

جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



حقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة العمومية
في ظل المرسوم الرئاسي 247/15

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي
في مسار الحقوق تخصص: قانون إداري

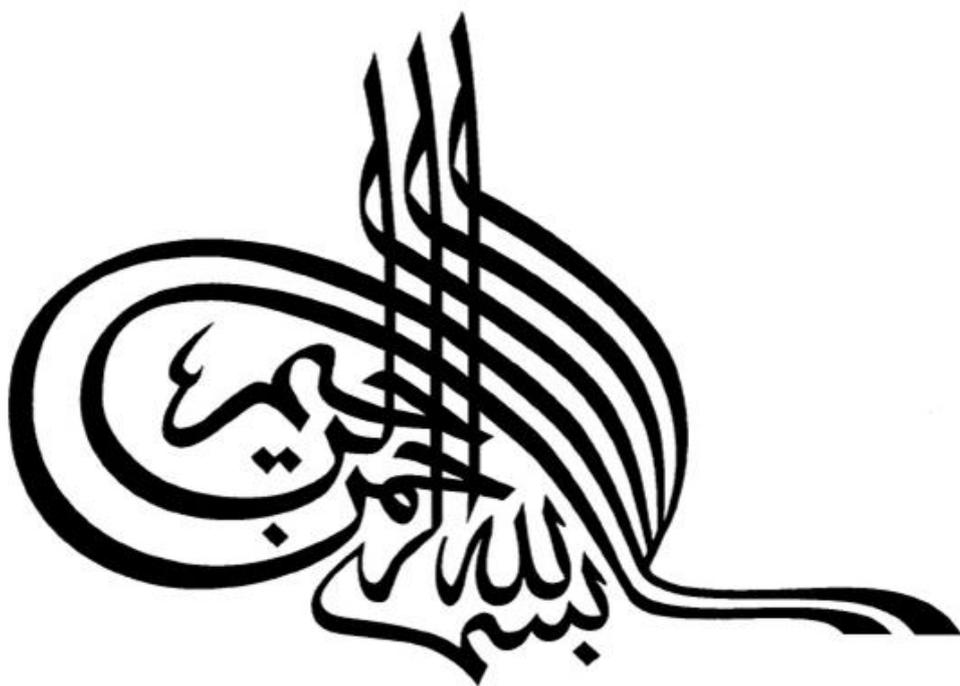
إشراف الأستاذ:
- عمر نسييل

إعداد الطالب:
- بوحفص بوعلام

أعضاء لجنة المناقشة

الرقم	إسم ولقب الأستاذ	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
01	عزوز لغلام	أستاذ مساعد "أ"	غرداية	رئيسا
02	عمر نسييل	أستاذ مساعد "أ"	غرداية	مشرفا ومقررا
03	أنور خنان	أستاذ مساعد "أ"	غرداية	مناقشا

السنة الجامعية : 1437هـ-1438هـ/2016م - 2017م



باسم الله الرحمن الرحيم

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ .
صدق الله العظيم ﴿النساء الآية 58﴾

قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ اللَّهَ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّعُوهَا، وَحَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا، وَحَرَّمَ أَشْيَاءَ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا، وَسَكَتَ عَنْ أَشْيَاءَ رَحْمَةً لَكُمْ غَيْرَ نَسْيَانٍ فَلَا تَبْحَثُوا عَنْهَا".

حديث حسن، رواه الدار قطني وغيره.

سيأتي يوم يسود فيه القانون

..... لا ينبغي أن يتم المرء موضوعا

إتماما كاملا، مما لا يدع للقارئ شيئا يفعله

فليست

الغاية أن تجعل الآخرين يقرؤون، بل أن تجعلهم

يفكرون.....

كتاب روح القانون

مونتسكيو (1689 - 1755)

شكر وعرافان

الحمد لله وحده على توفيقى في إتمام هذا العمل... أما بعد

اليوم أقف على أعتاب مرحلة أخرى من دراستي،

إلى جميع معلميَّ وأساتذتي أينما كانوا وحيثما وُجدوا

فهم رسل الفكر والعلم، وقمة البذل والعطاء في كل زمان ومكان

فلهم جزيل الشكر والتقدير على دوام النصح وسعة البال

كما أحص بالشكر الجزيل الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة

خاصة أستاذي الكريم الذي نالني منه شرف التدريس مع أول ما وطئت قدمي الجامعة

وحالفني منه حظ الإشراف على هذه المذكرة الأستاذ " عمر نسييل "

ولا أنس كذلك طالب الدكتوراه " قدور شرع "

فلقد كانا نعم الناصحين والمرشدين والموجهين

كما أتقدم بالشكر والرفان إلى جميع من ساعدني في هذا العمل، وكل موظفي الجامعة دون استثناء.

بوحفص بن موسى بوعلام

إهداء

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم ننهل منه مهما كانت الأعمار

إلى من كانا سببا في وجودي والدي أطل الله في عمره ووالدتي رحمة الله عليها

وإلى أسرتي الصغيرة خاصة زوجتي ورفيقة دربي التي كانت لي سنداً وعونا في مختلف الظروف وإلى بناتي

فاطمة الزهراء وأروى وندى والصغير موسى عبد الهادي

إلى إخوتي وأخواتي بدون استثناء وإلى روح أختي الذي غيبتها الموت عنا أم الخير

إلى جميع أقاربي الذين لم يتوانوا على دعمي ولو بكلمة طيبة

إلى من كان لي دعماً في مسيرتي ومشواري الجامعي من الأساتذة الأفاضل لقسم الحقوق والزملاء في

العمل والطلبة من أجل إتمام هذا العمل.

إلى كل هؤلاء أتقدم بهذا

الجهود المتواضع

قائمة المختصرات

- ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ج.ر : الجريدة الرسمية.
- د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.
- ب.ب.ن : بدون بلد النشر.
- ب.ت.ن : بدون تاريخ النشر.
- ب.ط : بدون طبعة.
- ج : الجزء.
- ط : الطبعة.
- ص : الصفحة.

ملخص

تتصرف الإدارة العامة مثل أشخاص القانون الخاص (معنويين أو طبيعيين) لكن وفق المفهوم العضوي، فهي تتعاقد معهم بواسطة عقد إداري يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، الذي يعرف بالوضوح والبساطة لدى الأشخاص؛ عند وجود نزاع بين الإدارة صاحبة المصلحة وامتيازات السلطة العامة، و بين المتعامل المتعاقد المنفذ للالتزام.

وينجر عن هذا التعاقد الإداري بين هذين الطرفين حقوقا يجب أن تستوفي للمتعامل المتعاقد منذ الإعلان عن بداية المنافسة، مروراً بإبرام العقد الإداري إلى غاية تنفيذه على أرض الواقع، مما يتطلب على المصلحة المتعاقدة الوفاء بها كلياً أو جزئياً حسب ما نص عليه القانون المنظم لهذا التعاقد الإداري في ظل المرسوم الحالي للصفقات العمومية، مثل الحق في المقابل المالي كالثمن والرسم، أو الحق في التعويض نتيجة أخطار قد تواجهه أثناء تنفيذ الإلتزامات بإرادة الإدارة أو حتى خارجة عن إرادتها، أو حتى التعويض عن أعمال إضافية حتمت الضرورة وجودها والتي قد تخل بالتوازن المالي للعقد أو ترهق كاهل المتعامل مالياً، وقد تصل إلى حد الخسارة أو الإفلاس، مما يترتب على المصلحة المتعاقدة اعتماد طريقة التعويض المناسبة قانوناً أو إعادة التوازن المالي في حالة وجود تلك الأعمال الإضافية، حتى يتمكن من الإستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية وتسيير المرفق العام باضطراد خدمة وارتقاء بالمصلحة العامة.

الكلمات المفتاحية:

المتعامل المتعاقد - المصلحة المتعاقدة - الصفقة العمومية - المقابل المالي - الإخلال بالتوازن المالي - إعادة التوازن المالي - الأعمال الإضافية - تنفيذ التزاماته التعاقدية - التعويض.

Résumé

Le fonctionnement de l'administration publique est similaire à celui des personnes en droit privé (personne morale ou physique), mais suivant la notion organique, l'administration s'engage avec eux sous des contrats administratifs portant des termes et des conditions inhabituelle à celle existante en droit privé, qui se caractérisé par la simplicité et évidence envers les personnes en cas de litige entre l'administration ou le service contractant et le cocontractant.

Des obligations seront à la charge de service contractant envers le cocontractant qui prennent leurs effet dès la signature de la convention jusqu'à la réalisation du marché sur le terrain, des alors, le service contractant doit honorer entièrement ou partiellement ses obligations suivant ce qu'il a été stipulé dans la loi régisse sur les marchés publiques, tel que le droit à une rémunération en contrepartie de service fourni, ou à une indemnisation de risque durant l'exécution des obligation contractuelle que soit des travaux directement ou indirectement lie au contact, ainsi une indemnisation aux travaux supplémentaires imposé la nécessité de service et qui pourraient déstabiliser le volet budgétaire du contrat et peser financement sur le cocontractant, qui éventuellement peut se trouver des situation de perte ou de faillite, ce qui nécessité au service contactant d'adopter un méthode de compensation adéquate légalement et de trouver un équilibre financier en cas des travaux supplémentaires qui permet au cocontractant de continuer à honorer ses obligations dans les meilleures dispositions possible et de promouvoir le service public.

Les mots clés :

Le cocontractant – Service contractant – Les marchés publiques – Un équilibre financier – Le volet budgétaire – Un peser financement – Des travaux supplémentaires – Honorer ses obligations – La compensation.

مقدمة

للدولة وظائف عديدة؛ من حارسة إلى متدخلة من أجل تلبية طلبات شؤون العامة وذلك حسب كل فترة من الزمن تمر بها. فالجزائر مثلها من الدول تسعى لتلبية هذه الحاجات العامة وهذا لا يتأتى إلا بتكييف النظام القانوني الذي تديره على نهجه ولو كان هناك اختلاف بين الأنظمة القانونية المتبعة عامة أو خاصة.

جاء في القانون المدني الجزائري أن العقد شريعة المتعاقدين، حيث يذهب هذا المفهوم أن التصرفات القانونية التي يقوم بها طرفا العقد، هما من أشخاص القانون الخاص طبيعيين أو معنويين، ذلك أن الأهداف المرجوة من هذا الأمر هو الربح أو تجنب الخسارة إن كان كذلك.

لكن لما يكن أحد أطراف العقد أشخاص معنوية عامة، وهذا غير المبدأ السابق وذلك أمر آخر، لأن هذه الأشخاص يحكمها القانون العام الذي يتألف من قواعد قانونية تنظم العلاقات فيما بينها، وفيما بينها وبين أشخاص القانون الخاص عندما تتصرف كسلطة عامة مما منحها القانون من امتيازات السلطة العامة.

وفي هذا الصدد، يتبين أن الإدارة العامة تسعى دوما إلى تحقيق المصلحة العامة وأثناء قيامها لتحقيق هذا الهدف فهي تبرم عقودا إدارية - نصت عليها القوانين والتنظيمات - مع أشخاص القانون الخاص ولكن وفق شروط غير مألوفة تملئها الطبيعة القانونية لهذه العقود تنفيذا لمتطلبات المرفق العام من حيث التسيير وتلبية الإحتياجات الضرورية للجمهور.

إن الآثار الناجمة عن التعاقد الإداري قد تسبب أضرار ومخاطر تعاقدية للمتعاقد فتوجب له المطالبة بالتعويض وفق بنود تضمنها العقد، أو وفق ما نصت عليه التشريعات والتنظيمات المعمول بها.

نظم المشرع الجزائري نظام العقود الإدارية منذ الإستقلال، وعرف تطورا كبيرا على الساحة الوطنية والدولية، ونظرا للمتغيرات السياسية والإقتصادية وآثارها الإجتماعية، صدر الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، تلاه المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي.

وعلى إثر التحول الإقتصادي الذي عرفته الجزائر في مطلع التسعينات بتخليها عن نظام الإقتصاد الموجه وتبنيها لنظام اقتصاد السوق، استلزم الأمر إعادة النظر في نظام الصفقات فصدر المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09/11/1991 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ونظرا للنقائص التي ظهرت في هذا المرسوم بعد عشرة سنوات من العمل به من جهة، وتماشيا مع التطور الإقتصادي الحاصل في مختلف الفترات والقائمة على فتح المجال أمام المتعاملين الإقتصاديين سواء الوطنيين أو الأجانب للإسهام في بناء الإقتصاد الوطني، من جهة أخرى صدر المرسوم رقم 250/02 المؤرخ

في 2002/06/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 2003/09/11 الذي ألغى المرسوم 434/91 وجاء لتكريس مبادئ المساواة والشفافية في إبرام الصفقات، إذ يحتوي على 153 مادة تشتمل على مجمل الإجراءات الواجب اتباعها في إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية. ثم ظهر المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 2011/03/01 ، ثم جاء آخر تعديل لقانون الصفقات العمومية 23/12 المؤرخ في 2012/01/18 والذي جاء بشكل أوسع وأعمق لتكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية، مثل مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ومبدأ المساواة في معاملة المترشحين ومبدأ شفافية الصفقة. وعلى إثر المصادقة على الإتفاقية العربية للوقاية من الفساد ومكافحته بتاريخ 2010/12/21 ، والصادرة بموجب مرسوم رئاسي رقم 249/14 المؤرخ في 2014/09/08 الجريدة الرسمية رقم 54 بتاريخ 2014/09/21 التي عززت في مادتها الثانية المبادئ المذكورة.

وعلى إثر هذه التعديلات، أصدر المشرع الجزائري المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي جاء بتغييرات بالنظر لما كان قائما في القانون 236/10 الملغى.

إن اختيارنا لموضوع حقوق التعامل المتعاقد مع الإدارة العمومية هو تبيان وتوضيح الحقوق والنصوص القانونية التي تضمن له الإطار القانوني من أجل تنفيذ التزاماته التعاقدية .

- أسباب ذاتية تتمثل في الرغبة في بحث الموضوع، ومما يعاينيه بعض المتعاملين كهضم لحقوقهم، لذلك لا بد من إبراز قناعتنا بسيادة القانون وإيضاحه في جميع مراحل الصفقة.
- أما الأسباب الموضوعية فتظهر في المعاناة التي يواجهها المتعامل بتأثير ظروف إدارية أو خارجية عن إرادة المصلحة المتعاقدة التي ما فتئت تستعملها كإجراءات تعسفية شخصية (بواسطة أعوانها) أو بمناسبة العمل الإداري، وعلاقة السلطة العامة - الإدارة العامة- بالأفراد من خلال أعمالها ونشاطها باعتبارها في علاقة ملتزم بينودها . غير أن هذه العلاقة قد تسبب أضرارا ومخاطر تلحق الأفراد مما تمكنهم من المطالبة بالتعويض في ظل التداخل بين نظامين قانونيين مختلفين عام آخر خاص، وإن دفعت بالسلطة العامة بعدم مسؤوليتها وفق ما جاء في بنود العقد أو وفق القوانين والتشريعات، وإذا تطلب الأمر حتى الإعتماد على الإجتهدات الفقهية والقضائية ليتمكن المتعامل من التعويض عن الأضرار التي لحقت.

إن الآثار المترتبة عن التعاقد الإداري ذو أهمية بالغة، ذلك أن الإدارة العامة تستفيد من المرافق العامة من أجل سد

الطلبات وتلبية الحاجات المتجددة باستمرار للجمهور.

حتى تتمكن الإدارة العامة من المضي قدما في تنفيذ استراتيجيتها، فهي تسند مهامها وانشطتها إلى متعاملين أو متعهدين في إطار التعاقد معها بالرغم من ان الطرفين ينتميان إلى نظامين مختلفين، ويطغى عليها سلطان الإرادة من جانب المصلحة المتعاقدة، فتملي عليها شروطه وفق آليات قانونية حددها المشرع في تنظيم الصفقة العمومية وتفويضات المرفق العام. فبهذه المناسبة تسمح للمتعامل في تنفيذ المشاريع ذات تكاليف باهضة وتسيير مرافق عامة تساهم في تحريك عجلة الإقتصاد الوطني في مجال الإستثمار بصفة فردية او بمساعدة شريك أجنبي مما يتيح له اكتساب الخبرة والتجربة تقنيا وفتيا، مما تدر عليه ربحا وإنتاجا ذا نوعية تماشى ومتطلبات السرعة والدقة والترشيد في النفقات.

تهدف الدراسة في مجال حقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة العمومية من خلال:

- تبيان الضمانات اللازمة للمتعامل من حيث إجراءات التعاقد التي تمكنه من العقد الإداري، إضافة إلى الحقوق المالية المتوخات منه.
- مطالبة المصلحة المتعاقدة بالحق في التعويض عن المخاطر التعاقدية، والبحث عن المبررات القانونية للتعويض عن الأضرار الإرادية واللاإرادية للمصلحة التي يتوجب العمل بها والتي قد تؤثر أو تخل بمضمون العقد في بنوده .
- الواجبات المترتبة على الإدارة العامة التي يجب توفيرها للمتعامل، وتجنيد أي تعسف يمس بحقه في المشاركة في التعاقد خلال جميع مراحل إبرام العقد الإداري موضوع الصفقة مما تملكه من امتيازات السلطة العامة.

تمثلت الدراسات السابقة من خلال مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، من إعداد الطالب محمد بوكراشوش، بعنوان متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2011 – 2012. ومذكرة مقدمة لاستكمال نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق بعنوان حقوق المتعامل المتعاقد في ظل قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، من إعداد الطالبة كنزة لطيف، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2014/2015. وكذلك مذكرة مقدمة لاستكمال نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق بعنوان المخاطر التعاقدية في القانون الإداري، من إعداد الطالب محمد رضا شقراني، كلية الحقوق، جامعة غرداية، الموسم الجامعي 2014/2015.

ومسايرة للوضع الإقتصادي الحالي، أعاد المشرع الجزائري تكيف الطلبات الوطنية في تنظيم جديد للصفقات العمومية حيث منح أهمية بالغة في إطار تفويضات المرفق العام.

وما لوحظ من جديد في هذا المرسوم احتوائه على 220 مادة بإضافة 39 مادة مع التغييرات عن القانون السابق، وكلها مواد جاءت لتسهيل بعض الأمور و الإستعجال في انطلاق المشاريع من أجل توفير الطلبات عبر أسلوب تفويض المرفق العام التي تمنحه الإدارة المركزية أو المحلية...، وهذا كله حتى تساهم المؤسسات والمتعاملين الإقتصاديين خاصة الخواص في مسيرة التنمية والتطوير للنهوض بالإقتصاد الوطني من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 عبر ضمان حقوق هؤلاء المتعاملين.

نظرا لارتباط التعاقد الإداري بموضوع الصفقات العمومية، والذي يشهد تطورات كبيرة متعلقة بالظروف الدولية والداخلية التي تمر بها الجزائر لزم مواكبة القوانين والتنظيمات لمجال الصفقات العمومية والعقود الإدارية خاصة والمتمثلة في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ولأن الموضوع متخصص يحتاج إلى الدقة، فقد واجهتني عدد من الصعوبات من بينها:

- قلة المراجع المتخصصة والمهينة وفق التنظيم الحالي للصفقات العمومية، بل ندرتها والتي تناولته شرحا تفصيلا نظرا لبداية سريان العمل به.

- وما وجد من كتب وموضوعات تحتاج إلى تفصيل أكثر وتدقيق رغم تشعب الموضوع في مجال حقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة العمومية.

تسعى الإدارة دوما لتحقيق المصلحة العامة ، ومما لاشك فيه، أنها من أجل تحقيق هذه الغاية تستعمل وسائل منها ما تعلق بالتسيير كالوظيفة العمومية، وأخرى ما تعلق بالجانب المادي كالأملك العمومية والأموال العامة، حيث تحرص الإدارة بقدر الإمكان على ضمان النجاعة والفعالية للوصول إلى هدفها المرجو بواسطة العقود التي تبرمها مع المتعاملين.

إن الإدارة وهي تقوم بهذا التصرف قد يمس أو يؤثر في بعض الحالات على حقوق المتعامل معها، وعلى ضوء هذا التقديم نطرح الإشكالية التالية:

- ماهي حقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 ؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية إشكاليات فرعية:

- ماهي واجبات الإدارة العامة تجاه إبرام العقد الإداري ؟

- ماهو الأساس القانوني لتمكين المتعامل من العقد الإداري ؟

واعتمدنا لمعالجة موضوعنا على:

- المنهج الوصفي في الفصل التمهيدي الذي نتناول فيه مفهوم الإدارة العمومية والعقود الإدارية من خلال المنظور القانوني والفقهني والقضائي وإبراز العلاقة بين القانون العام والخاص.
- أما المنهج التحليلي فتجسد في تحليل النصوص القانونية لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بالتعليل والتفسير بالاعتماد على اجتهادات الفقه والقضاء الجزائري والمقارن والذي تضمنها كل من الفصلين الأول والثاني، ونسعى من هذا إلى تحقيق الأهمية العلمية والعملية لكونه تنظيم إجرائي عملي.

ولالإجابة على إشكالية الموضوع فقد تم تقسيم الموضوع من خلال خطة عامة تتكون من فصل تمهيدي وفصلين

موضحة كالآتي:

- الفصل التمهيدي تناولنا فيه الإطار المفاهيمي للإدارة العممة والعقود التي تبرمها، تناولنا فيه مبحثين، فالمبحث الأول ماهية الإدارة العامة، أما المبحث الثاني العقود الإدارية.
- أما الفصل الأول فتناولنا فيه ضمانات حقوق المتعامل المتعاقد ضمن المرسوم الرئاسي 247/15 والذي قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول حقوق المتعامل ضمن إجراءات إبرام الصفقات العمومية، أما المبحث الثاني الحقوق المالية للمتعامل المتعاقد.
- أما الفصل الثاني فتناولنا فيه الحق في التعويض عن المخاطر التعاقدية، من خلال مبحثين، فالمبحث الأول المخاطر التعاقدية التي تواجه المتعامل المتعاقد، أما المبحث الثاني مبررات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري .

الفصل التمهيدي

الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي للإدارة العامة والعقود التي تبرمها

يقصد بالإدارة العامة جميع العمليات أو النشاطات الحكومية التي تهدف إلى تنفيذ السياسة العامة للدولة، فهي موضوع متخصص من الموضوع الأكثر شمولاً وهو الإدارة. والإدارة هي تنفيذ الأعمال باستخدام الجهود البشرية والوسائل المادية استخداماً يعتمد التخطيط والتنظيم والتوجيه، وفق منظومة موحدة تستخدم الرقابة والتغذية الراجعة في تصحيح مساراتها، وترمي إلى تحقيق الأهداف بكفاية وفعاليتين عاليتين. وحين تتعلق هذه الأعمال بتنفيذ السياسة العامة للدولة تسمى الإدارة إدارة العامة.⁽¹⁾

تلجأ الإدارة العمومية لتحقيق أهدافها المتمثلة أساساً في إشباع الحاجات العامة إلى عدة وسائل تتيحها لها القوانين والتنظيمات، لذلك فهي تعتمد في مباشرة وظائفها على أساليب مختلفة في طبيعتها ووصفها للقانون، فقد تكون هذه الأخيرة أعمالاً مادية أو تصرفات قانونية بحيث تستأثر في تحقيق النفع العام بامتيازات ووسائل لا مقابل لها في نطاق القانون الخاص.

والعمال القانونية التي تصدر عن الإدارة العمومية إما أن تكون بحد ذاتها في شكل أعمال انفرادية مثل القرارات الإدارية أو في صورة أعمال تعاقدية، هذه الأخيرة أصبحت تحتل اليوم مكانة هامة في سلم النشاط الإداري بوجه عام بالنظر إلى ما توفره من فرص وامتيازات لا نظير لها، لكونها الوسيلة الطبيعية في سبيل إنجاز أهداف الإدارة وتنفيذ مشاريعها. ولهذا سنتطرق ماهية الإدارة العامة من خلال المبحث الأول، والعقود الإدارية من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية الإدارة العامة

لقد تطور مفهوم الإدارة العامة وبتقدم المجتمعات وتطور وظيفة الدولة الحديثة؛ تحقق هذا الأخير بتأثير عوامل متعددة سياسية واقتصادية ومتطلبات هذا التقدم الاقتصادي والأزمات التي تواجهها.

ويتجلى هذا التطور على الصعيد الإداري بوجود القانون الإداري كفرع من فروع القانون العام يهتم بالقواعد التي تحكم الإدارة العام من حيث تنظيمها مركزية أو لامركزية أو كملت إليها السلطة السياسية ووظيفة تلبية الحاجات العامة وفق أساليب السلطة العامة والمرفق العام، فاختلف الفقه والقضاء على مفهوم الإدارة العامة، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، وتنظيمها في المطلب الثاني.

¹ - محمد الحسين، مفهوم الإدارة العامة، الموسوعة العربية، MIS AcademicAffairs، على الرابط الإلكتروني:

<https://misaa.wordpress.com/2008/05/29/public-administration-concept/>، بتاريخ 2017/02/27، على الساعة

المطلب الأول: مفهوم الإدارة العامة

لا يختلف اثنان أن الإدارة العامة انبثقت عن علم الإدارة، لذلك تعددت تعاريفها ومفاهيمها باختلاف الظروف البيئية والايديولوجية السائدة في كل مجتمع، إضافة إلى اختلاف نظرة المفكرين والفقهاء والقضاء، وكذا تطور مفهوم الدولة ووظائفها تختلف باختلاف التصور عن دور الإدارة العامة في مجتمعهم، فمنهم من يسنده إلى المفهوم العضوي كفرع أول، ومنهم من يسنده إلى المفهوم الموضوعي كفرع ثاني.

الفرع الأول: المفهوم العضوي للإدارة العامة

الإدارة هي الجهاز التنفيذي المكلف بتطبيق قوانين الدولة وتقديم الخدمات الضرورية للمواطنين، وذلك في إطار القوانين المرسومة والأهداف التي وضعتها القادة السياسية في خططها السياسية و الاقتصادية والاجتماعية. أما فايول فيعرفها: " يقصد بالإدارة التنبؤ والتخطيط والتنظيم وإصدار الأوامر والتنسيق والرقابة"⁽¹⁾. ويقول يسترديكر " الإدارة عبارة عن عضو اقتصادي في مجتمع صناعي"⁽²⁾.

كما يقصد بالمفهوم العضوي للإدارة هي مجموعة المنظمات والأجهزة الإدارية الموجودة في الدولة والتي تقوم بتحقيق تدخل الدولة الحديثة في حياة الأفراد اليومية. وبموجب المعيار العضوي تتحدد طبيعة العمل الإداري بالجهة التي صدر عنها العمل، فيكون العمل إداريا إذا صدر عن جهة إدارية⁽³⁾، مثل: وزارة، ولاية، بلدية، مؤسسة عامة... الخ.⁽⁴⁾

إن الإدارة العامة بالدولة هي مجموعة الأشخاص المعنوية العامة (دولة، ولايات، بلديات، مؤسسات عامة)، وإذا كانت هناك أجهزة وهيئات إدارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية (الدائرة مثلا)، فإنها تكون دائما مرتبطة بإحدى الأشخاص المعنوية العامة.

كما تعتبر السند القانوني لتوزيع الوظيفة الإدارية مع إعطاء بعض الأجهزة الاستقلال القانوني حتى تتمكن من القيام بنشاطها بما يترتب عن ذلك من حقوق ومن التزامات والتحمل بالمسؤولية.⁽⁵⁾

¹- عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الإدارة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 15 إلى 18.

²- علي عباسي، أساسيات علم الإدارة، دار المسيرة، ط3، الأردن، 2008، ص 15.

³- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 54 - 55.

⁴- قصير مزياني فريدة، القانون الإداري، مطبعة سخري، ط1، الوادي، 2011، ج1، ص 72.

⁵- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم - النشاط)، دار العلوم، عنابة، 2004، ص 33 - 34.

وينقسم الشخص المعنوي إلى شخص معنوي عام وشخص معنوي خاص، فالشخص المعنوي العام، ينقسم بدوره إلى شخص معنوي عام إقليمي وشخص معنوي عام مرفقي حيث تنص المادة 16 من الدستور⁽¹⁾ على ما يلي:

"- الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية.

- البلدية هي الجماعة القاعدية."

وتنص المادة 49 من القانون المدني:⁽²⁾

الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة، الولاية، البلدية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- الجمعيات والمؤسسات،

- الوقف،

- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية."

الفرع الثاني: المفهوم الموضوعي للإدارة العامة

يعرف الدكتور هاني على الطهراوي الإدارة العامة بأنها تعني "كل جهد أو نشاط جماعي داخل المنظمات العامة يتصل بإتمام أو تنفيذ الأعمال بواسطة الموظفين عن طريق تخطيط وتنظيم وتنسيق ورقابة مجهوداتهم وتصرفاتهم من جانب، واستخدام الامكانيات المادية على الوجه الأمثل في جانب آخر، قاصدة بذلك اشباع الحاجات العامة على مقتضى أحكام الدستور والقوانين"⁽³⁾.

كما يقصد به النشاط أو العمل الذي تقوم به الأجهزة الإدارية في الدولة والتي سبقت الإشارة إليها لإشباع الحاجات العامة للأفراد بقدر ما تتمتع به من امتيازات وسلطات⁽⁴⁾.

¹ - القانون 16 / 01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن المبادرة في مشروع تعديل الدستور، ج ر رقم 14، مؤرخة في 7 مارس 2016، ص 8.

² - الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر رقم 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون 10 / 05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر رقم 44، مؤرخة في 26 جوان 2005، ص 21 .

³ - فريجة حسين، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة)، د م ج، ط2، الجزائر، 2010، ص 57.

⁴ - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 57.

وعرف الفقيه "جورج فيل" الإدارة بأنها "استخدام السلطة العامة بواسطة السلطة التنفيذية، ويشمل معيار نشاط السلطة التنفيذية منصبا على تنفيذ القوانين مع استخدام أساليب القانون العام".⁽¹⁾

ويتجسد نشاط الادارة في القيام بأعمال إدارية متعددة والتي تعرف بأنها "كل عمل قانوني أو مادي يصدر من عضو أو أكثر من أعضاء السلطة الادارية أو من عامل أو أكثر من عمال هذه السلطة في مباشرة الوظيفة الإدارية".

إن الإدارة وهي بصدد مباشرة الوظيفة الإدارية في تسيير المرافق العامة إضافة لممارسة أعمال مادية فإنها تقوم بتصرفات قانونية تتجه فيها هذه الأخيرة إلى تحقيق أثرا قانونيا معيناً⁽²⁾، حيث يمكن تقسيم هذه الأعمال الإدارية القانونية إلى نوعين: أعمال إدارية انفرادية وأعمال إدارية اتفافية.

1- أعمال إدارية انفرادية (القرارات الإدارية):

ويطلق عليها تصرفات بالإرادة المنفردة للإدارة وهي تصرفات تصدر عن إرادة الإدارة المنفردة دون أية مشاركة من الغير يشمل هذا القسم على القرارات الإدارية الفردية والقرارات اللائحية تشكل في مجموعها الأعمال المشروعة للإدارة⁽³⁾، ويمارس فيها مظاهر وامتيازات السلطة⁽⁴⁾.

