مجلة آفاق علمية ISSN: 1112-9336
المجلد: 14 العدد: 03 السنة 2022 ص 575 - 593

تاريخ الإرسال: 2020/09/29 تاريخ القبول: 2022/08/25
تاريخ النشر: 2022/10/07

التسوية الودية للنزاع المرتبط بتنفيذ الطلب العمومي ضرورة أم اختيار
The Amicable Settlement of Disputes Related to the Implementation of the Public Submission: AMustor a Choice?

ملاتي معمر [1]

جامعة بومرداس (الجزائر)، [1]m.melati@univ-boumerdes.dz

مخبر الآليات القانونية للتنمية المستدامة

الملخص:

تناول هذا المقال البحث في طبيعة التسوية الودّية للنزاع المرتبط بتنفيذ الطلب العمومي، من خلال تبيان الخصائص المرتبطة بالنزاع المؤهل كي ينتهي بحل ودّي، وطرق التسوية المعتمدة من أجل الوصول لهذا الحل وأثره على نجاعة ونجاح الطلب العمومي من أجل تحقيق الغاية المرجوّة منه.

الكلمات المفتاحية: طلب عمومي، تنفيذ، نزاع، تسوية ودية.

Abstract:

This paper aims to study the nature of the amicable settlement of disputes related to the implementation of the public submission. This is by shedding light on the characteristics of the dispute that is qualified to be settled amicably, the methods of settlement adopted in order to reach this solution, and the impact of these solutions on the efficiency and success of the public submission to achieve its desired goal.

Keywords: public submission, implementation, conflict, amicable settlement.

المؤلف المرسل: د. ملاتي معمر، m.melati@univ-boumerdes.dz

مقدمة:

تسعى الجزائر على غرار جميع الدول للحفاظ على استقلالها وسيادتها، وهي من أجل ذلك تعمل على بناء اقتصاد قوّي ومنتج وهذا ما تؤكّده إحدى فقرات ديباجة دستورها: «... يظل الشعب الجزائري متمسّكا بخيارته من أجل الحد من الفوارق الاجتماعية والقضاء على أوجه التفاوت الجهوي، ويعمل على بناء اقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة والحفاظ على البيئة...»، وكذلك ما تنّص عليه المادة 09 من الدستور دائما في فقرتها الأخيرة: « – حماية الاقتصاد الوطني من أيّ شكل من أشكال التلاعب أو الاختلاس أو الرشوة أو التجارة غير المشروعة أو التعسّف أو الاستحواذ أو المصادرة غير المشروعة»[1].

ولعلّ من أدوات بناء هذا الاقتصاد القوّي والمنتج، منظومة الطلب العمومي، ونظرا لدور هذه المنظومة اقتصاديا واجتماعيا سعت الدولة لتحديد وتوضيح مختلف الإجراءات والأطر القانونية التي تحكمها، حيث تنّص المادة الاولى من المرسوم الرئاسي 247/15 على: « يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوّضة طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم.»[2].

فقد أسّست الدولة هذه المنظومة، المتمثلة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على مجموعة من المبادئ هدفها الوصول لمناخ تسوده الشفافية والنزاهة والمساواة وتكون نتيجة اختيار ناجح لمتعهد يقوم بتلبية هذا الطلب بما يملك من قدرات تقنية ومهنية ومالية.

فنجاح المتعهّد أو المتعامل المتعاقد يظهر من خلال نجاح الطلب العمومي، ونجاح الطلب العمومي يظهر من خلال التنفيذ المطابق ضمن الآجال المحدّدة بالنسبة للصفقات العمومية، ومن خلال احترام المبادئ التي يقوم عليها المرفق العمومي بالنسبة للتفويض، وهذا ما يصطلح عليه بنجاعة الطلب العمومي.

إلاّ أنّ السعي للتنفيذ المطابق ، ضمن الآجال المحددة أو الاجتهاد في احترام المبادئ التي يقوم عليها المرفق العمومي، قد ينتج عنه خلافات أو نزاعات يكون لها أثر بالغ على نجاعة هذا الطلب.

هذا وإن كانت النزاعات بصفة عامة تسوّى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، ومنها نزاعات التنفيذ ، إلاّ أنّ هناك نزاعات أو بالأحرى خلافات، ذلك أنّها لا ترتقي لنزاعات إذا وجدت البيئة المناسبة والنية الصادقة لحلّها.

