

تعبير الإدارة عن إرادتها في إبرام الصفقات العمومية

دايم نوال♦

يمر تعبير الإدارة عن إرادتها في الصفقة العمومية بمجموعة من المراحل. فبعد الإعلان عن المناقصة تقوم لجنة فتح الأظرفة بتلقي العروض وتحضيرها؛ لتقوم بعد ذلك لجنة تقييم العروض، بدراسة العروض المقدمة دراسة دقيقة، بغرض القيام بإرساء الصفقة مؤقتا على المترشح الذي قدم أحسن عرض. وجدير بالذكر أن تعبير الإدارة عن إرادتها لا يكون نهائيا إلا باعتماد الصفقة من الجهات الإدارية المختصة قانونا بذلك.

الكلمات المفتاحية: صفقة عمومية، تعبير عن الإرادة، عروض، لجنة، منح مؤقت، اعلان

Résumé :

L'expression de l'administration de sa volonté passe par plusieurs étapes.

Après l'avis d'appel d'offre la commission d'ouverture des plis reçoit les offres, La commission d'évaluation étudié les offres pour attribué le marché au soumissionnaire présentant l'offre jugée le plus favorable.

L'expression de l'administration de sa volonté n'est pas définitive qu'après son approbation par l'autorité compétente.

Mots clés : marché public, expression de la volonté, offre, commission, attribution provisoire, avis.

Abstract:

The expression of the consent of the administration in public procurement goes through several steps. The tender opening committee receives the bids, after the advertisement of the tender. The former

♦ أستاذة مساعدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

committee examines the bids and attributes the public procurement to the tendered who presents the most favorable bid.

The consent of the administration becomes final only when it is approved by the competent authority.

Keywords:Public contracts, consent, tenders, committee, provisional attribution, calls for tenders.

مقدمة

من الأصول المسلم بها أن الإدارة ، لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن إرادتها في التعاقد ، ذلك أنها تلتزم في إبرامها للصفقات العمومية ، بإجراءات وبأوضاع رسمها المشرع.¹

ومن المعلوم أن الصفقات العمومية تمر بمراحل وإجراءات متعددة حتى يكتمل إبرامها؛ بدءاً بالإجراءات الممهدة لعملية الإبرام وصولاً إلى تلك الإجراءات التي تتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة

وبالتالي فإن كل مرحلة من مراحل التعبير عن الإرادة لا تنجز إلا عن طريق موظف مختص بإنجاز هذه المرحلة بإصداره قراراً . وهذا الأخير يعد في حد ذاته سبباً للمرحلة التالية التي تستلزم تدخل الموظف المختص بإنجاز المرحلة اللاحقة.²

وعليه فما هي المراحل التي تتم من خلالها عملية الإبرام ؟ وماهي اللجان المختصة والأشخاص المؤهلون قانوناً للتعبير عن إرادة الإدارة ؟

للإجابة عن هاتين الإشكاليتين قسمنا موضوعنا إلى فقرتين

¹ - الميلودبوتركي ، القرارات الإدارية المنفصلة على ضوء الاجتهاد القضائي ، سلسلة البحث الأكاديمي 2، الرباط 2014 ، ص 18

² - مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 223

الفقرة الأولى :ارساء الصفقة والفقرة الثانية آثار الارساء واعتماد الصفقة

الفقرة الأولى : ارساء الصفقة

بعد أن يعد المرشحون عروضهم ،ويرسلوها إلى جهة الإدارة المعنية بالمناقصة ؛ تقوم الإدارة بفحص هذه العروض للتأكد من مطابقتها للموجبات القانونية المطلوبة ؛ ومن ثم المفاضلة بينها ،في سبيل الوصول إلى العرض الأفضل الذي يجب أن يتم التعاقد مع صاحبه ويطلق على هذه المرحلة بالإرساء .

هذه الأخيرة تتضمن بداية فحص العروض بعد القيام بفتحها ثم البث فيها

البند الأول : الجهة الإدارية المختصة بالإرساء

لجنة المناقصة هي سلطة مختصة بإدارة إجراءات المناقصة ،عن طريق قرارات إدارية تصدرها ،أو أعمال مادية تقوم بها،وهي بذلك تملك سلطات عامة تقتضيها هذه المهمة.