وتعتبر القرارات الإدارية من أهم وسائل الإدارة في مباشرة وظيفتها و مظهرها من أخطر مظاهر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها، التي ترجح كفتها على كفة الأفراد مردة ذلك كونها تستهدف الصالح العام. ومن أجل ذلك كان لزاما أن يكون للقرار الإداري أركانا أساسية يقوم عليها، كما أن له أنواع مختلفة، وميعادا لنفاذه ونهايته، ولأنه عمل قانوني فهو عمل يترتب آثارا قانونية ويخلق دائما حقوقا وواجبات، ويغير النظام القانوني القائم.⁽⁵⁾ فإن للقرارات الإدارية أنواع:

- القرارات الإدارية من حيث التكوين: وهي قرارات بسيطة وقرارات مركبة، فالقرارات البسيطة تصدر بصفة مستقلة⁽⁶⁾ مستقلة⁽⁶⁾ وتكون قائمة بذاتها وغير مرتبطة بعمل قانوني آخر أو داخلية في التكوين، وأما القرارات المركبة فالتى تدخل في تكوين عمل إداري مركب أي تصاحب أعمال إدارية أخرى، غير أن أهم ما يثار في هذا الشأن هو

¹ - فريجة حسين، مرجع سابق، ص 86.

² - حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 14.

³ - ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، ط1، سطيف، الجزائر، 2011، ص ص 179 - 180.

⁴ - مثل: إصدار القرارات الإدارية، التنفيذ الجبري، نوع الملكية للمنظمة العامة، قصير مزياي فريدة، مرجع سابق، ص 74.

⁵ - ناصر لباد، مرجع سابق، ص 180.

⁶ - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، عين مليلة، 2010، ج2، ص124، وعمار عوابدي، القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون

الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 93.

مدى جواز الطعن على القرار الإداري الذي يدخل في تكوين عمل إداري مركب حيث إستقر كل من مجلس الدولة المصري والفرنسي قبول الطعن عن تلك القرارات إستقلالاً.⁽¹⁾

- القرارات الإدارية من حيث خضوعها لرقابة القضاء: إن الأصل هو خضوع القرارات الإدارية لرقابة القضاء سواء بالإلغاء أو التعويض لأنها النتيجة الطبيعية للأخذ بمبدأ المشروعية - وهو الخضوع التام للقانون سواء من جانب الأفراد أو من جانب الدولة.⁽²⁾

- القرارات الإدارية من حيث الآثار: تنقسم القرارات الإدارية من حيث آثارها إلى قرارات كاشفة وهي التي لا تستحدث جديداً في عالم القانون ويقتصر أثرها على إثبات أو تقدير حالة موجودة من قبل، وقرارات منسئة يترتب عليها نتائج منها⁽³⁾:

جواز سحب القرارات الكاشفة دون التقييد لمدد التقاضي متى كانت مخالفة.

لا يجوز أن يضار الأفراد من تراخي الإدارة في إصدار القرارات الكاشفة.

المنازعات المتعلقة بالقرارات الكاشفة تندرج ضمن نطاق دعاوى الاستحقاق أو التسوية.

وتنقسم القرارات الإدارية من حيث أثرها كذلك إلى قرارات فردية وقرارات تنظيمية، فالقرارات الفردية هي التي تصدر بصدد فرد معني بالذات أو أفراد معينين بذواتهم أو حالة أو حالات معينة. أما القرارات التنظيمية أو اللائحية فهي التي تحتوي على قواعد عامة ومجردة وملزمة تطبق على عدد غير محدود من الحالات والأفراد ولذلك يتميز القرار التنظيمي عن القرار الفردي بصفة العمومية والتجريد وبطابع الثبات النسبي.⁽⁴⁾

2- أعمال إدارية اتفافية:

ويسمى بعضها بعض الفقهاء الأعمال الإدارية التعاقدية، أي أعمال الصادرة بناء على اتفاق بين الإدارة من جهة وأطراف أخرى من جهة أخرى وهو ما يعرف بالعقود الإدارية⁽⁵⁾، من أجل ضمان سير أحسن للمرافق العامة واستمراريتها فإن الإدارة ملزمة بإبرام العديد من العقود الإدارية أحيانا تأخذ مكانها في نطاق القانون العام (Droit commun)،

¹ - محمود محمد حافظ، القرار الإداري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 74.

² - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية (الإطار النظري للمنازعات الإدارية)، جسور للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2013، ج1، ص 11.

³ - حسين عبد العال محمد، مرجع سابق، ص 26.

⁴ - علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص 125.

⁵ - سعيد بو علي وآخرون، القانون الإداري (التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، دار بلقيس، ط2، الجزائر، 2016، ص 108.

مثلها مثل الأفراد، في هذه الحالة نكون أمام عقود قانون خاص⁽¹⁾ التي يخول التشريع للإدارة العامة أن تبرمها مع الأشخاص وذلك في حالة عدم استعمالها لامتيازات السلطة العامة.⁽²⁾

فهناك صنف من الإرتباطات والعلاقات القانونية المترتبة على توافق إرادة الإدارة مع إرادة طرف آخر حول موضوع يتعلق بمرفق عام، مع لجوء الإدارة إلى استعمال امتيازات السلطة العامة من خلال استعمال وسائل القانون العام⁽³⁾، ولكون العقد شريعة المتعاقدين حسب ما نص عليه القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: تنظيم الإدارة العامة

إن الإدارة العامة في الجزائر تنقسم إلى إدارة مركزية والتي سنتطرق إليها في الفرع الأول، وإدارة لامركزية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الإدارة المركزية

تتكون من رئاسة الدولة (رئيس الجمهورية) ، الوزير الأول، الوزراء (الوزارة)

أولاً: رئاسة الدولة (رئيس الجمهورية): يعد رئيس الجمهورية الرئيس الإداري الأعلى في النظام الإداري الجزائري، وهو رئيس السلطة التنفيذية، فله سلطة إصدار القرارات الإدارية النهائية باسم الدولة ولحسابها وتكون سارية المفعول في كل إقليم الدولة الجزائرية⁽⁵⁾.

ونص التعديل الدستوري 2016 في مادته 84 على: "يجسد رئيس الجمهورية، رئيس الدولة وحدة الأمة. وهو حامي الدستور.

ويجسد الدولة داخل البلاد وخارجها.

له أن يخاطب الأمة مباشرة."⁽⁶⁾

¹ كريستال مورال-جورنال، ترجمة: سامية بوية، ليلي ددرار، مراد جمال، مراجعة: عجة الجليلي، موسوعة القانون الجزائري، دار بيرتي للنشر، الجزائر، 2013، ص 508.

² بوحفص سيدي محمد، مبدأ حياد الإدارة العامة في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007، ص 17.

³ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ص 5.

⁴ المادة 106 من الأمر 58 / 75، مرجع سابق، ص 995.

⁵ قصير مزياي فريدة، مرجع سابق، ص 150.

⁶ ج ر رقم 14، المؤرخة في 2016/03/07، مصدر سابق، ص 16.

يتمتع رئيس الجمهورية بصلاحيات إدارية واسعة نظر لمركزه الممتاز الذي منحه إياه الدستور⁽¹⁾، وتمثل هذه السلطات أساسا فيما ورد في المادة 91 سلطة التعيين، وبموجب المادة 143 سلطة التنظيم وسلطة التنسيق وحفظ النظام العام في الدولة.

ولكون رئيس الجمهورية هو الرئيس الإداري الأعلى للسلطة التنفيذية في الدولة ولأجل أداء وظيفة التنسيق له أن يصدر تعليمات وتوجيهات وإرشادات يلتزم التقيّد بها مختلف الأجهزة الإدارية في الدولة، ويلزم مرؤوسيه بتقديم إحصاءات وبيانات وتقارير دورية عن الأعمال الإدارية، ويمكنه إجبار السلطة الإدارية المركزية والموظفين المرؤوسين الاتصال به دوريا، ويعقد الاجتماعات العادية والاستثنائية وذلك لتنسيق الأعمال الإدارية، ويؤدي الوظائف الإدارية بنفسه أو يفوض جزء منها إلى من ينوب عنه في أدائها في حدود القانون.

كما يقوم رئيس الجمهورية بوظيفة حفظ النظام العام في الدولة بمدلولاته وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب العامة. فله سلطة إصدار قرارات إدارية لائحيه وتنظيمية من أجل حفظ النظام العام وتسمى بلوائح الضبط الإداري وهذا على مستوى إقليم الدولة الجزائرية⁽²⁾، وذلك بموجب التعديل الدستوري والتي تقر سلطة إتخاذ التدابير والإجراءات الكفيلة لدرء المخاطر التي تهدد الأمن والاستقرار، ومن أهم هذه التدابير، إعلان حالة الحصار، حالة الطوارئ، الحالة الاستثنائية وحالة الحرب.⁽³⁾

ثانيا: الحكومة:

لم يعد رئيس الجمهورية يضطلع بالوظيفة التنفيذية لوحده كما كان الأمر في ظل دستور 1976، ذلك لأن دستور 1989⁽⁴⁾ أحدثت مؤسستين في قمة السلطة التنفيذية موزعا بذلك الوظيفة الإدارية العليا بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة، على غرار ما هو مساند في بعض الأنظمة كفرنسا، حيث كانت المادة 104 منه تنص على ما يلي: "يضطلع بقيادة الوظيفة التنفيذية رئيس الجمهورية وهو رئيس الدولة والمادة 114 منه."

وإذا كانت المواد 111 و112 و113 من نفس الدستور قد أجازت لرئيس الجمهورية أن يعين نائبا أو نوابا له أو وزيرا أول، فإن هؤلاء جميعا يتصرفون في نطاق الصلاحيات التي يفوضها لهم رئيس الجمهورية خلافا لرئيس الحكومة في ظل

¹ - الذي ينص على : " يمارس رئيس الجمهورية السلطة السامية في الحدود المثبتة في الدستور"، المادة 86 من التعديل الدستوري 2016، مصدر سابق، ص 16.

² - قصير مزياني فريدة، مرجع سابق، ص 154 - 155.

³ - سعيد بو علي وآخرون، مرجع سابق، ص 62، والمواد من 105 إلى 111 من التعديل الدستوري 2016، المصدر السابق، ص 22 - 23.

⁴ - دستور 1989 المؤرخ في 28 فبراير 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89 / 18 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في إستفتاء 23 فبراير سنة 1989، ج ر رقم 9، مؤرخة في أول مارس 1989.

دستور 1989 و1996 الذي يستمد صلاحياته مباشرة من الدستور حيث يتمتع باستقلالية تأسيسية عن رئيس الجمهورية.⁽¹⁾

ونص التعديل الدستوري 2016 على أن رئيس الجمهورية يعين الوزير الأول⁽²⁾ .

كما نصت المادة 93 منه :

" يعين رئيس الدولة أعضاء الحكومة بعد استشارة الوزير الأول.

ينسق الوزير الأول عمل الحكومة.

تعد الحكومة مخطط عملها وتعرضه على مجلس الوزراء."

لذلك يقصد بالحكومة⁽³⁾ هيئة جماعية مكلفة بتأمين الإدارة السياسية للبلاد، فهي الهيئة المعول عليها في تسيير

شؤون الدولة والبلاد⁽⁴⁾.

1-الوزير الأول:

يعد الوزير الأول الرئيس الإداري الأعلى في جهاز الحكومة⁽⁵⁾، وأحد أعضاء الإدارة المركزية، فهو العضو الثاني في

السلطة التنفيذية⁽⁶⁾ وفقا للدستور الحالي ، ويعينه رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي بعد استشارة الأغلبية البرلمانية،

وينتهي مهامه.⁽⁷⁾

أما صلاحيات الوزير الأول فقد نصت عليها المادة 99 من التعديل الدستوري 2016.

2-الوزراء (الوزارات): تتألف الإدارة المركزية من عدة وزارات يتراأس كل وزير قطاع إداري والوزير هو المسؤول عن وزارته،

وبذلك فهو يتولى تنفيذ السياسة العامة للحكومة. ويمثل كل وزير في قطاع نشاطه الدولة، ويتصرف باسمها، ويعمل على

¹ - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 104.

² - المادة 91 / 5 من التعديل الدستوري 2016، مصدر سابق، ص 17 .

³ - تستعمل عبارة حكومة للدلالة على معاني مختلفة فتارة يقصد بها الوزارة وتارة أخرى يقصد بها السلطة التنفيذية، كما يقصد بها نظام الحكم في الدولة والطريقة التي يمارس بها صاحب السيادة السلطة السياسية العامة في الدولة، ومهما يكن تعريف الحكومة فهي تتألف من مجموعة من الوزراء فيرأسهم الوزير الأول، سعيد بوعلوي

وآخرون، مرجع سابق، ص 65.

⁴ - المرجع نفسه، ص 60.

⁵ - قصير مزياني فريدة، مرجع سابق، ص 65.

⁶ - سعيد بوعلوي وآخرون، المرجع السابق، ص 65.

⁷ - المادة 91 / 5 من التعديل الدستوري 2016، المصدر السابق، ص 18 .

تنفيذ سياستها في القطاع الذي يشرف عليه⁽¹⁾، حيث يتأسس المرافق العامة والمؤسسات والأجهزة الإدارية التي تتكون منها الإدارة، ويقوم بعملية التنسيق بين الوحدات التابعة لوزارته، وكذا يقوم بالتصرفات القانونية واتخاذ القرارات الإدارية في مجال وزارته⁽²⁾، ويكون مسؤول عنها أمام الوزير الأول.

وبممارسة الوزير سلطة سياسية أيضا سلطات إدارية باعتباره الرجل الإداري الأعلى في هيكل السلم الإداري على مستوى وزارته، وهو الممثل القانوني للدولة التي يعقد باسمها العقود، ويقوم بكل عمل أمام القضاء سواء كمدعي أو كمدعى عليه، وهو الأمر الرئيسي بصرف النفقات العامة، أي أنه يعطي الأمر بالصرف والدفع داخل وزارته. وبما أن الوزير لا يستطيع عمليا أن يوقع كل أوامر الصرف فإنه يفوض داخل صلاحياته هذه إلى الأمرين بالصرف ثانويين⁽³⁾.

إن تنظيم الوزارات في الجزائر عددها وصلاحياتها يخضع لارادة السلطة التنفيذية.

3- الأجهزة الإدارية المساعدة:

أ- الأجهزة التنفيذية: يوجد جهاز الوزارة الذي يرأسه الوزير ويضم العديد من المصالح والإدارات المتخصصة في مختلف وظائف الوزارة، وتوجد أجهزة إدارية تنفيذية خارجية⁽⁴⁾ خاضعة للوزير وتساعد في تنفيذ القوانين والقرارات السياسية العامة، العامة، منها مديرية الوزارة المعنية على مستوى الولاية والمكاتب العامة والمؤسسات والشركات الوطنية والدواوين.

ب- الأجهزة الفنية والاستشارية التابعة له: هناك أجهزة إدارية تساعد الوزير في اتخاذ القرارات الإدارية وذلك بتقديم المشورة والخبرة الفنية له، فنجد اللجان المتساوية الأعضاء، والمكاتب الفنية والاستشارية⁽⁵⁾، الوزارة المعنية والمكاتب الوطنية المتخصصة مثل المكتب الوطني للمواد المتفجرة لوزير الدفاع الوطني، والهيئة الوطنية للبحث العلمي تابعة لوزير التعليم العالي⁽⁶⁾.

¹ - سعيد بوعلي وآخرون، مرجع سابق، ص 67.

² - قصير مزياي فريدة، مرجع سابق، ص 171.

³ - فريجة حسين، مرجع سابق، ص 158.

⁴ - المصالح الخارجية للوزارات على المستوى المحلي وهي أجهزة إدارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية رغم تمتع مجموعة منها ببعض السلطات كسلطة التقاضي والخاضعة للسلطة الرئاسية للوزير على الرغم من تواجدها خارج الهيكل المركزي للوزارة إما في الولايات أو في جهات معينة (المديريات الولائية والجهوية). سعيد بو علي وآخرون، المرجع السابق، ص 70.

⁵ - اتخذت هذه الهيئة أو الجهاز بموجب قرار من الوزير المعني، والهدف من تنصيبها هو تطوير التشاور مع المتعاملين الاجتماعيين والاقتصاديين... ، سعيد بوعلي وآخرون، المرجع نفسه، ص 70.

⁶ - قصير مزياي فريدة، المرجع السابق، ص 172 - 173.

الفرع الثاني: الإدارة اللامركزية (الاقليمية و المرفقية)

الإدارة المحلية أسلوب من أساليب التنظيم الإداري، بموجبه توزيع الوظيفة الإدارية في الدولة بين السلطات المركزية وبين الهيئات المنتخبة والمتخصصة على أساس إقليمي تباشر صلاحياتها رقابة السلطة المركزية.

وللقيام بهذه الأعمال القانونية والمادية التي تكون لحساب شخص معنوي عام إقليمي (الولاية، البلدية) وشخص عام مرفقي أو مصلحي (المؤسسات العامة والتي تمثل الإدارة العامة على المستوى المحلي):

أولاً: اللامركزية الاقليمية:

الجماعات الإقليمية في الجزائر في الولاية والبلدية وتمثل الإدارة المحلية.

1- الولاية: وهي شخص معنوي إقليمي، إذ تمارس صلاحياتها داخل حيز جغرافي يضم أحد مناطق أو أجزاء الدولة⁽¹⁾ وتحديث بموجب قانون.

ونص دستور 1963 في مادته 9: "تتكون الجمهورية من مجموعات إدارية يتولى القانون تحديد مداها واختصاصها"⁽²⁾. وبعدها صدر ميثاق الولاية في 26 مارس 1965، ثم صدر قانون الولاية رقم 69 / 38 بتاريخ 23 ماي 1969⁽³⁾، وهو النص الذي يبقى مشكلا للمصدر التاريخي للتنظيم الولائي بالجزائر⁽⁴⁾، حيث عرف الولاية على أنها جماعة عمومية إقليمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي ولها اختصاصات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية وتكون منطقة إدارية للدولة⁽⁵⁾. ونصت المادة 2 من نص القانون على أن الولاية تحدث بقانون، ويحدد إسمها بموجب مرسوم. ولا شك أن هذا التعريف يعكس الوظائف الكثيرة للولاية ومهامها المتنوعة في ظل المرحلة الاشتراكية. وقد اهتم دستور 1976 بهذه الوحدة الإدارية حينما نص في المادة 36 منه على اعتبار الولاية هيئة أو مجموعة إقليمية إلى جانب البلدية⁽⁶⁾، وتضمن هذا التعديل ناحيتين أساسيتين:

- توسيع صلاحيات واختصاصات المجلس الشعبي الوطني في العديد من الميادين (إقرار وظيفة الرقابة).

¹ - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 36.

² - دستور 1963 المؤرخ في 8 سبتمبر 1963، ج ر رقم 64، المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

³ - قصير مزياني فريدة، مرجع سابق، ص 176.

⁴ - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 182.

⁵ - الأمر 69 / 38 المؤرخ في 22 ماي 1969 والمتضمن قانون الولاية، ج ر رقم 44، مؤرخة في 23 ماي 1969، ص 512.

⁶ - الأمر 76 / 97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 الذي يتضمن إصدار الدستور، ج ر رقم 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976، ص 1300-1301.

- تدعيم وتأكيد الطابع السياسي لهذه الهيئة (تشكيلها وتسييرها)⁽¹⁾.

وعرف المشرع الولاية بموجب المادة الأولى من قانون 09 /90 على أن الولاية هي جماعة عمومية اقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية واستقلالية مالية⁽²⁾.

وبصدور القانون تعد الولاية منطقة إدارية على جزء من إقليم الدولة وتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تباشر نشاط سياسي واقتصادي واجتماعي وثقافي تحت إشراف رقابة السلطة المركزية⁽³⁾. ونصت الدساتير الموالية على أن "الجماعات اقليمية للدولة هي البلدية والولاية"⁽⁴⁾، وبهذا جاء في المادة الأولى من قانون الولاية 07/12: "على أن الولاية هي الجماعة اقليمية للدولة وتمتع بالشخصية المعنوية والخدمة المالية المستقلة وهي أيضا الدائرة الإدارية غير المركزة للدولة، وتشكل بهذه الصفة قضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشارورية بين الجماعات الإقليمية والدولة، وتساهم مع الدولة إدارة وهيئة الاقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وحماية البيئة وكذا حماية وترقية وتحسين الاطار المعيشي للمواطنين وتتدخل في كل مجالات الاختصاص المخولة لها بموجب القانون، شعارها هو بالشعب وللشعب، وتحدث بموجب قانون."⁽⁵⁾

2- البلدية: كانت البلدية قبل الاستقلال أداة لتحقيق طموح وخدمة الادارة الاستعمارية المدنية والعسكرية وكرس سيطرتها ولتلبية مصالح الأقلية الأوروبية وكانت البلدية تسيير وفق القوانين الفرنسية.

بعد الاستقلال كرس الدستور الصادر في 10 سبتمبر 1963 في مادته 9 الفقرة الثانية مكانة للبلدية في تنظيم الدولة، حيث عرفها:

"تعتبر البلدية أساسا للمجموعة الترابية والاقتصادية والاجتماعية"⁽⁶⁾.

¹ - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 183.

² - قانون 09 /90 المؤرخ في 7 أبريل 1990 المتضمن قانون الولاية، ج ر رقم 15، مؤرخة في 11 أبريل 1990، ص 504.

³ - قصير مزياني فريدة، مرجع سابق، ص 177 - 178.

⁴ - المادة 15 من دستور 1996 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 والذي يتعلق بإصدار النص الدستوري، ج ر رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر رقم 25 المؤرخة في 13 أبريل 2002، المعدل بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر رقم 23 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، ص 10.

⁵ - قانون 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر. 12، مؤرخة في 29 فبراير 2012، ص 8 - 9.

⁶ - دستور 1963، مصدر سابق.

في سنة 1965 صادق مجلس الثورة على ميثاق البلدية⁽¹⁾ شهر أكتوبر الذي منح القيمة الحقيقية للبلدية في 20 ديسمبر سنة 1966، ووافق عليه مجلس الثورة في 4 جانفي سنة 1967 وبموجبه يتضمن القانون البلدي، وبعده القانوني 08 / 90 المتعلق بالبلدية المؤرخ في 1990/04/07، وأخيرا القانون 10/11 المؤرخ في 2011/07/03. وتشكل البلدية الاطار المؤسسي لممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي وفي مجال التسيير الاداري، حيث يتخذ المجلس الشعبي البلدي التدابير اللازمة لإعلام المواطنين بشؤونهم واستشارتهم.⁽²⁾

عرفت الدستور الجزائري البلدية على أنها الجماعة القاعدية، يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ومكان لمشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية.⁽³⁾

وعرف القانون 08/ 90 البلدية هي الجماعة الإقليمية الأساسية وتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي.⁽⁴⁾

وعرف القانون 10/11 البلدية "هي الجماعة الاقليمية القاعدية للدولة، وتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة، وتحديث بموجب قانون. وهي أيضا القاعدة الإقليمية للامركزية، ومكان لممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية⁽⁵⁾ .

ثانيا: اللامركزية المرفقية (المصلحية)

نص القانون المدني الجزائري على أن الأشخاص الاعتبارية هي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات طابع الإداري.

الشركات المدنية التجارية.

الجمعيات والمؤسسات.

الوقف.

¹ -البلدية: تعد بمثابة الأعمال التحضيرية التي توضح نصوص القانون، نص عليها الأمر رقم 67 / 24 مؤرخ في 18 جانفي 1967 المتضمن قانون البلدية، ج ر رقم 6، مؤرخة في 18 يناير 1967، وشكل أساس التنظيم البلدي في الجزائر، أنظر محمد الصغير بعلي، الإدارة المحلية الجزائرية، دار العلم للنشر والتوزيع، عنابة، 2013، ص 42.

² - قصير مزياني فريدة، مرجع سابق، ص 212.

³ - أنظر المادة 15 و 16 من دستور 1996 والتعديل الدستوري 2016 على التوالي .

⁴ - المادة 1 من قانون 08 / 90 ، مرجع سابق، ص 488.

⁵ - المادة 1 و 2 من القانون رقم 10 / 11 مؤرخ في 2 جوان 2011 الموافق لـ المتضمن قانون البلدية ج ر رقم 37، مؤرخة في 3 جويلية 2011، ص 7.

وكل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.⁽¹⁾

وحسب نص المادة فإن الأشخاص المعنوية التي تتركز في وجودها، على الاختصاص المرفقي، أي التكفل بنشاط معين وموضوع معين: الجامعة (التعليم العالي) مؤسسة النقل البلدي، الوكالة الوطنية للطاقة..... إلخ وتحدد المبادئ والقواعد الأساسية السارية عليها أيضا بموجب قانون السلطة التشريعية، على أن يتم انشاؤها بالوسيلة والأداة القانونية الملائمة من طرف الجهة المخولة بذلك.

والمادة 153 مثلا من قانون البلدية رقم 10/11 تنص على أنه: "يمكن للبلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها"⁽²⁾، فالمؤسسات العامة هي طريقة من الطرق التي تدار بها المرافق العامة، وهي عبارة عن مرافق عامة تتمتع بالشخصية المعنوية لكي تستقل عن السلطة الإدارية في إدارتها وهذا الاستقلال يجعل من المؤسسة العامة مرفقا يدار بطريقة اللامركزية.⁽³⁾

ومتى قلنا باستقلال المؤسسة العامة المالي، فمعنى ذلك أن السلطة الادارية لا تتدخل إلا لسد العجز بما تمنحه من المساعدات أو المعونات لإدارة هذه المؤسسة وسيرها من أجل تلبية وسد رغبات عامة للمجتمع، ورغم تمتع المؤسسات العامة بشخصية معنوية مستقلة، فإن استقلال هذه المؤسسات ليس تاما لأنها تخضع لرقابة إدارية يعبر عنها الوصاية الإدارية سواء من الادارة المركزية أو المجالس المحلية وذلك لمنع المؤسسات العامة من تجاوز حدود اختصاصها والاعتداء على المرافق الأخرى وخصوصا التي تمارس نشاطا مشابها.

أما طرق المراقبة فتختلف، فتارة تكون بتصديق السلطة المركزية على مقرراتها قبل تنفيذها، وأخرى بالإشراف على حساب المؤسسة ومراجعته. وقد أنشئت المؤسسات العامة رغبة في منح بعض المرافق استقلالا ذاتيا في إدارة شؤونها وإشراك الموظفين القائمين بأعمال المرفق في إدارته فلا ينفرد الوزير أو السلطة المركزية أو المدير العام بالإدارة وحده، وهذا هو السبب الذي دعا المشرع إلى الاعتراف للجامعة الجزائرية بالشخصية المعنوية وما يترتب عنها من نتائج، كذمة مالية مستقلة قائمة بذاتها، أهلية مدنية بحيث تتعاقد مع الغير وتقيم الدعاوى ويقام عليها الدعاوى أما القضاء (أهلية التقاضي) تحمل المسؤولية كاملة عن تصرفاتها، يكون موظفوا المؤسسات العامة موظفون عموميون ورغم ذلك يستقلون عن موظفي الدولة.⁽⁴⁾

¹ - ج ر رقم 21 المؤرخة في 26/06/2005، ص 21.

² - محمد الصغير بعلي، الادارة المحلية الجزائرية، مرجع سابق، ص 12 - 13.

³ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة، محمد عرب صاصيلا، د م ج، ط 4، الجزائر، 1986، ص 443.

⁴ - فريجة حسين، مرجع سابق، ص 206 - 207.

المبحث الثاني: العقود الإدارية

أصبحت الدول كافة على تعدد مذاهبها السياسية واختلاف فلسفتها الإقتصادية والإجتماعية تأخذ بمبدأ الأسلوب التعاقدى في علاقاتها ببعضها البعض او في علاقاتها بالأشخاص الطبيعيين، وذلك في مختلف نواحي الحياة الإقتصادية والإجتماعية لإدارة مرافقها العامة بانتظام واضطراد .

فالرابطة التعاقدية إحدى الوسائل الهامة التي تلجأ إليها الإدارة في تنفيذ مشاريعها وتسيير مرافقها ولا تقل أهمية عن القرارات الإدارية، لأجل ذلك تدخل المشرع معترفا للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق أهدافها. غير أن دخول الإدارة في روابط عقدية قد يخضعها في بعض الأحيان للقانون الخاص كالقانون المدني والتجاري، وقد يخضعها لتنظيم متميز من العقود الإدارية، والتي سنتطرق لمفهومها في المطلب الأول، وأنواعها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية

يختلف الفقه والقضاء على إيجاد مفهوم موحد للعقد الإداري، بالرغم من نظرية العقود الإدارية موجودة حتى دون نص، هدفها مزدوج يضمن تحقيق الصالح العام وخضوع الإدارة للقانون، فأصبحت نظرية قضائية ومن النظام العام، وسبب وجودها الأحكام القضائية⁽¹⁾.

ولذلك نتناول التعريف الفقهي في الفرع الأول والتعريف القضائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقود الإدارية

لقد أجمع فقه القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس للدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه. ورغم الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم تقنين جوانب النشاط التعاقدى للإدارة، إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية بارزا في كل الدول. وإذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث الأثر القانوني المترتب على العقد، إلا أن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء، وهو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله.⁽²⁾

¹ - أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ب.ب.ط، 1973، ص14.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، ط4، الجزائر، 2011، ص 43.

ولقد عرف الفقه العقد الإداري على أن "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسيير وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص".⁽¹⁾

كما عرف الأستاذ أندري موران (André Maurin) العقود الإدارية بأنها²:

« Accord de volonté ayant un objet de service public ou comportant un régime exorbitant du droit commun dont le finalité est la satisfaction d'intérêts publics ».

وذكر الأستاذ بلال أمين زين الدين أن العقد الإداري ليس إلا عقدا يبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام⁽³⁾، أو بين شخصين من أشخاص القانون العام وآخر من أشخاص القانون الخاص بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، فلا يعبر أي عقد تبرمه الإدارة في العقود الإدارية بل يشترط أن يكون العقد صلة بالمرفق العام حيث يعتبر العقد إداريا إذا كان أحد أفراده شخصا معنويا عاما مستعملا لمرفق العام ومتضمنا شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص⁽⁴⁾، بمعنى أن جهة الإدارة في العقود التي تبرمها ليست من طبيعة واحدة، فهي تنقسم إلى قسمين:

عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص.

عقود الإدارة التي تخضع للقانون العام وهي ما يعرف بالعقود الإدارية.

حيث أن الفرع الأول من العقود تخضع لأحكام القانون الخاص، وتعامل معاملة العقود المدنية التي يبرمها الأفراد فيما بينهم ويختص بنظرها والفصل فيها القضاء العادي دون القضاء الإداري، أما عقود الإدارة وهي ما تعرف بالعقود الإدارية، فإنها تخضع لأحكام القانون العام ولا تسري عليها قواعد القانون الخاص، حيث تتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة في مواجهة الأفراد نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة والتي توجد في عقود الأفراد، كما لا تسري عليها قاعدة المساواة بين المتعاقدين في مجال عقود القانون الخاص، بل تتمتع الإدارة فيها بمركز أفضل كثيرا من المتعاقد معها،

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 43.