من هذه النزاعات من يستقل عن إرادتي طرفي عقد الطلب العمومي، ومنها ماهو مرتبط بقرارات المصلحة المتعاقدة أو السلطة المفوّضة في إطار سعيها للتنفيذ المطابق، ضمن الآجال أو في إطار سعيها لفرض احترام مبادئ تسيير المرفق العمومي المفوّض.

إنّ هذه النزاعات ونتيجة لخصوصيتها ، إذا تمّ تجاهلها ستتفاقم ، ويعتقد حينها كل طرف من طرفي عقد الطلب العمومي أنّه صاحب الحق ، الأمر الذي يعود بالسلب على نجاعة هذا الطلب ، ذلك أنّ هذا النزاع البسيط قد يحال على القضاء، الأمر الذي يتطلّب وقتا وإجراءات تعود بالسلب دائما على الطلب العمومي ويتحول الأمر ثقلا عليه ، والأجدر ألاّ يصل الامر لذلك.

فالمسؤول بالدرجة الأولى عن نجاح الطلب العمومي أو فشله ضمن هذا النطاق هو المصلحة المتعاقدة في إطار الصفقة العمومية أو تفويض المرفق ، وهنا لنا أن

نتسأل ، هل ذهاب المصلحة المتعاقدة لحل مثل هذه النزاعات وديا ، وقبل كل مقاضاة أمام العدالة ، مع المتعامل المتعاقد ، ضرورة أم اختيار؟.

وضمن هذا الإطار الموّجه لبحثنا نتساءل أيضا عن:

– طبيعة النزاعات التى تدخل ضمن هذا المستوى ؟.

– المبادئ المعتمدة في هذه التسوية ومدى فعالية طرق الحل الودي ؟.

وللتفصيل في هذه الإشكالية، وبالاعتماد على المنهج التحليلي، نقسّم بحثنا هذا إلى مبحثين، ندرس في الأوّل طبيعة النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي وفي الثاني مبادئ و طرق التسوية الودية.

المبحث الاول: طبيعة النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي

يفترض في المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة فيما يخص الصفقات العمومية أن يقوم بتنفيذ العقد بحسن نيّة، تنفيذا مطابقا وضمن الآجال المحددة[3].

كما يفترض في المفوّض له المتعاقد مع السلطة المفوّضة أن يقوم باحترام المبادئ التي يقوم عليها المرفق العمومي، إلاّ أنّ هذا المتعاقد بصفة عامة، سواء كان في إطار الصفقات العمومية أو في إطار تفويض المرفق العمومي، قد تعترض طريقه عقبات تثقل كاهله أثناء التنفيذ، منها ماهو مرتبط بطريقة التنفيذ التي تريدها المصالح المتعاقد معها، ومنها ماهو مستقل عن إرادة هذه المصالح ، الأمر الذي ينتج عنه نزاعات بين المتعاقدين في كلتا الحالتين، وعليه نقسّم هذا المبحث إلى مطلبين نبيّن في الأوّل طبيعة النزاعات المرتبطة بطريقة التنفيذ وفي الثاني طبيعة النزاعات المرتبطة بصعوبة التنفيذ.

المطلب الاول :النزاعات المرتبطة بطريقة التنفيذ

تبيّن عقود الطلب العمومي المتمثلة في الصفقات العمومية أو تفويض المرفق العمومي، حقوق وإلتزامات الأطراف المتعاقدة، وكل إخلال بهذه الإلتزامات من أحد الأطراف يوّقع صاحبه في الخطأ، الأمر الذي يسفر على نتائج عدّة ترتبط بصاحب الخطأ ونوعية الخطأ في حدّ ذاته.

ولما كانت عقود الطلب العمومي تهدف دائما إلى تحقيق المصلحة العامة ، وجب للمصلحة المتعاقدة أن يكون لها امتياز[4] العمل على التنفيذ الصحيح لهذا الطلب وفق ماهو مبيّن ومسطّر في العقد.

