جـامـعـة الـنـعـامــة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم : القانون العام

بعنوان:

الضمانات المالية في قانون الصفقات العمومية رقم 23-12

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر– ل.م.د– حقوق
تخصص: قانون إداري

من إعداد الطالبين:

- بوغفالة مجدوب
- حفيان عبد العزيز

تحتإشراف:

– الأستاذ: رافعي ربيع

أعضاء لجنة المناقشة		
الاسم و اللقب	**الدرجة العلمية**	**الصفة**
د. برمضان حميد	أستاذ محاضر ب	رئيسا
د.رافعي ربيع	أستاذ محاضر أ	مشرفا و مقررا
د.بدري عزالدين	أستاذ محاضر ب	عضوا مناقشا

الموسم الجامعي: 2025 – 2026


بسم الله الرحمن الرحيم

الآية القرآنية

قال الله تعالى:

بسم الله الرحمن الرحيم

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ۚ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ۚ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ۚ وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۚ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۖ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِن تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۗ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ".

سورة البقرة، الآية (281)



الدعاء

يا رب لا تدعنا نصاب بالغرور إذا نجحنا و لا نصاب باليأس إذا فشلنا

بل ذكرنا دائما بأن التسامح هو أكبر مراتب القوة

و أن الانتقام هو أول مظاهر الضعف.

يا رب إذا جردتنا من المالاترك لنا الأمل

و إذا جردتنا من النجاح اترك لنا العناد حتى نتغلب على الفشل

و إذا جردتنا من نعمة الصحة أترك لنا نعمة الإيمان.

يا رب إذا أعطيتنا مالا لا تأخذ به سعادتنا

و إذا أعطيتنا قوة لا تأخذ عقلنا

و إذا أعطيتنا نجاحا لا تأخذ تواضعنا

و إذا أعطيتنا تواضعا لا تأخذ اعتزازنا بكرامتنا

يا رب إذا أسأنا إلى الناس أعطنا شجاعة الاعتذار

و إذا أساء الناس إلينا أعطنا شجاعة العفو و الغفران

يا رب إذا نسينا فلا تنسانا.

آمين يارب العالمين

كلمة شكر و تقدير

لله الحمد و المنة و الشكر على نعمته التي خص بني آدم بها وهي نعمة العقل وعلى نعمة الصبر التي لزمتنا طيلة العمل المتواضع.

والصلاة و السلام على حبيبه و نبيه المصطفى محمد صلى الله عليه و سلم.

نتقدم بالشكر الجزيل وفائق التقدير إلى **الدكتور المشرف: *رافعي ربيع***، الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة، وساهم بقسط وفير من التوجيهات والإرشادات، وحرص على إخراج هذا العمل المتواضع.

كما نتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى كل الأساتذة الذين أطرونا خلال المسار الدراسي سواء في الطور ليسانس أو الماستر.

و نشكر أيضا كل من قدم لنا يد المساعدة لإنجاز هذا العمل المتواضع سواء من قريب أو بعيد.

© Ladie Lynn
http://ladielynn.com

إهداء

إلى روح أمي الغالية التي أسأل الله أن يرحمها برحمته الواسعة و أن يجازيها عنا خير الجزاء.

إلى أبي و ملهمي وقدوتي وقرة عيني أطال الله في عمره و أمده بالصحة و العافية.

إلى من صبروا و قاسموني الوقت من أهل و ولد.

إلى كل الأحبة و زملاء العمل.

إلى زملاء الدراسة.

أهدي إليهم ثمرة هذا العمل المتواضع، وعلى الله قصد السبيل.

بوغفالة مجدوب

إهداء

- إلى الوالدين الكريمين أبقاهما الله خيرا و بركة و زادهم تشريفا و نورا.
- إلى كل من ساندنا و شجعنا و دعمنا في هذا العمل المتواضع.
- إلى كل من قاسمنا عناء إنجاز هذا العمل المتواضع .

أهدي إليهم عرفانا مني أغلى ثمرة قطفناها من شجرة العلم و المعرفة و بحر القوانين في شعبة الحقوق.

حفيان عبد العزيز



قائمة المختصرات:

ت.ص.ع و ت.م.ع: ..... تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

ج.ر: ..... الجريدة الرسمية

د. د. ط: ..... دون دار الطبع

د.س.ن: ..... دون سنة النشر

د.ط: ..... دون طبعة

ص ص: ..... من الصفحة إلى الصفحة

ص: ..... الصفحة

ط: ..... الطبعة

ع.إق و ت.ع.س: ..... علوم اقتصادية و تجارية علوم سياسية

ق.م. ج: ..... القانون المدني الجزائري

ق.م: ..... القانون المدني

م.ت: ..... المرسوم التنفيذي

م.ر: ..... المرسوم الرئاسي

مط: ..... المطة

مقدمة

مقدمة:

لقد شكلت الصفقات العمومية إحدى الركائز الأساسية التي تعتمد عليها الإدارة العامة في تحقيق أهدافها الاقتصادية و الاجتماعية، إذ تمثل الوسيلة الأبرز لتلبية احتياجات الدولة المتنوعة من السلع و الخدمات و الأشغال، فالصفقات العمومية تتسع مجالاتها وتتعدد تدخلاتها وتختلف وظائفها، باعتبارها أهم قناة تتحرك فيها الأموال العامة، والأداة الوحيدة التي وضعها التشريع الجزائري في يد الإدارة بغية التجسيد الميداني للمشاريع المرسومة في السياسة العامة، وبالتالي فهي تعد من أهم الوسائل التي تلعب دور فعال في النهوض بالاقتصاد الوطني وإنجاز المشاريع بجودة عالية وبأقل تكاليف ممكنة و في أقصر الآجال.

إن الإدارة تستعين بجهود وإمكانيات المتعامل المتعاقد، لتحقيق أهدافها المتمثلة في الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام و تحقيق الصالح العام، و لذلك يلزمها دائما التريث في حسن اختيار المتعاقد من الناحية الاقتصادية وفقا لمجموعة من المعايير المحددة والمعروفة، خاصة ما يتعلق في البحث عن الضمانات الملائمة والضرورية، لذا يعتبر حسن اختيار المتعاملين، و اختيار أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة من الضمانات الضرورية التي تتيح التنفيذ الحسن للصفقة العمومية.

غير أنه فضلا عن أن اختيار المتعامل المتعاقد يعتبر في حد ذاته ضمانا، إلا أن تنظيم الصفقات العمومية ألزم كل متعاقد بتقديم ضمانات مالية، تعتبر كحماية للمصلحة المتعاقدة من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها انجاز مشروع ما.

وفي إطار السعي لتعزيز النظام القانوني للصفقات العمومية جاء القانون 23-12 و الذي بدوره يهدف إلى إرساء قواعد جديدة تنظم طرق تمويل وتدبير المال العام، و ضمان الشفافية و المنافسة النزيهة بين المتعهدين مع الحرص على حماية مصالح الإدارة و المتعاقدين معها على حد سواء.

حيث تعتبر الضمانات المالية إحدى أهم الآليات التي أقرها المشرع في مجال الصفقات العمومية ضمن المرسوم الرئاسي15-247، إذ تشكل وسيلة لضمان تنفيذ الصفقات العمومية وحماية الإدارة من مخاطر إخلال المتعهد بالتزاماته، فالضمانات المالية بمختلف أنواعها تمكن الإدارة من حماية مصالحها المالية.

ونظرا لأهمية هذه الضمانات وضع المشرع مجموعة من ضوابط وإجراءات دقيقة لكيفية تقديم واسترجاع هذه الضمانات ضمن مقتضيات قانونية واضحة مع مراعاة مبدأ التناسب بين قيمة الضمانات وطبيعة الصفقة العمومية، كما عمل المشرع على وضع آليات إجرائية تضمن حسن تطبيق هذه الضمانات بشكل يحقق فعالية أكبر في تدبير الصفقات العمومية وتعزيز الثقة بين الإدارة والمتعاملين معها بالإضافة إلى ضمان التنفيذ السليم للمشاريع العمومية.

كما أن هذه الضمانات لا تقف عند مرحلة معينة، بل تستغرق جميع مراحل حياة الصفقة العمومية ومن هذا المنطلق تثار الإشكالية الجوهرية التالية:

ماهي الضمانات المالية التي أقرها المشرع الجزائري في القانون 23-12 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، لحماية المال العام وأطراف الصفقة العمومية وما مدى فعاليتها؟

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو الإلمام بالضمانات المالية التي أقرها المشرع الجزائري للصفقات العمومية على ضوء القانون 23-12، وذلك بتحديد أهم المستجدات التي جاء بها القانون، كما تهدف هذه الدراسة إلى شرح بعض النصوص القانونية.

وتهدف إلى الكشف عن العيوب والنوايا التي جاءت في هذا القانون لحماية المصلحة العامة وضمان الشفافية والنزاهة في عقد الصفقة.

وأيضا تهدف إلى توضيح الصلاحيات القانونية المخولة للإدارة المتعاقدة في فرض الضمانات المالية اللازمة لضمان حسن سير تنفيذ الصفقة العمومية.

مع تبيان آليات و أدوات تنفيذ الضمانات المالية لإلزام المتعاملين المتعاقدين للوفاء بالتزاماتهم.

كما تهدف أيضا إلى إثراء المكتبة القانونية المخصصة في مجال الصفقات العمومية نظرا لنقص البحوث التي تعني بشرح موضوع الصفقات العمومية بوجه عام و القانون 23-12 بوجه خاص.

تكمن أهمية دراستنا لهذا الموضوع في التطرق للضمانات المالية المقررة قانونا في مجال الصفقات العمومية وفق القانون23-12، بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، وهي ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية، وكذلك توضيح أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية من جهة المتعاقدين (المصلحة والمتعامل).

وأيضا نجد أهمية هذه الدراسة تتمثل في:

- يعد من المواضيع الحيوية في مجال الصفقات العمومية.
- يساعد على معرفة مدى فعالية هذه الضمانات في حماية المال العام وضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية.
- توفير آليات قانونية تمكن الإدارة من مراقبة تنفيذ الصفقات واسترجاع الحقوق عند الإخلال بالالتزامات.
- يساهم في توضيح وفهم مختلف الضمانات المالية المطبقة في مجال الصفقات العمومية.
- التعريف بأطراف الصفقة العمومية وتبيان الوسائل المعتمدة لضمان تنفيذها وطرق تمويل هذه الصفقات.
- محاولة إثراء المكتبة بهذا الموضوع.

قمنا باختيار الموضوع بناءا على أسباب ذاتية تمثلت في رغبة وميول دراسة الموضوع كما أنه ضمن تخصصنا ومناسب له، في حين الأسباب الموضوعية كانت محاولة معرفة التعديلات التي مست الصفقات العمومية وكذا الضمانات المالية التي تترتب عن إبرامها.

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية والإحاطة بجميع جوانبها، تم إتباع المنهج التحليلي والمنهج الوصفي، فالمنهج التحليلي يكون لتحليل مفردات هذا الموضوع ومضمون النصوص القانونية التي تحكم الصفقات العمومية، أما المنهج الوصفي ويكون للوصف الدقيق لجميع المعلومات المتعلقة بالموضوع والربط بين الأسباب والنتائج وذلك لمحاولة تفسيرها قصد الوصول إلى حل الإشكالية المطروحة.

ولـذلك ارتأينـا تقسـيم البحـث وفـق الخطـة الثنائيـة إلـى فصـلين، تضـمن الفصـل الأول الضمانات المالية المقررة قانونا على عاتق المصلحة المتعاقدة،وبدوره قسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول ضمانات التسوية المالية للصفقات العمومية والمبحث الثاني تناولنا فيه ضمانات التوازن المالي للصفقة العمومية،أما الفصل الثاني تحت عنوان الضمانات المالية المقررة قانونا على المتعامل، و قسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول نظام الكفالة البنكية في الصفقات العمومية و المبحث الثاني تناولنا فيه الضمانات الغير البنكية في الصفقات العمومية.

وللإحاطة و الإلمام بالموضوع ومن خلال إطلاعنا على بعض الدراسات السابقة التي تناولت الموضوع ونذكر منها:

1-إسماعيل البحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.

2-شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014.

3-عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير الحقوق، فرع قانون الأعمال، 2007-2008.

4-جلال الدين زيدان،عليان عصام، ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2020/2019.

5-خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014.

6-سعد لقليب،بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم247/15، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية (الجزائر)، العدد6، 2017.

الفصل الأول : الضمانات المالية المقررة قانونا على

تكتسي الضمانات المالية أهمية بالغة، إذ تهدف إلى توفير الحماية اللازمة للمتعامل المتعاقد وضمان استقرار المركز المالي للعقد، بما يضمن تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظروف تتسم بالاستقرار والشفافية، كما تسهم في الحفاظ على التوازن المالي للصفقة العمومية، من خلال تمكين المتعامل المتعاقد من الحصول على حقوقه المالية وفق الشروط و الآجال المحددة قانونا، بما يجنب تعرضه لأعباء مالية قد تؤثر على سير تنفيذ الصفقة.

وتبرز هذه الضمانات على وجه الخصوص في التزام المصلحة المتعاقدة باحترام الشروط المالية المتفق عليها، و صرف المستحقات في الآجال المحددة و تعويض المتعامل المتعاقد في حالات معينة كظروف الطوارئ أو تطبيق نظريات قانونية مثل نظرية فعل الأمير و نظرية الظروف الطارئة و ذلك تكريسا لمبدأ استمرارية المرفق العام و تحقيقا للعدالة التعاقدية.

وعليه فان دراسة الضمانات المالية المقررة قانونا على عاتق المصلحة المتعاقدة تكتسي أهمية بالغة، لكونها تمثل أحد الركائز الأساسية لضمان التوازن المالي، و تفادي النزاعات التي قد تنشأ أثناء التنفيذ.

ومن هذا المنطلق قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول ضمانات التسوية المالية للصفقة العمومية وبدوره قسمناه إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول حق المتعامل في اقتضاء المقابل والمطلب الثاني كيفية تسديد المقابل للمتعامل المتعاقد و تعويضه، أما المبحث الثاني فتطرقنا إلى ضمانات التوازن المالي للعقد وبدوره قسمناه إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول نظرية المخاطر الإدارية والمخاطر الاقتصادية أما المطلب الثاني تطرقنا إلى نظرية الصعوبات الإدارية.

المبحث الأول:

ضمانات التسوية المالية للصفقات العمومية

حسب دفتر شروط الصفقة التي تم إبرامها يتمتع المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة بجملة من الضمانات في شكل حقوق بينهما والتي تضمن معظمها، وقد اتفق الفقه على أن للمتعاقد حقوقا أوسع مما ينص عليه العقد على أساس تحقيق العدالة في التنفيذ.

تعد الصفقة العمومية من عقود المعاوضة[1]، إذ يلزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ الأشغال أو الخدمات أو التوريدات المتفق عليها مقابل الحصول على المقابل المالي، ويلزم الإدارة صاحبة الصفقة بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون، ولما كان للصفقة العمومية علاقة وثيقة بفكرة الإنفاق العام وبحقوق الخزينة العامة وجب التأكيد على حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل اتخاذ إجراء تحويل المال ووضعه في رقم حساب المتعامل المتعاقد وعليه يمكن تصنيف الضمانات الواردة على المصلحة المتعاقدة من زاوية مكافأة المتعامل المتعاقد عند تنفيذه لموضوع الصفقة إلى نوعين رئيسيين هما: ضمانات دفع المقابل المالي المنصوص عليه في العقد وضمانات تعويض خسائر المتعامل المتعاقد[2].

المطلب الأول: الحق في اقتضاء المقابل للمتعامل المتعاقد

يتمثل المقابل المالي في معظم الصفقات العمومية في ثمن نقدي أو مقابل مادي لما أداه المتعاقد من أعمال بالنسبة لعقود الأشغال العامة أو ما ورده من أصناف في عقد التوريد أو الخدمات[3]، ومنه فإن الحق الأول والأساسي للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المتفق عليه في الصفقة، والغالب أن يستحق المقابل بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد، إلا أن الإدارة المتعاقدة قد تدفع جانبا من هذا المقابل مقدما أو في أثناء التنفيذ، خاصة إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات و متسعا من الوقت، وذلك لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته، وكفالة منه

---

[1] هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين – دراسة مقارنة–، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم قانونية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، ص 215.

[2] فوزية هاشمي، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية –دراسة مقارنة–، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 01، العدد01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت،الجزائر 2016،ص 161.

[3] حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الصفقات العمومية – دراسة مقارنة –، دار الخلدونية، الجزائر، د.س.ن،ص 69.

لهذا الحق، فقد نص قانون الصفقات العمومية في المواد من 108 إلى 115[1]على وضع آليات لعملية الدفع وكذا لآجال تحقيق هذه العملية ضمانا من المشرع لحقوق المتعامل المتعاقد وهذا ما يعكس أيضا الاهتمام البالغ لهذه المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام ويرتفع مبلغ الصفقة، ويعرف الثمن أو السعر على أنه ذلك المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد مع الجهة الإدارية نظير ما يقدم لها من سلع وخدمات أو أشغال، ويتم تحديده في أغلب العقود الإدارية بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق به ويجوز أن يكون تحديد الثمن بالإحالة إلى عناصر أخرى خارجة عن العقد، مثل قوائم التسعير الجبري[2].

و على العموم يلاحظ أن الشروط الخاصة بالناحية المالية في الصفقة هي شروط تعاقدية تفاوضية، وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع تعديلها أو نقضها إلا بموافقة الطرف الآخر، إذ أنه من غير الجائز اعتبار مصلحة المتعاقد المالية متعارضة مع مصلحة الدولة المالية لمجرد كون المتعاقد يطمح من وراء تعاقده إلى تحقيق الربح.

ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها هذا الضمان بالنسبة لطرفي الصفقة العمومية، لم يغفل المشرع تنظيمه، بل أحاطه بإطار قانوني يحدد شروطه و كيفيات استيفائه من قبل المصلحة المعاقدة، بما يكفل حماية حقوق الأطراف و ضمان حسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحيث تعرض النظام القانوني للصفقات العمومية لآليات تحديد السعر بكل وضوح وطابعه و كيفيات دفعه أيضا[3].

---

[1]المواد من 108 إلى 115 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في: 16سبتمبر2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر50، المؤرخة في:20سبتمبر2015.

[2]سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 10.

[3]محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2005، ص 71.

الفرع الأول: آليات تحديد السعر في الصفقة العمومية

تنص المادة 73 من القانون رقم 23-12 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه:" يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

- بالسعر الإجمالي والجزافي.
- بسعر الوحدة.
- بسعر مختلط.
- بناء على النفقات المراقبة.

يمكن للمصلحة المتعاقدة، مع مراعاة احترام الأسعار، تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي و الجزافي"[1].

أ- السعر الإجمالي والجزافي:

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

وعليه يتم الاتفاق مسبقا على السعر الإجمالي الجزافي وبشكل نهائي غير قابل للتغيير أو التعديل إلا في حالة القوة القاهرة وتوافر شروطها[3].

---

[1] المادة 73 من القانون رقم:23-12 المؤرخ في:06 أوت 2023، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر 51، الجزائر، المؤرخة في: 06أوت2023.

[2] قرار مؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

[3] المادة 27 من القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964، المصدر نفسه.

و بالتالي كرس هذا النص المفهوم المطلق للسعر الجزافي المنصوص عليه في المادة 561ف1 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: "إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على الأجرة ..."[1].

ب – سعر الوحدة:

إن التنظيم الأخير للصفقات العمومية لم يتطرق لتعريف هذا الأسلوب، على خلاف دفتر الشروط الإدارية العامة الذي أوضح في الجزء ب من الفقرة ب من المادة الأولى على أن: " الصفقة بناء على السعر الأحادي في الصفقة التي يتم فيها تسديد السعر بتطبيق الأسعار الأحادية على الكميات الحقيقية المنفذة، ويمكن أن تكون الأسعار الأحادية إما محددة خصيصا لصفقة معينة (القائمة) و إما أن تكون على أساس مجمع (المجموعة) موجودة مسبقا تسمى السلسلة "[2].

كما نصت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم219/21[3]على أن: "... تطبيق أسعار الوحدة على الكميات المنفذة فعلا، و على الأجزاء التفصيلية للمشروع، و العناصر التفصيلية لمجموعة الخدمات و/أو على وحدات أعمال الصفقات العمومية للأشغال، التي لا تبين كمياتها في الصفقة العمومية للأشغال المعنية إلا بشكل مؤقت".

وبناء عليه تم تحديد الثمن على أساس قائمة سعر الوحدة يضرب لمن الوحدة في عدد الوحدات المشابهة لها، وإن تضمنت الصفقة أكثر من صنف للوحدات فتحدد ثمن كل صنف من الوحدات المماثلة أو المشابهة، ثم نقوم بجمع أثمان هذه الأصناف المتشابهة لتحصل على سعر الصفقة الكامل.