² - André Maurin, **Droit Administratif**, Dalloz, 6 édition, 2007, p 78.

³ - تنص المادة 800 على أن " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية وإحدى المؤسسات ذات الصبغة الإدارية، طرفا فيها"، قانون 08 / 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر رقم 21، مؤرخة في 23 ابريل 2008.

⁴ - بلال أمين زين الدين، المسؤولية التعاقدية والغير التعاقدية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ط1، الاسكندرية، 2011، ص 381.

على أساس أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرافق العامة وتسييرها، فضلا عن أنها تتوخى دائما في مجال العقود الإدارية بتحقيق الصالح العام للجمهور وصالح المرافق العامة.⁽¹⁾

وهكذا يمكن تعريف العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام يقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية جهة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام".⁽²⁾

الفرع الثاني: التعريف القضائي للعقد الإداري

عرف القضاء المصري العقد الإداري أنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وتظهر فيه نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك يتضمن العقد شرطا من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁽³⁾.

وقرار المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1983/11/19 عرفت العقد الإداري على أنه: "من المقرر أن العقد الإداري هو الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسيير أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو إنتهاج أسلوب القانون العام بما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"⁽⁴⁾.

ويستخلص من هذه التعاريف أنه يلزم إجتماع ثلاثة أركان في العقد الموصوف إداريا:

أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما.⁽⁵⁾

أن يتعلق العقد بإدارة أو تسيير مرفق عام.

أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

¹ نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرافق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ط1، الاسكندرية، 2002، ص ص 17- 18 .

² بلال زين الدين، مرجع سابق، ص381.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 12 وأنظر أيضا نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 19.

⁴ محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006، ص 19.

⁵ أن تكون جهة الإدارة طرفا في العقد، أنظر نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص20.

وستتطرق لهذه الأركان حتى يكون العقد موصوفا إداريا بقليل من التفصيل:

أولاً: أن يكون أحد الأطراف العقد شخص قانون عام: لا يكتسي العقد الصفة الإدارية إلا إن كان أحد أطرافه شخص من الأشخاص الإدارية في الدولة، وبديهي أن يشترط هذا الشرط ذلك أن القواعد الإدارية ما وجدت إلا لتحكم نشاط أشخاص القانون العام دون نشاط الأفراد والذي تحكمه قواعد القانون الخاص، وتجدر الإشارة إلى أن قانون القضاء الإداري قد خفف من حدة اشتراط هذه الشرط حيث أقر انطلاقا من نظرية الوكالة بإمكانية حيابة العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص للصفة الإدارية كاستثناء من الأصل المقرر وذلك متى استبان أن العقد المبرم يصب في مصلحة الإدارة ولحسابها ومتى استوفى ذلك الأخير العناصر المطلوبة والتي تقوم عليها معايير تمييز العقد الإداري.⁽¹⁾

ثانيا: تعلق العقد بإدارة (بالمرفق العام): رغم ظهوره في مرحلة لاحقة لمعيار الشروط الاستثنائية فإن الفقه والقضاء يعتبر معيار المرفق العام أحد أبرز وأهم المعايير المعتمدة لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة، حيث أنه لا يصبغ العقد المبرم من قبل الإدارة بالصبغة الإدارية، إلا متى كان على اتصال بالمرفق العام ويساهم مساهمة مباشرة فيه سواء عند إنشائه كما هو الحال في عقود الأشغال العامة أو لضمان سيره بانتظام وإطراد كعقود التوريد والتموين والنقل الخدمة أو بإدارته وتنظيمه وتسييره كعقود امتياز المرافق العامة.⁽²⁾

ثالثا: أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص: لا يكفي لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد أطرافه شخصا قانونيا عاما وإن يتصل محله أو موضوعه بمرفق عام، وإنما يلزم أن يحتوي العقد على شروط غير مألوفة. ويعتبر الشخص القانوني قد التجأ لاتباع وسائل القانون العام من خلال أحد الأمور التالية:

1- يتضمن العقد لشروط غير مألوفة في روابط القانون الخاص وهي التي تعرف على أنها جملة الشروط المرتبطة بالسلطة العامة والتي ما إن تضمنها عقد مدني إلا واعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام، ولا يشترط أن تتوافر في العقد كل الشروط بل توافر شرط واحد يكفي حتى يكون العقد مشتملا على شروط غير مألوفة.

2- من خلال النص صراحة على تلك الشروط وتقريرها بمقتضى القوانين والتنظيمات مع إحالة العقد إلى هذه النصوص.

¹ - عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 85.

² - المرجع نفسه، ص 86.

3- من خلال منح المتعاقد مع الإدارة حقوقا لا مثيل لها في روابط القانون الخاص انطلاقا من إشراكه المباشر

في إدارة وتسيير واستغلال مرفق عام شرط أن يخضع ذلك المرفق لقواعد القانون العام.⁽¹⁾

إذا كان لا خلاف سواء في فرنسا أم في مصر، على ضرورة أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما لكي يعتبر العقد إداريا، إلا أنه بالنسبة للشرطين التاليين يختلف الوضع في فرنسا عنه في مصر،⁽²⁾ واضطربت أحكامه لفترة من الفترات وتأرجحت من معيار الشروط غير المألوفة، إلى معيار تنفيذ مرفق عام، ثم مرة أخرى، إلى معيار الشروط غير المألوفة وأخيرا إلى معيار تنفيذ مرفق عام، ولكن على وجه تبادلي مع معيار الشروط الاستثنائية فقد أصبح من المستقر عليه الأخذ بمعيار تبادلي لتحديد طبيعة العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام: إما أن يتعلق العقد بتنفيذ مرفق عام، وإما أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في مجال علاقات القانون الخاص، فليس من الضروري إذن أن يجتمع هذان الشرطان معا لاعتبار العقد إداريا وإنما يكن توافر أحدهما فقط.⁽³⁾

وتعتبر الإدارة المتعاقدة قد استخدمت قواعد القانون العام إذا لجأت إلى بنود غير مألوفة في مجال القانون الخاص وهو تعبير عن المظهر الأكيد للسلطة العامة التي تجعل الإدارة في مكان أعلى من الأفراد، وتعالج تصرفاتها معالجة خاصة، وهذه البنود هي عبارة عن نصوص لا نجد لها عادة في العقود بين الأفراد.

وعرف مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 1950/10/20 البند غير المألوف بـ: " البند الذي يحول موضوعه للأطراف المعنية حقوقا أو يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم، وذلك ضمن إطار القوانين المدنية والتجارية."⁽⁴⁾

وفي الجزائر نظرا لحدثة النظام القضائي وبالتالي قلة الاجتهاد في هذه الخصوص، فلقد لعب التشريع دورا حاسما في تحديث مقومات العقد الإداري معتمدا على المعيار العضوي⁽⁵⁾ الذي كرسته المادة 800 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية

¹ - عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 87 - 88 .

² - من أحكام القضاء الإداري الفرنسي من : معيار الشروط غير المألوفة بحكم Terriero في 1903/02/06 وبعدها إلى معيار تنفيذ مرفق عام بحكم Thérond في 1910/03/04، ثم مرة أخرى إلى معيار الشروط غير المألوفة بحكم Société degnaitSProphyruides des Vosges في 1912/07/31 وأخيرا إلى معيار تنفيذ مرفق عام بحكم Epaux Bertin et Ministre l'Agriculture C/co-nsortsGrimouerd في 1956/04/20. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 20.

³ - نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص 20 - 21 وأنظر أيضا محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 21.

⁴ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، د.م.ج، ط5، الجزائر، 1990، ص 365.

⁵ - بكراروش محمد، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011 - 2012، ص 26.

تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية، البلدية أو إحدى المؤسسات ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

ومن نص المادة نستنتج أن المنازعات⁽¹⁾ المتعلقة بالعقود التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية الإدارية طرفاً فيها يعود الاختصاص في منازعاتها إلى المحاكم الإدارية تطبيقاً للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة المذكورة أعلاه.

لكن بعد أن أصبحت الجزائر تعمل بنظام الازدواجية القضائية، فإنه هناك منازعات من اختصاص القانون العادي ويطبق عليها قواعد القانون الخاص، وهناك منازعات من اختصاص القاضي الإداري يطبق عليها قواعد القانون الإداري، ومن هذا المنطلق أصبح الأخذ بالمعيار العضوي (أي وجود الشخص العمومي) في تعريف العقد الإداري ليس كافياً لإضفاء الصفة الإدارية في العقد، وبالتالي يجب الأخذ بهذا المعيار بالإضافة إلى المعايير المكرسة في النظرية العامة وهي معيار الاتصال بالمرفق العام ومعيار البند غير مألوف⁽²⁾، لأن الهدف من العقد هو تحقيق المنفعة العامة.⁽³⁾

ولقد توسعت المحكمة العليا في هذا الاجتهاد عندما أضفت الطابع الإداري على عقود ديوان الترقية والتسيير العقاري المتعلقة بالإيجار وقررت اختصاص القضاء الإداري بنظرها، على الرغم من أن ديوان الترقية والتسيير العقاري مؤسسة عمومية ذات صبغة تجارية صناعية، مما يعني أن منازعاتها بمفهوم المخالفة في المادة 800 ق.م.أ. هي من اختصاص المحاكم العادية وليس المحاكم الإدارية، ولكن الاجتهاد القضائي يخرج عن المعيار العضوي، ويطبق معيار السلطة العامة (استعمال شروط إذ كان غير مألوفة في العقود الخاصة) وبذلك وسع الاجتهاد القضائي من اختصاص القضاء الإداري.⁽⁴⁾

¹ - خضوع المنازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية للمحاكم العادية تشابه إن لم نقل تكريس اجتهاداً كما قد عرفناه في فرنسا. وإن الأمر يتعلق بقرار محكمة التنازع الفرنسية في 1921/01/22 الذي أعلن اختصاص القضاء العادي بمنازعات المرافق العمومية التجارية والصناعية ذلك أن الدولة " قد استثمرت مرفقاً للنقل بنفس الشروط أي مستثمر خاص " فإنه يتعين إخضاعها لرقابة القضاء العادي. يعكس هذا الحكم أزمة مفهوم المرفق العام والمؤسسة العمومية في مجرد تغيير نشاطها من إدارية إلى تجارية بتغيير جهة الاختصاص (الثقافي)، مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، د م ج، ط6، الجزائر، 2013، ج2، ص 31.

² - سعيد بو علي وآخرون، مرجع سابق، ص 123 - 124.

³ - ولقد تبين المشرع الجزائري معياراً مغايراً عن جميع هذه المعايير وهو معيار يتسم بالبساطة مقارنة مع هذه المعايير التي لاحظنا إشكالاتها الكثيرة في فرنسا سواء على مستوى تحديد المفهوم أو على مستوى عدم استقرار القضاء على معيار واحد جامع مانع، وتظهر بساطة المعيار العضوي في الجزائر، في كون المتقاضى يعرف مسبقاً أن المحاكم الإدارية هي المختصة بنظر دعواه كلما كانت موجهة ضد أحد الأشخاص المعنوية عامة ذات الطابع الإداري البحث (دولة، ولاية، بلدية أو مؤسسة عمومية إدارية مع الاستثناءات التي أشارت إليها المادة (802 ق.م.أ.) أو بنصوص خاصة متفرقة، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 11.

⁴ - مسعود شيهوب، المرجع نفسه، ص 86.

وعموما فإن نؤيد الاجتهاد القضائي، فعقود المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية التي تحتوي مظاهر السلطة والمتعلقة بتنفيذ مرفق عام ينبغي أن تعتبر عقود إدارية تخضع منازعاتها للقضاء الإداري.⁽¹⁾

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

نظرا لكثرة نشاط الإدارة وصعوبة حصرها؛ هناك أنواع عديدة من العقود الإدارية، فقد دأب الفقه على إدراجها ضمن تصنيفات مختلفة⁽²⁾، ولعل أهمها ما ذكر في المرسوم الرئاسي 247/15 محل دراستنا، وسنقسمها إلى عقود مادية (فرع الأول)، وعقود خدمات (فرع الثاني).

الفرع الأول: عقود مادية

نصت عليها المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة منصوص عليها وفق شروط وردت في هذا التنظيم لغرض تلبية حاجات الإدارة صاحبة المصلحة وذلك في مجال الأشغال العمومية واللوازم... .

أولا: عقد الأشغال العامة:

وهو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد بناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المادي المتفق عليه ووفقا للشروط الوارد بالعقد⁽³⁾.

وعرفت المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية الفرنسي عقد الأشغال العامة بأنه ذلك العقد الذي ينص موضوعه على إنجاز أشغال البناء أو الهندسة المدنية بناء على طلب أحد الأشخاص العامة التي تمارس سلطة صاحب المشروع⁽⁴⁾.

¹ - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 87.

² - ولعل من أبرز تلك التصنيفات صنف العقود المحددة بقانون والعقود القضائية: أما المحددة بقانون فتضم العقود التي تكفل المشرع ببيانها وإن نظامها القانوني صراحة بموجب نصوص قانونية أما القضائية فهي التي لم يرد بيانها صراحة في نصوص القانون والتي يستخلصها القضاء من خلال استيفائها لمقومات وشروط العقد الإداري، عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 92.

³ - عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 93 وأنظر أيضا عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 90.

⁴ - ChrisopheLajoie, **Droit des marchés publics**, 2^{ème} édition mise à jour au 1^{er} mai 2005, gualing-editeur, P 46.

وعرفته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 5 أبريل 1970 بأنه: "عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار، لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة، مقابل ثمن يحدده العقد".⁽¹⁾

غير أن المشرع الجزائري وإن اعتبر العقد الأشغال العامة من العقود الإدارية وأخضعه لتنظيم الصفقات العمومية، إلا أنه لم يقدم له تعريفاً ومن المؤكد أنه فضل ترك هذه المهمة للفقهاء وللقضاء.⁽²⁾

وحتى نكون أمام عقد أشغال عامة يجب توافر ثلاثة شروط هي:

1- أن ينصب العقد على العقار: كأن يتعلق الأمر بمشروع إنجاز طريق عام أو جسر أو مجموعة سكنات أو يتعلق بترميم أسقفها أو جدرانها ولا شك أن لهذا العقد بالذات من العقود الإدارية وثيق الصلة بفكرة التنمية المحلية والتنمية الوطنية أيضاً، فإذا أعلنت السلطات العمومية مثلاً أنها ستفك العزلة عن بعض المناطق وتمتد شبكة المواصلات وأنها تعد بإنجاز مجموعة سكنات في مدة معينة، أو أنها تعلن عن إنشاء مدن جديدة فإن تنفيذ سائر هذه البرامج الاستثمارية يجسد ميدانياً عن طريق عقد الأشغال العامة.

2- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام: حتى تكون أمام عقد أشغال عامة يجب أن يتم العمل الوارد على العقار بالصور المشار إليها في الشرط الأول لحساب شخص معنوي عام ويستوي أن يتعلق الأمر بشخص إقليمي كالدولة أو الولاية أو البلدية أو شخص مرفقي كالجامة ومركز التكوين المهني أو مؤسسة عامة استشفائية، ولا يفوتنا تسجيل ملاحظة في غاية من الأهمية، أن عقد الأشغال عرف في الجزائر توسعاً وانتشاراً بحكم البرامج الاستثمارية المختلفة والخطط التنموية وهو ما شهدته كل الولايات.

3- يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة: ولما كان موضوع العقد ينصب على عقار سواء تمثل في إقامة عن طريق أو إنشاء مجموعات سكنية أو إقامة جسور أو محولات فإن الهدف من هذه العمل وهذا العقد هو خدمة المصلحة العامة، ولقد ذهب الفقهاء إلى تأصيل عقد الأشغال العامة كونه في حقيقة الأمر عقد مقاوله الموجود والمكسر في القانون المدني. غير أنه لما اتصل بمرفق عام وكان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة سمي العقد بالأشغال العامة تمييزاً له عن العقد المدني وكونه من العقود الإدارية لا المدنية.⁽³⁾

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 46.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 90.

³ - المرجع نفسه، ص ص 91-92.

4- أن يتوفر في العقد الحد المالي المطلوب: خص المشرع الجزائري عقد الأشغال العامة العتبية المالية حملتها المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15 وحددتها بـ 12 مليون دينار جزائري.

وهذا الأمر يشكل خاصية يتميز بها عقد الأشغال عن باقي الصفقات الأخرى كعقد الدراسات أو عقد الخدمات.⁽¹⁾

5- **حيازة المؤسسات المشاركة على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين:** فرض المرسوم التنفيذي رقم 110/11 المؤرخ في 6 مارس 2011 في مادته الأولى⁽²⁾: "تكون شهادة التخصص والتصنيف المهنيين إجبارية لجميع المؤسسات أو مجموعات المؤسسات التي تعمل في إطار البناء والأشغال العامة لإبرام صفقات مع الدولة والولايات والبلديات والادارات والمؤسسات والهيئات العمومية".

وعرفت المادة 3 من هذا المرسوم 110/11 السالف الذكر شهادة التخصص والتصنيف المهنيين على أنه: "شهادة التخصص والتصنيف المهنيين للمؤسسات وثيقة تنظيمية، يجب تقديمها عند كل إلتزام بأشغال البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية".

وتحول الشهادة المذكورة أعلاه للمؤسسة الحائزة لها اختصاص وطنيا في ميدان العمل المعين ونصت المادة 4 من نفس المرسوم المذكور سابقا المعلومات الواردة في الشهادة، وحددت المادة 6 مدة صلاحية الشهادة بثلاث سنوات.⁽³⁾

6- **هو اتفاق مكتوب:** كما جاء بها المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 يجب أن تتبلور صفقة أو عقد الأشغال العامة في عقد مكتوب⁽⁴⁾ موقع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الذي يتم اختياره للقيام بالأشغال لحسابها يتضمن التحديد المسبق للإلتزامات وحقوق الأطراف وفق دفتر الشروط الذي يتم إعداده مسبقا من قبل المصلحة المتعاقدة⁽⁵⁾.

¹- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 92.

²- مرسوم تنفيذي رقم 11-110 مؤرخ في 6 مارس 2011، يتم المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28 نوفمبر سنة 1993 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية وميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين ج. ر. رقم 15، مؤرخة في 9 مارس 2011، ص 33.

³- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 93.

⁴- نصت المادة 2 على أن: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع..."، المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم

الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر رقم 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص 5.

⁵- عليوة فضيل، عقد الأشغال العامة في ظل قانون الصفقات العمومية 236/10، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2015/2014، ص 7.

ثانيا: عقد التوريد: هو عقد بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المورد بتوريد مواد أو منقولات معينة لازمة لمشروع ذي نفع عام لقاء ثمن يحدد في العقد⁽¹⁾. كما يمكن تعريفه أيضا بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص (المورد) بقصد تموينها باحتياجاتها من المنقولات وهذا لقاء مقابل تلزم بدفعه ويقصد تحقيق منفعة عامة.

ومن هذا التعريف يبدو الفرق واضحا بين عقد التوريد الذي ينص دائما على منقولات محل التعاقد، وعقد الأشغال العامة الذي ينص دائما على عقار، كما يبدو الفرق واضحا أيضا بين عقد اقتناء اللوازم ينص على توفير منتج أو مادة معينة للإدارة بصفة دورية خلال مدة متفق عليها في عقد الصفقة. فكأنها التزام التعاقد مع الإدارة يتجدد كل مرة وهو ما لا نجده في عقد الأشغال، وينبغي الإشارة أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر والجزائر وعبرهما من الدول سن أحكام نظرية العقد الإداري بمناسبة إبرام جهة الإدارة لكثير من عقود التوريد واعترف لها القضاء بممارسة جملة من السلطات الاستثنائية والغير مألوفة على صعيد روابط القانون الخاص.⁽²⁾

الفرع الثاني: عقود الخدمات

لا تلجأ الإدارة المتعاقد حال ممارسة نشاطها بهدف خدمة الجمهور إلى إبرام عقود الأشغال وعقود توريد فقط، بل تحتاج أيضا وإلى جانب العقدين الأولين إلى إبرام عقد آخر هو عقد الخدمات، كما نص عليه المرسوم 247/15 في مادته الثانية؛ إن الإدارة وإن كانت تقدم ضمان كثير للجمهور سواء كانت إدارة مركزية أو ولاية أو بلدية أو جامعة أو مستشفى أو معهد للتكوين المهني وغيرها من الإدارات كثير، لأنها هي الأخرى تحتاج قطعاً لأن تخدم في جانب معين من أوجه النشاط. ومن هنا تأتي أهمية عقد الخدمات كونه الإطار القانوني والتعاقد الذي يمكن جهة الإدارة من الاستفادة من خدمة معينة يقدمها الغير بمقابل تلزم بدفعه ونظراً لأهميته فقد جاء ذكره في كل قوانين الصفقات العمومية في الجزائر.⁽³⁾ ولم يعرفه المشرع⁽⁴⁾ تاركاً هذه المهمة للقضاء الإداري والفقهاء.

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 46.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 95 .

³ - فذكرته المادة 4 والمادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر رقم 58، المؤرخة في 7 أكتوبر 2010، وقبل ذلك ذكرته المادة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر رقم 52، المؤرخة في 28 جويلية 2002، والمادة 1 من الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر رقم 52، المؤرخة في ، والمادة 4 من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر رقم 15، المؤرخة في 23 أبريل 1982 ، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر رقم 57، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991 ، عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 96.

⁴ - "... 6 ملايين دينار جزائري للدراسات والخدمات..."، المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 6.

ويعرفه الأستاذ الدكتور عمار بوضياف على أنه اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (معنوي أو طبيعي) يقصد توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة تتعلق بتسيير المرفق نظير مقابل مالي، وعادة ما يكون موضوع الخدمة محل العقد الإداري بسيط ولا يتطلب اعتمادات مالية كبيرة مثلما هو الحال بالنسبة لعقد الأشغال العامة وعقد التوريد الذين يتطلبان صرف مبالغ ضخمة⁽¹⁾ ومن أمثلة ذلك:

أولاً: عقود تقديم الخدمات: لا يكون محلها أشغال ذات طابع عقاري، وتهدف إلى تحقيق خدمات منقولة مادية، مثل: إجراء تحقيق أو إنجاز قرص مضغوط، وقد تكون فيه مثل إجراءات إستشارة فنية تبرم على الخصوص مع مهندس معماري أو مكتب دراسات متخصص أو متعدد التخصصات.

ثانياً: عقود إنجاز الدراسات: لقد أثبتت التجربة أن المشاريع الكبرى لإنجاز السدود وشق الطرق والأنفاق قد أنجزت على دراسات سطحية، ما أدى إلى أنها أصبحت مكلفة، وجعل عملية الاستثمار بطيئة وذلك بسبب إدراج عقود الدراسات ضمن عقود الخدمات⁽²⁾.

وعلى ذلك يعد عقد الدراسات في القانون الجزائري عقدا إداريا بحسب نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 وأوجب له الحد المالي المطلوب التي تضمنته المادة 13 منه.

وتلزم الإدارة إن أرادت إبرام هذا العقد بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية من حيث طرق الإبرام وإجراءاته أو من حيث الرقابة. وتمكن تعريف عقد الدراسات بأنه "اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) يلزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل مالي تلزم الإدارة بدفعه تحقيقاً للمصلحة العامة كأن يتعلق الأمر

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 96 - 97.

² - نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء الدفعة الثانية عشر، الجزائر، 2001-2004 ص 17.

فروجوعاً: للأمر 67-90 تحديد المادة الأولى منه لا نجد فيها تشييراً صراحة لعقد الدراسات بل ذكر فقط عقد الأشغال وعقد التوريد وعقد الخدمات وقد خص عقد الدراسات فصلاً بأكمله.

فجاء المرسوم 82-145 خالياً من الإشارة بالنص الصريح لعقد الدراسات واكتفت المادة 4 منه بالإشارة للعقود الكلاسيكية الإدارية المتمثلة في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد الخدمات وهو ما تكرر وتؤكد في المادة 13 من نفس المرسوم.

. قد ابتغى المشرع من مصطلح الخدمات الواردة في المادة 4 و 13 من المرسوم 82-145 مفهوماً شاملاً وواسعاً ليضم عقد الدراسات من منطلق أنه عقد خدمة وإن كانت مميزة عن غيرها من الخدمات كونها ذات طابع فني أو تقني وعلمي.

. وذهب المرسوم التنفيذي 91-434 نفس الخط فأوردت المادة 3 منه العقود الكلاسيكية وهو ما تؤكد وتكرر في المادة 12 منه.

. وأخيراً جاءت المادة 3 من المرسوم الرئاسي 02 - 250 معلنة عن هذا العقد بالنص الصريح وتؤكد ذلك في المادة 11 من نفس المرسوم ويستمد عقد

الدراسات وجوده القانوني من المادة 4 والمادة 13 في المرسوم الرئاسي 10/236، عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 98 - 99.

بعقد يجمع بين مديرية السكن ومكتب دراسات هندسية بغرض إنجاز تصاميم هندسية لمجموعات سكنية تريد الإدارة المعنية إقامتها⁽¹⁾.

ثالثا: عقد القرض العام: هو اتفاق بين الإدارة العمومية من جهة وإحدى الشركات من جهة أخرى تتعهد بموجبه هذه الأخيرة بدفع مبلغ لهذه الإدارة مقابل فائدة سنوية محدد في العقد⁽²⁾. وهو أيضا عقد يقرض بمقتضاه أحد الأفراد (أو البنوك) مبلغا من المال لأحد أشخاص القانون العام مقابل تعهد الأخير برد القرض وفوائد سنوية في الآجال المحددة⁽³⁾.

وتلجأ الدولة الممثل هذه العقود لمعالجة أزمة اقتصادية تمر بها، فتطرح في السوق سندات القرض والأصل في هذه العقود بنها اختيارية، إلا أنها قد تكون إجبارية تفرضها الإدارة على الأفراد على شكل ضرائب، إلا أن القانون يرتب آثار عقد القرض من حيث وجوب استردادها في نهاية المدة.

ولما كان عقد القرض العام يؤدي إلى تحمل الدولة أعباء مالية لآجال طويلة فقد جرت العادة في الدول البرلمانية على وجوب موافقة البرلمانية⁽⁴⁾.

رابعا: عقد النقل: وهو اتفاق يتعهد بوجبه فرد أو شركة النقل البري أو البحري أو الجوي، بنقل أشياء للإدارة أو يوضع وسيلة النقل تحت تصرفها، لنقل الأشخاص فيها، ومع هذا العقد يشبه عقد التوريد في كلاهما ينصب على مال منقول، إلا أنه يختلف عنه في أن عقد النقل يتصرف عادة إلى نقل الأشياء أو الأشخاص، وليس توريد الأشياء بشرائها وتقديمها للإدارة، وقد يكون التزام الناقل التزاما فوريا، مثل العقد الذي تبرمه وزارة الدفاع وطني لنقل معدات إلى الثكنة أو إلى مكان آخر، حيث ينتهي العقد بوضع المعدات في المكان المخصص لها. وقد يكون الالتزام مستمرا مثل، نقل الطلبة الجامعيين على متن حافلات الخواص، حيث تستمر العملية طوال السنة الجامعية وتحدد كل سنة⁽⁵⁾.

خامسا: عقد الامتياز: هو من أهم العقود الإدارية؛ لأنه يمنح الفرد أو شركة بإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة وهذا بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي تضع لها⁽⁶⁾.

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 99.

² - سعيد بو علي وآخرون، مرجع سابق، ص 125.

³ - عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 20.

⁴ - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 20.

⁵ - المرجع نفسه، ص 20 - 21.

⁶ - سعيد بو علي وآخرون، المرجع السابق، ص 125.

والامتياز هو أسلوب من أساليب تسيير المرافق العامة ويتم عن طريق عقد تمنح بموجبه الإدارة تسيير مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص، ويتضمن عقد الامتياز شروطا تنظيمية، وهي شروط حول كيفية تقديم المرفق العام لخدمة الجمهور، وشروطا تعاقدية، وهي تخص الحقوق المالية المتعاقد أساسا. وهكذا فإن المنازعات بخصوص عقد الامتياز نفسه تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية لأن السلطة الإدارية مانحة الامتياز طرفا في النزاع، وهي (الدولة، الولاية، البلدية أو المؤسسة العمومية) وكذلك الدعاوى التي قد ترفعها الإدارة مانحة الإمتياز ضد الملتزم (المتعاقد معها) فإنها من اختصاص المحاكم الإدارية لتوافر المعيار العضوي، بينما تكون من اختصاص المحاكم العادية الدعاوى التي يرفعها الأفراد ضد الملتزم عن عدم تقديم الخدمة أو سواء تقديمها وغيرها لانعدام المعيار العضوي.⁽¹⁾

وأشار قانون الولاية الحالي⁽²⁾ في الفصل الرابع المصالح العمومية، الفرع الثاني كفاءات تسيير المصالح العمومية الولائية الفقرة الثالثة تحت عنوان الامتياز في مادته 149: "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به. يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم، ويصادق عليه حسب القواعد والاجراءات المعمول بها.

ويصادق عل العقود المبرمة في هذا الشأن طبقا لأحكام المادة 54 من هذه القانون."

كما أشار أيضا قانون البلدية الحالي⁽³⁾ في الفصل الرابع الإمتياز في نص المادة 155: "يمكن للمصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه، أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول. يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم."

كما جاء في مضمون القانون الحالي للبلدية تفويض المصالح العمومية في مادته 156: "يمكن للبلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها."

¹ - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 33 - 34.

² - ج ر رقم 12، المؤرخة في 2012/02/29، ص 22.

³ - ج ر رقم 37، المؤرخة في 2011/07/03، مرجع سابق، ص 22.

ومن العقود التي أولاهها المشرع الجزائري اهتماما أكبر، عقد الصفقة العمومية⁽¹⁾ بما فيها تفويضات المرفق العام، حيث عرفها بأنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، وتبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم الرئاسي 247/15، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.⁽²⁾

¹-Article 1 : « ...les marchés publics sont les contrat conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière des travaux, des fournitures ou des services... », ALLIN MENEMENIS, **Code des marchés publics et autres contrats**, commenté, 5 édition, DALLOZ, 2012, p7.-JEROME MICHON, **les marchés publics en 100 questions, guide pratique à l'usage des acheteurs et des prestataires**, édition le moniteur, paris, 2009,p 11.

²- المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 5.

خلاصة الفصل التمهيدي

إن الإدارة العامة هي تلك المنظمات والهيئات المركزية واللامركزية التي تعمل على تحقيق المنفعة العامة للأفراد وفق أساليب السلطة العامة والمرفق العام. وحتى تقوم الإدارة العامة بنشاطها وموضوعاتها المرجوة؛ وتجسد أهدافها ومشاريعها وسياساتها المسطرة، تتخذ جملة من التصرفات القانونية والإجراءات المشروعة من تفويض للمرافق العامة تنفيذًا وتسييرًا نصت عليها التشريعات والقوانين الوضعية .