غير أنّ التنفيذ الصحيح، قد يتطلّب من المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة والتوجيه[5] الزيادة عن ماهو موجود في العقد، حيث تختلف هذه الزيادة باختلاف موضوع الطلب العمومي[6]، ويبقى الضابط الوحيد ضمن هذا الإطار هو أن تكون الزيادة متفقة مع التشريع والتنظيم المعمول بهما، وفي هذا تنّص المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15 في الفقرة الأولى: « يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم....»[7]،كما تنّص المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18 في فقرتها الأولى:« يجب أن تشير كل اتفاقية تفويض مرفق عام إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وكذا هذا المرسوم...»[8].

فهذه الزيادة ضمن إطار الرقابة والتوجيه أملتها المصلحة العامة وفقط، واستهداف المصلحة العامة من طرف المصلحة المتعاقدة في موضوع الطلب العمومي ينم عن حسن النيّة، والابتعاد عن شبهة الفساد.

إلا أنّ استهداف المصلحة العامة وفق هذا الشكل، قد ينجم عنه أعباء إضافية على المتعامل المتعاقد وجب جبرها، ومادمنا أمام مصلحة متعاقدة هدفها الصالح العام وفقط، و أمام متعاقد مع هذه المصلحة تمّ اختياره في مناخ نزيه وشفاف، وضمن

الأطر القانونية ، بناء على قدراته المهنية والتقنية والمالية، فالأصل ألاّ يكون هناك نزاع أو خلاف، إلاّ أنّ الأمر لا يسلم من إمكانية وجود اختلاف بين طرفي عقد الطلب العمومي في تقييم هذا العبء، مثل هذا الاختلاف إن صحّ أن نسّميه نزاعا لابد أن يسوّى في إطار حل ودي، ذلك أنّه مازال في بدايته أو في مرحلته الكامنة ويمكن السيطرة عليه دون أن يتأثر التنفيذ الصحيح للطلب العمومي.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تعمد المصلحة المتعاقدة في إطار استهداف المصلحة العامة إلى تعديل إلتزامات المتعاقد معها، وفي هذا تنّص المواد:

المادة 135: « يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق الصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم»[9].

المادة 7/136: « يمكن المصلحة المتعاقدة عندما تبرّر الظروف ذلك، إبرام ملحق لصفقة تمّ تنفيذه موضوعها لأداء خدمات أو اقتناء لوازم، للتكفّل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، ولكن مهما يكن من أمر قبل الاستلام النهائي للصفقة...»[10].

المادة 58: « يمكن السلطة المفوّضة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه، ولا يمكن إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية»[11].

فالتعديل بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة في إلتزامات المتعامل المتعاقد لابدّ أن يتم وفق الأطر والضوابط القانونية المحدّدة[12]، وكل خروج عن ذلك يوقع المسؤولية على عاتق هذه المصلحة ، وطبيعي جدا في أنّ تعديل أي إلتزام لصاحب الطلب العمومي ينتج عنه عبء مالي أو ضرر يوجب السداد والتعويض، فلابد من الموازنة ما بين المزايا والأعباء ، ولابد على المصلحة المتعاقدة وفي كل الظروف من السعي إلى المحافظة على مبدأ الموازنة هذا، لأن الأمر يتعلّق بالصالح العام والمحافظة على استمرارية المرفق العمومي.

إلاّ أنّ هذا الفعل الذي تأتيه المصلحة المتعاقدة ضمن إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، باعتبارها طرفا في عقد الطلب العمومي وفي ظلّ الظروف العادية، قد يؤدي إلى خلل في مبدأ الموازنة ما بين الاعباء والمزايا، وقد ينجر عنه خلاف في تقدير هذه الموازنة حتى مع النيّة الحسنة لطرفي العقد[13]، ولعلّ نص المادة 137 من المرسوم الرئاسي 247/15 يذهب في هذا الاتجاه ويشير لجانب من الظروف التي قد تحيط بهذا الأمر: « يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة وفي حالة تعذّر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحدّدة في الصفقة بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في ملحق، فإنّه يمكن أن تحدّد أسعار جديدة عند الاقتضاء».

إنّ هذا الخلاف في تقدير هذه الموازنة لابدّ أن يسوّى وديا لأن طرفي عقد الطلب العمومي حسنا النيّة، وطبيعي جدا نشوء مثل هذا الخلاف، لكن الغير طبيعي ألاّ تسعى المصلحة المتعاقدة في إطار الطلب العمومي لحلّه ودّيا.