إلا أن تكوين هذه اللجان يختلف من تشريع لآخر؛ ففي بعض الدول كفرنسا يختلف تكوين لجان المناقصات باختلاف الشخص العام المعني بالصفقة.

أما في المغرب فتعد لجنة طلب العروض صاحبة الإختصاص بدء بفتح الأظرفة إلى الإعلان عن النتائج¹.

بينما نجد بعض الدول منحت نصوصها القانونية مهمة البت في المناقصات وارسائها للجنة الواحدة- مثل ما هو الحال في كل من مصر والجزائر .

¹ - مليكة الصروخ ، الصفقات العمومية في المغرب ، مطبعة النجاح الجديدة ،الطبعة الاولى 2009 ،ص 101

تعبير الإدارة عن إرادتها في إبرام الصفقات العمومية

ففي مصر ، تقوم إحدى اللجنتين بفتح المظاريف والآخرى بالبت في المناقصة مع استثناء المناقصات قليلة الأهمية - التي لا تتجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه- أوكل فيها المشرع مهمة فتح الاظرفة والبت في المناقصة إلى لجنة واحدة فقط.¹

وفي الجزائر فقد منح المشرع صلاحيتي فتح الاظرفة، وتقييم العروض، للجنيتين متميزتين هما لجنة فتح الاظرفة ولجنة تقييم العروض. وهذا ما سنفصله كالاتي:

أولا : لجنة دائمة لفتح الأظرفة

وفقا للمادة 121 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم²، فإنه تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لفتح الأظرفة تحدد تشكيلاتها بموجب مقرر صادر عن مسؤول المصلحة المتعاقدة .

وعليه فالمشرع منح مسؤول المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في اختيار اعضاء لجنة فتح الأظرفة مع عدم اشتراطه توافر صفات وشروط ومؤهلات معينة في أعضائها. كما أنه أضاف صفة "دائمة" على هذه اللجنة أي أنها ليست لجنة عارضة أو مؤقتة ، ولكن هذا لا يعني تضمينها لقائمة محددة غير قابلة للتعديل ،بل يجوز إدخال تعديلات عليها من حيث التشكيلة بموجب مقرر موقع من مسؤول المصلحة المتعاقدة³.

¹ - المادة 11 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998

² المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 2010/10/07 ج ر 58 لسنة 2010، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 2011/03/01 ج ر 14 لسنة 2011، والمرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 2011/06/16 ج ر 34 لسنة 2011 ؛ و المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 2012/01/18 ج ر 04 لسنة 2012 ؛ والمرسوم الرئاسي 13-03 ج ر 02 لسنة 2013

³ عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية ،جسور للنشر والتوزيع ،2011، ص 165

1- اختصاصات لجنة فتح الأظرفة

إن مهمة اللجنة كما هو واضح من تسميتها ينحصر في فتح الأظرفة الخاصة بالعروض المقدمة تمهيدا لتقييمها. وذلك من خلال :

- القيام بأعمال مادية بحتة

حيث تقوم لجنة فتح الأظرفة بتثبيت صحة العروض على سجل خاص ،مع إعداد قائمة المتعهدين حسب تاريخ وصول أظرفتهم.

إعداد وصف مفصل للوثائق التي يحويها كل عرض ، مع ضرورة التوقيع بالحروف الأولى على كل وثائق الأظرفة المفتوحة .