ولأن القانون الإداري فرع من فروع القانون العام الذي منح للإدارة العامة إمتيازات السلطة العامة، وما دامت هي صاحبة المصلحة في العقد من حيث الإنفاق والتمويل، فإنها تقوم بهذه النشاطات المختلفة من أجل تلبية الحاجات الضرورية التي توجب بها، فأنها تقوم بهذه التصرفات مع أشخاص القانون الخاص وفق إجراء إبرام العقود الإدارية، وما يترتب عنها من نتائج ومنازعات بين الأطراف.

ولا يخلو أي تصرف قانوني من النزاعات ، تطلب من المشرع إيجاد جهة يتقاضى إليها الأطراف المتعاقدة لفض منازعاتهم، والمنصوص عليها في المادة 6 في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

من خلال المادة 800 منه والتي تأخذ بالمعيار العضوي لمفهوم الإدارة العامة على المعيار الموضوعي لتسوية المنازعات أمام الجهات القضائية الإدارية، نظرا لسهولة وبساطة هذا المفهوم الذي يمكن الأشخاص التعرف على هذه الهيئات الإدارية المذكورة في القانون 09/08.

الفصل الأول

الفصل الأول: ضمانات حقوق المتعامل المتعاقد ضمن المرسوم الرئاسي 247/15

تتجلى أبرز ضمانات لحقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة من خلال ضمان مبدأ حرية المنافسة دون تمييز وبكل مشروعية، وهذا ما نتناوله ضمن هذا الفصل في المبحث الأول كما تظهر مجموع الضمانات للحقوق المالية للمتعاقد من حيث تحديد الثمن والرسوم وإجراءات الدفع والتسوية على الحساب والتي هي موضوع المبحث الثاني.

المبحث الأول: حقوق المتعامل ضمن إجراءات إبرام الصفقات العمومية

تعتبر المنافسة أكبر حق للمتعامل المتعاقد وضمانا لوصوله للتعامل مع الإدارة، حيث تعتبر المنافسة والمشاركة من أوجه الشفافية، والتي في مجملها تشكل شكل من أشكال الحكم الراشد والشفافية في التعامل مع الجمهور. أفادت المادة 59 من المرسوم الرئاسي الحالي⁽¹⁾ أنه: "يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، اختيار كيفية إبرام الصفقات. ويدخل ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقا لأحكام هذا المرسوم"، وعلى هذا الأساس تتصرف الإدارة بمقتضى شروط محددة تعتبر ضمانات قانونية لتجسيد المبادئ العامة التي تحكم سير عملية إبرام الصفقات العمومية وتمثل هذه المبادئ أساسا في :

حماية المال العام من مخاطر سوء التسيير والإستعمال أو التحويل عن وجهته المقصودة.

ضمان مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المتعاملين.

تمكين الإدارة من اختيار أفضل المترشحين للتعاقد معها.

ومنه فإن إبرام الصفقات العمومية يفرض الإستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية، تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والمحافظة على توازن مصالح الأطراف.⁽²⁾

إن ما يعيننا أكثر في دراسة طبيعة الضمانات المقررة في طريقة إختيار المتعاقدين هو مدى احترام الإدارة المتعاقدة للمبادئ والشروط اللازمة المنصوص عليها كإطار قانوني وتنظيمي عام وهذه القواعد الجوهرية والتي سنتطرق لها من خلال هذا المبحث إلى مبدأ حرية المنافسة والتكريس القانوني له في المطلب الأول، ليكون محتوى المطلب الثاني حق المتعامل في تمكينه من التعاقد مع الإدارة من خلال الإعلان عن المنح المؤقت والمنح النهائي.

¹ - ج ر رقم 50، المؤرخة في 20/09/2015، ص 16.

² - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د.م.ج، ط2، الجزائر، 2006، ص 5.

المطلب الأول: مبدأ حرية المنافسة

عملت القوانين السابقة للصفقات العمومية على تكريس مبادئ تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية حيث جاء في التعديل الدستوري 2016 أن حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتتمارس في إطار القانون، وتعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.⁽¹⁾

كما نص قانون مكافحة الفساد 01/06 المعدل والمتمم: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تركز هذه القواعد على وجود النصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.

- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.⁽²⁾

ولما كان المتفق عليه في روابط القانون الخاص أن الأفراد أحرار في إختيار شركائهم في العقد، فإن الإدارة لا تتمتع بهذا القدر من الحرية، ذلك لأن الصفقات العامة محكومة بنصوص قانونية تنص صراحة على أساليب محددة لإبرام العقد ولاختيار المتعاقد وهي الأساليب التي سعى المشرع من خلالها إلى المحافظة على المال العام من جهة ولتكرس الحياد والشفافية والمحافظة على حقوق الأفراد⁽³⁾.

كما نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."⁽⁴⁾ من أجل توفير طلبات أفضل للعاممة وترشيدها للمال العام يجب مراعاة مبادئ المساواة والشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية بين المترشحين المقبلين على التعاقد مع الإدارة العامة.

¹ - المادة 43 من التعديل الدستوري 2016، مصدر سابق، ص 11 .

² - المادة 9 من القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، ج ر رقم 14، مؤرخة في 8 مارس 2006، ص 6

³ - عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 95.

⁴ - ج ر رقم 50، المؤرخة في 20/09/2015، مرجع سابق، ص 5.

الفرع الأول: التكريس القانوني لمبدأ المنافسة

فالدعوى للمنافسة هي وسيلة أصلية وإجراء يهدف إلى وضع عدة مترشحين في منافسة، ومنح العقد للمتعهد الذي يقدم العرض الأفضل ماليا وتقنيا⁽¹⁾. فلا مانع لاشتراك أي منافس من توافرت فيه الشروط القانونية في إطار الشكلية الواجب إتباعها لدخول المنافسة⁽²⁾. وهذا ما تم بالفعل، حيث أن المشرع قد شدد في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم لا سيما مادته الثالثة على وجوب إحترام مبادئ الحرية والوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراء من أجل تحقيق نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.⁽³⁾

ويلاحظ في المرسوم 247/15، بالرغم من أن المؤسسات العمومية الإقتصادية لا تخضع لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا المرسوم، ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها على أساس مبادئ الحرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئات اجتماعية⁽⁴⁾، وكل هيئة حتى لو كانت غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولأحكام هذا المرسوم مهما كان وضعها القانوني تستعمل أموال العمومية بأي شكل كان، ملزمة إعداد إجراءات إبرام الصفقات على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئات مؤهلة⁽⁵⁾.

وتجد مبرراتها في أن الإدارة في تعاقدتها إنما تنطلق من هذه تحقيقا للمصلحة العامة أو مجرد مصلحة شخصية، كما أنها تتصرف في مال عام يتمثل في حصيلة الخزنة العامة التي يمولها أفراد الجمهور بما يدفعونه من ضرائب ورسوم مختلفة⁽⁶⁾. إضافة إلى إدراج المشرع تدابير إدارية ذات طابع وقائي لمكافحة الفساد⁽⁷⁾، مثلما كرسها في المرسوم الرئاسي 236/10 والذي من خلال حاول إرساء مبدأ المحافظة على المال العام وتكريس مبدأ الوقاية من الوقاية من الفساد، والدليل أن أهم ما

¹ - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 22.

² - كتر لطيف، حقوق المتعامل المتعاقد في ظل قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، كلية الحقوق في العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014، ص 24.

³ - بوكراشوش محمد، مرجع سابق، ص 65.

⁴ - المادة 9 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 6.

⁵ - المادة 11 من نفس المرسوم، ص 6.

⁶ - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 61.

⁷ - بوكراشوش محمد، المرجع السابق، ص 65.

جاء به هذا المرسوم أنه مدد العمل به على صعيد المؤسسات الاقتصادية. وجاءت المادة الثالثة منه معلنة أنه عندما لا تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية معنية بالخضوع لأحكام هذا المرسوم أنه يتعين على هيئاتها الاجتماعية ومجالسها الادارية أن تصادق على جملة القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية ما عدا ما تعلق منها بجانب الرقابة الخارجية.⁽¹⁾

وتكريسا لما ورد في الدستور من تشجيع لحرية الاستثمار والتجارة وبمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة، ومن واجب الدولة العمل على تحسين جو ملائم للأعمال من أجل ازدهار المؤسسات دون تمييز وخدمة للتنمية الاقتصادية⁽²⁾، وكل هذا يجعل المصلحة المتعاقدة مجبرة على التقيد بمجموعة من المراحل مع وجود إستثناءات بهذا الخصوص.

أولاً: مراحل المنافسة:

1- ضرورة إعلان المصلحة المتعاقدة تحقيقاً لمبدأ المنافسة: فالإعلان هو إجراء يحكم الصفقات العمومية، فيشترط على الإدارة أن تعلن العروض في الصحف اليومية المشهورة وبوسائل الاعلان والاشهار والأخرى حتى يعلم الجميع ويتسنى للأشخاص المعنيين إمكانية منافسة غيرهم بتقديم عروضهم في الوقت المناسب والشكل المطلوب⁽³⁾، كما جاء في نص المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 بصفة الالتزام: "يكون اللجوء إلى الاشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح⁽⁴⁾،
 - طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
 - طلب العروض المحدود،
 - المسابقة،
 - التراضي بعد الاستشارة عن الاقتضاء".
- وجاءت هذه المادة مخالفة لنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 على ما يلي: "يكون اللجوء إلى الاشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:
- المناقصة المفتوحة،

¹ - ويبدو واضحاً من المادة أعلاه أن المشرع أراد تحقيق مبدأ وحدة المنظومة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية أيا كان قطاع النشاط فلا يهم، كونها ذات طابع إداري أو اقتصادي فجمعها يخضع من حيث الأصل لمنظومة واحدة فيما يخص الصفقات العمومية مع إستثناءات بسيطة ومحددة تخص بجانب الرقابة الخارجية، عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 29.

² - المادة 43 / 1 و 2 و 4 من الدستور 2016، مصدر سابق، ص 11 .

³ - سعيد بو علي وآخرون، مرجع سابق، ص 128.

⁴ - يمكن أن يكون طلباً وطنياً أو دولياً، المادة 42 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 12.

- المناقصة المحدودة،

- الدعوى إلى الانتقاء الأولي،

- المسابقة،

- المزايدة.⁽¹⁾

فرض المشرع اللجوء للإشهار بنشر الإعلان حيث يفتح فرصة المنافسة أمام جميع العارضين ويجسد مبدأ علنية وشفافية الصفقة وكذلك مبدأ المساواة بين المتنافسين هذه المبادئ التي تم تكريسها في المنظومة القانونية الجزائرية، فالإعلان على هذا النحو إجراء جوهري تلتزم الإدارة بمراعاته في كل الأشكال، وكذلك الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب آخر لطلب العروض.⁽²⁾

كما يجب أن يجرى إعلان طلب العروض بلغتين؛ باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل⁽³⁾، إضافة إلى إجبارية نشرها في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن . ر . ص . م . ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.⁽⁴⁾

وأدرج المشرع إعلان المنح المؤقت للصفقة والتي تم نشر ضمنها إعلان طلب العروض، حسب الامكانية مع تحديد السعر و آجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار المتعامل الحائز على الصفقة العمومية.

كما مكن من إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازمها حيث يساوي مبلغها 100,000,000 دينار جزائري أو يقل عنها و 50,000,000 دينار جزائري أو يقل بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات وهذا حسب تقدير الإدارة حيث يكون إشهارها محلي وذلك حسب كفاءات النشر تضمنتها المادة 65 في المرسوم الرئاسي 247/15.⁽⁵⁾

¹- ج ر رقم 58، المؤرخة في 2010/10/07، ص 9.

²- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 153.

³- بالنسبة للصفقات الدولية يتم نشر الاعلانات المتعلقة بما حتى باللغة الإنجليزية بالإضافة إلى نشر الاعلان باللغتين العربية والفرنسية تطبيقا لتعليمية رئيس الحكومة رقم 08 المؤرخ في 2006/12/26 .

⁴- المادة 1/65 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 17.

كما يتم نشر الاعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي "Bomop" المحدثة بموجب مرسوم تنفيذي رقم 24-116 ويتم الأمر عمليا عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية، مرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 مايو 1984 يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، جر رقم 20 بتاريخ 15 ماي 1984.

⁵- المادة 3و2/65 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 17.

ولقد أشار المرسوم الرئاسي الحالي أسلوب الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية في الفصل السادس منه بغية عصرنه الإدارة وتسهيل وصول المعلومة للمتعاملين، حيث وضعت المصالح المتعاقدة وثائق الدعوى إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية وفق جدول زمني يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية⁽¹⁾.

وقد غيب هذا الأمر في التنظيمات السابقة⁽²⁾ رغم أهميته من الناحية العملية ورغم اعتماد المشرع منذ 2005 بما يعرف بأسلوب التعاقد الإلكتروني في المنظومة المدنية⁽³⁾.

وإذا كان النشر عبر الموقع الإلكتروني لإدارة المعنية أمر نثني عليه نظرا لمحاسنه الكثيرة وحتى تساهل التطور التكنولوجي إلا أننا نشير إشكالية الرد الإلكتروني من جانب المتعهد وما قد يشيره من مخاطر تسرب المعلومات وتعرضها للقرصنة الإلكترونية، خاصة أمام ما نشهده من تطور رهيب في هذا المجال. ويبدو أن كلما تطورت الإختراعات في مجال المعلوماتية وأنظمة الحماية، كلما ظهرت أساليب القرصنة من الصعب النجاة منها و تفاديها. فكيف يمكن أن نكفل ضمان سرية العرض إذا كان المتعهد يجب أو يرد بالطريق الإلكتروني؟ لاشك وأن الإجابة على هذا الإنشغال يفرض وجود نظام معلوماتي قوي غير قابل للإختراق والقرصنة من شأنه ضمان سرية العروض وسرية الردود وحماية المتعهدين.

وبذلك فتح القانون الجزائري سبل المشاركة لكل العارضين الذين تتوفر فيهم الشروط المعلن عنها مقدما بذلك المقاييس المعمول بها في معظم الأنظمة القانونية مكرسا بذلك مبدأ الشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين العارضين.⁽⁴⁾

وتضمن إعلان طلب العروض وبصفة إلزامية البيانات التالية:⁽⁵⁾

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية طلب العروض.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
- موضوع العملية.

¹ - المادة 204 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 46.

² - المرسوم الرئاسي 236/10 الذي أشار إليه من خلال المادة 147 منه.

³ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 154.

⁴ - المرجع نفسه، ص 154 - 155.

⁵ - المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 17.

- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة الخاتمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر.
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة " يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومراجع طلب العروض.
- ثمن الوثائق، عند الاقتضاء.

وبفرض هذه البيانات في كل إعلان أيا كان شكله يكون المشرع الجزائري كفل للمعنيين من المتنافسين فرصة المشاركة وهذا لإطلاعهم عن الجهة المعنية، وموضوع الخدمة، ونوع العرض⁽¹⁾، ومجال المشاركة وآجالها، والوثائق المطلوبة والكفالة. وإذا بادرت الإدارة المعنية لنشر الإعلان بالكيفية المذكورة سلفا تعيين عليها تمكين المعنيين من دفتر الشروط للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد⁽²⁾، كما نصت عليه المادة 63 و 64 من المرسوم الرئاسي 247/15.

2- إيداع العروض: يعني إتاحة الفرصة أمام المتنافسين في إيداع عروضهم لدى جهة الإدارة المتعاقدة، وكحماية للمنافسة بين العارضين أوجب التنظيم الحالي، أن يكون الإيداع في مكان واحد وفي مجال زمني موحد بالإضافة، إلى إحاطة مضمون العروض بالسرية، وعدم جواز الإطلاع عليها من قبل الغير⁽³⁾، حتى الميعاد المقرر للتقييم، وذلك بغرض إيداع العرض⁽⁴⁾ في ظرف عادي مغلق⁽⁵⁾ لا يدل على اسم صاحبه.

وبعد استقبال المصلحة المتعاقدة عروض المتعاملين، تقوم بتسجيلهم وترقيمهم حسب ترتيب طلباتهم⁽⁶⁾.

¹ - ج ر رقم 50، المؤرخة في 20/09/2015، ص 17.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 156-157.

³ - علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص 145.

⁴ - الذي يجب أن تشمل على ملف المترشح وعرض تقني وعرض مالي، المادة 1/67 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 18.

⁵ - يوضع ملف المترشح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام، يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه، وتتضمن عبارة "ملف الترشيح" أو "عرض تقني" أو "عرض مالي"، حسب الحالة. وتوضع الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغلف ويحمل عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض- طلب العروض رقم ... موضوع طلب العروض"، المادة 2/67 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 18.

⁶ - سعيد بوعلي وآخرون، مرجع سابق، ص 133.

3- تقييم العروض: وتتضمن هذه العملية سلسلة من الإجراءات تقوم بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽¹⁾ والتي استحدثت بموجب هذا المرسوم في إطار الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية.

4- فتح الأظرفة: والتي تقوم بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والتي يتم إحداثها على مستوى كل مصلحة متعاقدة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار لأحسن العارضين لمنحه الصفقة.⁽²⁾

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة تحت مسؤوليتها، أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ولذلك حسب نص المادة 160، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية والمالية طبقاً لنص المادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في جلسة علنية، خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة المنصوص عليها في المادة 66 من نفس المرسوم.

وتدعو المصلحة المتعاقدة كل المترشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، حسب الحالة، في إعلان المنافسة و عن طريق رسالة موجهة للمرشحين أو المتعهدين المعنيين، وذلك حسب الحالات التالية:

- في حالة الإجراءات المحدودة، تفتح ملفات الترشيحات بصفة منفصلة.

- في حالة إجراء طلب العروض المحدود، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية أو العروض التقنية النهائية أو العروض المالية على مرحلتين.

- في حالة إجراء المسابقة، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية والخدمات والعروض المالية على ثلاث مراحل.

كما لا يتم فتح الأظرفة الخاصة بالخدمات في جلسة علنية ولا يتم فتح أظرفة العروض المالية للمسابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة تقييم الخدمات من قبل لجنة تحكيم، كما هو منصوص عليه في المادة 48 من نفس المرسوم.⁽³⁾

5- مرحلة إرساء الصفقة: يعد فتح الأظرفة وتقييم العروض تتخذ مصلحة المتعاقد موقفاً إزاء العارضين والمتعاملين المتعاقدين، فتختار أفضل وأحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية من أجل إنجاز المشروع المعلن عنه⁽⁴⁾.

¹ - المادة 160 من المرسوم الرئاسي، مرجع سابق، ص 39، ومهامها محددة في المادتين 71 و 72 من نفس المرسوم، ص 20.

² - سعيد بو علي وآخرون، مرجع سابق، ص 133 - 134.

³ - المرجع نفسه، ص 134.

⁴ - سعيد بو علي وآخرون، المرجع نفسه، ص 134.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على حرية المنافسة : حرية المنافسة من المبادئ الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية وقد حرص المشرع على تكريسها سواء في قانون الصفقات العمومية أو القوانين الاقتصادية الأخرى. غير أن تطبيق المبدأ لا يأخذ على إطلاقه، ففي حالات تعدد المصلحة المتعاقدة ضرورة عدم احترامه دون أن يعتبر ذلك إخلالاً لمبدأ حرية المنافسة، ويكون ذلك إما تطبيقاً لنص قانوني أو الأسباب عملية فقد تحدد المصالح المتعاقدة بعض الشروط ويؤدي فرضها جعل المنافسة محصورة على فئات محددة ولا يعتبر ذلك إخلالاً منها بمبدأ حرية المنافسة⁽¹⁾.

ونصت المادة 75 من المرسوم الرئاسي الحالي على حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بحيث يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الإقتصاديون⁽²⁾:

- الذين يقتصر استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحيته العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 أعلاه .

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

- الذين هو محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقيف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوت الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمنع بنزاهتهم المهنية.

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.

- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.

- الذين قاموا بتصريح كاذب.

- المسجلون في قائمة المؤسسات المحلية بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع.

- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص في المادة 89 من هذا المرسوم.

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارية.

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم.

- توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

¹- كنزة لطيف، مرجع سابق، ص 27.

²- المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 21.

ورغم وجود نص المادة 67 المحدد لحالات الإقصاء حصرا فرض التنظيم الجديد للصفقات العمومية على كل من يرغب الدخول والمشاركة تقديم تصريح بنزاهته وفق النموذج المنصوص عليه في المادة 67 من هذا المرسوم.

الفرع الثاني: تجسيد مبدأ المنافسة

يقضى هذا المبدأ أن كل من يملك حق المشاركة في الصفقات المعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المتنافسين⁽¹⁾، ويقصد بهذا المبدأ أن يعامل جميع المشاركين في طلب العروض معاملة متساوية قانونا وفعلا، ومثاله أن لا يسمح لأحد المتنافسين بالإطلاع على ملف طلب العروض دون بقية المتنافسين⁽²⁾ والتي كان قد غيبتها المشرع في قوانين سابقة⁽³⁾ واستدركها في المرسوم الرئاسي 236/10 والذي أكدها المرسوم الرئاسي 247/15 في مادته 62.

وبفرضه هذه البيانات في إعلان أيا كان شكله، يكون المشرع الجزائري قد كفل المعنيين من المتنافسين فرصة المشاركة وبذلك جسد مرة أخرى مبدأ العلانية ومبدأ المساواة بين المتنافسين⁽⁴⁾ المذكورة في المادة 64 من المرسوم الرئاسي 247/15 الحالي.

والنتيجة المترتبة في هذا المبدأ أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين ولا منح امتيازات أو وضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت إجرائية أو واقعية.

بعد أن تباينت تطبيقات المشرع الجزائري لمبدأ الحماية بالنسبة للمنتوج الوطني في مختلف النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية بين التشديد والوسطية، يعود مرة أخرى إلى معاينة الانتاج الوطني في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 من خلال المادة 23 منه⁽⁵⁾، والتي تقابلها المادة 83 من المرسوم الرئاسي الحالي 247/15 التي تمنح نسبة أفضلية تقدر بـ 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري⁽⁶⁾ الذي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون وذلك في جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 من هذا المرسوم الرئاسي، لا يتماشى ومتطلبات التجارة العالمية

¹ - غريب عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ظل أحكام القانون 1989، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص 40.

² - سعيد بو علي وآخرون، مرجع سابق، ص 128.

³ - أنظر المواد من 29 إلى 34 من المرسوم الرئاسي 250/02، مرجع سابق، ص 7.

⁴ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص ص 156 - 157.

⁵ - كنزة لطيف، مرجع سابق، ص 30.

⁶ - وجه وزير الموارد المائية والبيئة عبد القادر والي، تعليمات صارمة، بعدم اللجوء إلى الصفقات الدولية لإنجاز مشاريع قطاعه، خاصة ما تعلق باختيار مكاتب الدراسات والخبرة، ملحا على "ضرورة الإستعانة بمكاتب دراسات وطنية، تقليصا لاستنزاف العملة الصعبة، صبرينة دلومي، (عهد الصفقات الدولية ولي)، يومية وقت الجزائر، قسم الحدث، العدد 2490، الجزائر، الصادرة بتاريخ 2017/03/22، ص 5.

وتشجيع الإستثمار في الجزائر، ويبقى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية لأهم المبادئ، ولن يتحقق ذلك إلا بالتحديد الدقيق والمسبق لاحتياجات المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾.

وتضمنت المادة 27 تحديد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية ويحدد مبلغ حاجاتها إستنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني حسب الشروط المحددة في هذه المادة⁽²⁾.

وحتى تتأكد المصلحة المتعاقدة من أن الطلب موضوع دفتر الشروط ليس موجهها نحو منتج أو متعامل إقتصادي محدد منعا للمحاباة⁽³⁾، وهذه الأخيرة أوجب المشرع تحيينها دوريا، بحيث توضع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية بكل أنواعها دفاتر البنود الإدارية العامة أو دفاتر التعليمات التقنية وحتى دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية⁽⁴⁾.

فالتحديد الدقيق والمسبق للطلب العام يكون في حدود الإحتياجات الفعلية والضرورية لسير المرفق العام بانتظام واضطراد، وبمفهوم المخالفة، شكل طلب لا يتم تحديده مسبقا وبصفة دقيقة يؤدي إلى تجزئته لعدة عقود وبذلك يتم إفلاته من إجراءات المنافسة والإشهار، وذلك سيؤدي لا محالة إلى المساس بأهم المبادئ التي تقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، وهي حرية المنافسة والمساواة وشفافية الإجراءات، كما أن تجزئة الصفقة تؤدي إلى إفلاتها من أطر الرقابة خاصة الرقابة الخارجية، فعدم تمتع أجهزة الرقابة بسلطة على هذه العقود من شأنه يفتح المجال واسعا للتلاعبات والتجاوزات⁽⁵⁾.

تلك هي مخاطر عدم التحديد الدقيق للطلب العام عند إبرام الصفقة العمومية، أما عند التنفيذ فتجبر المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى نظام الملاحق، وهذا ما يرهق الخزينة العامة ويزيد من تكاليف الشروع ويرفع من مخاطر الفساد⁽⁶⁾.

ومن أجل تدعيم المبادئ المنصوص عليها في هذا المرسوم وقصد ضمان الشفافية وهذا لتفعيل لمكافحة الفساد وحب التصريح بالملكيات التي تلزم على الموظف العمومي والذي نصت عليه المادة 88 من المرسوم الرئاسي والذي يتعين التوقع على التصريح بالنزاهة ومن قبل الشركاء المتعاقدين الجزائريين منهم والأجانب في تقديم عروض للحصول على

¹ - كنزة لطيف، مرجع سابق، ص 30.

² - ج ر رقم 50 المؤرخة في 20/09/2015، ص 8.

³ - كنزة لطيف، المرجع السابق، ص 31.

⁴ - المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 7.

⁵ - SABRI Mouloud, « Le droit Des marchés publics en Algerie : Realité et Prespectives » IDARA, Volume 18N° 01, Alger, 2008, P20.

⁶ - كنزة لطيف، المرجع السابق، ص 32.

الصفقات ومن قبل من يعمل معهم⁽¹⁾ وتكون تحت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يوافق عليه الوزير المكلف بالمالية.⁽²⁾

وبموجب المادة 67 من المرسوم الرئاسي الحالي التي تضمنت تصريح بالنزاهة ضمن ملف الترشح، هذا الإجراء لا يجذوا كونه إلتزام أدبي، لها تبعات إدارية وحتى جزائية ومن هذا القبيل إجراءات إدارية قد تصل إلى حد إلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق أو أي تدبير ردعي آخر، شمل التسجيل في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، وقد يصل الإجراء إلى حد الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية في حالة قيام أحد المتعاملين بمناورة تهدف إلى تقديم وعد منح مكافئة أو امتياز لأحد الأعوان العموميين بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفافض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه⁽³⁾.

ولقد شدد المشرع من خلال قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته حيث اعتبر الأفعال الضارة الصادرة من المتعاملين أو الأعوان العموميين ضمن جرائم الصفقات العمومية والتي نص عليها في الباب الرابع التحريم والعقوبات وأساليب التحري من هذا القانون.

المطلب الثاني: حق المتعامل في تمكينه من التعاقد

حتى يستأثر المتعامل من التعاقد مع الإدارة بشكل تدريجي وملائم، وهذا كله تعزيزا للشفافية وتطبيقا للمعايير الموضوعية التي جاء به التنظيم الحالي للصفقات العمومية من خلال المنح المؤقت والذي سنتطرق إليه في الفرع الأول، والمنح النهائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الاعلان عن المنح المؤقت

تعتبر مرحلة إرساء الصفقة العمومية مرحلة حاسمة ينجم عنها اختيار عارض إما بالنظر لتوافر عطاءه أو عرضه على مجموعة من الشروط والمواصفات مما دفع بجهة الإدارة لاختياره دون سواء عن بقية العروض⁽⁴⁾، ولقد اعترف المشرع الجزائري في المادة 76 من المرسوم الرئاسي الحالي بسلطة الإدارة وحقها في اختيار المتعاقد معها وفقا للمعايير المعلن عنها والذين

¹ - كنزة لطيف، مرجع سابق، ص ص 32 - 33.

² - المادة 1/89 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 25.

³ - المادة 89 من نفس المرسوم، ص ص 25 - 26.

⁴ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 184.

توافرت فيهم الشروط المحددة في الإعلان وطبقا لدفتر الشروط، غير أن هذه الحرية محددة بأطر رقابية⁽¹⁾ أعلن عنها المرسوم الرئاسي الحالي.

وحتى لا تحيد الإدارة المتعاقدة عن الإطار القانوني يتميز بين المعارضين أو نفضل أحدهم عن الآخر، جاءت المادة 63 من المرسوم الحالي، ملزمة الإدارة المعنية بالصفقة بضرورة إعلام المتنافسين بواسطة دفتر الشروط الخاصة عن معايير الاختيار وقيمة كل معيار وليصير كل متنافس على علم بمعايير التقييم فيكفي فقط الإطلاع على دفتر الشروط الخاصة لمعرفة المقاييس التي سيتم على أثرها انتقاء المتعامل العمومي أو العرض المختار.⁽²⁾

ركز المرسوم الرئاسي على بعض المعايير كالضمانات التقنية والمالية، والسعر والنوعية وآجال التنفيذ وكذلك التكامل مع الاقتصاد والضمانات التجارية وشروط الدعم، كضمان الخدمة ما بعد البيع والصيانة والتكوين.⁽³⁾

وهكذا المشرع قيد الإدارة بمجموعة من معايير مختلفة في طبيعتها فإلى جانب السعر كمعيار حالي، ذكر النوعية أيضا فالعبرة في الاختيار لا تنصب فقط على الأقل سعرا، بل لابد من مراعاة نوعية العمل.⁽⁴⁾ وأوجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية⁵ التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة، إضافة إلى تحديدها وكيفية استرجاعها حسب كل حالة في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة، إستنادا إلى القانون والتنظيمات.⁽⁶⁾

وقد منع المرسوم الرئاسي بموجب المادة 81 منه أي تفاوض مع المتعهدين أو المعارضين بعد فتح العروض وفي مرحلة تقييم العروض وهذا حرصا منه على ضبط الإدارة المتعاقدة أكثر على التقييد بالشروط المعلن عنها والمعايير الواردة في دفتر الشروط الخاصة وعلى نزاهة المنافسة، وهذا طبعا خارج إطار ما حدده المرسوم الجديد بشأن الإيضاحات التي تطلبها اللجان والرد الكتابي عليها.

¹ نصت عليها المادة 160 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 39.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 185.

³ - المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 22.

⁴ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 185.

⁵ - وهي ضمانات حددها المشرع في القسم الرابع الضمانات التقنية والمالية بدءا من المادة 124 إلى 134 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 31

إلى 33.

⁶ - المادة 124 من نفس المرسوم، ص 31.

