الوثائق المتعلقة بالصفقة حتى يستطيع القاضي فحص الأسباب المثارة من طرف الطاعن.

---

[1]– بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط 4، منشورات بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع الرويبة، الجزائر، 2013،ص 492.

[2]– عمار بوضياف، (شرح تنظيم الصفقات العمومية)، المرجع السابق،ص 322.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق،ص 306.

[4]– سائح سنقوقة،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الجزء 1، دار الهدى، عين مليلة،الجزائر،2011،ص48.

ثانيا/صور الدعاوى المتعلقة بالمقابل المالي في الصفقات العمومية: تتخذ دعاوى المقابل المالي في الصفقات العمومية عدة أشكال قد يكون أساسها التعويض عن الأضرار استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب أو في إطار ضمان التوازن المالي لصفقة دون خطأ،أو بخطأ حالة حرمان المتعاقد من التسهيلات المالية المقررة في الصفقة أو تأخرها في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المالي لصفقة نذكر منها:

- دعوى دفع مقابل الأشغال في صفقات الأشغال العمومية: وهي الدعوى التي يقيمها المقاول بصفته قام بأشغال لصالح الإدارة في المدة المتفق عليها وفق الشروط،وبعد استلام هذه الأخيرة الأشغال دون أي تحفظ مع مصادقتها على كل وضعية الفواتير المرفقة إلا أنها ترفض أو قد تمتنع عن دفع مبلغ كلفة الأشغال الثابتة بحجة عدم وجود أموال،ومن هنا يتقرر حماية حقوق المتعامل المتعاقد بالتعويض عن مختلف الأضرار عن طريق رفع دعوى مقابل الأشغال.
- دعوى دفع مقابل أشغال الدراسات: الدعوى التي يقيمها المتعاقد مع الإدارة بعد إنجاز كل أشغال الدراسة وكافة الإجراءات التي كلف بها وتسليمه جدول المشروع المنجز لها بحيث تمتنع عن دفع الأتعاب المستحقة ومبلغ الدين أو ترفض ،فلا يجد المتعاقد حلا سوى اللجوء إلى القضاء عن طريق رفع دعوى دفع مقابل أشغال الدراسات.

ويستخلص مما تقدم أن الدعاوى المتعلقة بالمقابل المالي في الصفقة العمومية تصنف ضمن دعاوى القضاء الكامل التي تمارس في إطار المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية لأنها تتعلق بالحقوق الشخصية والمتولدة عن الرابطة التعاقدية .[1]

المطلب الثالث : تطبيقات تسوية نزاعات الحصول على المقابل المالي .

سبقت الإشارة أنه إذا لم يحدث الإتفاق بين طرفي النزاع وحسمه وديا قد كفل المشرع للمتعامل المتعاقد من أجل حصوله على المقابل المالي في الصفقة العمومية

[1]– كلوفي عزالدين ،نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية،دار النشر جيطلي،برج بوعريريج ،2012،ص116

أحقية اللجوء للقضاء الإداري الكامل في جميع المنازعات التي يكون موضوعها الحصول على المقابل المالي بصورة عامة تلك ذات الطابع المالي،وسوف نتطرق لبعض التطبيقات في الفروع الآتية :

الفرع الأول : تطبيقات حول التسوية الودية .

سجلنا في السابق الغموض الذي يكتنف نص المادة 155 من المرسوم الرئاسي 247/15[1]،والإشكالية التي ثارت حول هذا المقام،هي مدى وجوبيه عرض النزاع على لجنة التسوية المختصة في نطاق منازعات الصفقات العمومية وما يندرج تحتها من منازعات المقابل المالي؟، ولحل هذه الإشكالية يستوجب تحديد موقف القضاء منه،ثم محاولة إعطاء نموذج تطبيقي لتقرير حول النزاع .