---

[1] الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل و المتمم.

[2]المادة 01 الجزء ب الفقرة ب، قرار مؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964، المصدر السابق.

[3]المرسوم التنفيذي رقم:219/21 المؤرخ في:20مايو2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج.ر،ع 50، الجزائر، الصادرة بتاريخ: 24يونيو2021.

ومنه فإن الثمن النهائي في هذه الحالة لا يعرف مسبقا، والمعروف أنه عند إبرام العقد هو أن ثمن الوحدة يكون ثابتا، و ما هو متغير فهو الثمن الإجمالي لأنه مرتبط بالقيمة المنجزة فعليا، ويتم الاعتماد على هذا الأسلوب خاصة في صفقات اقتناء اللوازم و التوريدات[1].

ج- السعر المختلط:

يعد السعر المختلط أحد أساليب تحديد المقابل المالي الذي يأخذه المتعامل المتعاقد لقاء تنفيذه الصفقة، طبقا لنص المادة 16 المرسوم التنفيذي رقم219/21 السابق، بحث هو ذلك السعر الذي يجمع بين نظامي التسعير في الصفقات العمومية، و يتم دفع المقابل المالي عن جزء من الأشغال أو الخدمات على أساس سعر الوحدة، بيمنا يحدد الجزء الآخر وفق سعر إجمالي و جزافي. وفي هذه الحالة تتم تسوية ودفع مستحقات كل جزء وفق الكيفيات و الإجراءات الخاصة بالنظام السعر المعتمد بشأنه[2].

وعليه عندما يتم تقييم جزء من الخدمات المنفذة في الصفقة بسعر جزافي والجزء الآخر بسعر بناء على قائمة سعر الوحدة فإن السعر يكون مختلطا.

وعمليا هذا النوع من السعر نجده يستعمل في صفقات الأشغال، بحيث يتم الحساب بطريق أو سعر إجمالي جزافي للبنية القاعدية بالنسبة للكميات المنجزة فعليا، أما بالنسبة للبنية الفوقية للانجازات يتم تقييمها على أساس سعر النفقات المراقبة عادة[3].

---

[1] طبي إبراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص دولة ومؤسسات عمومية، جامعة محمد بوضاف المسيلة، 2015/2014، ص 15.

[2]تنص الفقرة 4 من المادة 16 من م.ت رقم219/21 على أنه:"يعتبر كدفع الأجر بسعر مختلط كل سعر يدفع مقابل إنجاز المنشآة و/أو مجموعة الخدمات، موضوع الصفقة العمومية للأشغال، بسعر إجمالي و جزافي بالنسبة لجزء منها، و بناء على قائمة سعر الوحدة بالنسبة للجزء الآخر منها، في هذه الحالة يتم الدفع لكل جزء، بالرجوع إلى الكيفيات الخاصة بكل سعر".

[3]المادة 16 فـ4 من المرسوم التنفيذي رقم:219/21 المؤرخ في:20مايو2021، المصدر السابق.

د- السعر بناء على النفقات المراقبة:

ورد ذكره في المادة 73 من قانون الصفقات العمومية 23-12 دون تعريفه، في حين أفاد دفتر الشروط الإدارية العامة في الجزء ج من الفقرة ب من المادة الأولى منه أن:" الصفقة على أساس النفقات المراقبة هي الصفقات التي تكون فيها نفقات المقاول حقيقية ومراقبة (اليد العاملة ...الخ) و التي تستهدف تنفيذ شغل محدود، و يجري تسديدها إليه مع إضافة زيادة في مقابل النفقات العامة و الربح [1].

ويقصد بالسعر بناء على النفقات المراقبة ذلك الأسلوب الذي يتم بموجبه تحديد ثمن الصفقة على أساس تعويض المتعامل المتعاقد الفعلية التي أنفقها في تنفيذ موضوع الصفقة، شريطة أن تكون هذه النفقات مبررة و مثبتة و خاضعة لرقابة المصلحة المتعاقدة، مع إضافة هامش ربح أو أتعاب يتم الاتفاق عليها مسبقا.

ويتميز هذا الأسلوب بكونه لا يقوم على تحديد مسبق و نهائي للسعر، بل يظل مرتبطا بالتكاليف الحقيقية التي تظهر أثناء تنفيذ الصفقة.

الفرع الثاني: مراجعة و تحيين المقابل المالي

تعتبر الأسعار المحددة في الصفقة نهائية و تعبر عن إرادة الأطراف عند التعاقد، غير أن الواقع العملي يبين أن هذه الأسعار قد تصبح غير ملائمة نتيجة تغير الظروف الاقتصادية، لاسيما في حالات التضخم[2].

و عليه فان مراجعة الأسعار تتطلب آليات يجب إتباعها، بحيث نصت عليها القوانين و التنظيمية، على أن تكون إمكانية مراجعة الأسعار دوريا وفق مؤشرات محددة، أو إعادة تقييمها عند تجاوز آجال التنفيذ أو تعديل الكميات، و تكون هذه المراجعة وفقا لما يعرف بالملحق التعديلي.

---

[1] المادة 01 الجزء ج الفقرة ب، من القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964، المصدر السابق.

[2] بن سالم خيرة، منازعات الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري على ضوء قانون23-12، منشورات دار لامية، الجزائر، 2025، ص 63.

ويشترط أن يكون عقد الصفقة متضمنا بندا يجيز المراجعة للأسعار أو أن تصدر الإدارة قرارا مسببا يسمح بالتعديل حفاظا على التوازن المالي للعقد[1].

وعموما ومهما كان أسلوب تحديد السعر، فإن هذا الأخير غير قابل للتغيير من حيث المبدأ، إلا في حالة استثنائية قد ترد على هذا المبدأ تمليها إرادة المتعاقدين وأخرى ظروف خارجية وقد أفادت المادة 74 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12، بإمكانية أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة، وفي الحالة الأخيرة يجب أن تحدد الصفقة صيغته أو صيغ مراجعته وكذلك كيفيات تطبيقها[2].

أ- السعر الثابت:

ورد في نص المادة 74 من القانون 23-12 دون تعريف، مما يتعين الاستعانة بالتنظيمات السابقة للصفقات العمومية للوقوف على مفهوم السعر الثابت، ومنه وجب علينا البحث في الأمر رقم 67-90 الذي عرف السعر الثابت بنص المادة 26 منه على أنه تكون الأسعار نهائية أو قابلة للمراجعة، فالأسعار النهائية هي التي لا يمكن تعديلها بسبب تغير الظروف الاقتصادية وعلى العكس في ذلك تكون الأسعار قابلة للمراجعة"[3].

وعليه و في إطار أحكام القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية، يعد السعر الثابت أحد الأساليب المعتمدة في تحديد المقابل المالي للصفقة، حيث يقصد به ذلك السعر المحدد مسبقا عند إبرام الصفقة و الذي يبقى غير قابل لأي تعديل أو مراجعة خلال فترة تنفيذها، بحيث يلتزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته وفق السعر المتفق عليه ابتداء، متحملا تبعات التغيرات الاقتصادية المحتملة، و يهدف اعتماد هذا النوع من الأسعار إلى تحقيق الاستقرار المالي للصفقة و ضمان وضوح الالتزامات المالية للمصلحة المتعاقدة، خاصة عندما تكون ظروف السوق مستقرة أو تكون مدة تنفيذ الصفقة قصيرة [4].

---

[1] بن سالم خيرة، منازعات الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري على ضوء قانون23-12، المرجع السابق،ص63.

[2]المادة 74 من القانون رقم 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023 و الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المصدر السابق.

[3]المادة 26 من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر، العدد 52 المؤرخة في:27 يوليو1967.

[4]طبي ابراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، المرجع السابق، ص 18.

ب- السعر القابل للمراجعة:

حدد قانون الصفقات العمومية رقم 23-12، شروط إعمال المراجعة في المادة 75 عندما يكون السعر قابلا للمراجعة فإنه لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار في الحالات الآتية:

- الصفقات العمومية محل استشارة التي لا تتجاوز الحدود المنصوص عليها في المادة 18 من القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية.
- الصفقات العمومية التي يقل أجلها عن ثلاثة أشهر،
- في الفترة التي تغطيها أجال صلاحية العرض[1].

لا يمكن أن يكون العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بمقتضى الخدمات المنفذة فعلا دون سواها حسب شروط الصفقة.

- الصفقات التي يمكن أن تتضمن صيغ لمراجعة الأسعار في الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة[2].

وذلك حسب نص المادة 102 من المرسوم 15-247، بحيث يجب أن تراعي في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد والأجور والعتاد.

وتتمثل المعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار فيما يلي:

- المعاملات المحددة مسبقا والواردة في الوثائق باستشارة المؤسسات، باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي.
- المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة عندما يتعلق الأمر بصفقة مبرمة بأسلوب التراضي[3].

---

[1] المادة 75 من القانون رقم 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023 و الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المصدر السابق.

[2] المادة 101 من المرسوم رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر السابق.

[3] جلال الدين زيدان و عليان عصام، ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي 2020/2019، ص 13.

حيث يشترط قانون الصفقات العمومية أن تتمثل صيغ مراجعة الأسعار فيما يلي:

- جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزافي ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن 15%، أي أن المتعامل المتعاقد قد يتحمل جزء من الأعباء إثر حدوث تغيرات و ظروف طارئة أثناء تنفيذه للصفقة.
- حد استقرار التغيير في الأجور وقدره 05%[1].

أي أن المصلحة المتعاقدة لا تأخذ على عاتقها كل المتغيرات و المستجدات التي تطرأ على الأجور و هو ما يعرف بحد استقرار التغير أي أنها معفاة من تلك النسبة.

- الأرقام الاستدلالية للأجور والمواد المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية [2].

غير أنه فيما يتعلق بصيغة مراجعة الأسعار المرتبطة بالخدمات التي تنجزها المؤسسات الأجنبية وتسدد مستحقاتها بالعملة الصعبة، فإنه يجوز اعتماد الأرقام الاستدلالية المعمول بها في بلد المتعامل المتعاقد، أو الاستعانة بأرقام استدلالية رسمية أخرى معترف بها طبقا لما نصت عليه المادة 103 فـ4 من المرسوم الرئاسي15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام[3].

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة، إذا لم يتم نشر الأرقام الاستدلالية أو المؤشرات عند تاريخ إعداد الحساب العام النهائي، استثناء، مراجعة الأسعار المعنية عندما يتم نشر هذه الأرقام الاستدلالية أو المؤشرات[4].

أما فيما يخص تطبيق بنود مراجعة الأسعار، فإن بنود تطبيق مراجعة الأسعار محددة ضمنيا في المادة 104 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث تشير إلى أن تطبيق بنود مراجعة الأسعار مرة واحدة كل ثلاثة أشهر إلا في حالة اتفاق مشترك بين الأطراف على تحديد فترة أقصر.

---

[1] المادة 102 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر السابق.

[2] المادة 102 من المرسوم رقم 15-247، المصدر نفسه.

[3] نصت المادة 103 ف 4 من المرسوم رقم 15-247 على أنه:" غير أنه فيما يخص صيغ مراجعة الأسعار المرتبطة بالخدمات التي تؤديها المؤسسات الأجنبية وتدفع مبالغها بالعملة الصعبة، فإنه يمكن استعمال الأرقام الاستدلالية الرسمية لبلد المتعامل المتعاقد أو أرقام استدلالية رسمية أخرى."

[4] المادة 103 الفقرة 6 من المرسوم رقم 15-247، المصدر نفسه.

الأرقام الاستدلالية القاعدية المطلوبة أخذها بعين الاعتبار وهي كالآتي:

- أرقام الشهر الذي أعطي فيه أمر الخدمة بالشروع في الأشغال عندما يكون الأمر بالخدمة قد صدر بعد انقضاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار.
- أرقام الشهر الذي انتهت فيه صلاحية العرض عندما يكون أمر الخدمة بالشروع في الأشغال قد أعطي قبل انتهاء صلاحية العرض أو الأسعار.
- عندما تسدد جهة من تسبيق على التموين من دفع على حساب أو تسوية على رصيد حساب فيها تخصم بعد تطبيق مراجعة الأسعار من مبلغ الدفع على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب[1].

أما فيما يخص تحميل المتعامل المتعاقد آثار التأخير الذي يتسبب فيه في تنفيذ الصفقة العمومية، وذلك بعدم تمكينه من الاستفادة من الزيادات السعرية اللاحقة للأجل التعاقدي للتنفيذ، فالمبالغ المستحقة عن الخدمات المنجزة بعد انتهاء الأجل المتفق عليه تحسب على أساس الأسعار السارية عند انتهاء الأجل التعاقدي، حتى و إن كانت الأسعار قد عرفت تحيينا أو مراجعة بعد ذلك التاريخ، متى كان التأخير راجعا إلى المتعامل المتعاقد، وذلك طبقا للمادة 105 من المرسوم الرئاسي 15-247[2].

وحسب نص المادة 106 من المرسوم الرئاسي 15-247، فإنه يلزم الأطراف عند إبرام الصفقة التي تدفع مستحقاتها على أساس نفقات المراقبة بتحديد جميع العناصر المكونة للسعر بصورة واضحة و مسبقة، مع بيان طبيعتها و كيفية احتسابها و قيمتها، وذلك لضمان الشفافية و الدقة في تحديد المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد[3].

---

[1] المادة 104 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر السابق.

[2] نصت المادة105 من المرسوم رقم 15-247 على أنه:"يدفع مقابل الخدمات المنجزة بعد الأجل التعاقدي للتنفيذ المتفق عليه، على أساس الأسعار المطبقة اعتمادا على السعر الذي يحتمل أن يكون قد تم تحيينه أو مراجعته، محسوبا في نهاية الأجل التعاقدي، في حالة ما إذا تسبب المتعاقد في تأخير تنفيذ الصفقة".

[3] نصت المادة 106 من المرسوم رقم 15-247 على أنه:" تبين أن الصفقة التي تؤخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبة طبيعية مختلفة العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب دفعة وكيفية حسابها وقيمتها".

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 20 في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي 21-219 فيما يخص صيغة المراجعة إذ تجعل من تغيير الأسعار سببا كافيا لفسخ الصفقة ولا يطبق السعر المراجع إلا في الفترة بين طلب الفسخ والفسخ النهائي وهناك تضارب بين أهداف المراجعة[1].

وللإشارة فإن معظم الصفقات التي تبرمها الدولة عموما تنص في بنودها على أن الأسعار تكون مغلقة وغير قابلة للتحيين ولا للمراجعة وهو ما يمثل إجحافا في حق المتعامل المتعاقد وتقليصا للضمانات المقررة له.

وعلاوة على بند المراجعة، هناك ما يعرف بالتحيين، وهو عملية إعادة النظر والتقييم للأسعار المتفق عليها في انجاز صفقة نظرا للتقلبات الاقتصادية التي تؤثر انعكاساتها على الأسعار وتغطى هذه العملية الفترة الممتدة من نهاية صلاحية العرض إلى الأمر بالبدء بالأشغال(ODS)[2].

وقد نصت المادة 75 من القانون 23-12 والمتعلق بالصفقات العمومية على شروط تطبيق عملية التحيين بحيث يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها باتفاق مشترك إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أجل يفوق مدة صلاحية العرض وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك[3].

يلاحظ من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، أن موضوع التحيين ينصب على مراجعة السعر الابتدائي المتفق عليه في صفقة عمومية تحملت مرور مدة زمنية تفوق أجل صلاحية العرض والمحصورة بين التاريخ المحدد لإيداع العرض، وتاريخ الأمر بالبدء في تنفيذ الخدمات والأشغال، شريطة أن يحدث خلال هذه الفترة تغيرات في الظروف الاقتصادية حتمت ذلك.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة تحيين أسعار صفقة مبرمة بإجراء التراضي عند انقضاء أجل صلاحية الأسعار المحددة في التعهد والذي يفصل بين تاريخ إمضاء المتعامل المتعاقد الصفقة

---

[1] المادة 20 فـ2 من المرسوم التنفيذي رقم:219/21 المؤرخ في:20مايو2021، المصدر السابق.

[2] المادة 33، من القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964، المصدر السابق.

[3] المادة 75 من القانون رقم 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023 و الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المصدر السابق.

وتاريخ التبليغ بالشروع في تقديم الخدمة طبقا للمادة 75 من القانون 23-12 و المتعلق بالصفقات العمومية ولتطبيق عملية التحيين يجب تضافر 03 عناصر وهي:

-مدة صلاحية العرض:

لم يحدد قانون الصفقات العمومية هذه المدة وتركها للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، حيث أعطى للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في تحديده، غير أن المشرع قد ألزم المصلحة المتعاقدة بالتقيد بالاعتبارات السابقة من حيث وجوب احتواء إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية والمتمثلة في تاريخ آخر أجل ومكان إيداع العروض وتلزم أيضا بإعلانه وتبيانه للمترشحين، وهو ما نصت عليه المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه :" يجب أن يحتوي إعلان طالب العروض على البيانات الإلزامية الآتية: ... مدة صلاحية العروض..."[1].

أ- التاريخ المحدد لإيداع العروض:

نصت المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247 في فقرتها الثالثة على أنه: «...تحدد المصلحة المتعاقدة تحضير العروض، بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، في النشرة الرسمية لصفات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو بوابة الصفقات العمومية، و يدرج تاريخ و آخر ساعة لإيداع العروض و تاريخ ساعة فتح الأضرفة في دفتر الشروط، قبل تسليمه للمتعهدين...».

من خلال المادة نجد أن التاريخ المحدد لإيداع العروض يترك للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، بشرط أن يكون الأجل المحدد واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين[2].

ب- تاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات:

يعد تاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات العنصر الذي يحدد اللجوء إلى تحيين السعر و هذا التاريخ غير معروف عند إبرام الصفقة، إذ يتم تحديده و ضبطه لاحقا عندما تصدر المصلحة

[1] المادة 62 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر السابق.

[2] المادة 66 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر نفسه.

المتعاقدة أمرا بالشروع في التنفيذ، لأنه إذا تأخر صدور هذا القرار وكان هذا التأخير مدته تفوق مدة صلاحية العرض، فإن هذا التأخير يصل مجالا لتحيين السعر الابتدائي للصفقة[1].

ولتضمين بند التحيين في الصفقة العمومية، ينبغي مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 100 من المرسوم رقم 15-247 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام وهي[2]:

- **تحديد مبلغ التحيين** هناك طريقتان هما:

الأولى: الطريقة الجزافية وتسمح بتقدير الزيادة في السعر الابتدائي بتحديد من إجمالي باتفاق مشترك بين طرفي العقد.

الثانية: طريقة المعاملة بأن يتبنى طرفا العقد صيغة مراجعة رقمية جبرية، وقد استعمل التنظيم صيغة مراجعة دون تحديد طابعها المبسط كما لم يتنازل عن الجزء الثابت ولا عن حد الاستقرار المعروف في المراجعة.

وهنا نستنتج أن التحيين يكتسي طابعا استثنائيا، بمعنى أن اللجوء إلى إدخال بند تحيين في الصفقة العمومية بإحدى الطريقتين سالفتي الذكر ما ينبغي أن يحتفظ بطابع محدد، فالمادة 100 من المرسوم رقم 15-247 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، تدعو كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد إلى استعمال غير مذكور لبند التحيين.

غير أن نفس المادة لا تحدد على الإطلاق الحالات التي ينحصر فيها تضمين بند الحصين مجال تطبيق التحيين[3].

كما أن مراجعة الأسعار و تحيين الأسعار، هما أداتان قانونيتان تختلفان من حيث التوقيت و الغاية، و لكنهما تتفقان في الهدف النهائي و المتمثل في تحقيق التوازن المالي للعقد، فالمراجعة تطبق خلال فترة تنفيذ الصفقة، أي بعد الانطلاق و الشروع في تنفيذ الصفقة، و هي تستند إلى تغيرات اقتصادية ناتجة عن تأثر التكاليف و الأسعار كارتفاع أسعار المواد الأولية أو الأجور،

---

[1] المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم:219/21 المؤرخ في:20مايو2021، المصدر السابق.

[2] المادة 100 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر السابق.

[3] بن سالم خيرة، منازعات الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري على ضوء قانون23-21، المرجع السابق، ص 63-64.

وهي آلية مرتبطة تماما بالصفقات طويلة الأجل أو الحساسة لتقلبات السوق، بينما نجد أن التحيين يقع قبل التنفيذ، أي في الفاصل الزمني بين تاريخ إيداع العروض و تاريخ إمضاء الصفقة أو الشروع الفعلي في تنفيذها، و تعتمد أساسا علة طول الزمن بحيث تصبح الأسعار المقترحة غير متناسبة مع المستجدات الاقتصادية.