دعوة المتعهدين عند الإقتضاء كتابيا الى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالإكتتاب وكفالة التعهد¹

2- سير عمل اللجنة

تجتمع طبقا للمادة 122 من قانون الصفقات العمومية لجنة فتح الأظرفة لفتح الأظرفة التقنية والمالية في جلسة علنية ، بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا ،ويوافق تاريخ إجتماعها آخر يوم من الأجل المحدد لإيداع العروض²

¹ المادة 122 ق ص ع

² - المادة 50 فقرة 5 "يوافق يوم وآخر ساعة لإيداع العروض ويوم وساعة فتح الأظرفة التقنية والمالية ،آخر يوم من مدة تحضير العروض .وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية ،فإن مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي "

تعبير الإدارة عن إرادتها في إبرام الصفقات العمومية

والملاحظ أنه بذلك تم إختزال أجل العرض ،أو إنهاؤه قبل أوأنه.فالمفروض أن اليوم الأخير للعرض هو يوم قانوني بإمكان كل عارض طبقا لمبدأ المساواة تقديم عرضه طيلة اليوم¹

ويبدو النقص المسجل واضحا إذاقارناها بالمادة 108 من المرسوم التنفيذي 91-434 التي اعتبرت أن إجتماع لجنة فتح المظاريف،، يكون بناء على استدعاء المصلحة المتعاقدة في يوم العمل الذي يلي آخر أجل لإيداع العروض .فهذا النص أدق وأبلغ ،خاصة من حيث ضمانته المدة المقررة للتنافس، والمذكورة في إعلان المناقصة واحترام الأجل كاملا غير منقوص²

وهذا خلافا للمادة 109 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمادة 50 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم التي سبقت الإشارة إليها .

ومن جهة أخرى فإن إجتماع لجنة فتح الأظرفة يصح مهما كان عدد أعضائها الحاضرين.³

-الدور الإستشاري للجنة فتح الأظرفة

للجنة فتح الأظرفة دور استشاري من خلال ما تبديه من التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضائها يتم ذكرها في محضراللجنة .⁴

¹ - شرفي الشريف،النظام المالي للعقد الإداري،رسالة دكتوراه في القانون العام ،جامعة ابي بكر بلقايد،2013-2014 ،ص 123

² -عمار بوضياف ،المرجع السابق ، ص 180

³المادة 124 ق ص ع

⁴ فقرة 5 المادة 122 ق ص ع

هذا وتعمل اللجنة على تحرير محضر يعدم جدوى العملية موقعا من قبل الأعضاء الحاضرين وذلك في حالة تلقي العرض الوحيد أو عدم تلقي أي عرض

3- إجراءات خاصة ببعض أشكال المناقصة

بالنسبة للاستشارة الإنتقائية يتم فتح الأظرفة التقنية النهائية والمالية على مرحلتين

أما في حالة إجراء المسابقة، فيتم فتح الأظرفة التقنية، وأظرفة الخدمات والأظرفة المالية على ثلاث مراحل.

كما تجدر الإشارة أن اللجنة لا تلتفت إلى أي عرض يرد بعد الموعد المحدد لفتح الأظرفة. حيث تقوم اللجنة بإرجاع الاظرفة غير مفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الإقتصاديين.

مما سبق نقول أن عمل لجنة فتح الاظرفة اعدادي، وتمهيدي لعمل لجنة تقييم العروض.

ثانيا : اللجنة الدائمة لتقييم العروض

وفقا للمادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم فإنه تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض، يعين أعضاؤها الذين يشترط أن يكونوا مؤهلين؛ وألا يكونوا أعضاء في لجنة فتح الاظرفة، بمقرر من مسؤول المصلحة المتعاقدة.

1- اختصاصاتها

تعمل اللجنة على اتمام الاجراءات ،بقصد الوصول الى الارساء على أفضل عرض وذلك من خلال :

-اقصاء العروض¹:

أ- غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط

ب- التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة للعروض التقنية،
المنصوص عليها في دفتر الشروط ، بعد القيام كمرحلة أولى بالترتيب التقني
للعروض

-دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الاولي تقنيا مع مراعاة
التخفيضات المحتملة في عروضهم

- الاستعانة بالخبراء تحت مسؤوليتها كمكاتب الدراسات على سبيل المثال

2- معايير تحديد العرض الاحسن وارساء الصفقة

تلتزم الإدارة قانونا باختيار أفضل العروض ترتيبا .ولكن هل العرض الأصلح هو أقل
العروض ثمنا أم أفضلها من النواحي التقنية ؟

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية، فإن المشرع عند تعريفه للمناقصة أشار إلى
تخصيصها للعارض الذي يقدم أفضل عرض²

وعليه يتعين عند اختيار الفائز على أساس الشروط المحددة في دفتر الشروط ،أن
يتم اسناد الصفقة على أساس نظام تنقيط، مؤسس على ما قدمه المتعهدون من ضمانات
تقنية ومالية.