أولا : موقف القضاء من وجوبية عرص النزاع على لجان التسوية : سوف نتطرق لمعالجة مسألة مدى وجوبية عرض النزاع على اللجان التسوية من خلال تطبيقات القضاء الإداري الجزائري لهذه المسألة مع العلم أن هذه الأخيرة قد خضعت لأنظمة قانونية وقضائية مختلفة منذ الاستقلال وإلى غاية المرحلة الحالية،حيث ذهبت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا في قرار لها،بتاريخ 31 – 12 – 1988،يؤكد وجوب عرض النزاع على اللجنة الإستشارية بقوله:"من المقرر قانونا أنه تشكل في كل وزارة بقرار لجنة إستشارية تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية من عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية وأن الإجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق كل دعوى قصائية ..."[2]

وبالتالي اعتبرت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا الطعن أمام اللجنة الاستشارية إجراء جوهريا يسبق كل دعوى قضائية،ومرجع ذلك المادة 152 من

[1] – أنظر المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ،السابق ذكره،ص 38.

[2] – أنظر القرار رقم 62252 بتاريخ 31-12-1988،الصادر عن المجلس الأعلى،الغرفة الإدارية،المجلة القضائية المحكمة العليا،العدد الثاني،1992،ص 161 .

الأمر 90/67[1]،والمادة275 من قانون الإجراءات المدنية الملغى[2]،اللذان يؤكدان بوجوبية الطعن .

ويجدر التنبيه إلى أن التظلم أصبح جوازي في منازعات الصفقات العمومية،بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وحتى عندما كان التظلم وجوبيا كان يخص الأشغال المنجزة لصالح الإدارة في شكل صفقة عمومية بمعنى الكلمة،وبالتالي فهو لا يعني الأشغال التي تمت لصالح الإدارة بناء على طلبية صادرة عنها،وهذا ما قضي به مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 21 -09-2004.[3]

وبشأن عدم وجوبية التظلم أكد مجلس الدولة في قرار مؤرخ في07-06-2005 هذا التوجه القانوني عندما أجاب عن دفع أثير أمامه بشأن التظلم المسبق في منازعات الصفقات العمومية الذي كانت تفرضه أحكام مرسوم 1991 اذ قال:" حيث أن هذه الأحكام تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250 في 24-07-2002،ويمكن للمتعاقد قبل رفعه الدعوى القضائية تقديم أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية طبقا للمادة 102،ولكنه مجرد طريق إختياري وليس إلزاميا،وأنه ما دام الأمر يتعلق بقاعدة إجرائية فهي ذات تطبيق فوري ،وأن عدم تقديمه أمام اللجنة الاستشارية لا يشكل خرقا لقاعدة جوهرية".[4]

وأما بالنسبة لعدم وجوبية التظلم حاليا في منازعات المقابل المالي في الصفقة العمومية بناءا على نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15[5]،وكذلك بناءا على المادة 830 من القانون 09/08[6]،نصل إلى نتيجة أنه بإمكان المتعامل المتعاقد أن

---

[1]- أنظر المادة 152 من الأمر 67 / 90،السابق ذكره،ص729.

[2]- المادة 275 من الأمر 66 - 154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى) الجريدة الرسمية، رقم 47،ص 602.

3- انظر مجلة مجلس الدولة العدد 7 ، 2005 ص 77.

4- انظر المجلة نفسها ،ص83، 89 .

5- انظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، السابق ذكره.ص37.

6- انظر المادة 830 من القانون 09/08 ،السابق ذكره،ص78.

يتجاوزه ويرفع دعوى أمام القضاء الإداري الكامل،الذي لا يشترط مطلقا التظلم وهذا ما يخرج عن مفهوم إجراءات التسوية الودية.

ثانيا/ نموذج تطبيقي لتقرير حول نزاع: في الواقع العملي وجدنا تقرير حول نزاع متعلق بأحد صور منازعات المقابل المالي تطبيقا لأحكام المادة 104 من المرسوم الرئاسي 15-247[1]،متعلق بالنزاع الذي طرأ عند تنفيذ صفقة بين مديرية التعمير والهندسة المعمارية والبناء لولاية تبسة ممثلة بالسيد والي ولاية تبسة،صاحب المشروع والمتعامل المتعاقد ممثل في مقاولة بسطنجي- تبسة.