وأجاز المرسوم الرئاسي 247/15 عن تقديم العرض في إطار تجمع مؤسسات شريطة إحترام القواعد المتعلقة بالمنافسة، وبينت أن التجمع إما أن يكون تجمع بالتضامن أو تجمع بالشراكة⁽¹⁾، وفي حال إبرام الصفقة ينبغي أن يوضح في بنودها تحديد طبيعة التجمع وهذا لاختلاف النوعين المذكورين خاصة من حيث مسؤولية العضو.⁽²⁾

وتجدر الإشارة أنه يدرج في إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك تمكنا مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية.⁽³⁾

ويبدو واضحا أن المشرع ثبت إجراء المنح المؤقت نظرا لمزاياه العديدة والمتنوعة كونه يكرس بوضوح مبدأ الشفافية في التعامل في مجال الصفقات العمومية، فلم يكتف المشرع بإلزام الإدارة⁽⁴⁾، باللجوء لطلب العروض⁽⁵⁾ وإلزامها بنشر طلبات عروضها في الجرائد والنشر الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، بل إلى جانب ذلك إلزامها بنشر كل البيانات المتعلقة⁽⁶⁾ بمن فاز بالعرض.

وعلى إثر رسو الصفقة والإعلان عن المنح المؤقت للحائز عليها يفتح باب الطعون الذي نص عليه المرسوم الرئاسي 247/15 الباب الأول من الفصل الثالث، القسم السادس، الحكم الذين يمنح مزيدا من تكريس الشفافية والمساواة وكحق يلجأ إليه المرشحون الراسبون في الصفقة وكوسيلة احتجاج على رسوهم.

كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وتناول طرق الطعن في مادة الصفقات العمومية ووضعها في القسم الإستعجالي نظرا لضرورة ومقتضيات السرعة في تقدير مدى مراعاة إجراءات إسناد الصفقة للقانون ولبادئ المنافسة والشفافية، وقد تم تناول هذا النوع من الطعن في المادة 946 والمادة 947 من ق.إ.م.إ (يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية)، وكذا المنح المؤقت وكذا في حالة وجود منازعات ضرورة إشهار الإعذارات، فكل إجراءات الصفقات في كل المراحل تستدعي الإشهار.⁽⁷⁾

¹ - المادة 81 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 22.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 186.

³ - المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 17 - 18 .

⁴ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 186.

⁵ - المناقصة إجراء ذكر في القوانين السابقة للصفقات العمومية، عوض بطلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية، المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 12.

⁶ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 186.

⁷ - فريجة حسين، شرح قانون المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2011، ص 267.

زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت لصفقة أو إلغاءه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة، ويجب على المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين ممارسة حقهم في الطعن لدى اللجنة المذكورة، وأن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة، عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة مؤقتا ورقم تعريفه الجبائي إذا لزم الأمر ذلك، وعلى اللجنة المختصة أن تدرس الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة، حيث: ⁽¹⁾

1- يرفع الطعن في أجل (10) عشرة أيام إبتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و 184 أدناه، وإذا تزامن اليوم العاشر بعد يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.

2- يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت للصفقة المرشحين والمتعهدين الراغبين في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية، والاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام، إبتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا.

3- وفي حالة الإعلان عن عدم جدوى أو إلغاء إجراء إبرام الصفقة أو المنح المؤقت، وجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصلا الاستلام.

4- وإثر استلام الرسالة من طرف المترشحين أو المتعهدين وجب الإتصال بالمصلحة المتعاقدة في أجل ثلاثة (3) أيام للإطلاع على مبررات قراراتها. ⁽²⁾

ومن خلال هذه المادة يبرز الأثر القانوني الناتج عن نشر إعلان المنح المؤقت المتمثل في نشوء ممارسة حق الطعن لكل متعهد يرى ذلك. وهي ضمانة وفرها المشرع له، كما فرض قيود رقابية على الإدارة لاختيارها المتعاقد ما، خاصة وأن لجنة تقييم العروض تتضمن فقط أشخاصا تابعين لنفس الإدارة، فحفاظا على نزاهة التقييم وموضوعيته وجب عرض نتائج التقييم على لجنة الصفقات المعنية بغرض ممارسة الرقابة على الاختيار والفصل في الطعون المرفوعة. ⁽³⁾

¹ - المادة 82 المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 23.

² - للإطلاع أكثر أنظر المادة 82 من نفس المرسوم، ص 23.

³ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 189.

الفرع الثاني: المنح النهائي

رغم الطابع الحاسم لمرحلة إرساء الصفقة ومرحلة المنح المؤقت السابق بيانها، إلا أنها لا تعد المرحلة الأخيرة، بل لا بد من اعتمادها ومباشرة إجراءات التعاقد⁽¹⁾، فيحرر العقد ثم توقع الصفقة من الطرفين على أن يتم المصادقة عليها من طرف السلطة المختصة والمخولة⁽²⁾ لهذا الحق كما ورد ذكرها في نص المادة 4 من المرسوم الرئاسي الحالي .

وباعتماد الصفقة وتزكية الانتقال أو الاختيار تدخل الصفقة العمومية مرحلتها النهائية وتعرض بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة بذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ، فالاعتماد يجعل العقد نهائياً.⁽³⁾

إن تنفيذ الصفقة مرحلة هامة، حيث يتوقف عليها تحقيق الأهداف المرجوة من عملية الإبرام، ومن أجل تحقيق ذلك، ضبط المشرع هذه المرحلة بعدة ضوابط صارمة ورتب على مخالفتها عقوبات إدارية وأخرى جزاءات على طرفي الصفقة.

أولاً: عدم الشروع في تنفيذ الصفقة قبل الإبرام:

جاء في المادة 3 من المرسوم الرئاسي الحالي، لا يمكن الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إتمام عملية إبرام الصفقة أي الإنهاء من جميع الترتيبات الإجرائية المنصوص عليها تنظيمياً، المتمثلة في الحصول على تأشيرة اللجنة المؤهلة للرقابة الخارجية للصفقات بعد فحصها، والموافقة على الصفقة من قبل السلطات المختصة المبينة في المادة 4 من المرسوم الرئاسي الحالي، وكذلك الحصول على تأشيرة المراقب المالي⁽⁴⁾، ومن ثم منح الأمر بالخدمة من طرف المصلحة المتعاقدة للمتعهد من أجل الإنطلاق في تنفيذ الخدمات. وكل ذلك تحت طائلة المتابعات الجزائية للمسؤول الذي أذن ببدء التنفيذ⁽⁵⁾.

هذا من حيث الأصل، وإستثناء، بترخيص بموجب مقرر معلل من الوزير، أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، فإنه يجوز بدء تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة في حالة الإستعجال الملح المعلل يتعرض له ملك أو إستثمار تجسد ميدانياً أو بوجود خطر يهدد إستثماراً، أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي،

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 189.

² - هي :- مسؤول الهيئة العمومية - الوزير بالنسبة للصفقات الدولية - الوالي فيما يخص الصفقات الولائية - رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية - المدير العام والمدير فيما يخص صفقات المؤسسة العمومية الوطنية والمحلية ذات الطابع الإداري...، عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 190.

³ - المرجع نفسه، ص 190.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 11-381 المؤرخ في 21 نوفمبر 2011 المتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج ر رقم 64، مؤرخة في 27 نوفمبر 2011. و للإطلاع أكثر عن شروط منح التأشيرة من طرف المراقب المالي المختص على الإلتزامات المقدمة، أنظر المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 374/09 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 المتعلق بالرقابة السابقة على النفقات التي يلتزم بها، ج ر رقم 67، المؤرخة في 19 نوفمبر 2009.

⁵ - بكرارشوش محمد، مرجع سابق، ص 97.

ويصعب التكيف مع آجال إجراء إبرام الصفقات العمومية، ولم يسمح الوقت للمصلحة المتعاقدة توقع ظروف خارجة عن إرادتها أو حتى نتيجة تصرفات أعاونها؛ تسببت في بداية الشروع بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، مع ضرورة إرسال نسخة من هذا المقرر إلى مجلس المحاسبة و إلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية).

يتم إعداد صفقة تسوية خلال ستة (6) أشهر، ابتداءً من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق مبالغ العتبة المالية للصفقة العمومية وفقاً للمعيار المالي أعلاه، وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات.⁽¹⁾

ثانياً: تنفيذ الصفقة في الآجال المقررة:

يتحتم على الأطراف المتعاقدة الحرص على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية كل فيما يخصه، فإذا أحل المتعامل المتعاقد بالإلتزاماته لا سيما المتعلقة بالآجال، أو التنفيذ وفقاً للمعايير الموضوعية في بنود الصفقة لاسيما من حيث النوعية والكيفية، فإن ذلك من شأنه أن يحمله تبعات إدارية مثل العقوبات المالية والفسخ على حسابه، وضعه في قائمة الممنوعين من المشاركة، وحتى يمكن أن يتعرض إلى متابعات جزائية⁽²⁾، هذا في حق المتعامل المتعاقد. أما في حق المصلحة المتعاقدة، إذا حصل تقصير من قبل المتعامل المتعاقد ولم تبادر بتطبيق الإجراءات القانونية في حقه، فإنها تعتبر مقصرة في حق المصلحة العامة وهدر للمال العام مما يعرض المسؤول عن المصلحة المتعاقدة إلى المسؤولية الأدبية و حتى الجزائية التي نص عليها المرسوم الرئاسي 247/15 الحالي في القسم الثامن مكافحة الفساد في الفصل الثالث من الباب الأول⁽³⁾، والمتابعة القضائية وفق قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

المبحث الثاني: الحقوق المالية للمتعامل المتعاقد

إن السبب وراء لجوء الأفراد المتعاقدة مع الإدارة وتقديم عروض على ذلك هو الحصول على مقابل يقومون به، وبذلك يكون المقابل المالي هو الحق الأول والأساسي بالنسبة للمتعامل المتعاقد⁽⁴⁾، حيث ينص العقد المبرم بين الطرفين على

¹ - المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 6.

² - أنظر المادة 147 و المواد من 149 إلى 152 من المرسوم الرئاسي 247/15، ص ص 36 - 37.

³ - أنظر من المواد 88 إلى 94 من نفس المرسوم، ص ص 25 - 26.

⁴ - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص 424.

تحديد هذا الحق والسعر المقرر لتنفيذ العقد⁽¹⁾، وهو ما نتناوله في المطلب الأول، ثم نتطرق إلى إجراءات الحصول على هذا الحق في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الحق في المقابل المالي

يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما إلى هذا المرسوم، حيث تتضمن بالحصول على عدة شروط منها المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة وشروط التسديد وأجل تنفيذ الصفقة وبنك محل الوفاء.⁽²⁾

وهو حق المتعاقد مع الإدارة أن تدفع هذه الأخيرة المبلغ المالي المتفق عليه في العقد وهذا بعد تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أي بعد إنجاز الأشغال أو التوريد المطلوب من طرف الإدارة، ويتخذ هذا المقابل المالي صوراً متعددة وهذا بحسب موضوع العقد، فقد يكون مرتباً شهرياً كما هو الحال في عقد التوظيف في مجال الوظيفة العمومية وهنا تطبق قاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة، وقد يكون ثمناً للسلع والبضائع، كما هو الحال في عقود التوريد وثن العمل المقدم في عقود الأشغال العمومية أو رسوم يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين كما هو الحال في عقد امتياز المرافق العمومية⁽³⁾، وهذين الأخيرين سنتطرق لهما من خلال فرعين.

الفرع الأول: الحق في الثمن

يعرف الثمن في العقد الإداري بأنه المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها، بالإضافة إلى أرباحه المشروعة⁽⁴⁾، لذلك فمن الضروري أن تكون الإدارة على علم بذلك الثمن ولا يجوز إبرام العقد بدون ذكر الثمن.⁽⁵⁾

أولاً: تحديد الثمن في العقد: الأصل أن يحدد الثمن في العقد الإداري باتفاق بين طرفيه، وذلك قبل البدء في تنفيذ العقد، وقد يكون ذلك ضمن شروط العقد أو ضمن وثائق متعلقة به، وتشكل جزءاً لا يتجزأ من العقد ومكملاً لبنوده.⁽⁶⁾

¹ - علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص 149.

² - المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 26.

³ - سعيد بو علي وآخرون، مرجع سابق، ص 140.

⁴ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 132.

⁵ - مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد سعد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 214.

⁶ - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، ط1، ب.ب.ن، 2010، ص 434.

حيث أدرج المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 الحالي، خاصة وأن بعض الصفقات يستوجب تنفيذها زمنها طويلا بما يمكن أن ينتج عنه ارتفاع أسعار بعض المواد⁽¹⁾. لذلك نصت المادة 97 منه على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة، وكما يمكن أن يحين السعر، وكيفية تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة ضمن الشروط الآتية:⁽²⁾

1- عندما يكون السعر قابلا للمراجعة، فإنه لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار في الحالات الآتية:

أ- في الفترة التي تغطيها صلاحية العرض.

ب- في الفترة التي يغطيها بند تحين الأسعار، عند الاقتضاء.

ج- أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر.

لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بعنوان الخدمات المنفذة فعلا دون سواها حسب شروط الصفقة، والصفقات التي لا يمكن أن تتضمن صيغا لمراجعة الأسعار هي الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

2- كما يجب أن تراعى الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام إستدلالية تخص "المواد" و "الأجور" و "العتاد". وهي مفصلة في المادة 102 من المرسوم الرئاسي 247/15.

3- إما في ما يخص الأرقام الإستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار نص عليها التنظيم المعني بالصفقات العمومية، وتطبق ابتداء من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار الجهة الوصية بحسب موضوع الصفقة، وهي محددة في المادة 103 من المرسوم الرئاسي الحالي.

4- تطبيق بنود مراجعة الأسعار مرة واحدة كل ثلاثة (3) أشهر ما عدا في حالة اتفاق مشترك بين الأطراف على تحديد فترة تطبيق الأطول، وهذه الأرقام الاستدلالية محددة في المادة 104 من نفس المرسوم الرئاسي.

5- يدفع مقابل الخدمات المنجزة بعد الأجل التعاقدية للتنفيذ المتفق عليه، على أساس الأسعار المطبقة اعتمادا على السعر الذي يحتل أن يكون قد تم تحيينه أو مراجعته، حسب نص المادة 105 من المرسوم الرئاسي الحالي.

¹- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 236.

²- المواد من 101 إلى 105 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 27 - 28.

ثانيا: تحديد الثمن في حال عدم النص عليه:

- 1- حالة التعاقد بأسلوب الاتفاق: قد تتعاقد الإدارة بالاتفاق المباشر دون أن يتم تحديد الثمن في العقد⁽¹⁾، حيث تطلب الإدارة من المتعاقد معها أن يورد مبلغا معيناً على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد، و في هذه الحالة يتم تحديد الثمن بالطريقة المنصوص عليها في القانون، وإلا حدد بناء على سعر السوق⁽²⁾. ولكن في حالة الخلاف وعدم التوافق على الثمن، وبالنظر إلى الطبيعة التعاقدية للشروط المتصلة بالثمن حيث لا يملك أي من المتعاقدين أن يفرض ثمناً معيناً على الآخر، فإن القاضي الإداري يستطيع حسم الخلاف بأن يتولى تحديد الثمن المناسب⁽³⁾.
- 2- الصادر من جهة الإدارة بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه في العقد: قد تأمر الإدارة المقاول أو المورد بتنفيذ حجم أعمال أكبر مما اتفق عليه، ويرجع تحديد الثمن إلى طبيعة هذه الزيادة، فمتى كانت من ذات جنس موضوع العقد الأصلي في هذه الحالة يطبق السعر الأصلي المتفق سلفاً عليه، إما إذا كانت تختلف عنها فيقدر السعر بطريقة جديدة، ولكن سعر السوق وقت طلب هذه الأعمال⁽⁴⁾.

وفي حال عدم تحديد الثمن في العقد الأصلي أو في حالة وجود أعمال إضافية لم يتم تحديد الثمن فيها، ولم تتوافق الإدارة مع المتعاقد على تحديد الثمن، لا بد من عرض الأمر على القضاء، ولا يمكن للإدارة فرض أسعار معينة غير متفق عليها مع المتعاقد وإيرادتها المنفردة لأن الثمن يعد ومن العناصر التعاقدية التي يجب أن تكون محلاً للاتفاق بين طرفي العقد⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: الرسوم

عندما نتكلم عن الرسم في العقود الإدارية نلجأ إلى عقد الإمتياز ومن ثم كيفية تحديده من خلال العقد.

أولاً: مفهوم عقد الامتياز

ونظراً للأهمية البالغة لعقد الإمتياز عكف الفقه والقضاء وحتى التشريع بإعطاء مفهومه كل حسب منظوره، كالاتي:

¹ - نصرى نابلسي، مرجع سابق، ص 440.

² - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص 213.

³ - نصرى منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 442.

⁴ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 213.

⁵ - نصر منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 442 - 443.

1- المفهوم الفقهي: من الناحية الفقهية يمكن تعريف عقد الامتياز على اتفاق يجمع الإدارة المعنية والملتزم يتعهد بمقتضاه هذا الأخير - فردا كان أو شركة - بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقضاها من المنتفعين⁽¹⁾.

وعرفه الدكتور أحمد محيو للقول " إنه اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام... وباعتباره أسلوبا للتسيير يكون الإمتياز بتولي شخص وهو صاحب الإمتياز أعباء مرفق من خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات ويستلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق..."⁽²⁾.

2- المفهوم القضائي: جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 9 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي: " أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع لأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع أتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه...". فهو يقترب كثيرا من العقود الإدارية المقننة أو ما يسمى بالصفقات العمومية.

ومن هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها اتجاه الطرف المتعهد.⁽³⁾

3- المفهوم التشريعي والتنظيمي:

أ- المفهوم التشريعي: عرف عقد الامتياز من خلال المادة 64 مكرر من القانون 08-14 المتضمن قانون الأملاك الوطنية⁽⁴⁾ على أنه " شكل منح الامتياز الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليها في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة حق الإمتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الإمتياز حق الاستغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل بناء أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود نهايتها المنشأة أو التجهيز محل الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز...".

ب- أما على الصعيد التنظيمي: عرف عقد الامتياز في تعليمة صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية تحت رقم 842/94.3 تتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها حيث جاء فيها: " أن أسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الأكثر

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 101 - 102.

² - أحمد محيو، مرجع سابق، ص 198.

³ - ورغم أن عقد الامتياز يعتبر عقدا، فيه مبدأ سلطان الإداري كأى عد ولو في جوانب جزئية ومحددة إلا أنه مع ذلك يتضمن جوانب عامة ويحتوي على سلطات إدارية معترف بها لجهة الإدارة تمارسها إتجاه المتعهد بما يجعله أكثر اقترابا من عقود القانون العام، عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - المادة 19 المعدلة بالمادة 64 مكرر من القانون 14/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008، ج ر رقم 44 مؤرخة في 3 أوت 2008، المعدل والمتمم للقانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر رقم 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990، ص 15.

شيوعا في استغلال المرافق العامة وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الإمتياز وهو الملتزم على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق.⁽¹⁾

إن الرسوم التي يجنيها المتعاقد مع المنتفعين من خدمات المرفق العام محل التزامه تعتبر بمثابة مقابل نقدي، يحصل عليه إجراء إلتزامه للمرفق، غير أنه لما كان هذا المقابل ليس ثمنا فإنه يختلف عن الشروط التعاقدية بالمزايا المالية الواردة في بقية العقود، والتي لا يجوز أن تتناولها سلطة التعديل من جانب الإدارة. فالرسوم في عقود إلتزام المرافق العامة تعتبر الشروط المتعلقة بها من قبيل الشروط العامة التنظيمية، بمعنى أنه يجوز للإدارة تعديلها من تلقاء نفسها، ودون حاجة لموافقة الملتزم⁽²⁾، مثل دفع مبلغ من النقود مقابل استعمال الطريق، حق استخراج المواد الأولية كالحجارة والرمل من الملكيات الخاصة، حق الإحتلال المؤقت للملكيات خاصة من أجل القيام بالأشغال العامة، والحق في بعض القروض، وعدم السماح لشخص آخر بممارسة نفس النشاط في نفس المنطقة. في مناسبة أخرى أن القاضي يحدد مقدار التعويض في حالة عدم إتفاق الفرقاء عليه، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 1965/04/02 على أنه: "باعتبار أن القرار الإداري لا يمكن أن يشكل بصورة صحيحة، عرضا بديلا كالذي نص عليه القانون، وهو العرض الخاضع في حالة عدم إتفاق الفرقاء، لمراقبة القاضي."⁽³⁾

ثانيا: تحديد الرسم في عقد الامتياز

نص المرسوم الرئاسي 247/15 من خلال الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام أنه يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له،⁽⁴⁾ حيث يمكن أن يأخذ هذا التفويض شكل الامتياز.⁽⁵⁾

وبهذه الصفة يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام.⁽⁶⁾

¹ - وقد تضمنت هذه التعليمات احكاما تفصيلية بخصوص امتياز المرافق العمومية المحلية وتعد إطارا مرجعيا في هذا المجال، عمار بوضيف، مرجع سابق، ص 101.

² - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط2، دار الثقافة، الأردن 1998، ص 139 .

³ - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص33.

⁴ - المادة 1/207 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 46.

⁵ - المادة 1/210 من نفس المرسوم، ص ص 46 - 47.

⁶ - المادة 3/207 من نفس المرسوم، ص 46.

1- تساهم الإدارة في عقود الإمتياز بتحديد الرسم بشكل أساسي، وتنظم عقود الإمتياز ودفاتر الشروط الملحقة بها لتحديد الرسم الذي يجوز للملتزم تقاضيه من المنتفعين، وتلجأ الإدارة إلى اتباع إحدى الوسائل التالية:⁽¹⁾

أ- قد تتولى الإدارة بنفسها تحديد هذه الرسوم، وقد يتم ذلك بعد استشارة الملتزم، مع الإشارة إلى أن هذه الإستشارة ليست إلزامية للإدارة، ولا تسبغ الطابع التعاقدي على الشروط المتعلقة بتحديد الرسم، ويمكن للإدارة أن تقوم بتحديد الرسوم بصورة قاطعة وبدون استشارة الملتزم.

ب- قد تكتفي الإدارة بتحديد الحد الأقصى لمقدار الرسم تاركة الملتزم حرية التقدير في حدود الحد الأقصى الذي حددته له الإدارة سلفاً، ولا يكون الرسم الذي يحدده الملتزم سارياً إلا بعد التصديق عليه من قبل الجهة الإدارية المختصة وذلك تحقيقاً للصالح العام.

ويستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة السلطة المفوضة (الإدارة)، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.⁽²⁾

2- تتمثل قيود تحديد الرسم في:

أ- يجب أن يكون الرسم الذي يدفعه المنتفعون متساوياً بالنسبة للجميع وذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة في الانتفاع من المرافق العامة، فعلى الملتزم أن يحقق المساواة بين عملائه سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجر.⁽³⁾

ب- وتكون الأسعار التي تقررها السلطة العامة بالنسبة للعقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه بقوة القانون الذي لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافهما⁽⁴⁾، حيث تخضع إبرام إتفاقيات تفويض المرفق العام إلى مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في المعاملة وشفافية الإجراءات، وعند التنفيذ يخضع المرفق العام إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف.⁽⁵⁾

¹ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 507.

² - المادة 3/210 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 47.

³ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 507.

⁴ - محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 190.

⁵ - المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 46.

المطلب الثاني: إجراءات دفع الحقوق المالية للمتعاقد

تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات بموجب المادة 108 من نفس المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 والتي تتطرق إليها في الفرع الأول أو بواسطة الدفع وتسوية الحساب على أساس نفس المادة من هذه المرسوم وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الحق في التسبيقات المالية

جاء في المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15 من الفقرة الأولى: " هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة"⁽¹⁾ بما يعني أن المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة ورغم ذلك تبادر الإدارية المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية، ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة.⁽²⁾

كما حدد شروط قانونية للتسبيقات بموجب المادة 110 من المرسوم الرئاسي حيث لا تدفع التسبيقات إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها 12,000,000 دينار جزائري في مجال الأشغال أو اللوازم، و 6,000,000 دينار جزائري بالنسبة للدراسات أو الخدمات، وهي حالات مذكورة في المادة 13 من نفس المرسوم الحالي، وتكون وفق إجراءات المادة 111 من المرسوم الرئاسي 247/15 وتمثلت في أحد الشكلين:

أولاً: التسبيق الجزافي: وهو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعاقد قبل بدء التنفيذ الصفقة على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة⁽³⁾، ويمكن أن يدفع مرة واحدة، كما يمكن توزيعه على فترات يتم الإتفاق عليها في الصفقة⁽⁴⁾.

غير أن المادة 111 الفقرة 3 من المرسوم الحالي، أوردت استثناء على القاعدة العامة ألا وهي مبلغ التسبيق الجزافي لا يزيد عن 15% من السعر الأولي للصفقة فأجازت للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا أكبر من النسبة المقررة في المادة 111 شريطة توافر ما يلي⁽⁵⁾:

¹ - المادة 1/109 من نفس المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 46.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 230.

³ - المادة 2/111 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 29.

⁴ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 231.

⁵ - المرجع نفسه، ص 213.

- 1- إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقرر على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد، وهو ما يعني أن الضرر ثابت ومؤكد وليس احتماليا فهنا، يجوز الخروج عن القاعدة ومنح تسبيق أكثر من النسبة المذكورة، علما أن النص الجديد لم يضع سقفا محددًا، بل أجاز مخالفة الحد بصورة مطلقة.
- 2- ضرورة استشارة لجنة الصفقات المعنية.
- 3- ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي.

وقد قضت المحكمة العليا أن المتعاقد يأخذ فقط المبالغ المتفق عليها، حيث جاء في قرارها: "من المقرر قانونا أنه إذا أبرم عقد بأجر جزائي على أساس التصميم المتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديلا أو إضافة".⁽¹⁾

ثانيا: التسبيق على التموين: وهو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ إذا أثبت لجهة الإدارة بموجب وثائق وعقود تؤكد إرتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة أو المواد موضوع الصفقة⁽²⁾، كأن يتعلق الأمر بعقد أشغال، ويقدم المقاول المتعاقد مع الإدارة سند إثبات يخص مادة الحديد أو الخشب أو الإسمنت ويطلب بناءا عليها بحقه في التسبيق على التموين. ويجد هذا النوع من التسبيق أساسه القانوني في المادة 113 من المرسوم الحالي، والتي ورد فيها عبارة "يمكن أصحاب صفقات عمومية الأشغال واللوازم..." بما يعني أن المسألة جوازية وليست إجبارية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة. وأنها تتعلق بنوعين من الصفقات تم تحديدها حصرا وهما صفقة الأشغال و صفقة إقتناء لوازم فلا يمتد الأمر لصفقة الخدمات و صفقة الدراسات، وهذا تمييز معقول لاختلاف العتبة المالية لكل نوع من الصفقات تبعا لما أشرنا إليه سابقا. وفي حالة منع الإدارة لتسبيق على التموين أجازت لها الفقرة الثانية من ذات المادة حق اشتراط تعهد أو إلتزام صريح من جانب المتعامل المتعاقد بإيداع المواد أو المنتجات في الورشة أو في مكان التسليم تحت طائلة إرجاع التسبيق، وهذا شرط معقول، إذ لولاه لأصبح بإمكان المتعامل المتعاقد الاستفادة من تسبيق على التموين ثم تحويل هذه المواد لخدمة مشروع آخر لجهة إدارية ثانية. إن الغرض الأساسي من تمكين المتعامل المتعاقد من هذه المبالغ هو مساعدته على تحمل أعباء المالية للمشروع بهدف تنفيذ موضوع الصفقة في الآجال المتعاقد عليها، وذلك وجب استعمالها في الحدود التي فرضها القانون.⁽³⁾

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/06/1997، ملف رقم: 144112، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص 21.

² - المادة 1/113 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 29.

³ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 232.

ويتضح من منطوق المادة 113 من المرسوم الحالي أن التسبيق على التمويل يخص إلا عقد الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم بحكم القيمة المالية لهذين العقدين، وقد أجاز المرسوم للمتعامل المتعاقد حق الجمع بين التسبيق الجزائي والتسبيق على التمويل في النصين المذكورين من باب إفتراض حسن النية من جانب الإدارة في المتعامل المتعاقد، فإن ثبت لها خلاف ذلك جاز لها اتخاذ الإجراءات المالية اللازمة.⁽¹⁾

غير أنه متى حدث الجمع بين التسبيق الجزائي والتسبيق على التمويل، فلا يجوز كحد أقصى أن يتجاوز 50%⁽²⁾ من المبلغ الإجمالي. ويبدو هذا الشرط في غاية من الموضوعية فلا يمكن وقبل البدء في التنفيذ أن يحصل المتعامل المتعاقد على أكثر من 50% من القيمة المالية للصفقة ومن الطبيعي القول أن المبالغ المدفوعة بعنوان تسبيقات يتم اقتطاعها من المبلغ الإجمالي.⁽³⁾

الفرع الثاني: الحق في الدفع وتسوية الحساب

تكون إقتضاء الحقوق المالية في العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة عبر كيفية الدفع على الحساب أو تسوية الحساب.

أولاً: الحق في الدفع على الحساب

1- تعريفه: الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة⁽⁴⁾. ويختلف الدفع على الحساب عن التسبيق، فإذا كان الثاني هو عبارة عن قسط من المال يدفع قبل بدء الأعمال موضوع الصفقة، فإن الدفع على الحساب يتعلق بالتنفيذ الجزئي للصفقة، كأن تتصور أن المتعامل المتعاقد نفذ 30% موضوع الصفقة ويطالب بالدفع على الحساب لهذه القيمة.⁽⁵⁾

2- أنواع الدفع على الحساب:

بالجمع بين مقتضيات المادة 117 و 118 من المرسوم الرئاسي 247/15 نستنتج أن الدفع على الحساب على نوعين أساسيين:

¹-عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 232-233.

²- المادة 115 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 30.

³-عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 232 - 233.

⁴- المادة 1/109 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 29.

⁵-عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 233.

أ- الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات⁽¹⁾: إن التدقيق في مضمون المادة 117 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي الحالي يجعلنا نقتنع أن هذا الدفع يخص فقط عقد الأشغال والدليل أن الفقرة المذكورة وردت بالشكل التالي: "يجوز لأصحاب صفقة أشغال عمومية..."، فمتى أثبت المتعاقد مع الإدارة أنه وضع تحت ذمة المشروع منتجات معينة وتم استلامها في الورشة بإمكانه الحصول على دفع على الحساب يقدر بـ 80% من مبلغ هذه المنتجات.⁽²⁾

غير أن ذات الفقرة اشترطت لتمام الدفع على الحساب ألا يكون المتعاقد قد حصل على تسبيق بالتموين سابق الإشارة إليه، لذا ورد فيها عبارة: "والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسيقات على التموين..." وهذا شرط معقول حتى لا يؤدي الأمر إهدار المال العام. كما أضافت الفقرة 3 من ذات المادة أن يكون مصدر المنتجات من الجزائر. وهو ما يعني عدم إمكانية الاستفادة من هذا النوع من الدفع أو تعلق الأمر بمنتجات تم جلبها للمشروع من الخارج.