غير أن ما ينبغي الإشارة إليه، ضمن هذا الإطار ما نصت عليه المادة 63 من المرسوم التنفيذي 199/18[14] والذي أقرّت بإمكانية لجوء المفوّض له إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات في حالة قرار فسخ الاتفاقية المبرمة معه، وأظن أنّ هذه المادة قد جانبت الصواب ذلك أنّ مثل هذه النزاعات لا يمكن أن تحل وديا، لأنّها قائمة على الخطأ والتقصير، فمثل هذا المفوّض له ، وقبل أن يفسخ عقده، تمّ توجيه إعذارين على الأقل لتدارك ما تمّ الإخلال به، ثمّ بعد ذلك فرضت عليه غرامات لحمله على الإلتزام، غير أنّه استمر بإخلاله هذا، فطبيعي أن تأتي السلطة المفوّضة في الأخير على فسخ العقد المبرم معه[15].

إنّ مثل هذا النزاع لا ينبغي له أبدا أن يسوّى ضمن إطار حل ودي.

المطلب الثاني : النزاعات المرتبطة بصعوبة التنفيذ

كما تمّ الإشارة إليه سابقا، تعتمد المصلحة المتعاقدة سواء في إطار الصفقات العمومية أو في إطار التفويض في اختيار المتعاقد معها لتلبية الطلب العمومي على القدرات المهنية والتقنية والمالية لهذا الأخير، وذلك كلّه من أجل ضمان استمرارية المرفق العمومي، غير أنّ هذه القدرات قد لا تصمد في ظلّ الظروف الاستثنائية.

فالتنفيذ في ظلّ الظروف الاستثنائية غير العادية يضعف ويرهق قدرات صاحب الطلب العمومي، الأمر الذي قد ينشأ عنه نزاع[16]، ولكن ليس كل ظرف طارئ يمكن أن يرهقه، ويحدث نزاعا حول التنفيذ، بل لابدّ من خصائص لهذا الظرف تجعل منه ذا أثر بالغ، وهذا ما يدفعنا للقياس على ما جاء في نص المادة 107 من القانون المدني[17]، ذلك أنّ الطلب العمومي يتميّز بتعدّد الإطار القانوني الذي يحكمه.

تنّص المادة 107 من القانون المدني على ما يأتي: « يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام، غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توّقعها وترتب على حدوثها أن الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»[18].

من خلال نص المادة يظهر أنّ الظرف الذي يجعل من تنفيذ الطلب العمومي مرهقا وصعبا، الأمر الذي قد يحدث نزاعا، لابدّ أن يتصّف بكونه:

– **استثنائيا عاما، غير متوّقع** ، فالظرف الاستثنائي هو الظرف الطارئ، الشاذ، الحرج[19]، ولعلّ الأدّل عليه اليوم ما يشهده العالم من انتشار وباء كورونا، فهو ظرف

طارئ لم يكن في الحسبان، كما أنّه لا يستثني أحدا، فهو عام، وقد أصبح تنفيذ الطلب العمومي في ظلّ هذا الوباء مستحيلا للبعض، ومرهقا للبعض الآخر[20].

فالقدرات التي يتم على أساسها اختيار المتعامل المتعاقد أو المفوّض له، قد لا تصمد طويلا في ظلّ ظرف مثل هذا، الأمر الذي قد يحدث معه نزاع وجب حلّه وديا.

وعلى العموم قد تتنوّع مثل هذه الظروف فقد تكون صحية، اقتصادية، طبيعية...

– **التنفيذ صعب ومرهق** ، بالنسبة لوباء كورونا قد يكون التنفيذ مستحيلا في حالات معيّنة وهذا يخرج عن احكام المادة 107 سالفة الذكر، وقد يكون صعبا ومرهقا خاصة في ظلّ تدابير الوقاية المتخذة ومنها الحجر وتعطيل النشاط الاقتصادي وتعطيل النقل وغيرها من الإجراءات المتخذة ضمن هذا الإطار ومنها التعديل في طريقة التنفيذ، فالإرهاق المتواصل في التنفيذ المصاحب لهذا الظرف قد يلحق خسارة فادحة بالمتعامل المتعاقد أو المفوّض له، الأمر الذي سينعكس سلبا على نجاعة الطلب العمومي، وبالتالي وجب حل مختلف الإشكالات المتعلّقة بهذا النوع من التنفيذ وفق ما يقتضيه مبدأ التوازن.