وبناء على مواصفات ومضمون النزاع حسب هذا التقرير نجد المتعامل المتعاقد صرح بموجب مراسلة إلى السيد رئيس لجنة التسوية الودية للنزاعات لولاية تبسة،بأنه أثناء تنصيب الورشة والانطلاق في الأشغال تبين لمكتب الدراسات الخاص بالمراقبة التقنية وجود أشغال تكميلية خارج إطار الصفقة يجب تنفيذها قبل انجاز الأشغال المسطرة في بنود الصفقة الأصلية .

وحيث تم انجاز ما تبقى من أشغال التهيئة لحي البلدية- بلدية تبسة -،وتبعا لاقتراح الأسعار الوحدوية المصادق عليها من طرف صاحب المشروع ومكتب الدراسات،واستجابة المتعاقد بتخفيض مدة الإنجاز إلى نصف الأجل،وقيامه بالانجاز وفق المعايير التقنية باشر بطلب الاستلام المؤقت وتحرير ملحق الغلق طبقا للأسعار المتفق عليها،والتي تم رفضها من طرف ممثل صاحب المشروع لان قيمتها تفوق 50%،ومن جانبه صرح صاحب المشروع بأنه رفض ملحق الغلق ولا يمكن عرضه على لجنة الصفقات العمومية وبسبب ذلك،انه من جهة ان نسبة الأشغال التكميلية تقدر ب 36% من مبلغ الصفقة بحيث تم التغيير التام لموصفات الصفقة،ومن جهة أخرى لم يتم تسليم الأمر بإنطلاق الأشغال التكميلية للمتعاقد وكذلك الاستلام المؤقت للمشروع.[2]

[1]- انظر المادة 104من المرسوم الرئاسي 247/15 ،السابق ذكره، ص28.

[2]- انظر الملحق رقم 07.

ومما سبق يتضح أن المتعامل المتعاقد لديه اقتراح أسعار للأشغال التكميلية الممضي من طرف صاحب المشروع مع غياب الأمر بإنطلاق الأشغال التكميلية،وأن صاحب المشروع قد خرق أحكام المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247[1]،لأنه غير مؤهل لقبول أو رفض ملحق الغلق،إذ هو من اختصاص اللجنة الولائية للصفقات وحدها وفق التشكيلة والأطر المرسومة ضمن المادة 173 المذكورة أعلاه.

الفرع الثاني تطبيقات حول التسوية القضائية

تدخل منازعات المقابل المالي في الصفقة العمومية ضمن تصنيف القضاء الكامل والتي تكون موضوعها،إما منازعة تتعلق بقيمة الالتزام المتفق عليه ضمن بنود الصفقة أو جزء منها أو قسط من الأقساط أو يمثل المطالبة بالتعويض عن الأضرار,أو منازعة متعلقة بتحميل فارق الأسعار،وبصورة عامة جميع المنازعات ذات الطبيعة المالية وهي كثيرة جدا سنحاول إعطاء بعض التطبيقات لها من خلال مايلي :

أولا/تطبيق للامتناع عن الدفع المستوجب التعويض :قرار المحكمة العليا ملف رقم 124356 بتاريخ 06-07-1997[2]،الذي أكد هذا المبدأ،أي الامتناع عن الدفع بقوله:

"ولما كان ثابتا قضية الحال أن الأمر يتعلق بدين نقدي مستحق الأداء،والذي يمثل انجاز مشروع من طرف صاحب الأشغال،فالامتناع عن الدفع تعسفا من طرف والي ولاية تيزي وزو،ويجعل طلب التعويض مؤسسا. وبما أن قضاة المجلس لما قضوا بدفع مبلغ التعويض المستحق من طرف والي ولاية تيزي وزو مقابل انجاز المشروع، فإنهم بقضائهم كما فعلو طبقوا القانون الصحيح مما يستوجب تأييد القرار".

ثانيا/ تطبيق لدفع المبلغ المتبقي الوارد في الحساب العام والنهائي :قرار مجلس الدولة الغرفة الأولى الملف رقم 008072 بتاريخ 15-04-2003،قضية مقاولة الأشغال

[1]- انظر المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق ذكره،ص 41.

[2]- أنظر القرار رقم 124356 بتاريخ 6-07-1997 الصادر عن المحكمة العليا ،الغرفة الإدارية ،المجلة القضائية المحكمة العليا ،العدد الأول، 1998،ص 179.