¹ - المادة 125 ق ص ع

² - المادة 26 ق ص ع

فإذا رأت الإدارة أن العرض المالي معقول، وأن العرض التقني يكفل انشاء المشروع في أفضل الظروف ؛ وتبعا للمقاييس المراد تحقيقها فيه، وتكفل أيضا اكمال المشروع في الآجال المحددة فيمكنها قبوله¹

ومن ناحية اخرى فإن المشرع الجزائري،أضاف معايير لابد أن تؤخذ بعين الاعتبار وهي اعطاء اهمية الى المنتج المحلي أو الوطني²

واعلانه صراحة على أفضلية التعامل الوطني العمومي عن غيره. حيث نصت المادة 23 على أن يمنح هامش افضلية بنسبة 25 للمنتجات ذات المنشا الجزائري و/ للمؤسسات التي يحوز اغلبية راسمالها جزائريون مقيمون ،فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 13.

كما ويمكن لجنة التقييم أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا اثبتت أنه يترتب على منح الصفقة هيمنة التعامل المقبول على السوق.أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت .

هذا وقد تواجه لجنة تقييم العروض-فرضا - أثناء أدائها لمهامها صعوبات :

أ-العرض المنخفض بشكل غير عادي

وقد أشارت لهذه الحالة المادة 10/ 125 فإذا كان العرض المالي للمتعاقل الإقتصادي المختار مؤقتا ،يبدو منخفضا بشكل غير عادي ،فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب كتابيا التويحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة.

¹لتفصيل أكثر راجع شريفي شريف ،المرجع السابق ،ص 129 وما بعدها

²المادة 56فقرة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236 سالف الذكر

تعبير الإدارة عن إرادتها في إبرام الصفقات العمومية

ب-العروض المتساوية في عطاءاتها :المشرع الجزائري لم يعالج هذه الحالة لنذر وقوعها.في حين أن التشريعات المقارنة كالتشريع المغربي الذي نص أنه في حالة ثبوت أن العروض المقدمة من المتنافسين ،قد جاءت متساوية في عطاءاتها؛ فإن لجنة العروض تكون مؤهلة لاتخاذ مايلي :

-استدعاء المتعهدين الذين ترى أنه من الضروري الحصول منهم على كل توضيح بخصوص عروضهم

-مطالبة المتعهدين بتقديم عروض جديدة إذا تبين لها أن العروض قد جاءت متساوية بالنظر إلى جميع عناصرها مما أدى إلى صعوبة الفصل بين المتعهدين¹.

الفقرة الثانية: آثار الارساء واعتماد الصفقة

قرار لجنة تقييم العروض بارساء المناقصة على أحد العارضين ليس الخطوة الاخيرة في التعاقد بل ليست الا اجراء تمهيديا. اما عملية التعاقد فإنها خطوة اخرى لاحقة وتختص بها هيئة اخرى²

البند الاول: آثار الارساء

تترتب على ارساء المناقصة على احد المتنافسين نتائج اهمها :

1 -لايؤدي الارساء في حد ذاته الى ابرام العقد ،وإنما يساهم فيه ،إذ أن إبرام العقد لا يتم الا بتدخل السلطة المختصة

¹ - المادة 41 من مرسوم 05 فبراير 2007 بشأن صفقات الدولة .أشارت إليه مليكة صروخ ،المرجع السابق ،ص112

² سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر العربي ، ص 281

2-يؤدي الارساء الى تحول مركز المتعهد الذي رست عليه المناقصة من مركز المتنافس الى مركز المتعاقد المؤقت.

وهنا تجدر الاشارة أنه في القانون الجزائري يتم الاعلان عن المنح المؤقت للعقد،وفيه إعلان عن العارض الفائز الذي رست عليه الصفقة مؤقتا، مع تبيان نتائج تقييم العروض المالية والتقنية.