إنّ مثل هذه النزاعات تتميّز بكونها مستقلة عن إرادة طرفي عقد الطلب العمومي، على عكس النزاعات المرتبطة بالتنفيذ في ظل الظروف العادية.

المبحث الثاني :مبادئ وطرق التسوية الودية

تؤكد المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ضرورة سعي المصلحة المتعاقدة للبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها[21]، وكذلك تؤكّد المادة 70 من المرسوم التنفيذي 199/18[22].

وبعد ما بيّنا طبيعة النزاعات التي يمكن أن تكون أهلا لحل ودي ضمن هذا المستوى في المبحث الأوّل من هذه الدراسة، نركّز في هذا المبحث على المبادئ التي يقوم عليها الحل الودي وطرق هذا الحل.

المطلب الاول: مبادئ الحل الودي

تنّص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الثانية على: « يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلّما سمح هذا الحل بما يأتي:

– إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين؛

– التوصّل إلى إسراع إنجاز موضوع الصفقة؛

– الحصول على تسوية ودية نهائية أسرع وبأقل تكلفة».

يبيّن هذا النص، أنّ المبادئ التي يجب أن يرتكز عليها أي حل ودي لنزاع مرتبط بتنفيذ الطلب العمومي هي:

– **مبدأ حسن النيّة** ، هذا المبدأ مرتبط بطرفي عقد الطلب العمومي، حيث تنّص المادة 70 من المرسوم التنفيذي 199/18 على: « يجب على السلطة المفوّضة والمفوّض له، في حالة وجود خلاف بينهما في تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، البحث عن حلول ودية...»، وكذلك ما تؤكّده الفقرة الثانية من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 المذكورة أعلاه ، فالنزاع هنا في الأصل إمّا نشأ نتيجة عمل مشروع قامت به السلطة المتعاقدة في إطار تنفيذ الطلب العمومي وإمّا نتيجة أمر خارج عن إرادتي طرفي العقد، وبالتالي فالنية الحسنة مفترضة في الذهاب نحو حل ودي لهذا النزاع.

وتظهر النية الحسنة لطرفي عقد الطلب العمومي في هذا النزاع، من خلال سعي كل منهما للحل الوديّ ذلك أن مثل هذا الحل يحفظ نجاعة الطلب العمومي ونجاحه، كما يحفظ مصلحة منّفذ هذا الطلب.

والنية الحسنة في مثل هذه النزاعات، إنّما تكون من المصلحة المتعاقدة الصادقة البعيدة عن كل أشكال الفساد ، والتي استطاعت أن تختار المتعاقد معها، صاحب

القدرات المهنية والتقنية والمالية في ظلّ مناخ منافسة نزيه، يحكمه القانون وفقط، كما تكون من المتعامل الاقتصادي النزيه، البعيد عن كل أشكال الغش والتدليس والذي يسعى لتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه وفق ما ينّص عليها العقد دون مماطلة.

إنّ غياب مثل هذا المبدأ، يعّد مظهرا من مظاهر الفساد.

– **مبدأ الاستمرار**، ويقصد به استمرار التنفيذ ، فالقاعدة العامة، أنّه لا يمكن للمتعامل الاقتصادي أن يتوّقف عن التنفيذ حتى في حالة خطأ المصلحة المتعاقدة[23]، والاستمرار في التنفيذ أيضا يعد مظهرا من مظاهر حسن النية بالنسبة للمتعامل الاقتصادي، فالغاية الأساسية من التعاقد هي تحقيق هدف الطلب العمومي، ولا يكون ذلك إلاّ بالإستمرار بالتنفيذ، رغم تغيير طريقة هذا التنفيذ أو رغم الظروف المحيطة بهذا التنفيذ، ولابد أن يكون هذا التنفيذ مطابقا لما تم الاتفاق عليه.