- **مجال تطبيق التحيين :**

لا يتم إلا على الفترة المحصورة بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض، وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات التعاقدية، والتي تفوق مدتها مدة صلاحية العرض، علما أن الأرقام الاستدلالية القاعدية التي يجب مراعاتها في ذلك هي أرقام شهر نهاية صلاحية العرض.

ج- الطابع التعاقدي لبند التحيين:

كرست المادة 95 من المرسوم رقم 15-247، الطابع التعاقدي الإتفاقي لتحيين السعر الابتدائي والذي يعتبر أحد الشروط الجوهرية لإعمال صيغة النصين وبعبارة أخرى إذا سكتت الصفقة على إدخال بند التحيين فهذا يعني أن طرفي العقد قد اتفقا على سعر ثابت[1].

إلا أن المادة 100 من المرسوم رقم 15-247، أفادت بإمكانية السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخير في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد وكما تطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة[2].

و من خلال ما ورد في نص المادة 100 المذكورة سابقا، نستطيع القول أنه إذا ورد بند ينص على تحيين الأسعار فهو متوقف على الشروط المذكورة في نفس المادة، بالإضافة إلى شروط أخرى أدرجت في المواد 98 و 99 من نفس المرسوم السابق، مثل شرط الأجل، مبلغ الصفقة،و الظروف الاقتصادية التي تؤدي إلى ذلك... إلخ، و في حالة عدم إدراج بند التحيين في الصفقة فإن طرفي العقد قد تم الاتفاق بينهما على سعر ثابت و لا يمكن تحيين الأسعار، إلا في حالة التأخير في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد، و هذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من نفس المادة.

---

[1] المادة 95 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر السابق.

[2] المادة 100 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر نفسه.

بناء على ما تقدم ومن خلال التجربة الميدانية، يتضح جليا بأن النظام القانوني للصفقات العمومية وكذا الممارسة العملية تفضل السعر الثابت وغير القابل للمراجعة، وهي أسباب ترتبط أساسا بتحقيق اقتصاد ووفرة الأموال العمومية، وفي جملة أخرى لا يمكن أن تذكر بأن إعمال السعر الثابت بصورة مطلقة من شأنه أن تكون له انعكاسات سلبية على المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معا[1].

و نلاحظ من خلال جملة النقاط التي تم توضيحها و تبيانها في مجال تحيين الأسعار، على أن المصلحة المتعاقدة تفضل التعامل بالسعر الثابت دون اللجوء إلى التحيين و المراجعة للأسعار، و هو ما يجعلها تحافظ على المال العام، و هذا الطريق من شأنه أن ينعكس سلبا على الطرفين خاصة المتعامل المتعاقد، لأنه ينشط وفق ظروف اقتصادية غير ثابتة و غير مستقرة مما يهدد توازن العلاقة بين الطرفين[2].

المطلب الثاني: كيفية تسديد المقابل للمتعامل المتعاقد وتعويضه

الحصول على المقابل المالي يخضع لقاعدة عامة أساسية وهي: "الدفع بعد تأدية الخدمة"، ويقصد بها أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها إلا بعد انجاز موضوع الصفقة سواء القيام بالخدمة أو تسليم، وهذا باعتبار أن المقابل المالي يشكل نفقة عامة تدفع بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية لذا فهي تخضع التوريدات المطلوبة وجوبا لقواعد المحاسبة العمومية[3].

وفي هذا الصدد وتخفيفا من صرامة هذا المبدأ، وبما أن صفقات اللوازم والأشغال تتطلب في أكثر الأحيان تمويلا معينا وعبئا ماليا قد لا يستطيع الفرد تحمله لوحده حتى اكتمال التنفيذ، اعتبر قانون الصفقات العمومية في المادة 80 من القانون 23-12 المتضمن الصفقات العمومية[4] أن

---

[1] عبدالحفيظ مانع، الآليات القانونية لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق،تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2021/2020، ص 272.

[2] جلال الدين زيدان و عليان عصام، ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق،ص 16،17.

[3] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 92.

[4] المادة 80 من القانون رقم 23-12، يحدد القواعد العامة بالصفقات العمومية، المصدر السابق.

التسوية المالية للصفقة تتم بدفع نسبي و/أو الدفع على الحساب و بالتسويات على رصيد الحساب.

و يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في آجالها، ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، وهي الكيفيات التي سنتعرض لها تباعا.

الفرع الأول: التسبيق

بالرجوع إلى نص المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجد أن المشرع بين مفهوم التسبيق على أنه: هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة[1].

و نجد نوعان من التسبيقات نصت عليها المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه: " تسمى التسبيقات حسب الحالة "جزافية" أو "على التموين"[2].

1-التسبيق الجزافي:

يعرف التسبيق الجزافي بأنه عبارة عن مبلغ مالي يشكل نسبة مئوية محددة من المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية، وقد حدد المشرع الجزائري قيمته القصوى بنسبة لا تتعدى 15% من السعر الأولي للصفقة العمومية[3]، و السعر الأولي للصفقة هو الوعاء لتحديد التسبيق الجزافي، و حسب المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، وبصفة استثنائية يمكن للمصلحة المعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا يفوق نسبة 15% إذا كانت قواعد الدفع أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي يترتب عن رفضها ضررا أكيدا لها بمناسبة التفاوض على صفقة، لكن بعد الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو

---

[1] المادة 109 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر السابق.

[2] المادة 111 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر نفسه.

[3] سعد لقليب،بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية (الجزائر)، عدد6، 2017، ص56.

الوالي حسب الحالة وبعد استشارة لجنة الصفقات المختصة[1]،وحسب المادة 112 من المرسوم الرئاسي السابق ذكره، يمكن دفع التسبيق الجزافي إما مرة واحدة أو على عدة أقساط، تنص الصفقة على تعاقبها الزمني[2].

2- التسبيق على التموين

يخصص هذا النوع من التسبيق لصفقات الأشغال و اللوازم حتى يمكن للمتعاقدين من الحصول على تسبيق على التموين إلى جانب التسبيق الجزافي إذا ما أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها التزاما صريحا بإيداع تلك المواد والمنتجات في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم تنفيذ موضوع الصفقة و ذلك ما نصت عليه المادة 113ف1 من المرسوم الرئاسي15-247[3].

لم يحدد قانون الصفقات العمومية نسبة معينة من التسبيق على التموين كما هو الشأن بالنسبة التسبيق الجزافي، ولكنه أفاد بعدم إمكانية تجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي و التسبيقات على التسبيق في أي وقت من الأوقات نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة وهذا حسب نص المادة 115 من المرسوم 15-247[4].

الفرع الثاني: الدفع على الحساب

عرفته المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه:" الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة"، ومنه فهو تسوية جزئية لمبلغ الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل لها، وهذا نظير تنفيذ جزئي للخدمة محل الاتفاق في الصفقة، ويتم ذلك وفقا لنسب ومعدلات

---

(1) عبد الجبار كلاش، صورایة بوريدح، التمويل البنكي كآلية من آليات دعم المؤسسات الصغيرة و المتوسطة لإنجاز مشاريع الصفقات العمومية (دراسة حالة بنك الفلاحة و التنمية الريفية)، مجلة الاقتصاد الجديد، المجلد16، العدد1، 2025، ص181.

(2)المواد 111-112 من المرسوم رقم 15-247 ، المصدر السابق.

(3)نص المادة113ف1 :" يمكن أصحاب صفقات عمومية لأشغال و اللوازم أن يحصلوا بالإضافة إلى تسبيق على التموين إذا أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة".

(4)نص المادة 115 :" لا يمكن أن يتجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي و التسبيقات على التموين، بأي حال من الأحوال، نسبة خمسين في المائة(50%) من المبلغ الإجمالي للصفقة".

تضبط باتفاق مشترك بين طرفي الصفقة، لأن الدفع على الحساب يكتسي طابعا اختياريا وليس إلزاميا، لذا ينبغي أن يكون محل بند صريح بالصفقة[1].

الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب

نصت المادة 119 من المرسوم الرئاسي سالف الذكر على أنه:" تهدف التسوية على الحساب المؤقت إذا تحدت عليها الصفقة، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع خصم ما يأتي:

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

طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني، فإن الإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض و لا يتأتي له ذلك إلا بإعمال المسؤولية المدنية للإدارة المتعاقدة، فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب المصلحة المتعاقدة بمناسبة تنفيذ بنود العقد، فتلتزم عندئذ بالتعويض وفي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص وأن يثبت المتعامل المتعاقد وقوع الخطأ من جهة المصلحة المتعاقدة أو تجاوزها لأحد بنود العقد لأجل المطالبة بالتعويض أو حتى عند القيام بأعمال قانونية أو تحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض ولذلك فإن التزامات المصلحة المتعاقدة الناتجة عن إبرام الصفقة والتي هي تحت طائلة المسؤولية التعاقدية تتمثل خاصة فيما يلي[3]:

1- لا يجوز للإدارة المتعاقدة التحلل والتخلص من الرابطة التعاقدية بالعدول كلية عن العقد الذي أبرمته مع المتعامل المتعاقد بل تلتزم بالعقد.

2- تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ شروط الصفقة تنفيذا سليما.

---

[1] بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دراسة تشريعية، فقهية قضائية، المرجع السابق، ص109.

[2] المادة 119 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر السابق.

[3] الفقرة الأخيرة من المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في: 24 جويلية 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية(ملغى).

3- تلتزم المصلحة المتعاقدة بالامتناع عن القيام بأي عمل أو إجراء يتعارض مع التزاماتها التعاقدية.

ومنه فالتزام الإدارة المتعاقدة بدفع التعويضات المحتملة مصدره إما العقد وبالتالي إثارة المسؤولية التعاقدية أو القانون وبالتالي إعمال قواعد المسؤولية الإدارية[1].

المبحث الثاني:

ضمانات التوازن المالي للصفقة العمومية

يقصد بالتوازن المالي للصفقة العمومية ذلك التناسب القائم بين الالتزامات التي يتحملها المتعامل المتعاقد و الحقوق المالية التي يستفيد منها، بحيث يظل هذا التوازن قائما طوال مدة تنفيذ العقد دون أن يتعرض لإخلال جوهري نتيجة ظروف غير متوقعة[2].

و في إطار القانون 23-12، يعد مبدأ التوازن المالي من المبادئ الأساسية التي تحكم تنفيذ الصفقات العمومية، حيث يسعى المشرع إلى ضمان استقرار العلاقة التعاقدية و حماية الطرفين، خاصة المتعامل المتعاقد، من الأعباء الغير متوقعة التي قد تؤثر على قدرته على تنفيذ التزاماته.

فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية متكافئة فإنه بخلاف ذلك في الصفقة العمومية، إذ قد يتحمل المتعامل المتعاقد عبء ماليا لم يكن بالحسبان ساعة التعاقد بما يفرض مراعاة هذا الطارئ الجديد والاعتراف له بحقوقه المالية تشجيعا له على تنفيذ التزاماته.

وعليه فقد استقر الفقه والقضاء الإداريين في كل من فرنسا، مصر والجزائر على أن هذا الوضع يتطلب من أجل ضمان مبدأ الاستمرارية، إيجاد توافق ومعادلة بين عاملين هما[3]:

- التزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة وتلبية احتياجات الجمهور من جهة.

---

[1] بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دراسة تشريعية، فقهية قضائية، المرجع السابق، ص110.

[2] سعد لقليب،بن الشيخ النوي، حقوق وإلتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم247/15، المرجع السابق، ص59.

[3] عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي سوق أهراس، 2005، ص58-60.

– ضرورة تدخل المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة إدارية عامة لسد ومنع أي اختلال في التوازن المالي من خلال تحمل كل أو جزء من الأعباء المالية الإضافية نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات. من جهة أخرى.

و بالتالي التوازن المالي للعقد أمر مفروض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه دون الحاجة إلى نص على ذلك في العقد ومعنى ذلك أن العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها[1].

و عليه فقد نصت المادة 87 من القانون رقم 23–12 على أنه: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار أحكام القانون الجزائري، و يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي لهذه النزاعات كلما كان من شأن هذا الحل أن يسمح بما يأتي:

– إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين،

– التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة ..... "[2].

ومنه فإن المشرع حاول أن يكفل حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد وجعله على عاتق الإدارة المتعاقدة وهذا باتخاذ طريق الحل الودي للنزاعات لضمان التنفيذ الحسن والأكمل للصفقة المتعاقد عليها[3].

وعليه فإن التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد في إطار التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة يجد أساسه في نظرية المخاطر الإدارية (نظرية فعل الأمير) و نظرية المخاطر الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة) ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

---

[1] محمد رفعت عبدالوهاب و حسين عثمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص688.

[2] المادة 87 من القانون رقم 23–12 المؤرخ في 05 أوت 2023 و الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المصدر سابق.

[3] بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص84.

المطلب الأول: نظرية المخاطر الإدارية والمخاطر الاقتصادية

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى زيادة الالتزامات عن طريق آلية التعديل، و التي يكون الهدف منها تحقيق المصلحة العامة و سير المرفق العام بإنتظام، الأمر الذي يزيد الأعباء على المتعامل المتعاقد و يرهق كاهله و ذلك يؤثر على التوازن المالي للصفقة، و قد برزت مجموعة من النظريات تعالج هذه الفكرة.

الفرع الأول: نظرية المخاطر الإدارية (فعل الأمير)

نظرية فعل الأمير من النظريات التي إتبعها مجلس الدولة الفرنسي و هي أول النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي للعقد الإداري بين إلتزامات و حقوق المتعاقد مع الإدارة[1].

يقصد به كل إجراء مشروع تتخذه السلطات الإدارية المتعاقدة و يكون من شأنه زيادة الأعباء الماليةوالالتزامات المنصوص عليها في العقد، وبالتالي الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد وقد يتخذ شكل قرار فردي خاص، كما قد يكون فعل الأمير بمثابة قواعد تنظيمية عامة، كصدور قانون يقضي برفع الرسوم الجمركية (في إطار قوانين المالية السنوية أو التكميلية) أو برفع أجور اليد العاملة أو تنظيم شؤون العمال بالزيادة في الإجازات وساعات العمل، وعموما فإن هذه النظرية تجد مصدرها في ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها إن كل هذه الإجراءات ينتج عنها أنها تنقل وفي بعض الأحيان بصفة خطيرة شروط تنفيذ العقد ولكن دون أن يؤدي هذا إلى معارضة أو توقيف في العديد من طرف المتعاقد مع الإدارة، ولتحقق هذه النظرية يجب توافر شروط حددها الفقه والقضاء الإداريين حتى يصبح من الممكن مطالبة المتعامل المتعاقد بالحصول على التعويض[2].

خلاصة هذه النظرية أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، وترتب على حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقا أكثر في التكاليف على وجه يتجاوز القدر الذي توقعه

---

[1] حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون للصفقات العمومية– دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص236.

[2] جعفر عبد المالك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، ط2 ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 280.

المتعاقدان، جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بالمساهمة في تحمل الأعباء الجديدة، بتعويضه جزئيا ومؤقتا مقابل الخسارة التي لحقت به[1].

وكانت نشأة هذه النظرية في بادئ الأمر في ظل القانون العام، فلم يكن القضاء المدني ليوافق على تطبيقها على علاقات القانون الخاص، وقد بذلت محاولات لتطبيقها في المحاكم الفرنسية والمصرية وباءت بالفشل، أما بالنسبة للقانون العام فقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل القرن 19 وكانت أول قضية طبقت فيها هذه النظرية هي قضية غاز مدينة بوردو، الصادر فيها حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1916/07/30 تمتاز هذه النظرية بأنها ذات طابع اقتصادي، لأن من شأن الحوادث الطارئة أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا من الناحية الفنية أو القانونية بل من الناحية الاقتصادية، فالإرهاق يعني عدم تناسب المقابل المالي الذي يجب للمتعاقد (المدين) مع ما يجب عليه من التزام مستمر في التنفيذ في ظل الظرف الطارئ المستجد، فمن شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب علما و أن هذه الاضطرابات الاقتصادية أجنبية عن إرادة الطرفين من شأنها أن تفرض أعباء وتكاليف باهظة، فالتنفيذ يبقى ماديا ممكن[2].

أولا: شروط تطبيق النظرية

يشترط لتطبيق نظرية المخاطر الإدارية ما يلي:

أ- وجود عقد إداري و ضرر للمتعاقد و هو أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية وهذا أمر طبيعي مادمنا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تمتاز بطابع خاص يفرقها عن عقود القانون الخاص[3].

ب- أن يكون الإجراء من أعمال السلطة العامة سواء أكان إجراء تشريعيا أو إداريا وليس راجعا إلى ظروف خارجية اقتصادية أو غيرها [4].

---

[1]سعد لقليب،بن الشيخ النوي، حقوق وإلتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم15-247، المرجع السابق، ص59.

[2]جعفر عبد المالك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، المرجع السابق، ص 281.

[3]حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون للصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص238.

[4]طبي ابراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ،المرجع السابق، ص36.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك شبه إجماع بين الفقهاء بأن يكون هذا الإجراء صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة وبإرادتها المنفردة ، أي أنه يجب أن يكون العمل الضار صادرا عن المصلحة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية، أما إذا كان العمل صادرا عن جهة إدارية أخرى غير متعاقدة فإن المتعامل المتعاقد لا يستفيد من تطبيق هذه النظرية وإما بإمكانه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة للإدارة التي تعاقدت معه، أما بالنسبة للسلطة التي أصدرت الإجراء فيمكنه مقاضاتها وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية[1].

ج- أن يكون الإجراء المتخذ مشروعا، إذ أن الأمر لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ، فإن صدر العمل عن المصلحة المتعاقدة وكان غير مشروع جاز للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء ومساءلتها طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية وفقا لقواعد القانون الخاص[2].

د- أن يسبب الإجراء للمتعاقد ضررا حقيقيا وليس احتماليا من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة ولو لم يكن الضرر على جانب كبير من الجسامة، ويشترط لإقرار التعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير أن يترتب عن الإجراء أو القرار الصادر عن الإدارة تحميل المتعاقد أعباء و التزامات إضافية خاصة به دون غيره من المتعاملين، بحيث يكون هذا الإجراء سببا مباشرا في زيادة الأعباء المالية الملقاة على عاتقه، كما يجب أن يفضي ذلك الى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة، و إلحاق ضرر بالمتعاقد، الأمر الذي يبرر منحه تعويضا يعيد التوازن المالي للصفقة و يضمن استمرار تنفيذه في الضروف المتفق عليها.

أما فيما يتعلق بدرجة جسامة الضرر فلا يشترط أن يكون جسيما، فقد يتمثل في خسارة فعلية تلحق بالمتعاقد نتيجة الإجراء الصادر عن الإدارة، كما قد يقتصر على حرمانه من جزء من الأرباح التي كان يتوقع الحصول عليها من جراء الصفقة، ويتمثل المعيار في تحديد الخسارة بفقدان التوازن المالي للصفقة، بحيث يكفي أن تؤدي إلى الإخلال بهذا للتوازن المالي[3].

---

[1]عبد الله بن سلوى عزيز، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر،جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم،2023/2022، ص 55.

[2]هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين – دراسة مقارنة- ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم قانونية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس،ص 269-270.

[3]مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية و القانون، المجلد:05،العدد:10، السنة 2019، ص252.

هـ – أن يكون الإجراء غير متوقع وقت التعاقد ، بمعنى أن المتعاقد مع الإدارة وإن كان يعلم أنه من حق هذه الأخيرة تحميل التزاماته، إلا أنه لم يكن يتوقع أن يكون هذا التعديل بالمدى والحدود التي تم بها كما يقصد بعدم التوقع في مجال تنفيذ الصفقة العمومية عدم معرفة التكاليف الزائدة ونطاقها في حالة عدم تحديدها في العقد[1].

فإن تحددت هذه التكاليف بنصوص الصفقة، كانت هذه النصوص هي الحاكمة لها بما لا مجال معه للمطالبة بتعويض على أساس المخاطر الإدارية.

ثانيا: الآثار المترتبة عن تطبيق النظرية

يترتب عن تطبيق هذه النظرية، في مجال الصفقات العمومية، مجموعة من الآثار القانونية التي تهدف أساسا الى حماية المتعامل المتعاقد من الأضرار الناجمة عن تدخلات الإدارة بوصفها سلطة عامة.

و يبرز الأثر الرئيسي في حق المتعامل المتعاقد في التعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به بسبب التصرف الانفرادي للإدارة، شريطة أن يكون هذا الإجراء غير متوقع عند إبرام الصفقة، و أن يؤدي إلى الإخلال بتوازنها المالي، و يشمل هذا التعويض ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب، بما يعيد التوازن الاقتصادي للعقد[2].