ب- الدفع على الحساب الشهري⁽³⁾: وتم النص عليه في المادة 118 من المرسوم الرئاسي الحالي، والتي نصت على أن الدفع على الحساب يتم شهريا ما لم ينص أحد بنود الصفقة على مدة أطول حسب طبيعة الخدمة. ونظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأشغال أو الخدمة فقد علق المشرع منعه على تقديم الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف حضورية أو وجاهية أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.
- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به وجدول تكاليف الضمان الإجتماعي مؤشر عليه من صندوق الضمان الإجتماعي المختص، وهذه خطوة نوعية من جانب المشرع لدفع المتعاملين على تطبيق التشريعات ذات الطابع الإجتماعي.

ثانيا: التسوية على رصيد الحساب

1- تعريفه: هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.⁽⁴⁾

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 233.

² - ج ر رقم 50 المؤرخة في 20/09/2015، ص 30.

³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 234.

⁴ - المادة 3/109 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 29.

2- أنواعه: إن التسوية على رصيد الحساب تأخذ صورتين:

أ- التسوية على رصيد الحساب المؤقت⁽¹⁾: بينت أحكام المادة 119 من المرسوم الرئاسي الحالي، 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 على اختلاف أنواعها.

ب- التسوية النهائية⁽²⁾: أما التسوية النهائية للرصيد فتكون برد الإقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد وشطب الكفالات التي يقدمها ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك.

وحددت أحكامها المواد 120 و 121 على التوالي من المرسوم الحالي حيث:

- يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد الإقتطاعات ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد.
- وجوب تحديد الصفقة الآجال المخولة للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعمليات الإثبات التي تعطي الحق في الدفع.

وألزم الإدارة المعنية بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوماً من استلام الكشف أو الفاتورة. وأجازت إقرار مدة أطول لبعض الصفقات بقرار من وزير المالية، ولا يمكن أن يتجاوز شهرين أخذاً بعين الاعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي، وتعلم المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع وإصدار الحوالة.⁽³⁾

واعترفت المادة 122⁽⁴⁾ من المرسوم الرئاسي الحالي للمتعامل المتعاقد بحق الحصول على الفوائد التأخيرية في حال تجاوز الآجال المذكورة. وتحسب هذه الفوائد على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى.

غير أن المشرع قيد منح التسبيقات بمختلف أنواعها بالتزام المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة مالية من شأنها تضمن حقوق الإدارة، فتمثل هذه المبالغ المدفوعة والموضوعة تحت تصرفها بمثابة احتياط مالي يلجأ إليه كوسيلة ضغط مالي على المتعاقد ليجبره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية⁽⁵⁾.

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 235.

² - المرجع نفسه، ص 235.

³ - المادة 122 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 30 - 31.

⁴ - المادة 4/122 من نفس المرسوم، ص 31.

⁵ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 236.

خلاصة الفصل الأول

لقد أكد المشرع الجزائري على إلزامية تطبيق المصلحة المتعاقدة لمبادئ العدالة والإنصاف في اختيارها للمتعامل معها. فلم يكتفي بالنص عليها في التنظيمات الخاصة بإبرام الصفقات العمومية فحسب ، بل ألزم المصلحة المتعاقدة المتعاقدة على تعزيز وترسيخ مبادئ الشفافية والمنافسة الشريفة وتجلى ذلك في قانون 01/06 المتضمن قانون الوقاية من الفساد مكافحته وذلك في كل مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية.

كما منح للمتعاقد مع الإدارة الحق في المقابل المالي المنصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام الحالي والذي يعتبر الممول في بعض الحالات لتنفيذ الإلتزام الذي على عاتقه حسب موضوع الصفقة ووفق ما نظمه المرسوم الرئاسي الحالي.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: الحق في التعويض عن المخاطر التعاقدية

إن المتعامل مع الإدارة؛ عليه إلتزامات يتوجب الوفاء بها من خلال ما تعاقد عليه، لذلك ومذ أن رست الصفقة للحائز، قد تواجه عوائق أو مخاطر أثناء تنفيذ موضوع العقد (مبحث أول)، مما قد يجعله مرهقا أو حتى مستحيلا مما يتطلب من المصلحة المتعاقدة تعويض المتعامل معها بإعادة التوازن المالي للعقد (كمبحث ثاني).

المبحث الأول: أهم المخاطر التعاقدية التي تواجه المتعامل المتعاقد

تقوم نظرية المخاطر في القانون الإداري على قاعدة مفادها، أنه من تسبب في مخاطر أو أنشأ مخاطر ينتفع منها، فعليه تبعية الأضرار الناتجة عنها⁽¹⁾. فالمنفعة العامة التي تجنيها الإدارة عادة من النشاط تفرض عليها تبعات ومخاطر هذا النشاط، فمبادئ العدل والإنصاف تنفي أن تتحمل الإدارة مخاطر النشاط كمقابل للمنفعة التي تجنيها منه⁽²⁾. وفي مجال العقود الإدارية نجد أن الإدارة العامة تتمتع في مواجهة المتعاقد معها بسلطة تعديل العقد، أو تعديل طريقة تنفيذه وهذا يعد طابع رئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هو من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن العقود المدنية.⁽³⁾

المطلب الأول: المخاطر الإدارية

بالرغم من أن الإتجاه الحديث نحو تأسيس مسؤولية الإدارة المتعاقدة الموجبة للتعويض على أساس المخاطر التي تسببها، أثناء تعاقد الإدارة مع أشخاص القانون الخاص من أجل تسيير مرفق عام أو إنجاز مشروع لأجل منفعة عامة منبثقة عن هذا التعاقد، تحدث أخطار تكون نتاج إجراءات إدارية تتخذها الإدارة⁽⁴⁾.

الفرع الأول: أنواع المخاطر الإدارية

تنجلى المخاطر الإدارية في مسؤولية الإدارة من خلال عدم احترامها لإجراءات التعاقد الإداري، حيث وضع المشرع قيودا على حرية الإدارة في إبرام العقد هدفها تحقيق المصلحة العامة، وإذا خالفت الإدارة الوسيلة التي حددها القانون لاسيما

¹ - محمد رضا شقراني، المخاطر التعاقدية في القانون الإداري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق، جامعة غرداية، الموسم الجامعي 2014/2015، ص 12.

² - مسعو شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، د م ج، الجزائر، 2000، ص 4.

³ - بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 571.

⁴ - محمد رضا شقراني، المرجع السابق، ص 21.

إذا تعلق بمحقوق المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾ من إخلال بالمبادئ الأساسية للمنافسة أو عدم الوفاء بالالتزامات المالية، حيث يشكل إخلال الإدارة لهذه المبادئ العامة التي تحكم التعاقد الإداري خطأ يعطي لمن أضر به الحق في اللجوء إلى القضاء طاعنا بالإلغاء ومطالباً بالتعويض بمقتضى مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية (في مرحلة إجراءات إبرام العقد الإداري). وتمثل المخاطر الإدارية حسب مسؤولية الإدارة في التعاقد على أساس الخطأ أو بدونه، كما نجد لفكرة الإثراء بلا سبب أهمية في مجال العقود الإدارية، حيث تتخذ أساساً للتعويض⁽²⁾.

أولاً: المخاطر الإدارية على أساس الخطأ

إذا كان على المتعاقد مع الإدارة الإلتزام بأداء ما تقرر عليه بموجب الصفقة المبرمة ودفتر الشروط المصاحب لها، فإن الإدارة هي الأخرى وفي مقابل ذلك تكون مجبرة على تنفيذ إلتزاماتها الناشئة عن العقد المبرم، وملزمة فوق ذلك باستعمال السلطات الاستثنائية المقررة لها نحو مشروع ذلك، إن أي إخلال منها بالتزاماتها التعاقدية وأي استعمال منها لسلطاتها على نحو غير مشروع يشكل خطأ عقدي يترتب مسؤولية الإدارة ويولد معه حق المتعاقد في التعويض⁽³⁾.

وتأسيساً على ما سبق فإن الخطأ العقدي المرتب للمسؤولية الإدارية عن تعويض المتعاقد معها يأخذ صورتان:⁽⁴⁾

1- إخلال المصلحة المتعاقدة بأخذ الإلتزامات العقدية المقررة كعدم تسليمها الموقع في وقت مناسب وخالي من الموانع أو عدم تقديمها للمواد الضرورية للتنفيذ أو حرمان المتعاقدين من التسهيلات المالية المقررة في العقد أو عدم منحها المقابل المالي للمتعاقد في الآجال المقررة.

2- مجانبة الإدارة لقواعد المشروعية عند مباشرتها لسلطاتها كاستعمالها اللا مشروع لسلطات الرقابة والتوجيه أو تجاوز تعديلاتها لنطاق المشروعية أو توقيفها للأعمال موضوع العقد دون مبرر أو توقيعها لجزاءات بالغة الجسامه دون مبرر لها أو نسخها للعقد مجرد التحلل من الإلتزامات.

تبين المحكمة الإدارية العليا في شأن هذه المبادئ وتأصيلها، أن الإدارة المتعاقدة بعقد إداري تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة... فبينما مصالح الطرفين في

¹ - قدور شرع، التعويض عن أضرار أعمال السلطة العامة، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة غرداية، غرداية، الموسم الجامعي 2014/2015، ص 12.

² - المرجع نفسه، ص 13.

³ - عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 116 - 117.

⁴ - المرجع نفسه، ص 117.

العقد المدني متساوية ومتوازنة، إذا كفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية بما يجعل الإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ وإختيار طريقته في تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون ان يتحدى الطرف الأخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكذا حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضاء هذا المتعاقد إنهاء مبسترا دون تدخل القضاء.⁽¹⁾

ثانياً- مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ

1-مدلولها: كأصل عام كان مساندا والذي تم التطرق إليه في الفرع الأول وهو المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، ظهر أساس آخر للمسؤولية الإدارية تحت مسميات، وهي مخاطر المسؤولية دون خطأ ضمن مميزاتا إنها قضائية المصدر وتدخل المشرع ليقرر بعض حالاتها فلا يشترط الخطأ لقيامها بل تقوم على أساسين فقط وهما الضرر والعلاقة السببية.⁽²⁾

والهدف منها محاولة إقامة توازن بين امتيازات الإدارة كسلطة عامة والحقوق المقررة للأفراد، حيث تستثني مسؤولية الإدارة إلا في حالتين وهما حالة القوة القاهرة وخطأ الضحية. فلا يمكن اعتبار الخطأ أساسا وتبريرا للمسؤولية الإدارية، وأن أساس الالتزام بإصلاح الضرر وكمبدأ عام وحيد قابل للتفسير يتجلى في فكرة مساواة الجميع أمام الأعباء العامة.⁽³⁾

فغداة الحرب العالمية الأولى أصبح القاضي الإداري لا يقبل المسؤولية عن غير الخطأ المصلحي، بسبب الخطر الناشئ عن نشاط الإدارة، وقد عرفت فكرة المخاطر آنذاك اهتماما كبيرا، أكثر مما هي عليه في القانون المدني لتجد القانون الإداري أرضا خصبة لها بتطبيقات عديدة ومتنوعة، وبهذا المبدأ اتسع مجال حرية القاضي الإداري في إصلاح الأضرار دون اللجوء إلى البحث عن الخطأ من عدمه من جهة، ومن جهة أخرى وجدت الإدارة فسحة لممارسة نشاط مطابق لمهمتها في سبيل تحقيق المصلحة العامة.⁽⁴⁾

عرف مفوض الدولة Bartrard المسؤولية الإدارية دون خطأ أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية (سولز) والذي أخذ مجلس الدولة رأيه في حكمه في هذه القضية الصادرة في 1968/11/03 قائلا: "إن مسؤولية الدولة بلا خطأ منها إنما هي تصحيح أدخله القضاء على ما يستم به القانون العام من طابع اللامساواة، وهي تستوي عند نقطة التوازن بين مبدأ

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 249.

² - قدور شرع، مرجع سابق، ص 51 .

³ - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجد وبيوض خالد، د.م.ج، الجزائر، 2007، ص 213.

⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الاثبات في المواد المدنية والتجارية)، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 7.

تغليب المصلحة العامة التي تضطلع الإدارة بتطبيقه في جميع الحالات، يصطدم فيها بالمصالح الخاصة وبين مبدأ المساواة أما الأعباء العامة، وهو يتطلب التعويض عن كل ضرر منسوب إلى نشاط عام عندما يتجاوز الحدود المعقولة اللازمة لظروف الحياة في المجتمع".

كما تعد المسؤولية الإدارية بدون خطأ من أدق موضوعات قانون المسؤولية الإدارية؛ كونها ما زالت غير مستقرة الأسس وغير واضحة المعالم، فهي نظرية تكميلية استثنائية من أجل المحافظة على التوازن بين الحقوق والإميازات المقررة للإدارة وبين حقوق الأفراد ومتطلبات العدالة أخذت المسؤولية الإدارية بدون خطأ بقسمين أساسيين:⁽¹⁾

أ- المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر: والتي بدورها أخذت أربعة تقسيمات وهي:

- المسؤولية الإدارية عن الأشغال العمومية.

- المسؤولية الإدارية بسبب خطورة بعض المرافق العامة.

- المسؤولية الإدارية بسبب خطورة بعض الأشياء.

- المسؤولية بسبب خطورة بعض النشاطات العمومية.

ب- المسؤولية الإدارية على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة:

- المسؤولية الإدارية عن عدم تنفيذها القرارات القضائية.

- المسؤولية الإدارية عن العمل التشريعي و الإتفاقيات الدولية.

2- شروط استحقاق التعويض عند خطأ الإدارة: وحتى يجب التعويض في مثل هذه الحالة، وجب توفر الشروط التالية:⁽²⁾

أ- وجود ضرر نتيجة خطأ الإدارة: يشترط لإثارة مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية بطريق الخطأ، وجود ضرر معين يرتبط بعلاقة سببية بالخطأ الذي ترتكبه الإدارة، ويفترض بهذا الضرر الذي يبرر التعويض أن يكون شخصياً ومباشراً وأكدوا للمتعاقدين معها، ويساهم في إلحاق الغبن أو الخسارة المادية للمتضرر.

ب- عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض: يقتضي أعمال التنازل عن الضرر وضمن موضوعه ومداه الزمني فقط، حيث أن يتنازل المتعاقد مع الإدارة عن مطالبتها أي تعويض أو حق أو دعوى - عن الأعمال المنجزه- من شأنه إسقاط كل

¹ - رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، د.م.ج، (ب.ب.ن.)، 2001، ص 36 إلى 56.

² - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 543 - 544.

حق حول أية مطالب يكون قد تقدم بها قبل تاريخ تنازله، أما الأعمال موضوع الإلتزام التي ينجزها بعد تاريخ التنازل فلا يشملها هذا التنازل، وبالتالي يمكنه مطالبة الإدارة بقيمة الأضرار الناشئة عن خطئها.

ثالثاً: مسؤولية الإدارة في التعويض على أساس الإثراء بلا سبب

فإذا قام المتعاقد من تلقاء نفسه بأداء أعمال أو خدمات غير منصوص عليها في العقد، ودون طلب من الإدارة، ولكنها ذات فائدة أو لازمة للمرفق، أمكنه مطالبة الإدارة بتعويضه عن هذه الإضافات، على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب⁽¹⁾.

يتوقف الإقرار بالتعويض على شروط مرتبطة بما كانت عليه وضعية المتعاقد مع الإدارة أثناء حدوث الضرر⁽²⁾، لأن الأصل المقرر في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أن يقتصر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه دون سواها، ولا يجوز له أن يضيف إليها أعمالاً أخرى فإذا أحل بهذا الإلتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة مخالفته⁽³⁾، ويجب ملاحظة أنه إذا كان الخطأ مشتركاً بين الإدارة والمتعاقد، فإن كلا منهما يتحمل خطأه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في مصر سنة 1968م، حيث أرست المبدأ التالي: "إذا كان الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة أساسه خطأ مشترك وقع من الطرفين، فللقاضي أن يقدر نصيب كل منهما من المسؤولية عن الخطأ في التعويض"⁽⁴⁾.

فقد ذهب هذا الرأي إلى تأسيس التعويض المستحق للمتعاقد في مواجهة الإدارة التي قامت بإتخاذ الإجراءات الإدارية، أو لتوافر ظروف ومستجدات إقتصادية أودت بها إلى إتخاذ وفرض بعض الإجراءات الإقتصادية أو التي استفادت من جراء قيام المتعاقد معها بأداء أعمال ضرورية، على أساس أن تلك الإدارة إنما أثرت على حساب المتعاقد معها، الأمر الذي أدى إلى إفتقاره أو إنتقاص من ذمته المالية مما يترتب عليه ضرورة تعويضه عن ذلك⁽⁵⁾ إستناداً لقاعدة الإثراء بلا سبب المنصوص عليه في القانون المدني الجزائري⁽⁶⁾.

ويثور النقاش حول مدى مسؤولية الإدارة التعاقدية عن كلا النوعين من هذه الأعمال وهل يجوز للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عنها الذي يتضمن قيمة ما انفق بشأن هذه الأعمال من مصروفات وتكاليف أم لا؟

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 220.

² - حسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2007، الكتاب الثالث، ص 53.

³ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص 595.

⁴ - مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 220.

⁵ - بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 598.

⁶ - المادة 141 والمادة 142 من الأمر 58/75، مرجع سابق، ص 998.

1- مسؤولية الإدارة في حالة الأعمال الضرورية: الأعمال الضرورية التي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة هي تلك الأعمال اللازمة لأداء العمل الأصلي محل التعاقد الإداري أو لحسن تنفيذه بحيث لو لم تكن هذه الأعمال لما تم العمل أو لم يكن ل يتم بالصورة التي تم عليها. فحينما يقوم المتعاقد بتنفيذ الأعمال التي كلف بها فإن القاضي الإداري عادة ما يميز بين الأعمال الضرورية والأعمال النافعة والمفيدة، يعتبر الأعمال الضرورية هي تلك اللازمة لأداء الأعمال المكلف بها رغم عدم إدراجها أساسا في بنود العقد الإداري أو بين طيات شروطه حيث تظهر الحاجة إليها ملحة و ضرورة لأداء العمل الأصلي ولذا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد ألزم الإدارة بدفع مقابل هذه الأعمال على أساس السعر المتفق عليه في العقد فيما يتعلق بالأعمال المطلوبة من المقاول أو المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة. وسيافا مع ذلك فقد قضى بإلغاء حكم المحكمة الإدارية "بناند" والذي حكمت فيه برفض منح الشركة المتعاقدة قيمة الأعمال الإضافية التي نفذتها على أساس أن هذه الأعمال قد نفذت دون أمر صادر من صاحب العمل، حيث تراء للمجلس انه حتى ولو لم يكن هناك أمر صادر من صاحب العمل بأداء هذه الأعمال إلا أنها ضرورية لتنفيذ الأعمال الأصلية المنصوص عليها في العقد تطبيقا للقواعد العامة. وانتهى المجلس إلى أنه بصرف النظر عن قلب موازين العقود فإن المحكمة الإدارية قد ارتكبت خطأ برفضها دفع قيمة الأعمال المذكورة للشركة. ولد اتجه رأي في الفقه الفرنسي تعليقا على هذا الحكم إلى القول بأن الحق في دفع مقابل هذه العمال يجب أن يكون معترفا به تلقائيا من قبل الإدارة على أساس السعر المتفق عليه في العقد بالنسبة للأعمال الأصلية وذلك متى تقرررت صفة الضرورة لهذه الأعمال الزائدة.⁽¹⁾

2- مسؤولية الإدارة في حالة الأعمال المفيدة⁽²⁾: والأعمال المفيدة هي تلك الأعمال التي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة رغم عدم لزومها بالنسبة لتنفيذ العمل الأصلي أو لحسن أدائه ولكنه ترائى له انها قد تكون مفيدة للإدارة. ولقد كان القضاء الإداري سواء في مصر أو في فرنسا يرفض في بادئ الأمر تعويض المتعاقد من جراء القيام بهذه الأعمال إستنادا إلى عدم ضرورتها وإلى أن هذه الأعمال لم ينص عليها في بنود العقد المبرم بين الإدارة وهذا المتعاقد. إلا أن القضاء تطور في هذا الشأن ليصل به الأمر إلى إيجاد حل عادل يحقق بعضا من التوازن المالي بين طرفي العقد مقرررا التعويض وإنعقاد مسؤولية الإدارة التعاقدية فيما يتعلق بهذه الأعمال إستنادا إلى فكرة الإثراء بلاسبب.

فالإدارة باستفادتها من وراء هذه الأعمال تكون قد أثرت على حساب المتعاقد معها وبالتالي تلزم أمامه بالتعويض عنها وإلا كان ذلك إثراء لها بلاسبب. وتطبيقا لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1943/06/11 بأنه "بالنسبة للأعمال التي ليست ضرورية لتنفيذ العمل الأصلي ولكنها مفيدة للإدارة تكون ذات

¹ - بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص ص 592 - 593.

² - المرجع نفسه، ص 595.

طبيعة غير تعاقدية فلا يجوز فرضها على المتعاقد وعلى ذلك إذا قام المتعاقد بتنفيذها فيجب أن يعرض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، وانتهى المجلس إلى إعطاء المتعاقد التعويض عن هذه الأعمال". كما قرر في حكمه الصادر في 10 مارس سنة 1944 بأنه " حيث نتج من الفحص أن الأعمال المقصودة قد توافرت لها صفة النفع بالنسبة للبلدية وأن السلطات البلدية التي تابعت تلك الأعمال بنفسها لم تعترض على تنفيذها فتكون البلدية بذلك قد استفادت من وراء تلك الأعمال وتلتزم بالتعويض قبل الطاعن بقدر ما حققته من فائدة."⁽¹⁾

الفرع الثاني: إجراءات التعويض عن الأخطاء الإدارية

أجمع فقهاء القانون على تقسيم شروط دعوى التعويض إلى قسمين هما الشروط الموضوعية وما تحتويه من شرط الصفة وشرط المصلحة وشروط شكلية، فأما الشروط الشكلية بنحدها تثير إشكالا كبيرا في ما يخص دعوى التعويض خصوصا خلال اشتراط القرار المسبق والميعاد.⁽²⁾

إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 لم يشترط وجود قرار إداري مسبق في دعوى التعويض الإدارية، حيث جاء في نص المادة 819 من القانون أعلاه: " يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية القرار الإداري تحت طائلة عدم القبول للقرار الإداري المطعون فيه، ما لم يوجد مانع مبرر...".

ف نجد أن المشرع لم يعني دعوى التعويض في هذه المادة إدراكا منه لعدم إمكانية القرار الإداري المسبق والتي هي صيغته، خاصة إذا كانت الأعمال الإدارية التي نتج عنها أضرار للغير هي أعمال مادية لا تستند في حثوها إلى قرار إداري، أما إذا كان الضرر ناتجا عن أعمال مادية مشروعة فإن دعوى التعويض تستند على أساس نظرية المخاطر، وبالتالي يجب إثبات علاقة الإدارة بالضرر الحاصل المضرور فيها.

أما في ما يخص التنظيم الإداري المسبق والقرار السابق؛ فإن رأي الدكتور محمد الصغير بعلي جاء كما يلي " وعلى الرغم من بعض أوجه الشبه بين القرار السابق والظعن الإداري السابق (حيث ينعقد الاختصاص بكليهما إلى جهة إدارية وليس إلى جهة قضائية)."⁽³⁾

¹ - بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 595.

² - عبد الفتاح صالح، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، مذكرة مكملة عن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، الموسم الجامعي، 2013/2012.

³ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 222.

وبالجموع بين القواعد والأحكام المقررة في كل من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد يمكن تقسيم منازعات الصفقات العمومية الناتجة عن مرحلة الإبرام إلى قسمين: منازعات ترفع أمام لجنة الصفقات⁽¹⁾، المعنية ومنازعات تعرض على القضاء الإداري⁽²⁾ من أجل ضمان حقوق الأطراف المتعاقدة من خلال تبيان وسائل التسوية والجهات المختصة بذلك.⁽³⁾

أولاً: التسوية الودية: إن هذه الآلية مكرسة في المواد 153 إلى 155 من المرسوم الرئاسي 247/15 الحالي وكذا في نص المواد من 970 إلى 990 من قانون الإجراءات المدنية رقم 09/08 والمتمثلة في التظلم، الصلح، التحكيم الوساطة.

وألزم المرسوم الرئاسي المصلحة المتعاقدة بالبحث عن الحلول الودية لتسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة، وفي حالة عدم اتفاق الطرفين المتعاقدين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة التي تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال⁽⁴⁾ قبل اللجوء إلى القضاء، إلا أن المحكمة العليا في إجتهااد سابق لها اعتبرت ذلك شرطاً وجوبياً حيث جاء في إحدى قراراتها: "من المقرر قانوناً أنه تتشكل في كل وزارة بقرار، لجنة إستشارية تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات، من عناصر عادلة يكون قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية، وأن الإجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق الدعوى القضائية...".⁽⁵⁾

1- التظلم: يعتبر من الوسائل القانونية الودية لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الأشغال العامة ويعرف بأنه طلب يتقدم به صاحب المصلحة إلى الإدارة المصدرة للقرار أو السلطة التي تعلق بها لإعادة النظر فيه على أساس أنه يخالف للقانون⁽⁶⁾، وكرس المشرع الجزائري هذا الإجراء كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عند إبرام وتنفيذ الصفقة.

أ- التظلم عند الاعتراض على قرار المنح المؤقت للصفقة⁽⁷⁾: لقد أجازت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15، بغض النظر عن حقوق للطعن المنصوص عليها قانوناً لكل متعهد يحتج على الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، وذلك عن

¹ - هذا الإجراء يتماشى والقواعد المقررة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته خاصة تلك المنصوص عليها في المادة 9 منه، ح ر رقم 14، مؤرخة في 2006/03/08، ص 6.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 321.

³ - عليوة فضيل، مرجع سابق، ص 42.

⁴ - المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 37، وللإطلاع عن تشكيلة لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة أنظر المادة 154 من نفس المرسوم، ص 38.

⁵ - قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، ملف 62252 المجلة القضائية، سنة 1992، العدد 2، ص 61، نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 42.

⁶ - BENNADJI Cherif, **Marché publics et corruption en Algérie**, un revue naqd, N25, 2008, p250.

⁷ - عليوة فضيل، المرجع السابق، ص 42 - 43.

طريق رفع تظلم أمام لجنة الصفقات المختصة أجل 10 أيام من تاريخ الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي والصحافة مع تحديد اللجنة المختصة بدراسة الطعون من طرف المصلحة المتعاقدة عند الإعلان، أما فيما يخص الطعون الخاصة بالصفقات التي تدخل ضمن اختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية أو مراكز البحث والتنمية أو المؤسسات العمومية فإن الطعون تقدم إلى لجنة الصفقات الوزارية للصفقات ملتزم بها المراقب المالي للوزارة، أو البنك الجزائري للتنمية، أو لجنة الصفقات الولائية بالنسبة للصفقات الملتزم بها لدى المراقب المالي للولاية أو أمين الخزينة البلدية.

وبعد تقديم الطعن تجتمع اللجنة المخطرة وفق التشكيلة المحددة قانونا في المواد 171 إلى 175 من المرسوم الرئاسي 247/15، بحضور المصلحة المتعاقدة بصوت إستشاري، ويتم البث في الطعن برأيها في أجل 15 يوما ابتداء من انقضاء مهلة 10 أيام المحددة للتظلم، ويبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة وصاحب الطعن، يترتب على تقديم الطعن امتناع المصلحة المتعاقدة عن عرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة التأشير عليه بعد مرور 30 يوم من تاريخ نشر الإعلان عن المنح المؤقت.

ب- التظلم على النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة:⁽¹⁾ نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي الحالي، تسوى النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة عن كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

يبدو واضحا من هذا النص أن المرسوم الرئاسي 247/15 أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عند التنفيذ⁽²⁾، وهذا تفاديا للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول للإجراءات وطول الانتظار.

¹ - عليوة فضيل، مرجع سابق، ص 43.

² - ج ر رقم 50، المؤرخة في 20/09/2016، ص 37.

فإذا تم الاتفاق على حل النزاع وديا يتولى الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار مقرر يثبت فيه هذا الإتفاق وبين طبيعته الإلتزامات الجديدة، وحسنا فعل المشرع حينما تبني مبدأ الحسم الودي لنزاعات الصفقة العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، وحتى يمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حد لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ ويتم بهذا حسم في أمر للمنازعة ومواصلة التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله.⁽¹⁾

وفي حالة توصل الأطراف المتعاقدة إلى حل ودي وتكريس موضوعه فإنه لا يحق لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء للمطالبة بما يخالف ما اتفق عليه، وهو ما نصت به الغرقة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة بموجب قرار مؤرخ في 2001/06/02 حين قضت برفض دعوى المقاول الرامية إلى الحصول من المصلحة المتعاقدة على مبالغ مالية لأشغال تم إنجازها في حين فسخ الصفقة أقر فيه أن كل المحاسبة العامة والنهائية للأشغال المنجزة قد سددت له وليس له أي نزاع مع المصلحة المتعاقدة. وما يلاحظ حول هذا الطريق الودي لتسوية المنازعات أن المشرع لم يتبين طبيعة رأي لجنة الصفقات في حالة طعن أحد المتعهدين في اختيار المصلحة المتعاقدة، هل هو ملزم أم لا، ولم يحدد أجل تبيغه، وهل هو مجرد رأي إستشاري للمصلحة المتعاقدة؟، و النتيجة التي تتوصل إليها في هذا المجال أن قبول التظلم أو التوصل إلى حل ودي بين الطرفين وبلورته في اتفاق يصدر في شكل مقرر من شأنه أن يقلل من عدد النزاعات المعروضة على القضاء، ويخفف من الأعباء المالية للطرفين، أما إذا لم يرضى المتعامل المتعاقد بذلك فيمكن له الطعن بالإلغاء وطلب التعويض نتيجة الأضرار التي لحقت له أمام الجهات القضائية المختصة.⁽²⁾

2-الصلح والوساطة: يعد هذان الإجراءان من الوسائل القانونية المكرسة قانونا لتسوية منازعات الصفقات.

أ- **الصلح:** يعتبر الصلح على العموم إجراء جوازي يمكن أن يعرض من الخصوم الذين يجوز لهم التصالح تلقائيا، كما يمكن أن يتم بسعي من القاضي. والصلح غير مقيد بمدة معينة إذ يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليها الخصومة، والقاضي بما له من سلطة تقديرية هو الذي يحدد الزمان والمكان الذين يراهما مناسبين لإجراء الصلح ما لم توجد نصوص خاصة تقرر خلاف ذلك.⁽³⁾

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 325.

² - عليوة فضيل، مرجع سابق، ص 44.

³ - رشيد خلوفي، شروط قبول الدعوى الإدارية، د م ج، الجزائر، 2004، ص 156.