فأي توّقف عن التنفيذ من طرف المتعامل الاقتصادي صاحب الطلب العمومي، بحجة النزاع الناشئ سواء عن طريق تصرّف مشروع من السلطة المتعاقدة أو عن طريق أمر مستقل عن إرادة طرفي العقد ينتفي معه الوصول لحل ودي، ويعامل هنا المتعامل المتعاقد على أساس الخطأ، وفق ما ينّص عليه التشريع والتنظيم المعمول بهما ، وفي هذا تنّص الفقرة الأولى من المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 على:« يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به».

– **مبدأ التوازن**، يقصد به التوازن في التكاليف المترتبة عن الحل الودي بين طرفي عقد الطلب العمومي، إلاّ أنّ تقدير هذا التوازن يختلف باختلاف منشأ النزاع.

فبالنسبة للنزاعات التي تنشأ بمناسبة تعديل إلتزامات المتعامل الاقتصادي المتعاقد، تختلف أيضا باختلاف طبيعة التعديل[24]، فإذا كان النزاع بمناسبة الزيادة في الخدمات وجب تسديد النفقات وفق الشروط الأساسية للصفقة، إلا إذا تعذّر الأخذ بالأسعار التعاقدية بالنسبة لهذه الخدمات[25].

أمّا بالنسبة للتعديل المرتبط بتقليل الخدمات في ظلّ الظروف العادية فالأصل أنّه يدخل ضمن مخاطر التنفيذ التي يتوقعها المتعامل الاقتصادي، كما أنّ التقليل في كل الحالات سيكون بنسب ضئيلة، لأن الأصل أنّ تحديد الحاجات قد تمّ بطريقة صحيحة[26].

أمّا فيما يخص النزاع المترتب عن نفقات الأعمال الاضافية الناجمة عن سلطة الرقابة والتوجيه ،غير المنصوص عليها في العقد ، يكون التسديد بقدر هذه النفقات وحسب طبيعتها، هذا عن الصفقة العمومية.

أمّا ما تعلّق بتفويض المرفق العمومي، وفيما يخص الرقابة والتوجيه لابدّ أن يكون هذا الامتياز متوافق مع شكل التفويض، وإذا لم يكن كذلك، فإنّ طريقة تسيير المرفق ستخرج عن شكل التعاقد، وهنا تكون السلطة المفوّضة قد ارتكبت خطأ يخرج في نزاعه عن أطر الحل الودي.

أمّا، ما تعلّق بالتعديل وفق ماتنّص عليه المادة 59 من المرسوم التنفيذي 199/18[27]، فإنّ أي نفقات إضافية أو أعمال إضافية لا تغطيها الشروط الأساسية لعقد التفويض، وجب جبرها وفق ما يقتضيه شكل التفويض المعتمد في تسيير المرفق العمومي[28].

ما تمّ ذكره أعلاه، إنّما يرتبط حدوثه في ظلّ الظروف العادية، أمّا ما تعلّق بالظروف غير العادية أو الاستثنائية، فمبدأ التوازن هنا، يقتضي المساهمة، أي تحمل المصلحة المتعاقدة جزء من الضرر الذي حدث للمتعاقد معها في إطار الطلب

العمومي، أثناء الظرف الطارئ أو الاستثنائي[29]. وقد يأخذ مبدأ المساهمة أشكال متعددة كتمديد آجال التنفيذ أو التعاقد مع طرف ثالث، لتنفيذ العقد أثناء فترة الظرف الطارئ فقط، دون فسخ العقد مع المتعاقد الأصلي ودون أيّة مسؤولية.

المطلب الثاني :طرق الحل الودي

يسعى أطراف النزاع في إطار الطلب العمومي من خلال الحل الودي، المحافظة على نجاعة الطلب العمومي واستمرارية المرفق العمومي من خلال التسوية في وقت قصير وبأقّل تكلفة، وهذا ما يتميّز به الحل الودي، فالطرق المعتمدة في تجسيد هذا الحل لابد أن تكون كذلك، ومن هذه الطرق نجد:

– **الإتصال المباشر**، وهو نوع من التصالح و الإتفاق دون وساطة ، حيث تسعى المصلحة المتعاقدة عند حدوث أي نزاع ينشأ عن طريق عمل مشروع قامت به أو في ظل ظروف استثنائية مستقلة عن إرادة طرفي عقد الطلب العمومي، مثل ما تمّ توضيحه في الجزء الأوّل من هذا المقال ، إلى البحث عن حلّ ودي مع المتعامل المتعاقد، وهذا ما أكّدته المادة 153 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلّق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي.