كما يترتب عن ذلك **استمرار تنفيذ الصفقة العمومية** رغم صدور الفعل الآمر، تطبيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام، ذلك أن المتعامل المتعاقد يضل ملزما بمواصلة تنفيذ التزاماته العقدية، ولا يجوز له التوقف عن التنفيذ إلا وفقا للحالات و الضوابط التي نص عليها القانون[3].

و قد كرس المشرع الجزائري هذه الآثار ضمنيا في المرسوم الرئاسي رقم 15–247 و المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، من خلال إقراره لآليات الحفاظ على التوازن المالي للصفقة، حيث أكد على حماية حقوق المتعامل المتعاقد أثناء التنفيذ، و كذا المواد المتعلقة

---

[1] بوضياف عمار،الصفقات العمومية في الجزائر،دراسة تشريعية وقضائية و فقهية، دار جسور للنشر،الجزائر،2007،ص 160.

[2] مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص252.

[3] مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص253.

بمراجعة و تحيين الأسعار و التي تسمح بتعديل الشروط المالية عند حدوث تغيرات عن تدخل الإدارة أو ظروف استثنائية، بما يضمن إعادة التوازن المالي للصفقة[1].

و عليه فإن نظرية فعل الأمير تشكل أداة قانونية لتحقيق العدالة التعاقدية، من خلال تحميل الإدارة مسؤولية تدخلها، مع ضمان استمرارية تنفيذ الصفقة دون تحميل المتعامل المتعاقد أعباء غير متوقعة [2].

و يجب على الإدارة إعادة التوازن المالي بدفع مبالغ التعويض الكامل وإلى جنب هذا الأثر الرئيسي أشار بعض الفقهاء إلى آثار فرعية أخرى تترتب على تطبيق هذه النظرية منها:

– تحرر المتعامل المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ترتب عن عمل الأمير استحالة التنفيذ، كصدور تشريع يحرم الاستيراد، بالنسبة لسلعة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج.

– حق المتعامل المتعاقد بالمطالبة بعدم توقيع عقوبة غرامات التأخير في التنفيذ إذا ثبت أن فعل الأمير وإن لم يؤد إلى استحالة التنفيذ فقد حملة عسيرا عليه.

– حق المتعاقد في طلب الصلح إذا أصبحت العلاوة كبيرة لا تتحملها إمكانياته المالية والفنية[3].

ويستطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض هذه النتائج إذا تعددت الأسباب كالحصول على التعويض الكامل والفسخ أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير، وهذا تطبيق لنظرية المخاطر الإدارية[4].

في الأخير بات يمكننا القول أن نظرية عمل الأمير هي فعلا إحدى النظريات التي حاول من خلالها القضاء الإداري الفرنسي إقامة نوع من التوازن المالي للعقد الإداري، غير أنها لم تلق

---

[1]توات نصر الدين، تحيين ومراجعة السعر في الصفقة العمومية–دراسة حالة–، مجلة الإدارة و التنمية للبحوث و الدراسات، المجلد14،ع01،جوان 2025، ص245،244.

[2] فاضلي سيد علي، التسوية الودية للنزاعات في الصفقات العمومية، مداخلة قدمت ضمن أعمال اليوم الدراسي حول: التنظيم الجديد للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، في 23 فيفري 2016، جامعة المسيلة، ص 111 .

[3]عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المرجع السابق، ص58–60.

[4]تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، موجهة لطلاب السنة الثانية ماستر حقوق،جامعة عبدالرحمان ميرة، بجاية، 2015/2014، ص03.

اهتماما بالغا من المشرع على الرغم من أهميتها، إذ لم يفصل في شرح وتفصيل أحكامها بطريقة واضحة[1].

الفرع الثاني: نظرية المخاطر الاقتصادية (الظروف الطارئة)

قد يتعرض المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري إلى طارئ و صعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد و تؤدي إلى زيادة صعوبات التنفيذ غير أنها لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلا و لكنها ترتب زيادة الأعباء على المتعاقد مع الإدارة مما يتيح الخلل في توازن العقد لذلك أنتج القضاء الإداري نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي للعقد[2].

و يقصد بها تلك الأحداث الاستثنائية العامة التي لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد، و التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعامل، و من أمثلتها: الأزمات الاقتصادية المفاجئة، الأوبئة واسعة الانتشار، أو القيود الإدارية الجديدة ذات الطابع العام.

وهي تلك العوائق المادية البحتة التي تصادف المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة، و تكون ذات طابع استثنائي لم يتوقع وقوعه من طرف المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام العقد، فتؤدي إلى إحداث خلل في التوازن المالية، فيجعل تنفيذه للإلتزاماته مرهقا و صعبا، مما يتطلب تدخل الجهة الإدارية لتعويضه تعويضا كاملا جبرا للأضرار التي أحدثتها تلك الصعوبات و لكي يتمكن من تنفيذ التزاماته التعاقدية و استمراره في تنفيذ الصفقة[3].

كما أنها لا تعفي المتعامل المتعاقد من تنفيذ الصفقة، لكن تمنحه الحق في المطالبة بتعديل شروط الاتفاقية أو تعويضه عن الخسائر التي تكبدها أثنا تنفيذه للعقد، و ذلك حفاظا على مبدأ استمرارية المرفق العام[4].

وكانت نشأة هذه النظرية في بادئ الأمر في ظل القانون العام، فلم يكن القضاء المدني ليوافق على تطبيقها على علاقات القانون الخاص، وقد بدأت محاولات لتطبيقها في المحاكم الفرنسية

---

[1]مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص255.

[2] حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون للصفقات العمومية، المرجع السابق، ص246.

[3]طبي ابراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر،المرجع السابق، ص40،41.

[4]بن سالم خيرة، منازعات الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري على ضوء قانون12/23، المرجع السابق، ص64.

والمصرية وباءت بالفشل، أما بالنسبة للقانون العام فقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل القرن 19 وكانت أول قضية طبقت فيها هذه النظرية هي قضية غاز مدينة بوردو، إذ من خلاله اعترف قضاء هذا المجلس بحق المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه عند تنفيذه للعقد بسبب الصعوبات المادية الغير متوقعة و التي لا ترجع إلى خطئه أو خطأ الإدارة[1].

تمتاز هذه النظرية بأنها ذات طابع اقتصادي، لأن من شأن الحوادث الطارئة أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا من الناحية الفنية أو القانونية بل من الناحية الاقتصادية، فالإرهاق يعني عدم تناسب المقابل المالي الذي يجب للمتعاقد (المدين) مع ما يجب عليه من التزام مستمر في التنفيذ في ظل الظرف الطارئ المستجد، فمن شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى إحداث خلل في اقتصاديات العقد ومنه نجد أن المشرع قام بالإحاطة الكاملة و أخذ جميع الاحتياطات الواجبة لتفادي هذه الإختلالات،علما وأن هذه الاضطرابات الاقتصادية أجنبية عن إرادة الطرفين من شأنها أن تفرض أعباء تكاليف باهظة[2].

و نجد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة من خلال المادة 107 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه بحسب طبيعة الالتزام غير أنه إذا طرأت حوادث إنسانية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و ان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاته للطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك"[3].

---

[1] هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين – دراسة مقارنة– ،المرجع السابق، ص282.

[2] طبي ابراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر،المرجع السابق، ص41.

[3] الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل و المتمم .

1- شروط تطبيق النظرية:

و لتطبيق هذه النظرية فإن هناك شروط يستلزم القضاء الإداري توفرها وهي:

أ- وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه بحيث لا يمكن دفعه أو تداركه، لأنه إذا طرأ الظرف قبل إبرام العقد فالأصل ألا تطبق النظرية طالما يمكن الرجوع عن الإيجاب ولم يصدر القبول، حيث يثار النقاش في حالة ما إذا طرأت الظروف غير المتوقعة بعد المدة المحددة للتنفيذ ولم يكن التنفيذ قد تم، والرأي الغالب هو عدم تطبيق النظرية إذا كان التأخير في التنفيذ ناشنا عن خطأ المتعاقد المتسبب في التأخير.

أما إذا كان التأخير ناشئا عن خطأ الطرف الآخر في العقد، أو تم بموافقة الطرفين، استحق المتعاقد المتضرر التعويض تطبيقا لهذه النظرية وإذا كان التنفيذ قد امتد عن المدة المحددة في العقد بموافقة الإدارة فإن الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية بأخذ نفل حكم وقوعه خلال المدة الأصلية[1].

ويأخذ الظرف الطارئ صورا عدة، فقد يتمثل في:

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

ب – أن تكون ذو طابع استثنائي، أي ليست من طبيعة عادية يواجهها المتعامل المتعاقد، و يكون أمر لم يكن يتصوره أو لم يتعرض له من قبل.

ج- أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن المتعاقدين أي مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإدارة في وقوعه، لأنه متى كان الفعل راجعا إلى المتعاقد المتضرر فلا مجال للقضاء له بالتعويض[2].

---

[1] طبي ابراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر ،المرجع نفسه، ص 41.

[2] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 172.

د- أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد و المقصود به هو قلب اقتصاديات الوضع الاقتصادي للمتعامل حيث تلحق به خسائر غير متوقعة و غير مألوفة بحيث تهدده عن التوقف عن تنفيذ العقد، مثال ذلك كزيادة الضرائب و استحداث رسوم جيدة أو تغير في شبكة الأجور أو زيادة في الرسم الجمركي المتعلق بالمواد المستعملة.

وان توفر هذه الشروط يلزم المتعامل المتعاقد بمواصلة التنفيذ و عدم التوقف تطبيقا لمبدأ الاستمرارية الذي هو مبدأ أساسي لسير المرفق العام، و بالمقابل المطالبة بحقه في إعادة التوازن المالي، مع المصلحة المتعاقدة سواء عن طريق الاتفاق معها أو اللجوء إلى القضاء حيث تقع عليه عبئ إثبات توفر شروط النظرية[1].

2- آثار تطبيق النظرية:

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

- استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة رغم حدوث الاختلال المالي تطبقا لمبدأ سير المرفق باستمرار وانتظام واطراد لان انقطاعه عن التنفيذ يجره للعقوبة المقررة في حالة عدم تنفيذ التزاماته.
- حصول المتعامل المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة على تعويض جزئي من شانه إعادة التوازن المالي بالقدر الذي سمح له بالاستمرار في تنفيذ الصفقة.
- تعويض المتعامل المتعاقد يكون مؤقت إلى غاية زوال الظرف الطارئ، أي من اجل تجاوز الظرف الطارئ وتنفيذ الصفقة، فمرور مدة زمنية طويلة قد تخرج الحالة من الظرف الطارئ إلى حالة القوة القاهرة، وهو ما جاء في الفقرة الخامسة من نص المادة 84 ف3 من القانون 23-12: "في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخيرضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها المصلحة

[1] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع نفسه ، ص 173.

المتعاقدة نتيجة ذلك"[1]، أي ان المتعامل المتعاقد يستفيد من تعليق أجال تنفيذ موضوع الصفقة.

و منه فإن تحقيق شروط النظرية ينجر عنه آثار على عملية التنفيذ وتكون أساسا فيما يلي:

أ- حق المتعامل المتعاقد في الحصول على مساعدة المصلحة المتعاقدة إذا توافرت شروط تطبيق النظرية، وجب على الإدارة المتعاقدة رد الالتزام المرفق إلى الحد المعقول وليس معنى هذا إعادة التناسب الذي كان موجودا عند التعاقد بين الطرفين كلية وإنما المقصود هو مساهمة الطرفين في تصل أعباء الظروف الطارئة.

ب- يترتب أيضا التعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت بالمتعامل المتعاقد جراء هذه الصعوبات من طرف المصلحة المتعاقدة من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة.

ت- تغطية المصلحة المتعاقدة لجميع النفقات الإضافية في سبيل مواجهة الإشكالات التي اعترضت تنفيذ الصفقة بصورة طبيعية[2].

إن التزام الإدارة بمد يد المساعدة للمتعامل المتعاقد هو التزام مؤقت ينحصر فقط في الفترة التي اختل فيها العقد نتيجة الظرف الطارئ و التي تنطلق منها فترة العقد حيث يتكبد من خلالها المتعاقد نفقات غير متوقعة أثناء إبرام العقد[3].

المطلب الثاني: نظرية الصعوبات الإدارية

إن هذه النظرية من خلق قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء عرضه المخاطر تفوق تنفيذ التزاماته التعاقدية.

عندما يصادف المتعاقد مع الإدارة وخاصة في مجال صفقات عقود الأشغال العامة صعوبات مادية وتكون لهذه الأخيرة خصائص استثنائية وغير طبيعية إطلاقا ، ويكون من شأنها أن تجعل

---

[1] المادة 84ف3من القانون 23-12، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق.

[2]بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، قسم القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014/2013، ص 51.

[3]حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الصفقات العمومية – دراسة مقارنة –،المرجع السابق، ص 256.

تنفيذ العقد مرهق فإنها تفسخ للمطالبة بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من ضرر عن طريق دفع لأسعار العقد[1].

يشترط القاضي الإداري كي يستحق المتعاقد التعويض عن الخسارة بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، توافر مجموعة من الشروط يمكنها إجمالها كالتالي[2]:

أ. يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية : هذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية، ومن ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي عقد فيها صفقات الأشغال العامة، كأن تكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة، ومن هنا تكون هذه الصعوبات سببا في استحقاق المتعاقد للتعويض.

وقد يكون مصدر الصعوبات غير المتوقعة فعل بعض الناس من الغير، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل، لم تظهر في المواصفات التي على أساسها تم إبرام العقد[3].

ب. أن لا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد الأطراف : يفترض في الصعوبات المادية أن لا يكون مصدرها فعل الإدارة المتعاقدة، فإذا كانت بفعلها أو بسبب تدخلها وجب تعويض المقاول على أساس خطئها إن كانت قد أخطأت، وعلى أساس فعل الأمير إذا لم يكن ثمة خطأ من جانبها ويشترط كذلك ألا يكون المتعاقد مع الإدارة قد تسبب هو الآخر بخطئه أو عدم تبصره في وجود هذه الصعوبات، أو في عدم الإحاطة أنها وقت التعاقد، ويجب أن يثبت بأنه لم يكن بوسعه توقي آثار تلك الصعوبات ما لديه من وسائل، وأخيرا أن يثبت بأنه لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته[4].

ج. يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد: لا يستحق التعويض إلا إذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد، وفقا للظروف التي و جب

---

[1]جعفر عبد المالك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، المرجع السابق، ص 282.

[2]فاضلي سيد علي، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية، مداخلة قدمت ضمن أعمال اليوم الدراسي حول: التنظيم الجديد للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، في 23 فيفري 2016، جامعة المسيلة،ص111.

[3]هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين – دراسة مقارنة– ،المرجع السابق، ص284.

[4]خلفالله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2013، ص 74.

على المتعاقد إبرام فيها العقد، والقاعدة هذا أن المقاول ملزم بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته وعلى القاضي البحث فيما إذا كان المتعاقد قد بذل ما عليه في تاريخ إبرام العقد من الجهد الضروري، وأن يكون قد تحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يترتب عليه من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة [1].

د. أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي بحت: ليست الصعوبات المادية مجرد عقبات عند التنفيذ ولكنها عقبات من نوع غير مألوف ولا يمكن أن تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعامل المتعاقد عند التنفيذ عادة، إذ يترك للقاضي أن يقدر في كل حالة على حدا ما إذا كانت هذه الصعوبات غير متوقعة والتي صادفها المتعاقد مما يمكن اعتباره من المخاطر العادية أو الاستثنائية.

هـ. أن تؤدي الصعوبات المادية إلى الإخلال باقتصاديات العقد: يجب لتحقيق هذه النظرية أن يؤدي وقوع الصعوبات المادية إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد وليس مجرد صعوبات بسيطة لما هو مطلوب من المتعاقد تنفيذه، أي أنه يجب أن يترتب على التنفيذ في حال وقوع هذه الصعوبات نفقات تتجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في الأعباء المترتبة على المتعاقد[2].

[1] إحسان سليمان خريبط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2017، ص 154.

[2] خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع نفسه، ص 76.

الفصل الثاني : الضمانات المالية المقررة قانوناعلى المتعامل

تُعدُّ الصفقات العمومية محوراً رئيسياً تعتمد عليه الإدارة لتحقيق أهدافها التنموية وتسيير المرافق العامة،وتتفاوت وظائفها وتدخلاتها بما يعكس ارتباطها الوثيق بالخزينة العمومية،ونظراً لما يترتب على إبرام هذه الصفقات من التزامات متبادلة بين الإدارة والمصلحة المتعاقدة، أصبح من الضروري وضع إطار قانوني ينظّم مختلف مراحلها ويضمن حماية المال العام من أية مخاطر قد تترتب عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية.

من خلال هذا السياق ظهرت الضمانات المالية كأداة أساسية يفرضها التنظيم على المتعاملين مع الإدارة، وذلك بهدف ضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية وفق الشروط والمواصفات المحددة، وضمان استرداد الأموال العامة في حال وقوع تقصير أو إخلال أثناء تنفيذ الصفقة، وهذا يعكس أهمية الضمانات المالية كعنصر ضمن نظام الصفقات العمومية.

لذلك تشكل الضمانات المالية إطاراً قانونياً يضمن استمرارية المرفق العام وحماية المال العام،كما يعزز من فاعلية الصفقات العمومية لتحقيق أهدافها، واستناداً إلى ذلكتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: خصصنا المبحث الأول للضمانات البنكيةمن خلال تناول الكفالةالبنكيةوتبيانأنواعها، أما المبحث الثاني فقد عالج الضمانات غير البنكية، حيث تناول دراسة الضمانات ذات الطابع الحكومي والاقتطاعات المالية.

المبحث الأول:

نظام الكفالة البنكية

تحرصالمصلحة المتعاقدة عند إبرام الصفقة العمومية، إلى اختيار المتعامل المتعاقد الذي يثبت قدرته المالية من خلال تقديم الكفالات والضمانات المالية المقررة قانونا، بما يضمن الوفاء بالتزاماته التعاقدية وتأمين مصالحها المالية طوال مدة تنفيذ الصفقة، وهذا حسب ما جاءت به المادة 83 من القانون 23-12 عندما نصت بأنه: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة"[1].

تعد الكفالة من الوسائل القانونية المقررة في مجال الالتزامات المدنية والمالية، وقد انتقل استخدامها بشكل متطور إلى مجال الصفقات العمومية لما توفره من ضمانات فعلية للإدارة، كما أنها آلية قانونية و مالية تستخدم لضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، خاصة في مجال الصفقات العمومية، حيث يتدخل البنك كضامن لصالح جهة معينة في مواجهة المتعامل المتعاقد[2].

المطلب الأول: مفهوم الكفالة البنكية في الصفقات العمومية

تعتبر الكفالة البنكية من إحدى الضمانات المالية التي تمنح للدائن الحفاظ على حقه تجاه المدين، ولقد جاء الفقه والقانون بعدة تعاريف مختلفة و ذلك لأهميته، كل حسب نظرته إلى الغاية من وجود هذا العقد ومضمونه، مما أدى إلى تعدد التعاريف، ومن خلال هذا المطلب سنوضح تعريف الكفالة البنكية وخصائصها (الفرع الأول)، إضافة إلى أطرافها وأهمية تأسيسها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الكفالة البنكية و خصائصها

نظام الكفالة يُعتبر من أبرز الوسائل القانونية المستخدمة في الالتزامات المدنية والمالية، وامتد استخدامه ليشمل مجال الصفقات العمومية بسبب ما يقدمه من ضمانات حقيقية للإدارة، وبناء

---

[1] المادة 83 من القانون رقم:23-12 المؤرخ في:06 أوت 2023،المصدر السابق.

[2]بن بوزيد دغبار نورة، التنظيم القانوني للكفالة و تطبيقاته في قانون الصفقات العمومية، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد الثامن، جامعة البليدة-2-، بدون سنة، ص52.

عليه فنتطرق إلى تعريف الكفالة البنكية في مجال الصفقات العمومية (أولا)، ثم تبيان خصائصها(ثانيا).

أولا : تعريف الكفالة البنكية في الصفقات العمومية

لتعريف الكفالة وجب الوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي لها ومن ثم المعنى القانوني:

1/ التعريف اللغوي:

الكفالة لغة تعني الضمان، وهي كلمة مشتقة من الفعل كفل، ويقال عنه كافل المال يعني كفل عنه المال لغريمه فهو كافل، والكفل هو الذي لا يثبت على ظهور الخليل، والكفيل يعني الضامن وجمعه: كفلاء، أما الكافل فهو الذي يكفل إنسانا يعوله أي العائل ومن قوله تعالى:"... وكفلها زكرياء..." (الآية37) من صورة آل عمران، أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها[1].