والصلح معمول به في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ كرس المشرع الجزائري هذا الإجراء في نص المواد 990 إلى 993⁽¹⁾، حيث نظم الصلح كطريق وإجراء بديل لحل وفض النزاعات الإدارية بصورة مرنة تسمح بسرعة الفصل فيها وتراضي الأطراف مما يخفف من أعباء الهيئات القضائية ويحد من صرامة الإجراءات الإعتيادية وطول أجالها وآمادها.⁽²⁾

ب- **الوساطة:** استحدث المشرع الجزائري هذا الإجراء في نص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. إذ أوجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة، والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام لكل النزاع أو جزء منه مع منح الوسيط أجل 3 أشهر للقيام بذلك ويمكن تمديده لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء.⁽³⁾

وبعد موافقة الخصوم، يقوم هذا الأخير بإيجاد حل للنزاع ويجرر بمحضر بذلك يوقعه الخصوم والوسيط ويعرض على القاضي قصد المصادقة عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن مع اعتبار الإتفاق سند تنفيذي، وما دام أن المشرع لم يستثني المنازعات التي يكون فيها أحد الأشخاص المعنوية العامة⁽⁴⁾، المشار إليها في نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي الحالي. كما ألزم المشرع اللجنة في البحث على العناصر المتعلقة بالقانون والوقائع لإبقاء التسوية الودية للمنازعات المطروحة.⁽⁵⁾

3- التحكيم: لعله من أهم الإصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أجاز ولأول مرة لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية أو في مجال الصفقات العمومية⁽⁶⁾، وذلك لأحكام المادة 975 من القانون المذكور أعلاه مع تطبيق نفس الأحكام المنظمة له أمام الجهات القضائية الإدارية.

¹ - نص ق.إ.م.إ: المادة 990: "يجوز للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة".

المادة 991: "تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك".

المادة 992: "يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية".

المادة 993: "يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط".

² - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، ب.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009، ص 312.

³ - المواد 994 إلى 997 من قانون 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ.

⁴ - عليوة فضيل، مرجع سابق، ص 45.

⁵ - المادة 6/153 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 37.

⁶ - عليوة فضيل، المرجع السابق، ص 45.

فعندما يكون التحكيم متعلق بالدولة يتم اللجوء إليه بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، أما المتعلقة بالولاية والبلدية تتم بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، في حين أن التحكيم بمؤسسة ذات صيغة إدارية فتتم بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوطنية التي يتبعها.⁽¹⁾ ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي يطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبى هيئة إلى التحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني ولكن الموافقة مسبقاً أثناء إجتماع الحكومة.⁽²⁾ وبهذا يكون المشرع من خلال هذا المرسوم الرئاسي 247/15 قد أشار اللجوء إلى التحكيم.

ويأخذ التحكيم وضعين تحكيم داخلي أو دولي، إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل، وتكون أحكام التحكيم قابلة للتنفيذ في الجزائر بأمر من رئيس المحكمة التي تصدر في دائرة اختصاصها بعد إيداع أصل الحكم التحكيمي في أمانة ضبط المحكمة، ويقوم أمين الضبط بتسليم نسخة منه ممهور بالصيغة التنفيذية لمن يطلبها من الأطراف، وهو الإجراء نفسه الذي يتم العمل به للحصول على نسخة تنفيذية لحكم تحكيمي دولي مع إرفاق نسخة من إتفاقية التحكيم مترجمة إلى اللغة العربية⁽³⁾.

ويتميز التحكيم بجملة من الخصائص نذكر منها:⁽⁴⁾

أ- إن التحكيم يحقق لنا سرعة الفصل في المنازعة الناتجة عن التنفيذ، بينما عرض المنازعة ذاتها أمام القضاء قد يأخذ زمنا طويلا، والانتقال من درجة أولى إلى ثانية، أو من خبرة قضائية إلى خبرة أخرى، وهو ما يجعل عنصر الزمن يمتد بسبب بالغ الضرر لجميع الأطراف المصلحة المتعاقدة من جهة والمتعامل المتعاقد من جهة ثانية والمنفعة من خدمات المرفق العام من جهة ثالثة وهكذا...

ب- يتسم التحكيم بالسرية التامة، خلافا للقضاء حيث نجد جلساته علنية.

ج- بإمكان المتنازعين في التحكيم اختيار محكميهم، بينما لا يجوز للمتقاضين اختيار قضائهم.

ثانيا: التسوية القضائية: إن العمل القضائي هو عمل يتضمن الفصل في خصومه قضائية أو نزاع قضائي على حق ذاتي شخصي وعلى أساس قانوني⁽⁵⁾، وعلى هذا الأساس إذا لم يتم التوصل إلى حل النزاع المطروح بشأن إبرام وتنفيذ الصفقة

1- المادة 976 من قانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ.

2- المادة 8/153 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 38.

3- علوية فضيل، مرجع سابق، ص 45 - 46.

4- عمار بوضياف، مرجع سابق ص 336.

5- عمار عوايدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، د.م.ج، الجزائر، 2000، ج2، ص 248.

بأحد الطرق الودية المذكورة سابقا، فإن التشريع المعمول به في هذا المجال يسمح للأطراف اللجوء إلى القضاء لعرض النزاع عليه، حيث كان لزاما على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات، هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة⁽¹⁾، فقد نص المرسوم الرئاسي الحالي أن الأصل هو الودية في تسوية النزاعات، أما القضاء فهو الاستثناء في حال تعذر ذلك.

المطلب الثاني: المخاطر الاقتصادية

يعتبر نظام العقود الإدارية من إنشاء القضاء الإداري الذي حرص على إيجاد نظام قانوني مستقل وخاص بالعقد الإداري، يستوعب كل خصائص النشاط الإداري بهدف استبعاد تطبيق القواعد العامة للعقد الإداري من خلال آثار المخاطر التعاقدية التي تمس الحقوق والمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة. فالصلاحيات الواسعة للإدارة والعوارض التي قد تطرأ خلال تنفيذ العقد، تؤدي إلى إختلال التوازن المالي للعقد⁽²⁾، من جراء نظرية الظروف الطارئة و الظروف والحوادث غير المتوقعة، وبالتالي يصبح تنفيذه مرهقا للمتعاقد مع الإدارة، فيؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد وتكبده خسارة غير محتملة⁽³⁾، وهو ما أدى بالقاضي بفرض تعويضات للمتعاقد جراء المخاطر التعاقدية وفقا لشروط محددة يجب أن تتوفر فيها⁽⁴⁾. وستناول هاتين النظريتين في فرعين على التوالي.

الفرع الأول: الظروف الطارئة في العقود الإدارية

أولا: مدلولها:

مفادها أنه متى طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ولا بد لأحد المتعاقدين فيها، وترتب عن حدوثها أن أصبح تنفيذ الإلتزام التعاقدى مرهقا للمدين فإنه يجوز للمتعاقد المتضرر مطالبة الإدارة المتعاقدة المشاركة في خسارته يمنحه تعويضا جزئيا⁽⁵⁾.

¹ - عليوة فضيل، مرجع سابق، ص 46.

في حالة ما إذا أحل أحد المتعاقدين مع الإدارة بالتزامه فيطلب القاضي من المتعاقد الوفاء بالتزاماته أو إذا تضرر المتعاقد من الإدارة فيطلب المتعاقد إرجاع العقد إلى التوازن المالي أو فسخ العقد، حسين فريجة، شرح قانون المنازعات الإدارية، ص 177 - 178.

² - محمد رضا شقراني، مرجع سابق، ص 20.

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 228.

⁴ - محمد رضا شقراني، المرجع السابق، ص 20.

⁵ - عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 122.

إلا إذا رأت الإدارة تعديل شروط العقد بما يخلق عن المتعاقد وضع الطرف الطارئ⁽¹⁾ ويمكنه من الإستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق⁽²⁾، ولا يكون التعويض المقرر في هذه الحالة شاملا ومغطيا لكافة الخسائر الناتجة، بل يكون جزئي يجعل الضرر موزع بين طرفي العقد بشكل متوازن.⁽³⁾

وقد تعرضت المحكمة العليا في حكمها الصادر في 1980/01/09م لأحكام نظرية الظروف الطارئة بقولها: "إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تتجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد، إلى خسارة إستثنائية وغير عادية؛ جاز للقاضي، تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولا يجوز للطرفين الإلتفاق على ما يخالف ذلك، باعتبار أن نظرية الظروف الطارئة من الأمور المتعلقة بالنظام العام، لا فرق في ذلك بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص.

ويتعين على المحكمة إلتزام حكمها من تلقاء نفسها، ودون حاجة إلى التمسك بها من جانب المدين (المتعاقد). وقيام الحرب يعتبر من قبيل الظروف الطارئة التي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا كان على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف."⁽⁴⁾

ثانيا: شروط أعمالها: وشروط أعمال هذه النظرية هي⁽⁵⁾:

1- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ: وتعد من قبيل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة، ارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاع غير عادي، ذلك إن الارتفاع البسيط والطبيعي أمر يقدره أطراف العقد ويضعونه بعين الاعتبار ساعة التعاقد، إما لو كان الارتفاع يسير بوتيرة متسارعة ومرتفعة⁽⁶⁾، فإن ذلك يعد ظرفا استثنائيا وطارئا موجبا موجبا لإعادة الاعتبار المالي شريطة حدوثه أثناء تنفيذ الصفقة وليس قبل التوقيع أو بعد الانتهاء.

¹ - مثل : الأزمات الاقتصادية والحروب، وعموما كل ظرف من شأنه إلحاق خسائر فادحة تعمل معها إلتزامات الطرفين في العقد فيكون مبررا لطلب المتعاقد من جهة للإدارة المشاركة في تحمل الأعباء الإضافية، كنزرة لطيف، مرجع سابق، ص 120.

² - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 34.

³ - كنزرة لطيف، مرجع سابق، 120.

⁴ - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 231.

⁵ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 241

⁶ - القضية المعروضة على مجلس الدولة الفرنسي المذكورة، حيث ارتفع سعر الفحم من 23 فرنك فرنسي إلى 73 فرنك فرنسي، أنظر عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 241.

2- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين: وعلى ذلك 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 الطارئ الجديد، فإن كانت هي من أحدثت بعملها الطارئ الجديد جاز مساءلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾ لا نظرية الظروف الطارئة.

3- ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة: ويقصد بالخسائر غير المألوفة أن الظروف الطارئة أدت إلى قلب الوضع الإقتصادي للمتعامل المتعاقد رأسا على عقب حيث ألحقت به خسائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة، كأن تقبل السلطة المختصة على زيادة الضرائب أو تقبل على استحداث رسوم جديدة ونسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع أو تصدر نوا حديدا يتضمن شبكية للأجور تختلف عن الشبكة القديمة إختلافا جوهريا، أو تقبل على رفع الرسوم الجمركية أو المواد المستعملة في المشروع وهكذا. ففي مثل هذه الحالات ينتج عن مواصلة تنفيذ المشروع إرهاب المتعاقد مع الإدارة ماليا، لذا وجب أن ينصف بإعادة توازنه المالي.

4- ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع: أي لا يكون بوسع أطراف العقد توقعه، كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها، مما يشفع للمتعامل المتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالي.⁽²⁾

ثالثا: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة في الجزائر

نصت المادة 107 من القانون المدني⁽³⁾: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب. بل يتنازل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

¹ - المادة 124 من ق.م.ج: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

² - ذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر إل القول: "إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري"، عمار بوضيف، مرجع سابق، ص 248.

³ - ج ر رقم 78، المؤرخة في 1975/09/30، ص ص 995 - 996.

وهكذا قن المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة، فليس من العدل في شيء أن يترك المتعامل المتعاقد يتحمل ولوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست المتسببة في هذه الظروف الجديدة.⁽¹⁾

ونجد نظرية الظروف الطارئة أساسها من خلال المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي ورد فيها إمكانية إعادة التوازن المالي والتوصل إلى إنجاز سريع لموضوع الصفقة والحصول على تسوية نهائية وبأقل التكاليف، كما راعى في حالة عدم اتفاق الطرفين فإن يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المشار إليها في المادة 155 منه⁽²⁾. وبهذا يكون المشرع قد أجاز إعادة الإعتبار المالي له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق الصفقة الأصلية.⁽³⁾

الفرع الثاني: الصعوبات المادية غير المتوقعة

أولاً: مدلولها:

تقضي هذه النظرية فإنه متى اعترض المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة⁽⁴⁾ أثناء التنفيذ وتجعل من تنفيذ العقد مرهقا ومكلفا فإن له الحق في المطالبة بالتعويض الكامل بما لحق به جراء تلك الصعوبات من أضرار⁽⁵⁾، وهي أيضا مجمل الصعوبات المادية والإستثنائية التي تصادف المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذ العقد والتي لم يكن على علم بها وقت التعاقد، ونجد هذه النظرية تطبيقاتها عموما، وفي الأشغال العمومية خصوصا.⁽⁶⁾

ثانياً: شروط إعمالها:

1- أن تكون الصعوبات مادية واستثنائية⁽⁷⁾، ومثال ذلك ما قد يعترض المتعاقد مع الإدارة في عقود الأشغال العامة كالأرض الصخرية، ما قد يزيد من الأعباء عليه من حيث العتاد المستعمل ووقت الإنجاز والمصاريف المطلوبة لذلك⁽⁸⁾.

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 243.

² - المادة 2/153 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 37.

³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 243.

⁴ - مثل: حدوث زلزال شديد اساس تعويض الطرف المتعاقد مع الإدارة في هذه النظرية فقد وفقا لما يقرره الرأي الراجع في الفقه، عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 228.

⁵ - عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 124.

⁶ - علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص 151.

مثل تفاجؤ المقاول بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيفها، أو فوجئ بوجود طبقات صخرية عند حفر أحد الآبار الإرتوازية أو أتربة متكتلة بجلا من الطمي عند حفر مصارف، بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 590.

⁷ - عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 124 .

⁸ - علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 151.

2- استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ إلتزاماته، دون توقف ما لم تؤدي تلك الصعوبات إلى استحالة التنفيذ.⁽¹⁾

ثالثا: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يجب على المتعامل المتعاقد أن يتابع إلتزاماته التعاقدية، على الرغم من الظروف غير المتوقعة، التي تؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد. وفي حال توقف المتعاقد عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية عند تحقيق شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يحرم من التعويض المستحق، كما يجوز للإدارة توقيع الجزاءات عليه، ولكن وجود هذه الصعوبات يمكن أن يؤدي إلى تأخير تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، وفي هذه الحالة اعتراض الصعوبات لعملية التنفيذ وتأخير هذه العملية يمكن أن يؤدي إلى إعفاء المتعاقدين من غرامة التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للإلتزامات التعاقدية.⁽²⁾ وكما يجب على المتعامل المتعاقد مع الإدارة إستحقاق تعويضا كاملا عما تحمله من أعباء مادية جراء تلك الصعوبات.⁽³⁾ ونجد تطبيق هذه النظرية في نص المادة 138 من المرسوم الرئاسي الحالي، حيث يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية، واشترط في أن لا يطبق هذا الحكم في حالة وتوفر أسباب استثنائية وغير متوقعة خارجة عن إرادة كل من المتعاقد والمصلحة المتعاقدة.

المبحث الثاني: مبررات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

القاعدة العامة في تنفيذ العقود الإدارية هي مرونة إلتزامات المتعاقد مع الإدارة وتحركها بالزيادة أو النقصان. إلا أن إقتصار هذه القاعدة على إلتزامات المتعاقد مع الإدارة، يجعلها مغرمة لهذا المتعاقد، فضلا عما تمثله من إجهاد له وغبن في حقوقه. لذلك لا بد من تشمل هذه القاعدة حقوق هذا المتعاقد. ويترتب على ذلك أنه كلما زادت إلتزامات المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه أيضا، وهي تلك فكرة التوازن المالي للعقد.⁽⁴⁾

وما لبث أن استقر الفقه والقضاء على هذا المبدأ كأساس يحكم إلتزامات المتعاقد مع الإدارة، وهو ماشارت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ 1957/06/30، إذ تقول: "إن الفقه والقضاء الإداري خلق نظرية التوازن المالي للعقد الإداري وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق قدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين

¹ - عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 124 .

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة من تصرفاتها القانونية (القرارات الإدارية والعقود الإدارية)، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2007، ص 153 .

³ - عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 124 .

⁴ - وقد أقر القضاء الإداري الفرنسي فكرة التوازن المالي للعقد في الكثير من أحكامه، وتناولها بالتحديد مفوضو الدولة أمام المجالس، وخاصة بمناسبة تنفيذ عقود الإلتزام، فأشار المفوض ليون بلوم في تقرير له بتاريخ 1910/30/11 صراحة إلى أنه من الأمور الجوهرية في عقود الإلتزام ضرورة أن يتحقق بقدر الإمكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي يلتزم بها. فالحقوق والإلتزامات يجب أن تتوازي بما يحقق التوافق ما بين الفوائد المحتملة والإلتزامات المفروضة، مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 220 إلى ص 222.

المزايا التي ينتفع بها، على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعه من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وتعدل كفة الميزان بينهما، وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة، حتى لو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف تقدير التعويض، فتارة يكون كاملاً وتارة يكون جزئياً، وأياً كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد واختلاف الرأي في مبرراتها...⁽¹⁾.

المطلب الأول: تسبب الإدارة في اختلالات التوازن المالي

إن فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية لا تنطبق في حالة إستحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة، وإنما مجال أعمالها في حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة. والحالات التي يستحق فيها التعويض دون خطأ الإدارة نتناولها في فروع.

الفرع الأول: التعويض وفق نظرية فعل الأمير

أولاً: مدلولها: يقصد بفعل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى إضرار بالمركز المالي للمتعاقد⁽²⁾. وهي حالة تشبه في مضمونها النظرية السابقة في وجود ظرف خارجي يعيق تنفيذ المتعاقد للالتزامات التعاقدية، إلا أن هذه النظرية تقوم على أساس الصعوبات التي تطرأ جراء ما تستحدثه الإدارة من إجراءات سواء على موضوع الصفقة أو على الظروف والمعطيات المحيطة بها، ويقصد بها "الإجراءات والأعمال الصادرة من الجهة الإدارية المتعاقدة والتي تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد عما هو محدد في العقد"⁽³⁾.

وبهذا التعريف أخذت محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ 1957/06/30 حيث قررت: "... إن المقصود بنظرية فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو الإلتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة (المخاطر الإدارية). وهذه الإجراءات التي تصدر عن السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص، أو تكون بقواعد تنظيمية عامة"⁽⁴⁾.

¹ -مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 222.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 238.

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ب.ت.ن، ص 279،

ومن أمثلة الصعوبات: حظر استيراد أحد المواد اللازمة لتنفيذ العقد أو فرض ضرائب أو رسوم جمركية، عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 119.

⁴ - مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 223-224.

ثانيا: شروط تطبيقها:

وفي حكم صادر لها بتاريخ 1958/05/11م أرست المحكمة الإدارية العليا في مصر المبدأ التالي: "إن شروط نظرية فعل الأمير أن يكون الفعل الضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة. فإن صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير. ولكن ذلك الإمتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة، إذا ما توفرت شروطها."⁽¹⁾

وهذه الشروط هي:

- 1- أن يصدر الإجراء من السلطة الإدارية المتعاقدة: أن يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعاقل المتعاقد عن الإدارة المتعاقدة نفسها، فإن صدر العمل أو القرار عن جهة إدارية أخرى فلا يمكن في هذه الحالة إعمال وتطبيق نظرية فعل الأمير، فإذا مارست الإدارة حقها في تعديل العقد ونجم عن ذلك آثار مالية، عاد للمتعاقد حق المطالبة بإعادة التوازن المالي.⁽²⁾
- 2- أن يكون عمل الإدارة المتعاقدة مشروعاً (غير مخالف للنظام العام): ذلك لأن الأعمال غير المشروعة تخرج عن نطاق العمل بهذه النظرية، ويكون التعويض عليها طبقاً لقواعد المسؤولية الإدارية العقدية والتقصيرية.⁽³⁾
- 3- أن يؤدي العمل المشروع الصادر عن الإدارة المتعاقدة إلى قلب إقتصاديات العقد والتأثير عليها بصورة أساسية⁽⁴⁾، يلحق بالمتعاقدين جراء الإجراءات المتخذة أضراراً حقيقية وفعلية لا مجرد أضرار احتمالية⁽⁵⁾، مما يؤثر على المركز المالي للمتعاقل المتعاقد.⁽⁶⁾

ولقد أقرت محكمة القضاء الإداري في مصر، بخصوص التعويض الواجب عند توفر شروط النظرية المبدأ التالي: "يتميز التعويض على أساس نظرية الأمير بأنه تعويض شامل وغير جزئي، على عكس التعويض عند إنطباق نظرية الظروف الطارئة."⁽⁷⁾

¹ -مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 223-224.
² -عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 239.
³ -عادل بوعمران، مرجع السابق، ص 120.
⁴ -عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 239.
⁵ -عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 120.
⁶ -عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 239.
⁷ -مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 227.

ثالثا: الآثار المترتبة على هذه النظرية:

متى توافرت الشروط السابقة فإنه يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة من خلال القضاء بالتعويض الكامل عما فاتته من كسب ولحقه من ضرر لإعادة التوازن المالي للعقد، كما يجوز له المطالبة بعدم توقيع غرامات مالية عليه في حالة التأخير متى أثبتت أن التأخر كان سببه فعل الأمير، بل ويمكن للمتعاقد التحرر من التزامات التنفيذ والتمسك بفسخ العقد متى بات تنفيذ العقد مستحيلا.⁽¹⁾

لما كانت هذه النظرية قضائية المنشأ، وتأثر بها القضاء الجزائري منذ فجر الاستقلال، حيث تجسدت من خلال المادة 135 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وحسنا فعل المشرع حيث أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، وكذلك رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة مما يعيد الاعتبار المالي للمتعاقد ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ، فما كانت الصفقات العمومية يوما مجالا لدفع المتعاقد على تحمل خسائر لم تكن متوقعة ساعة إبرام الصفقة ثم إن المتسبب في إحداثها هي الإدارة المتعاقدة نفسها.⁽²⁾

الفرع الثاني: كيفية تحديد التعويض وفق نظرية الأمير

الثمن هو مبلغ الذي يتقاضاه المقاول من الإدارة مقابل ما أنجزه من أشغال وهو أحد العناصر الأساسية في العقد، إذ بمجرد ما تقع المصادقة على الصفقة يتحدد الثمن الذي ستنفذ به الأشغال وتكون الإدارة ملزمة بدفعه⁽³⁾، وبذلك فإن الثمن لا يتحدد إلا بعد التعاقد ولا ينبغي للثمن أن يكون نهائيا لأنه يلقي صعوبات من الناحية العملية أثناء التنفيذ.⁽⁴⁾

جاء في المرسوم الرئاسي الحالي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأربعة كيفية لدفع أجر المتعاقد المتعاقد وهي:⁽⁵⁾

بالسعر الإجمالي والجزائي.

بناء على قائمة السعر الوحدة.

¹ - عادل بوعمران، مرجع سابق، ص ص 120 - 121.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 239.

³ - مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2005، ص 525.

⁴ - هناء العلمي، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، طوب بريس، ط1، الرباط، 2010، ص 23.

⁵ - المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 27.

بناء على النفقات المراقبة.

بسعر مختلط.

ونصت المادة 98 منه إمكانية قبول تقيين الأسعار وفق المبلغ المحدد طبقا لما جاء في المادة 100 منه، وذلك إذا طرأت صعوبات حتمتها ظروف إقتصادية⁽¹⁾.

ولذلك يتخذ تحديد السعر عدة صيغ وأشكال:

أولاً: السعر الإجمالي أو الجزافي: يكون السعر إجماليا وجزافيا في حالة نص الصفقة على مبلغ جزافي يشتمل كافة المستحقات المالية التي يتقاضاها المتعاقد نظير تنفيذ الصفقة دون الإعتماد على حساب الوحدة⁽²⁾.

ثانياً: سعر الوحدة: من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقد الإداري هو اتفاق يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، بقصد إدارة وتسيير أحد المرافق العامة، وتظهر فيه نية الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقد شروطا غير مألوفا في تعاملات الأفراد⁽³⁾.

فالتعامل المتعاقد باعتباره طرف في الصفقة العمومية إلى جانب الإدارة المتعاقدة معها عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي، ويكون بالكيفية التي حددها القانون، حيث أنه يمكن أن يدفع أجر التعامل المتعاقد في شكل سعر الوحدة⁽⁴⁾، وبناء على قائمة سعر الوحدة يتم تحديد السعر على أساس الوحدة وفيها تعيين الأعمال المطلوبة على التعامل المتعاقد القيام بما مع تحديد مقدارها وتحديد سعر مستقل لكل نوع من أنواع السلع⁽⁵⁾.

ثالثاً: السعر بناء على نفقات مراقبة: يتم تسديد الثمن بحسب تقديم الأشغال المنجزة والمثبتة من طرف التعامل المتعاقد وذلك بحسب مصاريف النفقات المخصصة للإنجاز سواء بخصوص العتاد أو اليد العاملة أو المصاريف الضريبية أو تكلفة السلع مع تحديد هامش الربح⁽⁶⁾.

¹ - ج ر رقم 50، المؤرخة في 20/09/2015، ص 27.

² - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 81.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية (الداخلية والدولية)، دار الفكر الجامعي، ط1، الاسكندرية، 2000، ص48.

⁴ - كلوبي عز الدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دارحيطلي، الجزائر، 2012، ص5.

⁵ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص82.

⁶ - منتديات ملتقى الموظف الجزائري، تنفيذ العقود الإدارية وفقا لقانون الصفقات العمومية، على الرابط الالكتروني:

www.mouwazaf-dz.com/t/523-topic ، تاريخ الزيارة 26/03/2017، على الساعة 18h30، ص 9.

وأشار المشرع من خلال المرسوم الرئاسي الحالي أنه لما تؤخذ خدمات في شكل نفقات مراقبة أن تبين طبيعة مختلف العناصر التي تساعد في تحديد السعر الواجب دفعه، وكيفية حسابها وقيمتها.⁽¹⁾

رابعاً: السعر المختلط: يأخذ المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد نظير تنفيذ موضوع الصفقة ويكون حسب طبيعة الصفقة وفق الكيفية المحددة قانوناً والذي قد يكون مختلطاً، فالسعر المختلط هو السعر الذي يحدد بناءً على عدة معايير (تكلفة وسعر الوحدة مع مراعاة نفقات المراقبة).⁽²⁾

لقد نص المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 ضرورة تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها والمتمثلة في القوانين والنصوص التنظيمية المتعلقة بالعقود الإدارية والصفقات العمومية، إضافة إلى البحث عن الحلول الودية مع إلزام المصلحة المتعاقدة على إدراج اللجوء لإجراءات التسوية الودية لنزاعات في دفتر الشروط قبل اللجوء إلى العدالة.⁽³⁾

ولهذا إذا ورد بند في الصفقة ينص على تحيين الأسعار فإنه يتوقف على شروط ذكرت في المادة 100 من المرسوم الرئاسي الحالي، واستثنى إمكانية السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة ما لم يكن المتعامل المتعاقد متسبباً فيها؛ بمعنى سببها ظروف خارجة عن إرادته.⁽⁴⁾

1- مراجعة الصفقة: ويقصد بالمراجعة في مفهوم التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية الجاري به العمل، إعادة النظر في السعر المتفق عليه في الصفقة والذي ماهو في الأصل إلا السعر الذي كان محل عرض من المتعامل، وهذا نظراً لظروف معينة زمنية واقتصادية تؤدي إلى تحيين الأسعار، وظروف إقتصادية بحتة ترتب مراجعة الأسعار، كما هو مبين أدناه:⁽⁵⁾

أ- تحيين أسعار الصفقة: هي عملية إعادة النظر في السعر الذي كان محل عرض من قبل المتعامل المتعاقد وبعد أن وقع الإختيار عليه من طرف المصلحة المتعاقدة في حالتين:

- إذا لم تدخل الصفقة حيز التنفيذ إلا بعد إنتهاء صلاحية العرض.
- وفي حالة تقلب الظروف الاقتصادية التي عادة ما تؤدي إلى الزيادة في أسعار الطاقة والسلع واليد العاملة.

¹ - المادة 106 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 29.

² - منتديات ملتقى الوطني الجزائري، مرجع سابق، ص 9.

³ - المادة 153 من نفس المرسوم، ص 37.

⁴ - المادة 5/153 من نفس المرسوم، ص 37.

⁵ - بكراشوش محمد، مرجع سابق، ص 94 إلى ص 96.

وفي حالة إبرام الصفقة وفق إجراء التراضي، يمكن إجراء تحيين سعر الصفقة عند إنقضاء صلاحية السعر المنصوص عليها في التعهد الذي يفصل بين تاريخ توقيع المتعامل المتعاقد على الصفقة وتاريخ التبليغ بالشروع في تقديم الخدمة.

ب- شروط تطبيق تحيين الأسعار في حالة وجود بند في الصفقة يميز ذلك: فهي كالتالي:

- يمكن تحديد مبلغ للتعيين إما بطريقة إجمالية وجزافية وباتفاق مشترك، وإما بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار إذا نصت الصفقة على ذلك.
- لا يمكن تطبيق تحيين الأسعار إلا في الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية،
- الأرقام الاستدلالية (Io) التي يجب مراعاتها هي أرقام شهر نهاية العرض، غير أنه يمكن السماح بتعيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد، وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.⁽¹⁾

2- مراجعة أسعار الصفقة: تعني إعادة النظر في سعر الصفقة حسب تطور العوامل الاقتصادية وفقا لصيغة أو صيغ تضمنتها الصفقة مع كيفية تطبيق ذلك إذا تضمنت هذه الأخيرة بندا يفيد بأن الأسعار قابلة للمراجعة وذلك وفقا لشروط معينة:

- أ- أن لا يطبق مراجعة الأسعار في الفترة التي تعطيها صلاحية العرض.
- ب- أن لا تطبق المراجعة في الفترة التي يغطيها بند تعيين الأسعار.
- ج- أن لا تطبق إلا مرة واحدة كل ثلاثة أشهر.
- د- لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا على الخدمات المنفذة فعلا.
- هـ- ضرورة تضمين الصفقة صيغ مراجعة الأسعار، وإلا اعتبرت ثابتة وغير قابلة للمراجعة.⁽²⁾

المطلب الثاني: التعويض لأسباب خارجة عن إرادة الإدارة

قد تواجه المتعاقد مخاطر أو أسباب خارجة عن إرادة الطرفين ولا يد لهما فيها ولا يستطيعان دفعها، مما يمكن أن تؤثر على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية وتجعلها مستحيلة الوفاء مع المصلحة المتعاقدة، حيث يصعب على المتعاقد تلافياها بصفة

¹ - المادة 100 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 27.

² - المادة 101 من نفس المرسوم، ص 27 - 28.

جزئية أو كلية . حيث نص القانون المدني على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة ... ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك." (1)

وذهب بعض الفقهاء على التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي وذلك على أساس هي ما لا يمكن دفعه، بينما الحادث المفاجئ هو ما لا يمكن توقعه (2).