إنّ مثل هذا التصرّف الذي تأتيه المصالح المتعاقدة في إطار الطلب العمومي، يعد من الحكامة، ذلك أنه يمنع تفاقم النزاع المؤهّل لأن ينتهي بحل ودي، ويدّل على الكفاءة والاستشراف.

إلاّ أنّه ينبغي من تأطير لهذا الاتفاق الذي يمكن أن يصل إليه أطراف النزاع، ولعلّ ما كان في ظلّ المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلّق بالصفقات العمومية، في مادته 3/115، ما يصّب في ذلك: «... وفي حالة اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات الملتزم بها في الصفقة.

ويصبح هذا المقرّر نافذا، بغض النظر عن تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية...»[30].

– **الإحالة على لجنة التسوية الودية** ، وذلك عندما لا يستطيع الطرفان الوصول إلى اتفاق، فتعمل هذه اللجنة على ذلك.

تتعدد هذه اللّجنة في تشكيلتها، فنجد على مستوى منازعات الصفقات العمومية لجنتين[31]، الأولى تختص بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها، والثانية تختص بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها، والمصالح غير الممركزة للدولة ، أمّا فيما يخص تفويض المرفق العمومي المحلي، فنجد أيضا لجنتين واحدة بعنوان الولاية والأخرى بعنوان البلدية[32].

إنّ مهمة اللجنة هي التوفيق بين رؤية كل من المصالح المتعاقدة والمتعاملين المتعاقدين بعنوان الطلب العمومي، وحتى تستطيع هذه اللجنة القيام بالدور المنوط وتحسم النزاع بحل ودي ، لابد أن تكون متوازنة في التمثيل ومتعددة في الاختصاصات، وإذا أردنا ان نسقط هذين المبدأين على لجان التسوية الودية المحدثة بمقتضى المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمرسوم التنفيذي199/18، المتضمّن تفويض المرفق العام، لا نجد هناك توافق.

بالنسبة للتمثيل ، لا نجد ممثل المتعامل المتعاقد في هذه اللجان، وكذلك الأمر بالنسبة للتخصّص، فالطلب العمومي يتعدّد في موضوعه وهذا يتطلّب المختص في موضوع هذا الطلب، كما يتطلب المختص في القانون والمختص في المالية.

إنّ مثل هذه اللجان تؤدي دورا كبيرا في اقتصاد الوقت والتكلفة، ولذا وجب تمكينها من كل الأدوات التي تساهم في أداء مهامها.

– **التحكيم** ، له دور بالغ في فض المنازعات بصفة عامة، ومنها المنازعات المؤهلة لأن تنتهي بحل ودي وقد حصرت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، اللجوء للتحكيم فيما يخص صفقات المتعامل المتعاقد الأجنبي وفقط:«...ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة».

وعلى العموم فإنّ مزايا التحكيم تتماشى وطبيعة العقود المبرمة مع الطرف الأجنبي[33].

الخاتمة:

بنيت إشكالية هذا المقال حول طبيعة لجوء المصالح المتعاقدة في إطار الطلب العمومي ، قبل كل مقاضاة امام العدالة ، للحل الودي للنزاعات الناشئة أثناء التنفيذ مع المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها ، وقد خلص هذا المقال إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوردها تباعا:

*** النتائج:**

– ليس كل نزاع ضمن هذا المجال وأثناء تنفيذ عقد الطلب العمومي مؤهل لأن ينتهي بحل ودي.

– النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودّي أثناء تنفيذ الطلب العمومي، هو النزاع الذي ينشأ بمناسبة عمل مشروع تقوم به المصلحة المتعاقدة في إطار تنفيذ صفقة عمومية أو تفويض مرفق عمومي، بحيث يشكّل عبء وضرر على المتعامل الاقتصادي المتعاقد، كما قد ينشأ نتيجة ظروف استثنائية مستقلّة عن إرادة طرفي عقد الطلب العمومي، تجعل من التنفيذ صعبا ومرهقا.

– يفترض في طرفي عقد الطلب العمومي بمناسبة نشوء مثل هذا النزاع حسن النية، والسعي لحلّه.