2/ التعريف الاصطلاحي للكفالة:

أما في التعريف الاصطلاحي استخدم العلماء مصطلح "الكفالة" لوصف أي شخص يضمن شخص أخر، سواء كانت الكفالة تتعلق بأموال أو أشخاص، ويظهر هذا المفهوم بوضوح عند الحنفية والشافعية، فنجد الحنفية يعرفون الكفالة والضمان على أنه: "ضمانا لذمة إلى الذمة المطالبة"، بينما الشافعية يعرفها على أنها:"الالتزام بحق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة [2].

وتختلف تعريفات الكفالة بين المذاهب الفقهية، إلا أنها جميعا تشير إلى فكرة الضمان والالتزام، حيث أن الكفالة تهدف إلى توفير ضمانات للوفاء بالتزامات معينة سواء كانت مالية أو شخصية، وهذا النوع من الضمان له دور مهم في تعزيز الثقة بين الأطراف المعنية.

---

[1]بوعريشة خيرة و بوجراس بشرى، الكفالة البنكية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2023/2022، ص 09.

[2]هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2025/2024، ص09 .

أما الكفالة البنكية فهي تعهد كتابي يصدر عن البنك بناءا على طلب العميل (المكفول)، يتعهد فيه البنك بدفع مبلغ معين لصالح جهة محددة (المستفيد) خلال مدة زمنية محددة، وذلك في حال عدم وفاء العميل بالتزاماته المالية أو التعاقدية[1].

كما تعرف الكفالة أيضا بأنها المال المملوك للكفيل الذي يقدمه كضمان لدين الدائن، فتجتمع صفة الكفيل والراهن فيه، ومن ثم تطلب أحكام الرهن والكفالة، و بالتالي نكون أمام كفالة عينية[2].

3/ التعريف القانوني للكفالة البنكية:

الكفالة البنكية هي إحدى صور الضمانات الشخصية التي تهدف إلى تأمين الوفاء بالالتزامات المالية، وعلى الرغم من أنها تستند إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني إلا أنها تتسم ببعض الخصوصيات التي تجعلها أداة قانونية مميزة في المعاملات المالية، فهي تجمع بين الطابع التعاقدي والقواعد القانونية مما يجعلها عملية بنكية ذات طبيعة خاصة.

وقد ورد تعريف الكفالة في المادة 644 من القانون المدني الجزائري حيث تنص بأن:"**الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه**"[3].

من خلال استقراء نص المادة أعلاه تبين لنا بأن الكفالة عنصران، أحدهما مادي يتمثل في ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أية قيمة أخرى، أما العنصر الثاني فيتمثل في الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من شخص آخر وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية أو التضامنية .

---

[1]بن بوزيد دغبار نورة، التنظيم التعاقدي للكفالة بين القواعد و قانون الصفقات العمومية، مجلة العلوم الإنسانية–جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 43، مارس2016، ص170.

[2]على جالي عدة و كشيشات محمد، عقد الكفالة غي القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماسترتخصص قانون خاص معمق، جامعة ابن خلدون– تيارت،2023/2022 ، ص 10.

[3]الأمر رقم:75–58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر،عدد 78، صادرة بتاريخ 1975/09/30، معدل و متمم.

إذا فالكفالة عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل و دائن شخص آخر، يلتزم فيه الكفيل أن يضمن للدائن بالوفاء بالدين الذي على المدين[1].

كما يتضح أيضا من نص المادة السابقة أن أطراف عقد الكفالة هما الدائن والكفيل، أما بالنسبة للمدين فهو ليس طرفا في عقد الكفالة، فيصح أن تتم الكفالة دون علمه ورغما عن إرادته وفقا لما نصت عليه المادة 647 من القانون المدني[2]، مع أنها لا تتصور بغير وجود الالتزام الذي يقع على عاتق هذا المدين.

أما الكفالة في المجال البنكي فتعرف بأنها عقد رضائي يكفل بمقتضاه المصرف تنفيذ التزام معين على العميل بأن يتعهد لدائنيه بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه أي العميل.

يعني ذلك أن المصرف يتولى ضمان تنفيذ الالتزامات التي لم يقوم العميل بها مما يعزز الثقة في المعاملات المصرفية بين المصرف والعميل (الأطراف).

المقصود بالكفالة في القانون الإداري بأنها الكفالة المصرفية التي تصدرها البنوك ويعبر عنها بالتأمين أو خطاب الضمان، حيث أن الكفالة المصرفية تعمل كضمان تنفيذ الالتزامات وتستخدم بدلا من التأمينات النقدية لتجنب الحجز.

بناءا على ذلك تعد الكفالة وسيلة قانونية فعالة لضمان حقوق الدائن لكنها في الوقت ذاته تظهر اعتمادها الكامل على الالتزام الأصلي للمدين مما يجعلها غير مستقلة.

والكفالة تنتمي إلى فئة الضمانات الشخصية (التأمينات الشخصية) التي تعطي الحق للدائن بالرجوع على شخص آخر ألا وهو "الكفيل"، خلافا للضمانات العينية التي تعطي الحق للدائن على أموال متعددة للمدين مثل: الرهون الحيازية و الرهون الرسمية وغيرها[3].

الجدير بالملاحظة أن القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية والمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومن قبله كل النصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة للصفقات العمومية، أنه لم يتم التطرق إلى تعريف محدد لكفالة الضمانات

---

(1) هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين – دراسة مقارنة– ، المرجع السابق،ص 294 .

(2)تنص المادة 647 من الأمر رقم:75-58 على أنه:" تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته."

(3) طبي ابراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 52.

المالية بل نجد أنها قامت بالتركيز على تنظيم الصفقات العمومية وتحديد إجراءاتها، أما بالنسبة للكفالات البنكية قد تكون جزءا من الضمانات المطلوبة في بعض الصفقات.

ثانيا : خصائص الكفالة البنكية في الصفقات العمومية

من خلال تعريف الكفالة البنكية يمكن استخلاص مجموعة من الخصائص التي تتميز بها الكفالة البنكية وتتمثل فيما يلي:

1/ الكفالة البنكية عقد رضائي ملزم لجانب واحد:

أ- **الكفالة من العقود الرضائية:** وهو تطابق إرادة الكفيل والدائن و وجب ثبوته بالكتابة أوبوجود عقد ولا يشترط شكل خاص لهذا العقد، وهذا حسب ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 645 من ق.م.ج بحيث يتم تنفيذ هذا الالتزام على أنه لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة، و منه اشترط القانون الجزائري الكتابة لإثبات الكفالة ولكن هذا الشرط ليس كركن لانعقادها كأصل العام فالكتابة هذا ضرورية لإثبات رضا الكفيل، سواء كانت رسمية أو عرفية، بينما الالتزام الأصلي يمكن إثباته بأي وسيلة عن طريق شهادات أو أدلة أخرى غير الكتابة[1].

ب- **الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:** الكفالة عقد ملزم الجانب من طرف واحد وهو الكفيل بينما الطرف الآخر فهو يستفيد من الكفالة دون أن يقوم بتقديم أي مقابل للكفيل، وفي حالة إذا قام الدائن بتقديم مقابلا للكفيل نظير كفالته للدين فإننا بصدد عقد ملزم الجانبين[2].

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ليس معناه انها تصرف بإرادة منفردة بل هي عقد لايتم إلا بتوافق إرادتي كل من الكفيل والدائن فالكفالة لا تقوم بمجرد إعلان من جانب الكفيل وحده[3].

---

[1] على جالي عدة و كشيشات محمد، عقد الكفالة غي القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة،المرجع السابق، ص 10.

[2] مختار بن سالم، محاضرات في مقياس العقود الخاصة (عقد الكفالة، الرهن الرسمي الرهن الحيازي)، ألقيت على طلبة السنة ثالثة ليسانس، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أفلو، الأغواط 2022-2023، ص 07.

[3] طبي ابراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص 54 .

2/ الكفالة البنكية عقد ضمان شخصي:

الكفالة هي نوع من التأمين الشخصي حيث بموجبها يلتزم الكفيل بتامين دين في ذمة المدين إذا عجز هذا الأخير عن الوفاء بالتزاماته وبالتالي يكون الكفيل مسؤولا عن سداد الدين من جميع أمواله[1].

بما أن الكفالة تتميز بالطابع الشخصي وذلك كون أن الكفيل تضاف ذمته إلى جانب ذمة المدين للوفاء بدين الكفيل،يضم ضمانة العام إلى الضمان العام للمدين، حيث تختلف الكفالة الشخصية عن الضمان العيني (الكفالة العينية)، باعتبار أن هذه الأخيرة تقتصر عن الشيء المرهون فقط أي المال الذي يقوم بتقديمه الكفيل مقابل كفالته للمدين بينما الكفالة الشخصية يمتد الضمان ليشمل جميع أموال الكفيل[2].

3/ الكفالة البنكية عقد تابع :

الكفالة البنكية تخضع لمبدأ التبعية بشكل مباشر و قيامها على الالتزام الأصلي و المقصود منه هو ذلك الإلتزام بين الدائن و المدين القائم على الضمان بالوفاء، وبالتالي فإن عقد الكفالة يتبع الالتزام الأصلي من حيث صحته ونفاذه وانقضائه. وحسب نص المادة 648 من قانون المدني الجزائري لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا، أي أنه يشترط لصحة عقد الكفالة أن يكون الالتزام الأصلي صحيحا وقائما وقابلا للتنفيذ، أما في حالة إذا كان الالتزام الأصلي معيبا أو باطلا لأي أسباب قانونية فإن العقد يصبح باطلا ولا يترتب عليه أي أثر قانوني[3].

من نتائج المترتبة على هذه التبعية تذكر منها ما يلي:

- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول ولكن تجوز في مبلغ أقل وبشرط أهون.
- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.

---

[1] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 13.

[2]مختار بن سالم، محاضرات في مقياس العقود الخاصة (عقد الكفالة، الرهن الرسمي الرهن الحيازي)، المرجع السابق، ص06.

[3] على جالي عدة و كشيشات محمد، عقد الكفالة غي القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 11.

- يجوز للكفيل أن يلتزم بجزء من الدين ولا يكفل مازاد في عبئ الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بسبب خطئه، وإذا كان التزام الكفيل أشد وأكبر عبئا من الدين الأصلي للمدين لا يبطل ولكن يجب إنقاصه حتى يعادل التزام المدين[1].

4/ الكفالة البنكية عقد تجاري:

كأصل عام الكفالة البنكية تعتبر عملا مدنيا دائما للكفيل حتى لو كان تاجرا فيما يتعلق بالديون تجارية، إلا أن هناك بعض الحالات تكون فيها الكفالة تجارية وتكون كذلك عندما تصبح الكفالة ناتجة عن ضمان احتياطي أو تظهير هذه الأوراق، فإن الكفالة تعتبر دائما عملا تجاريا تخضع لأحكام القانون التجاري، بالإضافة إلى أن الكفالة البنكية التي تنشأ عن أي عملية مصرفية مثل القرض أو الصرف أو الاقتراض تخضع أيضا للقواعد التجارية [2].

5/ الكفالة البنكية عقد تبرعي:

بما أن عقد الكفالة من العقود التبرع كأصل عام وذلك بالنظر إلى أطراف العقد الدائن والمدين لأن الكفيل يقوم بالتزامه باتجاه الدائن دون مقابل، فالكفيل يتحمل تنفيذ التزامات شخص أخر لا تكون له أي علاقة بها لأي سبب من الأسباب وإذا التزم الكفيل بها نظير مقابل سواء كان هذا المقابل من الدائن أو المدين تصبح الكفالة هذا من عقود المعاوضة.

يترتب على اعتبار الكفالة عقد شرعي مايلي:

- حتى يكون العقد صحيحا وجب اشتراط أهلية التبرع في الكفيل .
- باعتبار عقد الكفالة عقد تبرعي فهي تصرف مدني حتى وإن كان الالتزام المكفول تجاريا والكفيل تاجرا [3].

---

[1] على جالي عدة و كشيشات محمد، عقد الكفالة غي القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 11 .

[2] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 15 .

[3] مختار بن سالم، محاضرات في مقياس العقود الخاصة (عقد الكفالة، الرهن الرسمي الرهن الحيازي)، المرجع السابق، ص08.

الفرع الثاني: أطراف الكفالة البنكية في الصفقات العمومية و أهمية تأسيسها

القاعدة العامة تقول لكل عقد إداري طرفان وهذا ما نجده في عقد الكفالة البنكية، ومنه فلا يمكن للكفالة أن تصدر دون أطراف حيث من العناصر الأساسية لعقد الكفالة يمكن استخلاص الأطراف التي سنعرضها فيما يلي مع الإشارة في الأخير إلى العلاقة التعاقدية التي تربطهم:

أولا: أطراف الكفالة البنكية في الصفقات العمومية

1/ العميل المكفول: هو الطرف الذي تصدر الكفالة بطلب منه وعلى مسؤوليته أي يكفله البنك بموجب الكفالة تجاه طرف آخر المستفيد وذلك لتنفيذ التزاماته الناشئة بينه وبين المستفيد، إلا أن الكفالة تعتبر مستند مفصل ومستقل عن أي عقود مبرمة بين المكفول والمستفيد.

فالمكفول من أكثر الأشخاص المنتفعين بالكفالة كون أن هذه الأخيرة تحل محل الشيك المصدق أو التأمين النقدي، وهذه الحالة تؤدي إلى عدم تجميد أمواله وتمكنه من استثمار قيمة الكفالة في المجالات الأخرى[1].

2/ البنك الكفيل: هو البنك مصدر الكفالة وهو مؤسسة مصرفية تلتزم تجاه الدائن(المستفيد) بضمان تنفيذ التزامات مدينها(العميل) عند تخلفه عن السداد، وتخضع لأحكام القانون المدني(المواد 644-673) باعتبارها تأمينا شخصيا، وتنقضي بانقضاء الالتزام الأصلي، فالكفالات تصدر عن البنوك التجارية أو المؤسسات والشركات المالية المصرح لها بإصدار الكفالات وفق قانون النقد والقرض[2].

3/ المستفيد: هو الطرف الذي تنشأ الكفالة البنكية لمصلحته، ويتمثل في المصلحة المتعاقدة بصفتها الدائن الأصلي في العلاقة التعاقدية، وتهدف الكفالة إلى ضمان تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته الناشئة عن الصفقة العمومية، بحيث يكون للمصلحة المتعاقدة الحق في الرجوع إلى البنك الكفيل واستيفاء مبلغ الكفالة عند تحقق حالات الإخلال أو عدم التنفيذ وهو الأمر الذي يكرس حماية المال العام ويضمن استمرارية تنفيذ المرفق العام.

---

[1] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 16 .

[2] المواد644-673 من الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

يلتزم الكفيل تجاه المستفيد بالوفاء بمبلغ مالي لا يتجاوز القيمة المحددة في الكفالة، وذلك وفق الشروط والأحكام المتفق عليها وخلال مدة سريانها، كما يتعين على البنك الكفيل، عند إصدار الكفالة، مراعاة طبيعة المستفيد وصفته القانونية، سواء كان شخصا عاما أو خاصا، نظرا لاختلاف مستوى المخاطرالمرتبطة بالوفاء، ففي حالة كون المستفيد من أشخاص القانون الخاص قد ترتفع درجة مخاطر الدفع مقارنة بالحالات التي يكون فيها المستفيد جهة عمومية، الأمر الذي يقتضي من البنك إجراء تقييم دقيق للمخاطر قبل الالتزام بإصدار الكفالة[1].

فالمستفيد هو الطرف الوحيد الذي يملك حق المطالبة بدفع مبلغ الكفالة، مع الإشارة أنه يكون المستفيد مقيما ومن الجنسية الجزائرية أو شخصا غير مقيما، وإذا رفض المستفيد بواسطة أحد البنوك المقيمة في بلده متفاديا ما يتعرض له من المشاكل خصوصا عندما لا يفي المكفول بالتزاماته تجاهه يقوم البنك المحلي بتوسيط أحد البنوك المراسلة في بلد المستفيد لإصدار كفالة لصالح هذا المستفيد وذلك على مسؤولية البنك المحلي[2].

4/ البنك المراسل: يعتبر هذا البنك الجهة المطالبة بإصدار الكفالة من قبل البنك المحلي، وذلك بعد إكمال إجراءاته مع الجهة طالبة الإصدار في البلد الأجنبي ويقوم البنك المراسل بطلب شفرة لهذا الغرض وتكون مدينة بالتوقيع.

فالبنك المراسل هو الجهة الأولى والمسئولة مباشرة عن جميع التزامات الإصدار تجاه المصرف المحلي الذي يقوم بالإصدار[3].

من خلال ذلك نجد أن البنك المراسل يلعب دور هام في إصدار الكفالات الخارجية فهو يعتبر وسيط بين البنكين (البنك المحلي والبنك الأجنبي).

---

[1] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 17.

[2] خيرة بوعريشة–بشرى بوجراس، الكفالة البنكية ، المرجع السابق، ص 40.

[3] خيرة بوعريشة–بشرى بوجراس، الكفالة البنكية، المرجع نفسه، ص40–41.

- **العلاقة بين أطراف الكفالة:** تكمن العلاقة بين أطراف الكفالة فيما يلي:

أ/ صيغة الكفالة التي يصدرها البنك والموجهة إلى المستفيد، توضح كثيرا التزام البنك المستقل عن أي التزام آخر تجاه المستفيد بدفع قيمة الكفالة بالرغم من معارضة المكفول، أي البنك يلتزم اتجاه المستفيد بالدفع حسب ماجاء في نص الكفالة على عدم احتجاج المكفول بأنه قد وفى بالتزاماته.

ب/ المكفول يلتزم اتجاه البنك الذي يضمنه بتعويضه بأي نفقات أو مصاريف أو دفعات يتم دفعها من قبل البنك، ويتم تثبيت هذا الالتزام بموجب وثائق يوقعها المكفول وهذا يؤكد الطابع الشكلي للكفالة.

ج/ علاقة المكفول بالمستفيد مستقلة عن علاقته بالبنك، والكفالة البنكية تعتبر سندا مستقلا عن أي عقود مبرمة بين المكفول والمستفيدة[1].

ثانيا: أهمية تأسيس الكفالة البنكية في الصفقات العمومية

إن تأسيس الكفالة البنكية في مجال الصفقات العمومية لا يعد مجرد إجراء شكلي، بل هو آلية جوهرية لضمان حسن سير المرفق العام، وتحقيق الأهداف الأساسية التي يسعى إليها المشرع، خاصة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و أيضا القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية.

حيث يتضح من خلال التدقيق في هاذين القانونين أنه توجد أهمية بارزة و واضحة لتأسيس هذا النوع من الكفالة و ذلك لضمان عدة أهداف نذكرها بإيجاز[2]:

1/ حماية المال العام: تسهم الكفالة البنكية في توفير ضمان مالي فعال للمصلحة المتعاقدة، إذ تمكنها من استرجاع المبالغ أو التعويض عن الأضرار في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، دون الحاجة إلى اللجوء إلى إجراءات قضائية مطولة، و هذا يعكس حرص المشرع على تكريس مبدأ حماية الأموال العمومية من المخاطر المحتملة.

---

[1] ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، مذكرة ماستر في الحقوق فرع القانون العام، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019/2018 ، ص18 .

[2] عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008/2007 ، ص92 .

2/ ضمان جدية العروض: من خلال فرض كفالة التعهد، يتم استبعاد العروض غير الجدية أو الصورية، حيث لا يقدم على إيداع كفالة بنكية إلا المتعاملون القادرون فعليا على تنفيذ الصفقة، وبالتالي تعزز هذه الآلية مبدأ المنافسة النزيهة والشفافية.

3/ ضمان حسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية: تلعب كفالة حسن التنفيذ دورا محوريا في إلزام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة وفق الشروط المتفق عليها، سواء من حيث الجودة أو الآجال و في حال الإخلال يمكن للمصلحة المتعاقدة تفعيل الكفالة لتعويض الضرر[1].

4/ تكريس مبدأ استمرارية المرفق العام: تعد الصفقات العمومية وسيلة أساسية لتسيير المرافق العامة، ومن ثم فإن الكفالة البنكية تسهم في ضمان استمرارية هذه المرافق من خلال الحد من مخاطر التوقف أو التعطيل الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات.

5/ تحقيق التوازن المالي للصفقة: تمكن الكفالة البنكية، خاصة كفالة استرجاع التسبيقات، من الحفاظ على التوازن المالي للصفقة، حيث تضمن استرجاع الأموال المسبقة في حال عدم تنفيذ المشروع، مما يمنع اختلال العلاقة التعاقدية.

6/ تقليل النزاعات وتوسيع تسويتها: بفضل الطابع المستقل للكفالة البنكية وقابليتها للتنفيذ عند أول طلب، يتم تقليص حجم النزاعات القضائية إذ تستطيع الإدارة تحصيل حقوقها مباشرة من البنك الكفيل[2].