وقد جرت التشريعات الوضعية كما جرى القضاء والفقهاء على أن الإثنين شيء واحد من حيث أثرهما المعفي من المسؤولية من حيث الشروط التي يجب توافرها في كل منهما لكي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية (3).

وما ذهب إليه المشرع الجزائري أنه لا يفرق من حيث الأثر بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فإذا ما ثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي امتنع قيام المسؤولية التقصيرية على الوجه الذي ذكرناه في المسؤولية العقدية. (4)

الفرع الأول: نظرية القوة القاهرة

حتى نكون أمام نظرية القوة القاهرة، يجب أن تجسد ثلاثة عناصر:

أولاً: قد تتوفر أركان المسؤولية وخصوصاً منها الإدارية ومع ذلك يجب التأكد من عدم وجود حالات تعفي هذه الأخيرة من المسؤولية أو يحقق عنها ذلك منها حالات الإعفاء والمتمثل في القوة القاهرة؛ وهي حدث خارجي غير متوقع ولا يمكن رده ويجول دون تنفيذ العقد.

إن السمات الخاصة بالقانون الإداري وخاصة مبادئ استمرارية وتأقلم المرافق العامة، تعطي بعض الأصالة للنظرية وذلك عندما يستمد للقوة القاهرة من أجل فسخ العقد (5)، حيث يترتب عن القوة القاهرة الإعفاء الكلي إذا كانت الوحيدة مصدره الضرر بالرغم من إتخاذ الجهات المعنية جميع الإحتياطات. (6)

1- المادة 127 من الأمر 58/75، مرجع سابق، ص 997.

2- غنية قري، نظرية الالتزام، دار قرطبة، ط1، الجزائر، 2007، ص ص 108-109.

3- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري)، د م ج، ط8، الجزائر، 2008، ص 195.

4- غنية قري، المرجع السابق، ص 109.

5- مصطفى أبوزيد فهمي، الإدارة العامة نشاطها وأموالها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص ص 113-114.

6- قرار مجلس الدولة، للغرفة بتاريخ 2001/05/07 قضية ج.ف ضد بلدية بومقر، مجلس الدولة، العدد3، 2003، ص 103.

ثانياً: شروط أعمالها: وحتى نكون أمام نظرية القوة القاهرة يجب توفر الشوط التالية: (1)

1- عدم إمكان التوقع أو حدث غير مرتقب: حالة القوة القاهرة يجب أن تكون غير متوقعة أو لم يكن في الواقع توقعها، وإن شرط عدم التوقع لا يعني عدم القابلية المطلقة للتوقع، ويرجع عدم التوقع إلى الظروف التي أبرم فيها العقد، ويمكن أن يكون الحدث متوقعا في الوقت الذي حصل به، ولكن أدى إلى نتائج غير متوقعة، مثال حالة الحرب لما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات إقتصادية، مادامت مستحيلة الدفع غير متوقعة، والذي يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها، بل ما خلفته من أحوال واضطرابات، فيعفى المفاوض مثلا من إلتزاماته، والمستأجر من إلتزاماته التعاقدية. (2)

2- أن يكون الحدث خارجا عن إرادة المتعاقدين: يشترط في الفعل الذي يشكل القوة القاهرة أن يكون حدث خارجي، يتجاوز إرادة الأطراف المتعاقدة، ولا يعتبر الأمر قوة قاهرة إذا سبقه أو اقترن به خطأ عقدي، ولذلك لا يعتبر تأخر المتعاقد في الوفاء بإلتزامه، أو عدم مراعاته الأوامر المصلحية، أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات الضرورية.

3- عدم إمكانية تلافي الحدث: يجب أن تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع، أما إذا أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة، والملاحظ أن هذا الشرط يميز القوة القاهرة عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة، فالقوة القاهرة تعفي المتعاقد من متابعة التنفيذ.

أما باقي النظريات فإن المتعاقد ملزم بمتابعة التنفيذ رغم الصعوبات التي تفرضه واستحالة التنفيذ قد تكون مادية، كما قد تكون معنوية.

ثالثا: الآثار القانونية للقوة القاهرة

في حالة توفر القوة القاهرة فإنه يترتب على حدوث الفعل أو الحادث المتصف بالقوة القاهرة الذي اعترض المتعاقد أثناء التنفيذ، إعفاء المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ولا تستطيع الإدارة أن توقع أي جزء من الجزاءات الإدارية المقررة لعدم التنفيذ أو التأثير فيه، ويستطيع المتعاقد أن يطلب من القضاء الحكم بفسخ العقد، فإذا تبين أن أثر القوة القاهرة مؤقت، فإنه لا يترتب عليه سوى وقف تنفيذ الإلتزام حتى يزول الحادث القاهر. وفي هذه الحالة، تدخل القوة القاهرة في مفهوم الظرف الطارئ على أن يشترط فيها عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع، ويبدو أن قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في

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

² - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، د م ج، الجزائر، 2009، ص 223.

1999/03/08 الذي كان: "حيث أنه يمكن التمسك بالقوة القاهرة... لأنه ليس للوضعية لا طابع عدم التوقع ولا الإستثناء".⁽¹⁾

الفرع الثاني: أساس التعويض للقوة القاهرة

يقول الأستاذ أحمد محيو: "يكون التقييم حسب جسامته الضرر الحاصل والمبدأ الأساسي هو أن التعويض يجب أن يكون كاملاً..."

ويعتبر مبدأ التعويض الكلي قاسماً مشتركاً بين القانون المدني والقانون الإداري، ويفترض أن تضبط التعويضات والفوائد وفقاً لامتداد وقيمة الضرر الواجب إصلاحه، فلا يجب أن تفقر أو تغني الضحية من جراء التعويض عن الضرر الذي تعرض إليه.

إن الضرر لا يكون قابلاً للتعويض إلا إذا توافرت شروط المسؤولية والتي تدخل فيها المسؤولية الإدارية، فالتعويض يدفع إما إجمالية وإما على شكل أقساط، وإما على شكل إيراد وهذا ما نص عليه القانون الجزائري، يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً، ويصح للظروف أن يكون التعويض مقسطاً.⁽²⁾

وأدرج المشرع الجزائري في إعفاء المتعامل المتعاقد من التنفيذ والحكم بالتعويض ضد وجود القوة القاهرة، وذلك من خلال النص عليها في المادة 6/147 من المرسوم الرئاسي 247/15، ويتعلق بالآجال ولا يرتب على التأخير في التنفيذ فرض عقوبات مالية⁽³⁾ على إثر هذا الظرف القاهر، ويمكن أن يعطل موضوع الصفقة ويؤخر الوفاء بالالتزام لكونه خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد. وفي حالة وجود أي ظرف من الظروف السابقة الذكر، فعلى الإدارة الإلتزام بتعويض المتعاقد معها، إلا أن حصول المتعاقد على التعويض مشروط باستمرار تشغيل المرفق العام، وتقديم الخدمة بانتظام واضطراباً.⁽⁴⁾

¹ - قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 1999/03/08، الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 75.

² - غنية قري، مرجع سابق، ص 118.

³ - المادة 4/147 و 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 36.

⁴ - حمدي القبيلات، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري)، دار وائل، ط1، الأردن، 2008، ج1، ص ص 327-328.

خلاصة الفصل الثاني

قد تواجه المتعامل المتعاقد مخاطر إدارية واقتصادية تمكنه من الحق في التعويض، قبل وأثناء وبعد تنفيذ إلتزاماته التعاقدية محل العقد، و التي قد تصل إلى حد إرهاق المتعهد أو المتعامل أو إفقاره في بعض الحالات، نظرا للإختلالات في التوازن المالي للعقد من جراء تلك المخاطر الناتجة عن ظروف إرادية أو خارجة عن إرادة الإدارة ، بحيث قد تؤثر على تنفيذ الإلتزامات وعلى استمرارية المرفق العام.

وما دامت المصلحة العامة هي المبتغى من التعاقد مع المتعامل تطلب تعويضه عن المخاطر وفق ما تضمنه المرسوم الرئاسي 247/15 ووفق نصوص قانونية وتنظيمية، أو بتطبيق نظريات فقهية وأحكام واجتهادات القضاء الجزائري مع الإستئناس بتطبيقات من الدراسات القضائية المقارنة.

خاتمة

نظم المشرع التصرفات القانونية التعاقدية بين الأطراف وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بالرغم من الفوارق الموجودة بين المتعامل الذي يمثل القانون الخاص وصاحب الحق في العلاقة التعاقدية، والإدارة العامة التي تمثل القانون العام وصاحبة المصلحة وامتيازات السلطة العامة التي تستمدّها من شروط استثنائية وغير مألوفة التي يخولها لها القانون؛ مستعملة في ذلك المعيار العضوي نظرا لسيطته ووضوح رؤية الهيئات لدى الأفراد في حالة وجود نزاعات - بخصوص تنفيذ التزام أو تسيير مرفق عام في إطار التفويض المخول له قانونا- تطلب تسويتها بصفة ودية كقاعدة عام، وكاستثناء اللجوء إلى القضاء.

فالتنظيم الحالي المرسوم الرئاسي 247/15 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جاء في ظرف يمر به الإقتصاد الجزائري إنتكاسة بعد فترة من البهجة المالية في عهد ارتفاع العائدات النفطية التي ضخت عملة صعبة في الخزينة العمومية لم يسبق لها مثيل.

ولكن مع انخفاض العائد البترولي في الأسواق العالمية، أصبح على الدولة لزاما أن تنظر برؤية مستقبلية من أجل تدارك العجز والبحث عن آليات قانونية ومجالات إستثمارية كبرى يشارك فيها متعاملين خواص يفوض إليهم تلبية الحاجات العامة تحت إشراف ورقابة الإدارة العمومية حتى تتمكن من تحريك عجلة الإقتصاد الوطني.

إن جملة هذه التغييرات التي جاء بها التنظيم الجديد، في إطار الإصلاحات التي باشرتها الدولة الجزائرية والهادفة إلى عقلنة وترشيد وحماية النفقات العمومية في ظل تراجع مداخيل الخزينة العمومية، أهمها التخفيف من حدة البيروقراطية التي تعرفها عملية إبرام الصفقات العمومية بتسهيل بعض الأمور والإستعجال في إنطلاق المشاريع ، وإعادة هيكلة اللجان المكلفة بالرقابة على مشروعية ومطابقة إجراءات إبرام الصفقات، زيادة على إدماج عقود تفويضات المرافق العامة ضمن تنظيم الصفقات العمومية في إطار السياسة الإقتصادية للدولة الرامية لتنازل عن تسيير بعض المرافق والمؤسسات العمومية لصالح القطاع الإقتصادي.

ومن أهم ما تضمنه من تغييرات؛ إبعاد المنتخبين من لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض بعدما كانت رئاسة اللجان للمنتخبين الأمر الذي جز بهم إلى أروقة العدالة والمتابعات القضائية بسبب عدم فهم القانون.

كما رفع المبلغ التقديري لمفهوم الصفقة حسب المادة 13 من المرسوم الرئاسي الحالي وهذا بسبب ارتفاع الأسعار التي يتماشى معها القانون. ولم يحدد عدد المتعاملين في إبرام الصفقات بعدما كان في السابق يحدد بثلاثة متعاملين على الأقل. وجاء القانون برفع مبلغ الطلبات دون استشارة إلى الضعف، وحدد عدد حالات عدم الجدوى لا تكون إلا إذا لم يتم استلام أي عرض أو عدم مطابقة أي عرض من العروض المستلمة لدفتر الشروط مما يعني أنه لا يمكن تقييم العرض الوحيد بعدما كانت تعلن حالة عدم جدوى عند استلام عرض وحيد في القانون السابق.

كما تم تقليص عدد اللجان والإبقاء على لجنة واحدة تقوم بفتح الأظرفة وتقييم العروض حيث تسند لموظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة بعدما كان يرأس اللجنة منتخب من المجلس، وتقوم هذه اللجنة بفتح العروض في سجل خاص وتقييمها في سجل ثاني وبنفس طريقة القانون القديم، فيما تم الإبقاء على نفس تشكيلة لجنة الصفقات.

قام المشرع أيضا بإعادة هيكله هيئات الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية حيث ألغى نهائيا نظام اللجان الوطنية الذي كان قائما في القوانين السابقة واستبدله باللجان الجهوية مع الإبقاء على اللجان القطاعية والولائية والبلدية للصفقات العمومية، فضلا على اللجان التابعة للمصالح المتعاقدة، وهذا من أجل التخفيف من تركيز الرقابة الذي كان على مستوى اللجان الوطنية.

وتجب الإشارة إلى قانون الصفقات العمومية الجديد لأول مرة منذ الإستقلال تنظيم إجراءات تفويضات المرافق العامة التي تبرمه الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام من اجل تفويض تسيير المرفق العام إلى المفوض له من القطاع الخاص بموجب اتفاقية تبرم وفق الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية.

وأعلن عن إحداث هيئة وطنية مستقلة تحت عنوان سلطة ضبط الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام على مستوى الوزير الأول تتولى مهام متعددة من أهمها إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه.

أولا: من النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة:

- من حقوق المتعامل المتعاقد المشاركة في المنافسة وفق أطر الشفافية في الإجراءات والمساواة أثناء عملية اختيار وتأهيل المتعاملين التي خولها القانون الإدارة لانتقاء أحسن العروض وأنجعها بأقل تكلفة مع ترشيد النفقات والتشديد في مراقبتها عن طريق الإجازة النهائية من اللجان المختصة والمخولة له قانونا في تنظيم الصفقات العمومية لكون الصفقة مال عام وجب حمايته من الفساد.
- تشجيع الإنتاج الوطني من خلال منح المتعاملين الجزائريين نسبة من الطلب العام من الإستثمارات، حيث جاء في المادة 83 من المرسوم الرئاسي الحالي 247/15 التي تمنح نسبة أفضلية تقدر بـ 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري الذي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون وذلك في جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 من هذا المرسوم الرئاسي، لا يتماشى ومتطلبات التجارة العالمية وتشجيع الإستثمار في الجزائر، ويبقى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية أهم المبادئ، ولن يتحقق ذلك إلا بالتحديد الدقيق والمسبق لاحتياجات المصلحة المتعاقدة.

- تشجيع التسيير الخاص للمرافق العامة وفق نظرية تفويض المرفق العام في المجالات، التي تتطلب تمويل سياسات إقتصادية كبرى تعوض عدم قدرة الدولة على مواصلة تمويلها نتيجة تدني الربح البترولي.
- النهوض بالاستثمار المحلي باعتماد أسلوب تفويضات المرفق العام بصوره المختلفة للتسيير بالامتياز أو الإيجار وغيرها المنصوص عليها في هذا المرسوم، عن طريق منح مسؤولي الإدارة المحلية؛ ولاية و رؤساء بلديات مزيدا من التسهيلات الإدارية والإجراءات التعاقدية وتهيئة الوعاء العقاري لمختلف الأنشطة الصناعية، الفلاحية، السياحية
- إلزام المتعامل باللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية وفق أطر قانونية ممثلة في اللجنة المختصة لتسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية التي تكون في توجد في كل هيئة أو وزارة أو ولاية او بلدية قبل اللجوء إلى التسوية القضائية.

ثانيا: الإقتراحات

- الإسراع في سن القوانين المنظمة لمواد المرسوم الرئاسي 247/15 الذي عرف عدة تطورات، خاصة تزامن سريانه وتردي العائدات النفطية مع إلتفاته الدولة الجزائرية إلى البحث على موارد بديلة لجلب العملة الصعبة عن طريق تشجيع التصدير بمرافقة المتعاملين الجزائريين بتسيير الإجراءات الإدارية والجمركية .
- الإكتثار من الملتقيات والأيام الدراسية من أجل دراسة وشرح التنظيم الحالي للصفقات وتفويضات المرفق العام، ومنح مجال أوسع للإدارة العامة - بمختلف مرافقها- و لمختلف المتعاملين الإقتصاديين جزائريين وأجانب من أجل تمكينهم من فهم النصوص المنظمة و توضيح الإجراءات المتبعة التي جاء بها هذا التنظيم الجديد وفق مقتضيات الفترة الحالية للوضع الإقتصادي الحرج التي تمر به الجزائر، حيث تسعى جاهدة للنهوض به من خلال مساهمة هؤلاء المتعاملين بتسهيل فرص الإستثمارات لهم حسب الطلب الوطني والمحلي.
- التقليل من الإجراءات البيروقراطية بتفعيل البوابة الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية التي نص عليها المرسوم الحالي من أجل تبادل المعلومات إلكترونيا لما لها من مخاطر، مع المحافظة على سرية العروض التي تعتبر حقا للمتعامل بحمايته من أي قرصنة تحرمه من المنافسة.

مزيدا من الضمانات القابلة للتعويض العادل والمنصف عن الأخطار التي تواجه المتعامل المتعاقد من المخاطر الإدارية والاقتصادية على حسب الظروف الطارئة والقاهرة التي من الممكن أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا أو حتى مستحيلا، خاصة وأن آلية الإستثمار الموجه للتصدير يتطلب دعما كبيرا من الدولة في مجال الطلبات القابلة للتلف التي تتطلب الإستعجال الملح، مما يتوجب على الدولة توفير الظروف الملائمة لتجنب الخسائر المحتملة في ظل نظرة إستشرافية جدية لتنويع الإقتصاد

الوطني خارج الربيع البترولي وتجنب القرارات الإرتجالية التي أظهرت مساوئ عديدة أثناء الفترة الحرجة التي يمر بها الإقتصاد الوطني.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

- 1- دستور 1963 المؤرخ في 10 سبتمبر 1963، ج ر رقم 64، المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.
- 2- دستور 1976 الصادر بالأمر 97 /76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 الذي يتضمن إصدار الدستور، ج ر رقم 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.
- 3- دستور 1989 المؤرخ في 28 فبراير 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89 / 18 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في إستفتاء 23 فبراير سنة 1989، ج ر رقم 9، مؤرخة في أول مارس 1989.
- 4- دستور 1996 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 والذي يتعلق بإصدار النص الدستوري، ج ر رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر رقم 25 المؤرخة في 13 أبريل 2002، المعدل بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر رقم 23 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- 5- القانون 16 - 01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن المبادرة في شروع تعديل الدستور، ج ر رقم 14، مؤرخة في 7 مارس 2016.

ب- النصوص التشريعية:

1. الأوامر:

- 1- الأمر رقم 67 / 24 مؤرخ في 18 جانفي 1967 المتضمن قانون البلدية، ج ر رقم 6، مؤرخة في 18 يناير 1967.
- 2- الأمر 38/69 المؤرخ في 22 ماي 1969 والمتضمن قانون الولاية، ج ر رقم 44، مؤرخة في 23 ماي 1969.
- 3- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر رقم 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون 10 /05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر رقم 44، مؤرخة في 26 جوان 2005.

2. القوانين:

- 1- قانون 08/90 المؤرخ في 7 أبريل 1990، ج ر رقم 15، مؤرخة في 11 أبريل 1990.
- 2- القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، ج ر رقم 14، مؤرخة في 8 مارس 2006.

- 3- القانون 14/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم للقانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر رقم 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990.
- 4- قانون 08/09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر رقم 21، مؤرخة في 23 ابريل 2008.
- 5- القانون رقم 11 / 10 مؤرخ في 2 جوان 2011 الموافق ل المتضمن قانون البلدية ج ر رقم 37، مؤرخة في 3 جويلية 2011.
- 6- قانون 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر رقم 12، مؤرخة في 29 فبراير 2012.

ج.النصوص التنظيمية:

1.المراسيم الرئاسية:

- 1- المرسوم الرئاسي 02-218 المؤرخ في 24 جويلية 2002، ونشر في العدد 52 من الجريدة الرسمية لسنة 2002.
- 2- المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج.ر رقم 55 المعدل والمتمم.
- 3- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر رقم 58.
- 4- المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 1 مارس 2011 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي، ج ر رقم 14 لسنة 2011.
- 5- المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر رقم 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

2.المراسيم التنفيذية:

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 84-116 مؤرخ في 12 مايو 1984 يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، جر رقم 20 بتاريخ 15 ماي 1984.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 09/374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 المتعلق بالرقابة السابقة على النفقات التي يلتزم بها، ج ر رقم 67، المؤرخة في 19 نوفمبر 2009.

3- مرسوم تنفيذي رقم 11-110 مؤرخ في 6 مارس 2011، يتم المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28 نوفمبر سنة 1993 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية وميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين ج.ر رقم 15، مؤرخة في 9 مارس سنة 2011.

4- المرسوم التنفيذي رقم 11-381 المؤرخ في 21 نوفمبر 2011 المتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج ر رقم 64، مؤرخة في 27 نوفمبر 2011.

ثانيا: الكتب:

أ. المراجع العامة:

1- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، د م ج، الجزائر، 2009.

2- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة، محمد عرب صاصيلا، د.م.ج، ط4، الجزائر، 1986.

3- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، د.م.ج، ط5، الجزائر، 1990.

4- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق ويوض خالد، د.م.ج، الجزائر، 2007.

5- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2002، ج1.

6- حسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2007، الكتاب الثالث.

7- حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.

8- حسين فريجة، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة)، د.م.ج، ط2، الجزائر، 2010.

9- حسين فريجة، شرح قانون المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2011.

10- حمدي القبيلات، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري)، دار وائل، ط1، الأردن، 2008، ج1.

11- سعيد بو علي ونسرين شريقي ومريم عمارة، القانون الإداري (التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، دار بلقيس، ط2، الجزائر، 2016.

12- عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الإدارة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.

- 13- عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، د.م.ج، الجزائر، 2000، ج2.
- 14- عمار عوابدي، القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 15- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية (الإطار النظري للمنازعات الإدارية)، جسور للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2013، ج1.
- 16- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، عين مليلة، 2010 ج2.
- 17- علي عباسي، أساسيات علم الإدارة، دار المسيرة، ط3، الأردن، 2008 .
- 18- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري)، د.م.ج، ط8، الجزائر، 2008.
- 19- رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، د.م.ج، (ب.ب.ن.)، 2001.
- 20- رشيد خلوفي، شروط قبول الدعوى الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 2004.
- 21- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
- 22- مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2005.
- 23- محمد الصغير بعلي، القانون الاداري (التنظيم - النشاط)، دار العلوم، عنابة، 2004 .
- 24- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009.
- 25- محمد الصغير بعلي، الادارة المحلية الجزائرية، دار العلم للنشر والتوزيع، عنابة، 2013.
- 26- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د.ت.ن.
- 27- محمود محمد حافظ، القرار الإداري(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 28- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، د.م.ج، ط6، الجزائر، 2013، ج2.
- 29- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الاثبات في المواد المدنية والتجارية)، دار الهدى، الجزائر 2009.

30- مصطفى أبوزيد فهمي، الإدارة العامة نشاطها وأموالها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

31- ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، ط1، سطيف، الجزائر، 2011.

32- قصير مزياني فريدة، القانون الإداري، مطبعة سخري، ط1، الوادي، 2011، ج1.

33- غنية قري، نظرية الالتزام، دار قرطبة، ط1، الجزائر، 2007.

ب. المراجع الخاصة:

1- أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د ب ط، 1973.

2- بلال أمين زين الدين، المسؤولية التعاقدية والغير التعاقدية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ط1، الاسكندرية، 2011.

3- هناء العلمي، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، طوب بريس، ط1، الرباط، 2010.

4- كلوفي عز الدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار حيطلي، الجزائر، 2012.

5- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2000.

6- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن، منشأ المعارف الإسكندرية، 2003.

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

8- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعية الجديد للنشر، الاسكندرية، 2006.

9- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط2، دار الثقافة، الأردن، 1998.

10- مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، د.م.ج، الجزائر، 2000.

11- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

- 12- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد سعد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- 13- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرافق العام (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
- 14- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، ط1، ب.ب.ن، 2010.
- 15- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 2005.
- 16- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 17- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية (الداخلية والدولية)، دار الفكر الجامعي، ط1، الاسكندرية، 2000.
- 18- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة من تصرفاتها القانونية (القرارات الإدارية والعقود الإدارية)، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2007.
- 19- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط4، جسر للنشر والتوزيع، ط4، الجزائر، 2011.
- 20- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د.م.ج، ط2، الجزائر، 2006.
- 21- غريب عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ظل أحكام القانون 1989، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000.

ثالثا: الأطروحات والمذكرات:

أ. الأطروحات:

- بوحفص سيدي محمد، مبدأ حياد الإدارة العامة في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007.

ب. المذكرات:

1- بكارشوش محمد، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012.

- 2- محمد رضا شقراني، المخاطر التعاقدية في القانون الإداري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق، جامعة غرداية، غرداية، الموسم الجامعي 2014/2015.
- 3- كتر لطف، حقوق المتعامل المتعاقد في ظل قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014/2015.
- 4- عبد الفتاح صالح، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، مذكرة مكملّة عن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، الموسم الجامعي، 2012/2013.
- 5- عليوة فضيل، عقد الأشغال العامة في ظل قانون الصفقات العمومية 236/10، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014/2015.
- 6- قدور شرع، التعويض عن أضرار أعمال السلطة العامة، مذكرة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة غرداية، غرداية، الموسم الجامعي 2014/2015.
- 7- نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء الدفعة الثانية عشر، الجزائر، 2001-2004.

رابعا: الأحكام القضائية:

- 1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/06/1997، ملف رقم: 144112، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول.
- 2- قرار مجلس الدولة، للغرفة بتاريخ 07/05/2001 قضية ج.ف ضد بلدية بومقر، مجلس الدولة، العدد 3، 2003.

خامسا: الموسوعات والجرائد:

- 1- كريستال مورال-جورنال، ترجمة: سامية بروب، ليلي دردار، مراد جمال، مراجعة: عجة الجليلي، موسوعة القانون الجزائري، دار بيرتي للنشر، الجزائر، 2013.
- 2- صبرينة دلومي، (عهد الصفقات الدولية ولى)، يومية وقت الجزائر، قسم الحدث، العدد 2490، الجزائر، الصادرة بتاريخ 2017/03/22.

سادسا: المراجع الأجنبية:

- 1- ALLIN MENEMENIS, **Code des marchés publics et autres contrats**, commenté, 5 édition, DALLOZ, 2012.

- 2- André Maurin, **Droit Administratif**, Dalloz, 6 édition, 2007.
- 3-BENNADJI Cherif, **Marché publics et corruption en algerie**, un revue naqd, N25, 2008.
- 4- ChrishopheLajoie, **Droit des marchés publics**, 2^{émé} édition mise à jour au 1^{ér} mais 2005, gualing-editeur.
- 5-JEROME MICHON, **les marchés publics en 100 questions, guide pratique à l usage des achteurs et des prestataires**, édition le moniteur, paris, 2009.
- 6- SABRI Mouloud, « **Le droit Des marchés publics en Algerie : Realité et Prespectives** », IDARA, Volume 18N° 01, Alger, 2008.

سابعاً: الروابط الإلكترونية:

- 1- محمد الحسين، مفهوم الإدارة العامة، الموسوعة العربية، MIS AcademicAffairs، على الرابط الإلكتروني: <https://misaa.wordpress.com/2008/05/29/public-administration-concept/> بتاريخ 2017/02/27، على الساعة 10h04.
- 2- منتديات ملتقى الموظف الجزائري، تنفيذ العقود الإدارية وفقا لقانون الصفقات العمومية، على الرابط الإلكتروني: www.mouwazaf-dz.com/t/523-topic، تاريخ الزيارة 2017/03/26، على الساعة 18h30.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

شكر وعرفان

الإهداء

قائمة المختصرات

الملخص

المقدمة..... أ - هـ

الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي للإدارة العامة والعقود التي تبرمها

- المبحث الأول: ماهية الإدارة العامة..... 8
- المطلب الأول: مفهوم الإدارة العامة..... 9
- الفرع الأول: المفهوم العضوي للإدارة العامة..... 9
- الفرع الثاني: المفهوم الموضوعي للإدارة العامة..... 10
- المطلب الثاني: تنظيم الإدارة العامة..... 13
- الفرع الأول: الإدارة المركزية..... 13
- الفرع الثاني: الإدارية اللامركزية (الإقليمية والمرقئية)..... 17
- المبحث الثاني: العقود الإدارية..... 21
- المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية..... 21
- الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الإداري..... 21
- الفرع الثاني: التعريف القضائي للعقد الإداري..... 23
- المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية..... 27
- الفرع الأول: عقود مادية..... 27
- الفرع الثاني: عقود خدمات..... 30
- خلاصة الفصل التمهيدي:..... 35
- الفصل الأول: ضمانات حقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة العامة ضمن المرسوم الرئاسي 247/15
- المبحث الأول: حقوق المتعامل ضمن مبادئ إجراءات الصفقات العمومية..... 37
- المطلب الأول: مبدأ حرية المنافسة..... 38
- الفرع الأول: التكريس القانوني لمبدأ المنافسة..... 39
- الفرع الثاني: تجسيد مبدأ المنافسة..... 46

48.....	المطلب الثاني: حق المتعامل في تمكينه من التعاقد.....
48.....	الفرع الأول:الإعلان عن المنح المؤقت.....
52.....	الفرع الثاني: المنح النهائي.....
53.....	المبحث الثاني: الحقوق المالية للمتعامل المتعاقد.....
54.....	المطلب الأول:الحق في المقابل المالي.....
54.....	الفرع الأول: الحق في الثمن.....
56.....	الفرع الثاني: الرسوم.....
60.....	المطلب الثاني: إجراءات دفع الحقوق المالية.....
60.....	الفرع الأول: الحق في التسبيقات المالية.....
62.....	الفرع الثاني: الحق في الدفع والتسوية على الحساب.....
65.....	خلاصة الفصل الأول:.....

الفصل الثاني: الحق في التعويض عن المخاطر التعاقدية

67.....	المبحث الأول:أهم المخاطر التعاقدية التي تواجه المتعامل المتعاقد.....
67.....	المطلب الأول:المخاطر الإدارية.....
67.....	الفرع الأول: أنواع المخاطر الإدارية.....
73.....	الفرع الثاني: إجراءات التعويض عن الأخطار الإدارية.....
79.....	المطلب الثاني: المخاطر الاقتصادية.....
79.....	الفرع الأول: الظروف الطارئة في العقود الإدارية.....
82.....	الفرع الثاني: الصعوبات المادية غير المتوقعة.....
83.....	المبحث الثاني:مبررات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.....
84.....	المطلب الأول:تسبب الإدارة في اختلالات التوازن المالي.....
84.....	الفرع الأول: التعويض وفق نظرية فعل الأمير.....
86.....	الفرع الثاني: كيفية تحديد التعويض وفق نظرية فعل الأمير.....
89.....	المطلب الثاني: التعويض لأسباب خارجة عن إرادة الإدارة.....
90.....	الفرع الأول: نظرية القوة القاهرة.....
92.....	الفرع الثاني: أساس التعويض للقوة القاهرة.....
93.....	خلاصة الفصل الثاني.....
95.....	خاتمة.....
100.....	قائمة المصادر والمراجع.....