– عملية الاختيار المشروع للمتعامل الاقتصادي المتعاقد في إطار تلبية الطلب العمومي من طرف المصلحة المتعاقدة عامل أساسي يساهم في الوصول لحل ودي لمثل هذه النزاعات أثناء التنفيذ.

– الحل الودي للنزاع أثناء التنفيذ، يساهم في نجاح الطلب العمومي، لذلك فهو ضرورة.

*** التوصيات:**

– التشديد على اختيار المتعامل الاقتصادي صاحب القدرات التقنية والمالية والمهنية، لأن هذا الاختيار هو العامل الأساسي في الوصول لحل ودي في النزاعات المؤهلة لذلك.

– التأكيد على ضرورة سعي المصالح المتعاقدة للحل الودي في النزاع المؤهّل لذلك قبل أي إجراء آخر.

– لابد من اعتماد التمثيل المتوازن لطرفي عقد الطلب العمومي في لجان التسوية، وتدعيمها بالعنصر المتخصّص حسب طبيعة الطلب العمومي ووفق ما تقتضيه ضرورة حل هذا النزاع.

المراجع :

[1] القانون رقم 01/16، المؤرّخ في 2016/03/06، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، بتاريخ 2016/03/07.

[2] المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 2015/09/16، يتعلّق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ج ر عدد 50، بتاريخ 2015/09/20.

[3] نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2010، ص 38 وما بعدها.

[4] عصام بن حسن، سلطات الإدارة أثناء الصفقات العمومية من خلال قضاء المحكمة الإدارية، دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، العدد 19، 2012، ص 32 وما بعدها.

[5] تجد هذه الرقابة أساسها في المواد: 107، 126، 148 و: 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 2015/09/16، مرجع سابق.

وكذلك في المادة 82 من المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، يتعلّق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد 18، بتاريخ 2018/08/05.

[6] حدود الرقابة والتوجيه في عقود التفويض مثلا تتحدّد من خلال عدم تحويل إدارة المرفق العمومي من إدارة تفويض إلى إدارة مباشرة للمرفق،

انظر: مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص 131 وما بعدها.

[7] المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 2015/09/16، مرجع سابق.

[8] المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، مرجع سابق.

[9] المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 2015/09/16، مرجع سابق.

[10] المرجع السابق.

[11] المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، مرجع سابق.

[12] انظر المادتين 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 2015/09/16، والمادة 59 من المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، مرجع سابق.

[13] نصري منصور، مرجع سابق، ص 696 وما بعدها.

[14] المادة 63 من المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، السالف الذكر.

[15] انظر المادة 62 من المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، السالف الذكر

[16] ملاتي معمر، قراءة في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 24، سنة 2017، ص 118 وما بعدها.

[17] بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 234.

[18] الأمر رقم 58/75، المؤرّخ في 1975/09/26 والمتضمّن القانون المدني المعدّل والمتمّم.

[19] www.Almaany.com

[20] مرسوم تنفيذي رقم 69/20 المؤرّخ في 2020/03/21، يتعلّق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، ج ر عدد 15، بتاريخ 2020/03/21.

[21] المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 2015/09/16، مرجع سابق.

[22] المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، مرجع سابق.

[23] الغناي توفيق، واجب تنفيذ الصفقة من قبل معاقد الإدارة، دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، عدد خاص، 2007، ص 183.

[24] انظرالمادة 1/136 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 2015/09/16، مرجع سابق.

[25] انظر: المادة 137 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 2015/09/16، مرجع سابق.

[26] انظر: المادة 27 من المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، مرجع سابق.

[27] المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، مرجع سابق.

[28] انظر: المادة 52 من المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، مرجع سابق.

[29] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 771 وما بعدها.

[30] المرسوم الرئاسي 236/10 المرّخ في 2010/10/07، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، المعدّل والمتمّم، ج ر عدد 58، بتاريخ 2010/10/07.

[31] انظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 2015/09/16، مرجع سابق.

[32] انظر المادة 71 من المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرّخ في 2018/08/02، مرجع سابق.

[33] حسين فريجة، أثر التحكيم في عقود الاستثمار الدولي، ملتقى دولي بعنوان الطرق البديلة لحل النزاعات، جامعة الجزائر1، أيّام 06 07 ماي 2014.