---

[1] ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص19 .

[2] ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، المرجع نفسه، ص19 .

المطلب الثاني: أنواع الكفالات البنكية في الصفقات العمومية

تعد الكفالة البنكية أداة أساسية في مجال الصفقات العمومية حيث توفر ضمانات مالية للمتعاقدين لحماية حقوقهم، حيث تلعب دورا في تعزيز الثقة بين الجهة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، فهي تشكل وسيلة فعالة لضمان التزام المتعامل بتنفيذ شروط العقد وحماية المال العام من المخاطر المحتملة.

وتتسم الكفالة البنكية بتنوعها ومرونتها مما يسمح للمشرع بتكييفها حسب طبيعة الصفقة ومتطلباتها، وهو ما يساهم في تحقيق التوازن بين حماية المصلحة المتعاقدة وضمان مشاركة أوسع للمتعاملين[1].

ولقد أشار المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 إلى الضمانات المالية في المادة 64 وذلك ضمن ملف استشارة المؤسسات، كافة العناصر والمعلومات الضرورية التي تمكن المتعهدين من إعداد عروض مقبولة وقابلة للمقارنة، وعلى وجه الخصوص الشروط الإقتصادية و التقنية فضلا عن الضمانات المالية الواجب تقديمها عند الإقتضاء[2].

وأيضا المادة 84 من نفس المرسوم السابق الذكر و التي تنص على أن[3]: "**.... وبغض النظر عن أحكام المادتين 130 و 133 أدناه، أن يتضمن دفتر الشروط ضمانات مالية للصفقة**".

وبالتالي ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الكفالات البنكية المقدمة قبل تنفيذ الصفقة (الفرع الأول)، والكفالات البنكية المقدمة أثناء تنفيذ الصفقة (الفرع الثاني)، حيث تبقى في مجملها أدوات ضمان من القانون الخاص و أدرجت في النظام القانوني للصفقات العمومية.

---

[1] على جالي عدة و كشيشات محمد، عقد الكفالة غي القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص16 .

[2] تنص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه:"يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لا سيما ما يأتي: – الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني، والضمانات المالية، حسب الحالة... ".

[3] المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المصدر نفسه.

الفرع الأول: الكفالات البنكية المقدمة قبل تنفيذ الصفقة

يعد هذا النوع من الضمانات المالية الهامة التي تستخدم لضمان التزام المتعاقد بتنفيذ شروط العقد أو الصفقة، حيث تصدر هذه الكفالات بناءا على طلب العميل ويلتزم فيها البنك بدفع مبلغ معين للمستفيد في حال عدم وفاء العميل بالتزاماته، ومن أبرز أنواع هذه الضمانات التي يفرض عليهما القانون الطابع البنكي وتتمثل في كفالة التعهد (أولا) وكفالة رد التسبيقات (ثانيا).

ويعود السبب وراء إلزامية تقديم كفالة التعهد على شكل كفالة بنكية بأن الإدارة لا تربطها أي علاقة تعاقدية مع المتعهد، ولم يتم اختيار بعد المتعهد الذي يصبح المتعامل المتعاقد بعد إبرام العقد، مما يتطلب وجود ضمان بنكي يحمي المصلحة المتعاقدة (الإدارة) في هذه المرحلة الأولية[1].

أولا: كفالة التعهد

تقديم كفالة التعهد هو إجراء أساسي لضمان تنفيذ العقد، وفقا للشروط التي تقوم المصلحة المتعاقدة بتحديدها والتي تعتبرها الأكثر فاعلية لاختيار المتعاملين، وذلك حسب ما نصت عليه المادتين 63 و 64 من المرسوم الرئاسي 15-247 [2]، كما يجب أن تكون هذه الشروط واضحة ومحددة مسبقا في دفتر الشروط لدعوى المنافسة، وذلك حتى يتم مراعاة الشفافية والمساواة بين المتعاملين لضمان تحقيق منافسة عادلة واختيار العروض الأمثل.

1/ تعريف كفالة التعهد:

تعرف كفالة التعهد بأنها عبارة عن عقد يقدمه العارض كضمان لجدية عرضه ويخصصها لفائدة المصلحة المتعاقدة، ويستند في ذلك إلى إرادة العارض المنفردة الضمان التزامه بالعرض المقدم.

---

[1] ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 21.

[2] المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العم، ج.ر عدد50، مؤرخ 20سبتمبر 2015.

ومن أهم ما تتضمنه تعهدات كفالة التعهد التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه:" **يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:.... 8- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر،**"

وقد استحدثت كفالة التعهد لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 (الملغي)، وذلك بغية تمكين المصلحة المتعاقدة من وضع يدها على الضمان البنكي، الذي سيقوم المتعاقد إصداره ويقدمه ضمن ملفه التقني كعربون وفاء بالعرض الذي قام بتقديمه بصدد الصفقة[1].

كما يرجع السبب لإلزامية تقديم كفالة التعهد على شكل كفالة بنكية إلى عدم وجود أي علاقة تعاقدية بين الإدارة والمتعهد، حيث أن المتعهد لا يصبح متعاملا متعاقدا معها إلا بعد إبرام العقد كما أن المادة 45 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بالصفقات العمومية نصت على إلزامية تقديم كفالة التعهد كشرط من بين الشروط الواجب توفرها في ملف التعهد.

وبالرجوع إلى المواد 67 و 125 من تنظيم الصفقات العمومية التي نصت على إلزامية كفالة التعهد، بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع الجزائري ربط هذه الكفالة بصلاحيات اللجنة القطاعية، وتكون هذه الكفالة مطلوبة حسب قيمة المشروع في حالة إذا تجاوز مبالغ معيدة التي تحددها المادة 184 من نفس القانون[2].

2/ طريقة تقديم كفالة التعهد:

يتم إعداد كفالة التعهد وفقا لنموذج الذي تحدده الجهة المختصة، وعادة ما يكون ذلك بموجب قرار صادر من الوزير المكلف بالداخلية، ويتم تقديمها في مرحلة التعهد أي عند تقديم العروض وقبل إرساء الصفقة على المتعامل المتعاقد، كما يجب على الجهة المتعاقدة أن تقوم بطلب كفالة التعهد بشكل صريح في دفتر شروط الدعوى للمنافسة.

---

[1] هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين –دراسة مقارنة– ، المرجع السابق، ص 163.

[2] المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015، المصدر السابق.

أما في حالة المنافسات ذات الإجراءات المحدودة يجب إدراج شرط كفالة التعهد في دفتر الشروط وتقدم في ظرف مغلق مع تدوين عبارة: "**لا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية**"[1].

كما أنه تصدر كفالة تعهد مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، أما كفالة تعهد المتعهدين الأجانب تصدر من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى[2].

وبالتالي نجد المشرع قام بتحديد الجهات التي يحق لها إصدار كفالة التعهد وذلك لضمان مصداقية الكفالة وقبولها لدى الجهات المتعاقدة[3].

3/مجالات تطبيق كفالة التعهد:

تحدد المادة125 من تنظيم الصفقات العمومية[4]مجالات تطبيق كفالة التعهد، حيث اقتصرت على نوعين تتمثل في:

- صفقات الأشغال
- صفقات التزويد باللوازم

إلا أن المشرع الجزائري اشترط أن تتجاوز هذه الصفقات قيمة معينة التي حددتها المادة 184 من نفس القانون لتقديم الكفالة، وقد استثنى من ذلك صفقات الدراسات والخدمات، أي أنه لا يطلب تقديم كفالة التعهد فيها، مما يوضح أن مجال تطبيق الكفالة محدود بنوعين من الصفقات حسب طبيعة المشروع وقيمته المالية[5].

---

[1] المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

[2] المادة 125 الفقرة 3، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر نفسه.

[3] المادة 125 الفقرة 2، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر نفسه.

[4] المادة 125، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر نفسه.

[5] ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص23.

4/ تحديد قيمة كفالة التعهد:

قام المشرع بتحديد قيمة كفالة التعهد أنها يجب أن تفوق 1% من مبلغ العرض المقدم، كما أكد على ضرورة ذكر هذا الشرط في دفتر الشروط الخاص بالدعوى للمنافسة[1].

5/ حالات رد كفالة التعهد:

يتم رد كفالة التعهد وفقا لما نصت عليه المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247 و الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وذلك حسب الحالات الآتية:

الحالة الأولى: المتعهد الذي لم يقبل ولم يطعن، يتم رد كفالة التعهد بعد مضي يوم واحد من انتهاء المدة المحددة للطعن، كما هو مذكور في المادة 82 من نفس المرسوم الرئاسي 15-247.

الحالة الثانية: المتعهد الذي لم يفز بالصفقة وقام بتقديم الطعن يتم رد كفالة التعهد إليهعند تبليغه بقرار الطعن من قبل لجنة الصفقات العمومية.

الحالة الثالثة: المتعهد الذي حصل على الصفقة يتم رد كفالة التعهد إليه بعد تقديم كفالة حسن التنفيذ[2].

6/ صلاحية كفالة التعهد:

تدخل كفالة التعهد حيز التنفيذ حال التوقيع عليها، و تبقى سارية إلى غاية إرجاعها، عند انتهاء صلاحية العرض، أو عدم قبول العرض، أو تقديم كفالة حسن التنفيذ بالنسبة للحائز على الصفقة[3].

ثانيا : كفالة رد التسبيقات

في مجال الضمانات تعتبر كفالة رد التسبيقات آلية أساسية في الصفقات العمومية، حيث تمكن الإدارة من تقديم تسبيقات مالية للمقاولين الحاصلين على تنفيذ الصفقة، إلا أنه لا يمكن صرف هذه التسبيقات إلا بوجود كفالة صادرة من أحد البنوك، وذلك لضمان استرداد المبلغ في حال إخلال المقاول بالتزاماته.

---

[1] المادة 125، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

[2] المادة 125، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدرنفسه.

[3] المادة 6/125 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدرنفسه.

1/ تعريف كفالة رد التسبيقات:

لقد نصت المادة 110 من المرسوم الرئاسي 15-247 على هذا النوع من الكفالات حيث جاء فيها: " **لا تدفع إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من هذا المرسوم، و إذا قدم المتعامل المتعاقد كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، بالنسبة للمتعهدين الجزائريين و يجب أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، و تحرر كفالة إرجاع التسبيقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية**"[1].

إذا كفالة رد التسبيقات هي استثناء عن الأصل العام المتمثل في الدفع بعد أداء الخدمة، إذ تبادر الجهة الإدارية بدفع التسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعاقد بهدف مساعدته على بدء الأعمال وتخفيف الأعباء المالية عنه، وعلى أن يلتزم برد هذا التسبيق بعد استحقاقه وفقا لما نصت عليه المادة 110 من تنظيم الصفقات العمومية.

كما أن المادة 130 من نفس القانون أشارت إلى هذا النوع من الكفالة، وعلى هذا الأساس يمكن تعريف كفالة رد التسبيقات بأنها ضمان مالي يهدف إلى استرجاع مبلغ التسبيق الذي تم دفعه من طرف الجهة الإدارية إلى المتعامل المتعاقد لتنفيذ الصفقة العمومية[2].

ونجد صندوق ضمان الصفقات العمومية عرفها على أن: "هذه الكفالة تضمن إرجاع التسبيقات الممنوحة من طرف المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد الحائز على الصفقة قبل تنفيذ خدمات موضوع العقد"[3].

وعليه فإن كفالة رد التسبيقات يجب أن تقدم من طرف المتعامل المتعاقد وليس المتعهد، وذلك بعد حصوله على الصفقة وتوقيع العقد وليس قبلها، ومن ثم يصبح المتعامل المتعاقد طرفا مع المصلحة المتعاقدة، وحتى يتمكن من الحصول على التسبيقات يجب عليه أن يقوم بتقديم طلب

---

[1] المادة 110، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

[2] المادة 130، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر نفسه.

[3] عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص104.

إلى المصلحة المتعاقدة مرفقا بالكفالة رد التسبيقات، والتي تختلف في نوعها بين التسبيق الجزافي و التسبيق على التموين، ويكون ذلك بعد إبلاغه ببداية تنفيذ الخدمة موضوع العقد[1].

2/ هدف تقديم كفالة رد التسبيقات:

إن اشتراط المشرع لكفالة رد التسبيقات قصد استرداد التسبيقات الجزافية و/ أو التسبيقات على التموين و التي قدمتها المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد قبل الانطلاق في تنفيذ الصفقة، أي أنها ضمان مالي لعملية التمويل و التي تحصل عليها قبل إنجازه في أي عمل[2].

ونظرا لأهمية تقديم الكفالة من قبل المتعامل المتعاقد إلى الإدارة وذلك قبل الحصول على التسبيقات والتي تهدف إلى حماية المال العام وتجنب تبديده في حالة عدم إنجاز المشروع أو إخلال المتعاقد بالتزاماته ألزمت القوانين المنظمة للصفقات العمومية بتقديم هذه الكفالة من البنوك.

حيث تنص المادة 109 المطة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247 على: " **– التسبيق: هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة**" [3].

و بالتالي فإن التسبيقات سالفة الذكر بنوعيها تأتي لكي تسمح للمتعامل المتعاقد بتحضير ورشات العمل و شراء المواد و المنتوجات التي تدخل في إنجاز المشروع.

3/ مبلغ كفالة رد التسبيقات:

لقد حددت المادة 115 سالفة الذكر من المرسوم الرئاسي 15-247، أن مبلغ رد التسبيقات على التموين، و الذي لا يمكن أن يتجاوز بأي حال من الأحوال نسبة خمسين في المائة من المبلغ الإجمالي للصفقة، حيث نصت على: " **لا يمكن أن يتجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي و التسبيقات على التموين، بأي حال من الأحوال نسبة خمسين في المائة (50%) من المبلغ الإجمالي للصفقة**".

---

[1] ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص25.

[2] ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، المرجع نفسه، ص26.

[3] المادة 109 مط الأولى، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

3/ تحرير كفالة رد التسبيقات:

نصت المادة 116 من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، على أن بداية استرداد التسبيقات تكون عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة خمسة و ثلاثون في المائة (35%) من المبلغ الأصلي للصفقة، و ينتهي عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة ثمانين في المائة (80%) من المبلغ الأصلي للصفقة.

كما يمكن أن يكون الاسترداد الجزئي للتسبيقات محل تحرير جزئي يعادله لكفالة استرجاع التسبيقات و هذا ما نصت عليه المادة 116 سابقة الذكر[1].

الفرع الثاني: الكفالات البنكية المقدمة أثناء تنفيذ الصفقة

يوجد نوعان من الضمانات التي يمنحها القانون، بين إمكانية اختيار أن تكون على شكل ضمان بنكي أو تكون عبارة عن اقتطاع مالي من مبلغ الصفقة، حيث نتطرق أولا إلى النوع الأول و المتمثل في كفالة حسن التنفيذ و ثانيا إلى النوع الثاني و المتمثل في كفالة الضمان.

أولا/ كفالة حسن التنفيذ:

و يعتبر هذا النوع من الضمانات جزءا أساسيا من الإجراءات القانونية التي تهدف إلى ضمان التزام المتعاقد بالتنفيذ الحسن للصفقة وذلك وفق ما تم الاتفاق عليه، مما يقوم بتعزيز استقرار العلاقات التعاقدية بين الأطراف[2].

كما أشار المشرع الجزائري في القانون 23-12،إلى ضرورة توفير ضمانات كافية تضمن حسن تنفيذ الصفقة العمومية وذلك طبقا لنص المادة 83 منه[3]، وأيضا في المرسوم الرئاسي 15-247، منح للمتعامل العمومي حق إعفاء المتعامل الاقتصادي من تقديم هذه الكفالة في حال

---

[1] المادة 116، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

[2] عبد الجبار كلاش، صورایة بوريدح، التمويل البنكي كآلية من آليات دعم المؤسسات الصغيرة و المتوسطة لإنجاز مشاريع الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص182.

[3] نصت المادة 83 من القانون23-12 على أنه:"يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على توفر الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيد الصفقة، تحدد الضمانات الواجب توفرها وكذا كيفيات استرجاعها، حسب الحالة، في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة العمومية، استنادا على الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعمول به".

لم يتعدى مدة تنفيذ الصفقة 3 أشهر، وكذلك بالنسبة للصفقات المبرمة بالتراضي البسيط، وكذلك المبرمة مع المؤسسات العمومية طبقا لنص المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247[1].

1/تعريف كفالة حسن التنفيذ: من خلال المدلول اللفظي، فإن كفالة حسن التنفيذ أسست لقيام المتعامل المتعاقد على التنفيذ الحسن للصفقة و ذلك بناءا على ما يتوافق مع البنود التعاقدية و التقنية المتفق عليها في الصفقة.

و منه عرفها الأستاذ جوزيف بادروس بأنها: "**مبلغ من المال يودع في أحد صناديق الخزينة أو في أحد المصاريف المقبولة لحسن تنفيذ موجب ولضمان حقوق الإدارة تجاه منفذ الموجب**"[2].

بمعنى أن هذه الكفالة تعمل كأداة لحماية صاحب المصلحة أو الجهة الإدارية، وبالتالي يمكن استرداد المبلغ في حال عم تنفيذ المشروع.

كذلك تعرف كفالة حسن التنفيذ بأنها: "**عبارة عن عقد يلتزم بموجبه المتعامل المتعاقد ضمان تنفيذه للخدمات موضوع الصفقة وفقا لما تم الاتفاق عليه في بنودها تنفيذا كاملا ومطابقا ووفيا تجاه المصلحة المتعاقدة** "[3].

2/ الالتزام بتقديم كفالة حسن التنفيذ:

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى كفالة حسن التنفيذ في المواد من 128 إلى 133 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث نصت المادة 130 على أنه: "... **يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط، كفالة حسن التنفيذ**"[4].

أي أن كفالة حسن التنفيذ مستقلة تماما عن كفالة رد التسبيقات التي قدمها المتعامل المتعاقد في مقابل التسبيقات التي يتحصل عليها، وهذا كله لاعتبارات تتعلق بحماية المال العام وجبر المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

---

[1] أبو السعود عبدالله، مبروك حدة، مكانة المؤسسات الأجنبية في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مجله إلنبراس للدراسات القانونية، المجلد08، العدد02، ماي 2025، ص121.

[2] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 27.

[3] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع نفسه، ص 27.

[4] المادة 1/130، من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

3/ ميعاد كفالة حسن تنفيذ الصفقة:

يتم تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من قبل المتعامل المتعاقد، كما يجب أن تكون هذه الكفالة سارية المفعول طوال تنفيذ الأعمال المتفق عليها[1].

4/ مبلغ كفالة حسن التنفيذ:

تطبيقا لما جاء في نص المادة 133 من تنظيم الصفقات العمومية كأصل عام يتراوح مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة، وتكون حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، أما بالنسبة للصفقات التي لا يبلغ الحدود المنصوص عليها في المادة 184 من نفس القانون تتحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين 1% و 5% من مبلغ الصفقة وهذا كاستثناء[2].

5/ حالات الإعفاء من كفالة حسن التنفيذ:

إن المشرع الجزائري أورد بعض الحالات التي يتم إعفاء المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ والتي نصت عليها المادة 130 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتتمثل هذه الحالات في[3]:

- في حالة صفقات الدراسات والخدمات يمكن للمصلحة المتعاقدة عدم اشتراط تقديم كفالة حسن التنفيذ، إلا أنه لابد عليها أن تتأكد من حسن تنفيذ هذه الصفقات قبل القيام بدفع مستحقاتها، باستثناء صفقات الإشراف على إنجاز الأشغال.
- في حالة إذا لم يتجاوز أجل تنفيذ الصفقة 3 أشهر.
- في حالة الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط.
- في حالة الصفقات المبرمة مع المؤسسات.

---

[1] ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 31.

[2] شكل من أشكال الدفع و التي نصت عليه المادة 108 و عرفته المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر السابق.

[3] المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر نفسه.

بالإضافة إلى ذلك نصت المادة 4/133 على إعفاء الحرفيون والفنيون والمؤسسات المتوسطة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة العمومية في عملية ترميم الممتلكات الثقافية، حيث أن هذا التوسيع الغير مبرر يضاف إلى الحالات الأخرى، كونه يتعارض مع مبدأ حماية المال العام وجبر المتعاقد مع الإدارة[1].

6/ كيفية استبدال كفالة حسن التنفيذ:

نصت المادة 133 من تنظيم الصفقات العمومية على طريقة استبدال كفالة حسن التنفيذ بآليات أخرى لضمان حقوق المصلحة المتعاقدة وتحقق نفس الغرض، وتتمثل هذه الآليات فيما يلي:

أ- استبدال كفالة حسن التنفيذ باقتطاع إجمالي: جاء في فقرة 5 من المادة 133 من نفس القانون أنه يمكن للمتعامل المتعاقد عند طلب كفالة حسن التنفيذ أن يقوم باستبدالها باقتطاع عن حسن تنفيذ إجمالي، ويجب أن يكون هذا الاقتطاع مساويا المبلغ كفالة حسن التنفيذ.