العمومية (ل،م) ضد بلدية تنس[1]،ذهب يؤكد مبدأ دفع المبلغ المتبقي الوارد في الحساب العام والنهائي بقوله: "حيث أن الحساب العام والنهائي هو الحساب الأخير لتحديد المبلغ الإجمالي للصفقة،وأنه يلخص مجمل الأشغال المنجزة والتغييرات في الأسعار ويظهر مقارنة مع مبلغ الحسابات المؤقتة الرصيد المتبقي لصاحب الصفقة،وأنه يستخلص من الحساب العام والنهائي المؤرخ في 29-12-1997 الموقع عليه من طرف صاحب المشروع والمؤسسة المستأنفة، بأن المبلغ المتبقي للدفع هو 513.162.32 دج، ولا يمكن للمؤسسة المستأنفة المطالبة سوى بتسديد هذا المبلغ، وأن قضاة الدرجة الأولى وبفصلهم على ذلك النحو فإنهم لم يقوموا سوى بتطبيق القانون ومنه يتعين تأييد القرار المستأنف".

ثالثا/ تطبيق لسقوط المقابل المالي بالتقادم :قرار مجلس الدولة الغرفة الأولى ملف رقم 013565 فهرس رقم 83 بتاريخ 20-01-2004 قضى بسقوط مقابل او دين مالي بالتقادم حيث أكد هذا المبدأ بالقول:" حيث انه يستخلص من مستندات ووثائق مودعة في الملف بأن بلدية باتنة طالبت بموجب طلبية رقم 137-90 من المؤسسة المستأنفة انجاز تهيئة 32 قسما و40 شقة بحي 742 مسكن بباتنة، مؤرخة في 22-07-1990،بمبلغ 50.144.249 دج، وإنه منذ تاريخ إنجاز الأشغال وتقديم الفاتورة وتاريخ رفعها دعوى أمام الجهة القضائية الدرجة الأولى انقضت أكثر من10 سنوات،وأن قضاة الدرجة الأولى ولأنهم فصلوا على ذلك النحو جاء قرارهم منعدم للقاعدة القانونية،ومنه يتعين إلغاء القرار المستأنف وفصله من جديد برفض دعوى المؤسسة المستأنف عليها لتقادم دينها".[2]

[1]- انظر القرار رقم 8072 بتاريخ 15-04-2003،الصادر عن مجلس الدولة،الغرفة الأولى،مجلة مجلس الدولة،العدد 08،2006،ص 171.

[2]- أنظر القرار رقم 13565 بتاريخ 20-01-2004 ،الصادر عن مجلس الدولة،الغرفة الأولى،العدد 8 ،2006 ص181.

مما سبق استعراضه في هذا الفصل الثاني من هذه الدراسة نخلص إلى أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 قد حرص على ضبط آليات لتسوية مالية الصفقة العمومية،والمتمثلة إما في التسديد في صورة أقساط عن طريق دفع التنسيق والدفع على الحساب،إلى جانب تسديد المقابل النهائي الذي يطلق عليه التسوية على رصيد الحساب .

ولقد عمد المشرع الجزائري أيضا ضمن المرسوم الرئاسي 247/15 إلى تقنيين النظريات،المتمثلة في نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة المتعلقة بإعادة التوازن المالي،وهذا حينما توجه المتعاقد أثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة،بات من حقه المطالبة بإعادة التوازن المالي حسب الحالة على ضوء هذه النظريات التي هي في أصلها ذات منشأ قضائي،وحتى لا تتعطل المشاريع العمومية ويتمكن الأطراف حالة نزاع متعلق بالمقابل المالي في الصفقة وإيجاد حل يناسبهم،تبنى المشرع الجزائري آليات لتسوية النزاعات الحصول على المقابل المالي والمتمثلة في التسوية الودية قبل كل مقاضاة أمام العدالة، وفي حال فشل التسوية الودية يمكن للمتعاقد مع الإدارة اللجوء للتسوية القضائية أمام القضاء الإداري المتمثل في المحاكم الإدارية التي يؤول لها النظر في منازعات المقابل المالي باعتبارها من دعاوى القضاء الكامل .