ب- استبدال كفالة حسن التنفيذ باقتطاع حسن التنفيذ عند الاستلام المؤقت: طبقا لما جاء في الفقرة 6 من المادة 133 من نفس القانون أنه يمكن استبدال كفالة حسن تنفيذ الصفقة باقتطاع حسن تنفيذ وهذا عند الاستلام المؤقت للصفقة [2].

ثانيا/ كفالة الضمان:

تعتبر كفالة الضمان أداة أساسية لضمان حقوق الأطراف المتعاقدة، كما أنها تعد بمثابة تعهد من البنك يقوم بضمان الجهة المستفيدة لحقوقها في حال إخلال الطرف الآخر (المتعامل المتعاقد) في تنفيذ التزاماته.

وتحرص المصلحة المتعاقدة في البداية إلى منح الصفقة للمتعاقد صاحب الكفاية المالية و هذا من أجل ضمان التنفيذ الحسن مراعية في ذلك للضمانات التي يقدمه كحماية من أي خطر قد تواجهه نتيجة إخلاله بالتزاماته.

---

[1] المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر السابق.

[2] الفقرة 5 و الفقرة 6 من المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر السابق.

وقد أوضح المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية، نوع الكفالة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بأن يقوم هذا الأخير بتقديم كفالات كضمان يتمثل في تعهد يفوق أو يساوي 01% من مبلغ العرض بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم إضافة إلى كفالة استرجاع التسبيقات وهذه الأخيرة لا يستفيد منها المتعامل المتعاقد إلا إذا قدم مسبقا كفالة بقيمة معادلة لإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين، كما يجب أن تصدر الكفالة من المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولي وتحرر الكفالة حسب نموذج محدد بقرار من وزير المالية[1].

1/ تعريف كفالة الضمان: تفرض الجهة المتعاقدة كفالة الضمان لحماية مصالحها من المخاطر أو العيوب الخفية التي قد تظهر بعد إنجاز الخدمة التي تم الاتفاق عليها، وذلك من أجل تغطية أي ضرر ناتج عن سوء تنفيذ الصفقة خلال الفترة الممتدة بين الاستلام المؤقت والنهائي.

و في ذلك نصت المادة 131 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه: "**عندما تنص الصفقة على أجل ضمان تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130أعلاه، عند تسليم المؤقت، إلى كفالة ضمان**"[2].

حيث تعرف كفالة الضمان بأنها نوع من أنواع الكفالات البنكية التي تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعامل المتعاقد التزاماته اتجاه الطرف المستفيد وذلك وفق الشروط المتفق عليها، كما أن هذه الكفالة تستخدم لضمان تنفيذ العقود المبرمة بين الأطراف، و زيادة على ضمان العيوب الخفية يهدف المشرع من كفالة الضمان إلى حماية الشخص العمومي المتعاقد ضد عدم استرجاع المبالغ المالية المتحصل عليها بدون حق و بصفته أشمل ضد مخاطر عدم دفع المبالغ التي يكون المقاول مدينا بها في إطار تنفيذه للصفقة[3].

---

[1] المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر نفسه.

[2] المادة 131 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر السابق.

[3] ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 34.

2/ مبلغ كفالة الضمان: بما أن كفالة الضمان هي إما تحويل لكفالة حسن التنفيذ أو تجميع مبالغ اقتطاعات حسن التنفيذ، فإن مبلغ هذه الكفالة يعادل قيمة كفالة حسن التنفيذ أو مجموع الاقتطاعات وبالتالي فإن مبلغ كفالة الضمان لا يتغير سواء كان في شكل كفالة واحدة أو اقتطاعات متراكمة.

3/ كيفية استرجاع كفالة الضمان: حددت المادة 134 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه يتم استرجاع كفالة الضمان خلال شهر واحد من تاريخ بداية التسليم النهائي للصفقة[1].

و بالتالي كقاعدة عامة فإن كفالة الضمان تنتج عن تحول كفالة حسن التنفيذ عند الاستلام المؤقت للصفقة، مما توفر حماية للمصلحة المتعاقدة ضد أي عيوب قد تظهر خلال فترة الضمان، كما أنه يشترط لتأسيس كفالة الضمان إن تدرج ضمن شروط الصفقة العمومية وإن تنص هذه الأخيرة على أجل الضمان[2].

كما نصت المادة 148 من نفس القانون[3]، على مرحل استلام الصفقة حسب ما تتضمنه مدة الضمان، ويكون وفقا للاستلام المؤقت الذي يتم بعد تنفيذ الصفقة والتأكد من المطابقة الأولية للشروط، أما بالنسبة للتسليم النهائي يتم عند انتهاء مدة الضمان.

و نصت نفس المادة على إمكانية القيام بالاستلام المؤقت الجزئي للخدمات الموافقة لذلك الأجل، شريطة أن تكون الصفقة قد نصت على أجل منفصل عن الأجل الكلي.

أما فيما يخص بداية سريان أجل الضمان، فحددته أيضا نفس المادة (148) بتاريخ أول استلام جزئي، أما استرجاع كفالة الضمان فإنه يتم بعد انتهاء أجل ضمان جميع الخدمات المنصوص عليها في الصفقة[4].

---

[1] المادة 134 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدرنفسه.

[2] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 30 .

[3] المادة 148 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر السابق.

[4] المادة 148 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر نفسه.

المبحث الثاني:

الضمانات المالية غير البنكية في الصفقات العمومية

تعتبر الضمانات غير البنكية إحدى الوسائل المهمة التي تستخدم لضمان تنفيذ الصفقات العمومية بشكل فعال، خاصة في ظل التحديات الاقتصادية والإدارية التي تواجه الأطراف المتعاقدة ودون أن تكون هذه الوسائل صادرة عن مؤسسة بنكية، كما أن هذه الضمادات تستخدم كبدائل عن الضمادات المالية البنكية وذلك كونها أكثر مرونة للمتعاملين الاقتصاديين الذين قد لا يتمكنون من الحصول على الضمانات البنكية.

وبجد القانون 23-12 يهدف إلى توسع نطاق الضمادات وذلك لتسهيل مشاركة أكبر عدد من المتعهدين وتخفيف الأعباء المالية المترتبة عليهم، وبهذا فإن الضمادات التي يقدمها المتعاقد في مجال الصفقات العمومية قد تختلف وتتنوع بين التي قد تكون إلزامية والأخرى غير إلزامية (اختيارية)، وهذه الأخيرة بمثابة امتيازات إضافية تهدف إلى حماية المصلحة المتعاقدة من أي مخاطر مالية محتملة من خلال تنفيذ الصفقة وضمان تنفيذ المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته[1].

وعلى هذا الأساس قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الضمانات ذات الطابع الحكومي (المطلب الأول)، الاقتطاعات المالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضمانات ذات الطابع الحكومي

نصت المادة 127 من المرسوم 15-247 على الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية غير المقيمة، كما أضافت المادة 129 من نفس المرسوم على أنه يلزم المتعاملون المتعاقدون الأجانب، باستعمال المواد والخدمات المنتجة محليا، مع إلزامية المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع بالتأكد من تنفيذ الالتزامات المتعهد بها في هذا الشأن[2].

حيث لاحظنا أن هذا النوع من الضمانات لا يتضمن تحديدا لإجراءات أو كيفيات تأسيسه، وذلك ما هو موضح في نص المادة 128 سالفة الذكر و تتضمن إجراءات الكفالة التي يخضع لها المتعامل الأجنبي المقيم.

---

[1] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 32 .

[2] المواد 127-129 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

كما تتمثل الضمانات ذات الطابع الحكومي التي تهم المتعاقدين الأجانب غير المقيمين بالجزائر في الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة، والضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية[1].

وبناءا على ذلك وبهدف تشجيع الاستثمارات الأجنبية جدد المشرع الجزائري في القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، على مجموعة من الضمانات التي تعتبر في نفس الوقت مبادئ أساسية ترتكز عليها الدولة لجلب هذه الاستثمارات، وتتمثل هذه المبادئ في مبدأ العدالة والمساواة، بالإضافة إلى حرية تحويل رؤوس الأموال والعائدات الناتجة عنه، وصولا إلى وسيلة تسوية المنازعات[2].

وتهدف هذه الضمانات إلى تحقيق حماية مالية للمؤسسات الأجنبية عند التعاقد مع الحكومات، كما أنها توفر الحماية اللازمة لأي طارئ من الطوارئ قد يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية يدفع المتعامل الأجنبي للوفاء بالتزاماته مع تعويض الضرر الحاصل بدافع سوء التنفيذ[3].

وبما أن الضمانات الحكومية أداة أساسية في تعزيز الاستقرار المالي وتقليل المخاطر المرتبطة بالمشاريع الاقتصادية، فهي تشمل كل من القروض الممنوحة في إطار اتفاق ما بين الحكومات (الفرع الأول)، وضمانات في شكل مساهمات مؤسسات مصرفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القروض الممنوحة في إطار الاتفاق ما بين الحكومات

إن القروض الممنوحة في إطار اتفاقيات ما بين الحكومات تعتبر أداة هامة في تمويل المشاريع الاقتصادية والتنمية، حيث أن هذه القروض غالبا ما تقدم من قبل المؤسسات المالية الدولية أو الإقليمية.

---

[1] المادة 128 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر السابق.

[2] القانون رقم 16-09 المؤرخ في:3 غشت سنة 2016، و المتعلق بترقية الاستثمار، العدد 46 من ج.ر، لسنة 2016، ص18.

[3] اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج ماجستير، فرع قانون الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص 93.

أولا: تعريف القروض الحكومية ما بين الدول

تمثل القروض الحكومية بين الدول آلية من آليات التمويل الدولي، تقوم بموجبها حكومة دولة ما بتقديم موارد مالية لحكومة دولة أخرى، وفق شروط متفق عليها، بغرض دعم التنمية الاقتصادية أو تمويل مشاريع واستثمارات ذات منفعة عامة، أو عبر مؤتمرات دولية بموجب اتفاقيات رسمية، حيث أن هذه القروض تستخدم لدعم مشاريع محددة أو لتحقيق أهداف اقتصادية وسياسية مشتركة[1].

كما تعرف أيضا بأنها موارد مالية نقدية أو غيرها التي يتم تقديمها من دولة أو منظمة إلى دولة أخرى بشروط معينة يتفق عليها الطرفان، وتعتبر هذه القروض التزامات على الدولة تجاه العالم الخارجي، التي يجب الدفع بها خلال فترة زمنية معينة ووفق الشروط المحددة[2].

وتفضل بعض الدول ومنها الجزائر هذا النوع من الضمانات في مختلف صفقاتها حيث تمنح الصفقات إلى المؤسسات الأجنبية غير المقيمة في الجزائر والتي تقدم ضمانا من دولتها.

وتتمثل هذه الضمانات في شكل قروض ممنوحة في إطار اتفاقيات ما بين الجزائر و حكومات دول أخرى، وذلك قصد تموين صفقات عمومية، كالاتفاقية المبرمة بين الجزائر و دولة كندا قصد تمويل مشروع بناء مخازن الحبوب الموافق عليه بتاريخ 1973/05/16[3]، وتستخدم هذه القروض كضمانات لتسهيل التعاملات مع المؤسسات الأجنبية المتعاقدة مع الجزائر [4].

---

[1]هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 35 .

[2]عبد المالك بوضياف، محاضرات في التمويل الدولي، تخصص اقتصاد نقدي و بنكي، قسم العلوم الاقتصادية، كلية ع.إق.ت.ع س، جامعة08ماي1945، قالمة، 2018-2019، ص 53.

[3]مرسوم رقم73-96 مؤرخ في 1973/07/25، المتضمن نشر اتفاق القرض بين الحكومة الكندية و الحكومة الجزائرية لبناء مخازن لتخزين الحبوب، الموقعة بتاريخ 1973/05/16، ج.ر ، رقم 66، سنة 1973.

[4]ميلي مراد، الضمانات المالية في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 38.

ثانيا: أنواع القروض الحكومية

يمكن تقسيم القروض الحكومية بين الدول إلى ما يلي:

1/ القروض الحكومية الثنائية: و يكون بواسطة التعاقد بين البلد الراغب بالاقتراض والحكومة المانحة بشكل رسمي، وهي اتفاقيات تتم بشكل مباشر بين حكومة الدولة وحكومة دولة أخرى[1].

حيث أن هذه القروض تقوم بتقديم اعتبارات سياسية قد تمنح الدولة المقرضة القرض بشروط معينة تخدم مصالحها السياسية مثل الحصول على تسهيلات عسكرية أو نفوذ في المنطقة، و أيضا تقوم على أساس اعتبارات اقتصادية والتي تهدف الدولة المقرضة إلى تعزيز علاقاتها التجارية والاقتصادية مع الدولة المقرضة، ومثال على القروض الثانية كما سبق القول الاتفاقية بين الجزائر وكندا لتمويل مشروع بناء مخازن الحبوب هي قرض ثاني حيث قدمت الحكومة الكندية قرضا للحكومة الجزائرية لتمويل هذا المشروع[2].

2/ القروض متعددة الأطراف: و تتمثل هذه الإعتمادات في التمويلات التي تمنحها المنظمات والهيئات المانحة، والتي غالبا ما تعكس الشروط المرتبطة بها توجهات و مصالح الدول الأعضاء المكونة لتلك المنظمات، كما يمكن تعريفها بأنها قروض أو تسهيلات مالية تقدمها منظمات دولية أو إقليمية، على غرار البنك الدولي و صندوق النقد الدولي، لفائدة الحكومات لاسيما الدول النامية أو تلك التي تواجه أزمات اقتصادية، و ذلك اعتمادا على الموارد المالية التي توفرها الدول الأعضاء المساهمة في تمويل هذه الهيئات.

إذ غالبا ما تفرض هذه المنظمات على الدول المقترضة جملة من الشروط و الالتزامات، تتمثل أساسا في تبني إصلاحات اقتصادية أو سياسية محددة، و هو ما يجعل هذه الشروط تعكس في كثير من الأحيان توجهات و مصالح الدول الكبرى المساهمة في تمويل تلك المنظمات و المؤثرة في سياساتها.

---

[1] عبد الغني حريري، محاضرة في المالية الدولية، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص تجارة دولية، قسم العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير و العلوم التجارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2021/2020،ص 09.

[2] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 37 .

وبالتالي يعتبر هذا النوع من القروض نوع من أنواع القروض التي تلجأ إليها الدولة لتمويل مشاريعها أو لسد العجز في ميزانيتها[1].

الفرع الثاني: ضمانات في شكل مساهمات مؤسسات مصرفية

هذا النوع من الضمانات ذات الطابع الحكومي يتخذ شكل تدخل هيئات مصرفية أو هيئات تأمين ذات صبغة عمومية أو شبه عمومية، و تعد مساهمات المؤسسات المصرفية مساهمات في التمويل الدولي للتنمية من خلال التمويل الذي يقدمه البنك الدولي للإنشاء و التعمير الذي ظهر باتفاقية بروتن وودز[2].

و عليه حتى يتم توفير الحماية اللازمة لأي طارئ قد يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعامل الأجنبي، قد نصت عليه المادة 127 من المرسوم الرئاسي 15-247 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه: "**الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية هي:**

- استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة،

- الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية".

كما يحظى هذا النوع من الضمانات بالأسبقية في اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم الضمانات المذكورة في المادة 127الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم15-247[3].

ويظهر هذا النوع من الضمانات في القيود التي أبرمتها الجزائر مع الدول الاشتراكية سابقا، وفي الاتفاقيات التعاون الصناعي التي تلتزم فيها الدولة الأجنبية بضمان التنفيذ الجيد للمشروع وتمويله، ومثال على ذلك عقد بين الشركة الجزائرية أوديام" والشركة الفرنسية أبر كوند يشوني، حيث استفاد الطرف الجزائري من القرض بموجب البروتوكول الجزائري الفرنسي العام 1990[4].

---

[1]هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 37-38 .

[2]قرماش أمال، المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل المرسوم الرئاسي10-236 المعدل والمتمم، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون معمق، كلية الحقوق-بودواو، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس،2015/2014،ص25.

[3]المادة 127 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر السابق.

[4]هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 39 .

من أمثلة هذه الاتفاقيات أيضا المرسوم الرئاسي 02-105 المبرم بين الجزائر والبنك الدولي للإنشاء والتعمير والذي يضمن تنفيذ اتفاق القرض رقم 7069 لتطوير البنية التحتية للنظام المالي، ويتشكل هذا المشروع من خلال القوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام المرسوم وملحقاته من المكونات الآتية:

- عصرنة أنظمة الدفع: تحديث وتطوير الأنظمة المستخدمة في عمليات الدفع المختلفة لتسهيل المعاملات المالية.
- تطوير أنظمة الإعلام في البنك الجزائري: تعزيز البنية التحتية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات داخل بنك الجزائر لتحسين كفاءة العمليات.
- تطوير البنية التحتية للاتصالات السلكية واللاسلكية المدعمة لتطوير نظام المدفوعات: تحسين شبكات الاتصالات التي تدعم نظام الدفع لضمان سرعة و موثوقية المعاملات.
- دعم تسيير المشروع: توفير الدعم الفني والإداري اللازم لتنفيذ المشروع بنجاح[1].

المطلب الثاني: الاقتطاعات المالية

في ظل التطورات الاقتصادية المتسارعة والحاجة المتزايدة إلى تنويع مصادر التمويل، برزت الاقتطاعات المالية كأداة فعالة لدعم المشاريع وتنمية الاقتصاد الوطني، حيث تعتمد على آليات مبتكرة تتيح فرصا أوسع للتمويل وتحفيز النمو الاقتصادي، و يعتبر هذا النوع من الضمانات المالية بديلا عن نظام الكفالة، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء هذا النوع من الاقتطاعات، وعلى هذا الأساس قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين اقتطاعات حسن التنفيذ (الفرع الأول)، واقتطاع الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اقتطاعات حسن التنفيذ:

المشرع الجزائري لم يحدد في تنظيمات الصفقات العمومية ولا في دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المقصود باقتطاع حسن التنفيذ، لكن يمكن تعريفها بأنها كل مبلغ تقوم المصلحة

[1]قرماش أمال،المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل المرسوم الرئاسي10-236 المعدل و المتمم، المرجع السابق، ص25.

المتعاقدة باقتطاعه من كل دفع على الحساب يتم دفعه إلى المتعامل المتعاقد من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة[1].

ومن بين الضمانات المالية التي يفرضها التشريع على المتعامل المتعاقد في مجال تنفيذ الصفقات العمومية، تبرز أهمية الضمانات المتعلقة بصفقات الدراسات والخدمات التي تعفى من كفالة حسن التنفيذ، وذلك طبقا لما جاء في القرار الوزاري المشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني والمنصوص عليه في المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[2].

هذا و تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء عملية اقتطاع حسن التنفيذ في الحالات التالية[3]:

- النص على مدة الضمان،
- إذا تعلق الأمر بصفقات الدراسات و الخدمات التي يعفى حائزوها من تقديم كفالة حسن التنفيذ،
- نص دفتر الشروط الصفقة على وجوب اقتطاع مبلغ حسن التنفيذ عوضا عن تقديم كفالة حسن التنفيذ.

حيث جاء في المادة 131 من المرسوم الرئاسي 15-247 أنه يترتب على وجود أجل للضمان محدد تعاقديا، تحويل الرصيد الناتج عن مجموع الاقتطاعات عند التسليم المؤقت على ضمان مالي يستمر سريانه طوال فترة الضمان، بما يسمح للمصلحة المتعاقدة بتأمين حقوقها ومواجهة ما قد يظهر لاحقا من عيوب أو أوجه قصور في تنفيذ الصفقة، وهذه الآلية تتيح مرونة في تأمين الالتزامات التعاقدية، حيث تستبدل الكفالة البنكية التقليدية بنظام الاقتطاعات التي تحتجز من

---

[1]فوزية هاشمي، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة–، مجلة الفقه القانوني و السياسي، المجلد01، العدد01 ، ص 173.

[2]هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 41.

[3]براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية–دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2014/2013 ، ص 163.

دفعات المتعامل مما يسهل تنفيذ الصفقات مع الحفاظ على الضمانات المالية الكافية لحماية المال العام وضمان التنفيذ السليم[1].

أما بالنسبة إلى مبلغ اقتطاع حسن التنفيذ و بالرجوع إلى الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري لم يفرد نص خاص و صريح يبين من خلاله مبلغ الاقتطاع أو نسبته، إلا أنه وباعتبار اقتطاع حسن التنفيذ يعوض كفالة حسن التنفيذ، فإننا نلاحظ أن مبلغ اقتطاع حسن التنفيذ يتراوح بين05% و10% من مبلغ الصفقة وهذا حسب طبيعة أو أهمية الخدمات الواجب تنفيذها، و هذا طبقا لنص المادة 132 من المرسوم الرئاسي 15-247 [2].

الفرع الثاني: اقتطاع الضمان

تنص المادتان 119 و 120 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على نظام اقتطاع الضمان، و هو وسيلة قانونية تهدف إلى حماية المصلحة المتعاقدة وضمان التنفيذ الحسن للصفقة العمومية[3].

حيث تقضي المادة 119 بأن التسوية المالية المؤقتة للمبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد تتم بعد خصم عدة عناصر من بينها:

- اقتطاع الضمان المحتمل.
- الغرامات المالية عند الاقتضاء.
- التسبيقات أو الدفعات على الحساب التي لم تسترجع بعد.

ومن خلال استقراء نص هذه المادة،يتضح أن المشرع خول للمصلحة المتعاقدة حق حجز جزء من المستحقات المالية للمتعامل المتعاقد طوال فترة تنفيذ الصفقة، ضمانا لتنفيذ التزاماته التعاقدية و تغطية ما قد يترتب عن التنفيذ من ديون أو نقائص أو إختلالات محتملة.

ويتميز اقتطاع الضمان بأنه:

- لا يحتاج إلى إنشاء كفالة بنكية مستقلة.

---

[1] هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 41.

[2] المادة 132 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر السابق.

[3] المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدر نفسه.

- يتم مباشرة من المبالغ المالية المستحقة للمتعامل المتعاقد.
- يشكل ضمانا ماليا لفائدة المصلحة المتعاقدة من أجل حماية المال العام[1].

ويعتمد اقتطاع الضمان بوجه خاص في صفقات الأشغال والخدمات، بالنظر إلى إمكانية ظهور عيوب أو إختلالات في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بعد إجراء التسليم المؤقت.

أما المادة 120 من نفس المرسوم فتتعلق بكيفية استرجاع اقتطاع الضمان، حيث تنص على أن هذه الاقتطاعات ترد للمتعامل المتعاقد بعد التسوية النهائية للصفقة، إذ ثبت ما يلي:

- التنفيذ الكامل للالتزامات التعاقدية.
- وعدم وجود ديون أو تحفظات على المتعامل المتعاقد.

وبالتالي فإن اقتطاع الضمان ليس عقوبة مالية، و إنما هو إجراء احتياطي و مؤقت يهدف إلى:

- ضمان حسن التنفيذ.
- تمكين الإدارة من تغطية الأضرار أو الإصلاحات المحتملة.
- حماية المصلحة المتعاقدة من مخاطر عدم التنفيذ[2].

ويتم رد المبالغ المقتطعة بعد القبول النهائي للأشغال أو الخدمات و انتهاء مدة الضمان، متى تأكدت الإدارة من سلامة التنفيذ[3].

وبالعودة إلى نص المادة 134 من المرسوم الرئاسي 15-247 فقد جاء في نصها:

" تسترجع كفالة الضمان المذكورة في المادة 131 أعلاه، أو اقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين 132 و 133 أعلاه،كليا، في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة".

---

[1] المادة 119 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدرالسابق.

[2] المادة 120 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المصدرنفسه.

[3] عبد الله حاج سيد و وليد شريط، التسوية المالية للصفقة العمومية للأشغال علة ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، مجلد13، عدد02، الصادرة في: 2020/12/01.

ويفهم من أحكام هذه المادة أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإرجاع اقتطاعات الضمان كليا للمتعامل المتعاقد وفق الشروط والآجال المحددة قانونا.

وأيضا المادة 131 من نفس المرسوم، توضح أن المصلحة المتعاقدة مجبرة على تحرير كفالة الضمان المذكورة في نص المادة[1].

وفي حال امتناع المصلحة المتعاقدة أو تأخرها في الوفاء بهذا الإلزام، يثبت للمتعامل المتعاقد حق الاستفادة من فوائد التأخير، وذلك حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 120 و 122 من نفس القانون، ومن ثم فمن مصلحة الإدارة المتعاقدة إن لم يكن لديها مستحقات أخرى لا يترتب عليها فوائد التأخير، الإسراع في تحرير كفالة الضمان الخاصة بهذه الصفقة، وتسديد مبالغ الضمان المقتطعة وذلك قبل انقضاء الشهر الموالي لتاريخ استلام النهائي وهذا ما أكده قرار مجلس الدولة رقم 4546 الصادر بتاريخ 2002/04/22، في قضية (م.خ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي (ب.ك) الذي أكد على ضرورة إرجاع كفالات أو اقتطاعات الضمان بأكملها في أجل شهر إلى المقاول ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للأشغال أو التوريدات أو الخدمات[2].

[1] المادتين 131 و 134 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت.ص.ع و ت.م.ع، المصدر السابق.

[2] فوزية هاشمي، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 175.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة المتعلقة بالضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية و في ظل القانون رقم 23-12، يتضح أن المشرع الجزائري حرص على وضع إطار قانوني متكامل يهدف إلى تأمين مختلف مراحل إبرام الصفقة العمومية، من خلال إقرار مجموعة من الآليات و الضمانات المالية التي تكفل حماية المال العام و ضمان السير الحسن للعلاقات التعاقدية بين أطراف الصفقة.

و قد أظهرت الدراسة أن الضمانات لا تنحصر في جانب واحد، بل تتوزع بين ضمانات مالية مقررة على عاتقالمصلحة المتعاقدة تتمثل أساسا في توفير الإعتمادات المالية و احترام آجال الدفع و المحافظة على التوازن المالي للصفقة، و ضمانات مالية مقررة على عاتقالمتعاملكالكفالات و اقتطاع الضمان و الضمانات المرتبطة بالتسبيقات، و يعكس هذا التنوع توجه المشرع نحو تحقيق نوع من التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية بما يضمن حماية حقوق كل طرف و تفادي حالات التعسف أو الإخلال بالالتزامات.

كما تبين أن فعالية هذه الضمانات لا ترتبط فقط بوجود نصوص قانونية تنظمها، و إنما تتوقف كذلك على حسن تطبيقها عمليا و مدى التزام الأطراف المتعاقدة بأحكامها، لأن أي اختلال في تنفيذ هذه الآليات قد يؤثر سلبا على استقرار المعاملات التعاقدية و على فعالية الصفقات العمومية في تحقيق أهدافها الاقتصادية والتنموية.

و عليه فإن الضمانات المالية في إطار القانون رقم 23-12 تمثل ركيزة أساسية لتعزيز مبادئ الشفافية و المنافسة و حماية المال العام، و تسهم في إرساء بيئة تعاقدية أكثر استقرارا وفاعلية، الأمر الذي يجعل من تطوير آلياتها و تدعيم تطبيقها ضرورة مستمرة لمواكبة متطلبات الإدارة الحديثة و تحقيق النجاعة في تسيير الصفقات العمومية.

وعلى هذا الأساس، يمكن استخلاص أهم النتائج التي تم التوصل إليها:

- تعد القدرة المالية للمتعامل المتعاقد من أهم معايير الاختيار.
- تعتبر الضمانات المالية المفروضة على المتعامل المتعاقد من أهم الآليات التي تحمي الإدارة من المخاطر التي تلحقها نتيجة سوء التنفيذ.
- يتم تحديد مبلغ الضمان من قبل المصلحة المتعاقدة، ويدرج في دفتر الشروط.
- لا يتم منح الصفقة للمتعامل المتعاقد إلا بعد التأكد من تقديم الضمان.

***التوصيات:**

- ضرورة تعزيز النصوص التنظيمية المكملة للقانون رقم23-12 بما يزيل الغموض في بعض الأحكام المتعلقة بالضمانات المالية.
- تكثيف الرقابة على مراحل تنفيذ الصفقات العمومية لضمان حسن تفعيل الضمانات المالية.
- جعل قرارات لجان الصفقات العمومية ملزمة للمصلحة المتعاقدة.
- تطوير آليات التكوين لفائدة القائمين على تسيير الصفقات العمومية في الجوانب القانونية والمالية المتعلقة بالضمانات المالية.
- تطوير المنصات الرقمية في جميع مراحل الصفقات العمومية و ذلك لتسريع الإجراءات و تقليل الأخطاء الورقية وتعزيز الشفافية.

و في الأخير يبقى موضوع الضمانات المالية في الصفقات العمومية مجالا خصبا للدراسة والبحث، نظرا لارتباطه الوثيق بحماية المال العام و تحقيق التوازن المالي بين متطلبات الإدارة و حقوق المتعاملين، وهو ما يستدعي مواصلة الجهود التشريعية والفقهية لتعزيز هذا النظام بما ينسجم مع متطلبات الحوكمة الحديثة ومدى النجاعة والشفافية في تسيير المرفق العام.

المصادر و المراجع

أولا: قائمة المصادر

أ- القرآن الكريم برواية ورش عن الإمام نافع.

ب- المصادر القانونية الجزائرية:

1- القوانين والأوامر:

- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر، العدد 52 المؤرخة في:27 يوليو1967.
- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الصادر في ج.ر، العدد78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل و المتمم.
- القانون رقم 16-09 المؤرخ في:3 غشت سنة 2016، والمتعلق بترقية الاستثمار، العدد 46 من ج.ر، لسنة 2016.
- القانون رقم:23-12 المؤرخ في:06 أوت 2023، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر 51، الجزائر، المؤرخة في: 06أوت2023.

2-القرارات:

- قرار مؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

3- النصوص التنظيمية:

1-مرسوم رقم73-96 مؤرخ في 1973/07/25، المتضمن نشر اتفاق القرض بين الحكومة الكندية و الحكومة الجزائرية لبناء مخازن لتخزين الحبوب، الموقعة بتاريخ 1973/05/16، ج.ر، رقم 66، سنة 1973.

2-مرسوم رئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52 صادر بتاريخ 2002/07/28 (ملغى).

3-المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر عدد50، مؤرخ 20سبتمبر2015.

4-المرسوم التنفيذي رقم:219/21 المؤرخ في:20مايو2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج.ر،ع 50، الجزائر، الصادرة بتاريخ: 24يونيو2021.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة العربية

أ- الكتب:

- إحسان سليمان خريبط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2017.
- بن سالم خيرة، منازعات الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري على ضوء قانون12/23، منشورات دار لامية، الجزائر، 2025.
- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية و فقهية، دار جسور للنشر، الجزائر،2007.
- جعفر عبد المالك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، ط2 ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون للصفقات العمومية- دراسة مقارنة- ، دار الخلدونية، الجزائر، بدون سنة.
- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
- محمد رفعت عبد الوهاب و حسين عثمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

ب – الرسائل والمذكرات الجامعية

ب1 / رسائل الدكتوراه:

- عبد الحفيظ مانع، الآليات القانونية لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق،تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2021/2020.
- هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين – دراسة مقارنة–، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم قانونية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس.

ب 2 / مذكرات الماجستير :

- اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج ماجستير، فرع قانون الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008–2009.
- براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية–دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2014/2013.
- بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005.
- خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2013.
- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008/2007 .

- عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي سوق أهراس، 2005.

ب3 / مذكرات الماستر :

- بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، قسم القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014/2013.
- تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، موجهة لطلاب السنة الثانية ماستر حقوق،جامعة عبدالرحمان ميرة، بجاية، 2015/2014.
- جلال الدين زيدان و عليان عصام، ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي 2020/2019.
- خيرة بوعريشة، بشرى بوجراس الكفالة البنكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بلحاج العربي، عين تموشنت 2022-2023.
- طبي إبراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص دولة ومؤسسات عمومية، جامعة محمد بوضاف المسيلة، 2015/2014.
- عبد الله بن سلوى عزيز، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر،جامعة عبدالحميد بن باديس، مستغانم،2023/2022.
- على جالي عدة و كشيشات محمد، عقد الكفالة غي القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر تخصص قانون خاص معمق، جامعة ابن خلدون- تيارت،2023/2022.
- قرماش أمال، المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل المرسوم الرئاسي10-236 المعدل و المتمم، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون معمق، كلية الحقوق- بودواو، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2015/2014.

- مراد ميلي، الضمادات المالية في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر. تخصص القانون الإداري، فرع القانون العام قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة 2018-2019.
- هاجر قوادري و نوال برنو، الضمانات المالية للصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2025/2024.

ج- المقالات:

1-أبو السعود عبدالله، مبروك حدة، مكانة المؤسسات الأجنبية في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مجله إلنبراس للدراسات القانونية، المجلد08، العدد02، ماي 2025.

2-بن بوزيد دغبار نورة، التنظيم التعاقدي للكفالة بين القواعد و قانون الصفقات العمومية، مجلة العلوم الإنسانية-جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 43، مارس2016.

3-بن بوزيد دغبار نورة، التنظيم القانوني للكفالة و تطبيقاته في قانون الصفقات العمومية، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد الثامن، جامعة البليدة-2-، بدون سنة.

4-توات نصر الدين، تحيين ومراجعة السعر في الصفقة العمومية-دراسة حالة-، مجلة الإدارة و التنمية للبحوث و الدراسات، المجلد14،ع01،جوان 2025.

5-سعد لقليب،بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم247/15، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية (الجزائر)، عدد2017،6.

6-عبد الجبار كلاش، صوراية بوريدح، التمويل البنكي كآلية من آليات دعم المؤسسات الصغيرة و المتوسطة لإنجاز مشاريع الصفقات العمومية (دراسة حالة بنك الفلاحة و التنمية الريفية)، مجلة الاقتصاد الجديد، المجلد16، العدد1، 2025.

7-عبد الله حاج سيد و وليد شريط، التسوية المالية للصفقة العمومية للأشغال علة ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، مجلد13، عدد02، الصادرة في: 2020/12/01.

8-فوزية هاشمي، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية -دراسة مقارنة-، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 01، العدد01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت،الجزائر 2016.

9-مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية و القانون، المجلد:05،العدد:10، السنة 2019.

د- الملتقيات :

- فاضلي سيد علي، التسوية الودية للنزاعات في الصفقات العمومية، مداخلة قدمت ضمن أعمال اليوم الدراسي حول: التنظيم الجديد للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، في 23 فيفري 2016، جامعة المسيلة.

هـ- المحاضرات :

- عبد الغني حريري، محاضرة في المالية الدولية، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص تجارة دولية، قسم العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير و العلوم التجارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2021/2020 .
- عبد المالك بوضياف، محاضرات في مقياس التمويل الدولي، موجهة للطلبة السنة أولى ماستر علوم اقتصادية، تخصص اقتصاد نقدي وبنكي، قسم العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير جامعة 08 ماي1945، قالمة، 2018-2019.
- مختار بن سالم، محاضرات في مقياس العقود الخاصة (عقد الكفالة، الرهن الرسمي الرهن الحيازي)، ألقيت على طلبة السنة ثالثة ليسانس، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق. معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أفلو، الأغواط 2022-2023.

الفهرس

العنوان	الصفحة
المقدمة	**04-01**
➢ **الفصل الأول: الضمانات المالية المقررة قانونا على عاتق المصلحة المتعاقدة.**	**05**
• **المبحث الأول: ضمانات التسوية المالية للصفقات العمومية.**	**06**
▪ **المطلب الأول: الحق في اقتضاء المقابل للمتعامل المتعاقد.**	**07-06**
○ الفرع1: آليات تحديد السعر في الصفقة العمومية.	**08**
○ الفرع2: مراجعة و تحيين المقابل المالي.	**11**
▪ **المطلب الثاني: كيفية تسديد المقابل للمتعامل المتعاقد وتعويضه.**	**20**
○ الفرع1: التسبيق	**21**
○ الفرع2: الدفع على الحساب	**22**
○ الفرع3: التسوية على رصيد الحساب	**23**
• **المبحث الثاني: ضمانات التوازن المالي للصفقة العمومية**	**24**
▪ **المطلب الأول: نظرية المخاطر الإدارية والمخاطر الاقتصادية.**	**26**
○ الفرع1: نظرية المخاطر الإدارية (فعل الأمير).	**26**
○ الفرع2: نظرية المخاطر الاقتصادية (الظروف الطارئة).	**31**
▪ **المطلب الثاني: نظرية الصعوبات الإدارية.**	**35**
➢ **الفصل الثاني: الضمانات المالية المقررة قانونا على المتعامل**	**38**
• **المبحث الأول: نظام الكفالة البنكية.**	**39**
▪ **المطلب الأول: مفهوم الكفالة البنكية في الصفقات العمومية.**	**39**
○ الفرع1 : تعريف الكفالة البنكية و خصائصها	**39**
○ الفرع2: أطراف الكفالة البنكية في الصفقات العمومية و أهمية تأسيسها.	**46**
▪ **المطلب الثاني: أنواع الكفالات البنكية في مجال الصفقات العمومية.**	**50**
○ الفرع1: الكفالات البنكية المقدمة قبل تنفيذ الصفقة.	**51**

○ الفرع2: الكفالات البنكية المقدمة بعد تنفيذ الصفقة.	**57**
• **المبحث الثاني: الضمانات المالية غير البنكية في الصفقات العمومية.**	**63**
▪ **المطلب الأول: الضمانات ذات الطابع الحكومي.**	**63**
○ الفرع1: القروض الممنوحة في إطار اتفاق ما بين الحكومات	**64**
○ الفرع2: ضمانات في شكل مساهمات مؤسسات مصرفية.	**67**
▪ **المطلب الثاني: الاقتطاعات المالية.**	**68**
○ الفرع1: اقتطاعات حسن التنفيذ.	**68**
○ الفرع2: اقتطاع الضمان.	**70**
الخاتمة	**73-72**
قائمة المصادر والمراجع.	**79-74**
الملخص.	**83-82**

الملخص

ملخص الدراسة:

يحظى مجال الصفقات العمومية بعناية خاصة من طرف المشرع الجزائري، وهو ما تجسد من خلال الإصلاحات و التعديلات التشريعية المتعاقبة التي توجت بصدور القانون رقم:23-12 المتعلق بالصفقات العمومية، و الذي استحدث جملة من الآليات و الأدوات القانونية الرامية إلى تعزيز حوكمة هذا المجال، من أبرزها إنشاء سلطة مستقلة تتولى ضبط و تنظيم الصفقات العمومية، على غرار الهيئات الضابطة المعتمدة في العديد من القطاعات الاقتصادية و المالية.

وفي هذا الإطار، تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على أهم الضمانات المالية التي أقرها المشرع الجزائري في ظل القانون رقم:23-12، وأيضا المرسوم الرئاسي247/15، وبيان مدى نجاعتها في تحقيق التوازن بين متطلبات المحافظة على المال العام و ضمان استمرارية المرفق العام من جهة، و ضمان التنفيذ الحسن للصفقات العمومية و حماية الحقوق و الالتزامات الناشئة عنها لفائدة أطرافها من جهة أخرى، كما تسعى الدراسة إلى إبراز تنوع هذه الضمانات المالية من حيث أشكالها و طبيعتها القانونية، تبعا لاختلاف أنواع الصفقات العمومية و خصوصياتها، فضلا عن استعراض الآليات القانونية و الإجرائية التي كفل بها المشرع تفعيل هذه الضمانات و ضمان فعاليتها في الواقع العملي.

كلمات مفتاحيه:

الصفقات العمومية – الضمانات المالية –المصلحة المتعاقد– المتعامل المتعاقد– حماية المال العام – التنفيذ الحسن للصفقة– المرفق العام.

Abstract:

Le domaine des marchés publics bénéficie d'une attention particulière de la part du législateur algérien, comme en témoignent les réformes et amendements législatifs successifs qui ont abouti à la promulgation de la loi n° 23-12 relative aux marchés publics, laquelle a introduit un certain nombre de mécanismes et d'outils juridiques visant à renforcer la gouvernance de ce domaine, notamment la création d'une autorité indépendante chargée de réglementer et d'organiser les marchés publics, semblable aux organes de régulation adoptés dans de nombreux secteurs économiques et financiers.

Dans ce contexte, cette étude vise à mettre en lumière les principales garanties financières approuvées par le législateur algérien en vertu de la loi n° 23-12,De plus, le décret présidentiel 15/247,et à démontrer leur efficacité

pour concilier les impératifs de préservation des fonds publics et de continuité du service public, d'une part, et ceux de bonne exécution des marchés publics et de protection des droits et obligations qui en découlent, d'autre part. L'étude s'attache également à souligner la diversité de ces garanties financières, tant sur le plan des formes que de la nature juridique, en fonction des différents types de marchés publics et de leurs spécificités, ainsi qu'à examiner les mécanismes juridiques et procéduraux mis en place par le législateur pour assurer leur activation et leur efficacité concrète.

Keywords:

Marches public-Garanties financière-Service contractant-Cocontractant-Protection des deniers publics-Bonne exécution du marche public- Service public.