على أن يتم نشر الاعلان عن المنح المؤقت في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة¹ الامر الذي من شأنه السماح لكل من يريد الاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة بأن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في اجل 10أيام ابتداء من تاريخ نشر اعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الصحافة²

مما سبق نلاحظ كيف وفر المشرع ضمانا الطعن للمتعهدين الذين لم يقنعهم خيار الادارة.كمافرض قيود رقابة على الادارة لاختيارها لمتعهد دون الآخر باعتبار لجنة تقييم العروض لجنة تضم اعضاء تابعين لنفس الادارة .فحفاظا على نزاهة التقييم وموضوعيته فان هذا الاخير يخضع لرقابة لجنة الصفقات المعنية على اختيار المصلحة المتعاقدة والفصل في الطعون المرفوعة حول ذلك .³

3-يلتزم هذا المتعاقد المؤقت بالبقاء على ايجابه حتى صدور قرار اعتماد نتائج الارساء وتوقيع العقد من جانب السلطة المختصة⁴

¹المادة 49 ق ص ع

²المادة 114 ق ص ع

³عمار بوضياف،المرجع السابق،ص 181

⁴مهند مختار نوح، المرجع السابق ، ص 677

البند الثاني : اعتماد الصفقة

قرار إبرام العقد هو القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الارساء ، وإبرام العقد ، ويطلق عموما على عملية تدخل السلطة المختصة باعتماد نتائج الارساء تسمية الاعتماد.

إذ ان من الامور المسلم بها ان التزامات الادارة لا تبدأ الا من هذه اللحظة اما قبل ذلك فان التعاقد يكون في طور التكوين .

وبالرجوع الى قانون الصفقات العمومية الجزائري فانه طبقا للمادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم فان الصفقات لا تصح ولا تكون نهائية الا اذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

- الوزير ، فيما يخص صفقات الدولة ،
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة ،
- الوالي ، فيما يخص صفقات الولاية ،
- رئيس المجلس الشعبي البلدي ، فيما يخص صفقات البلدية ،
- المدير العام او المدير ، فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري ،
- المدير العام اوالمدير ، فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ،
- مدير مركز البحث والتنمية ،

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و التقني ،

- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي،

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

مما سبق ، يمكن القول ان الصفقة العمومية بعد الموافقة عليها من السلطة المختصة المشار اليها في المادة 8 تعتبر نهائية وتدخل بذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ فالاعتماد يجعل العقد نهائيا.

ولكن لابد من الاشارة الى ان المادة 8 سالفة الذكر لم تبين اذا كان الوزير او الوالي او المدير او رئيس المجلس الشعبي البلدي.....يملك رفض الموافقة والاعتماد ام لا؟ فماهي الحلول القانونية والاجرائية لهذا الاشكال¹

لابد على المشرع من تدارك هذه الثغرة القانونية . أما عن موقف الفقه والقضاء

فقد تساءل الفقه حول ذلك عن مدى حرية الادارة في اختيار المتعاقد؟؟

فعلى الرغم من أن سلطة لجنة البت - لجنة تقييم العروض - مقيدة بالنسبة للارساء على صاحب العرض الأفضل تقنيا ، والأقل سعرا .ولا يجوز لجهة الادارة أن تتعاقد مع غيره .إلا أن السلطة المختصة لها سلطة تقديرية في رفض اعتماد قرار الإرساء أو العدول عن اتمام العقد² .وفي ذلك جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تخويل الإدارة حق العدول عن التعاقد إطلاقا إذا رأت أن المصلحة العامة في هذا العدول ،حتى لا تُجبر الادارة على التعاقد مع شخص لا تريده³.

¹ عمار بوضياف ،المرجع السابق ،ص 183

² - جعفر عبد الملك الحمادي،ضمانات العقد الإداري،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2009،ص355

³ - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 03 مارس 1944 اشار اليه سليمان الطماوي ،المرجع السابق ،ص 281

خاتمة

إذا كانت سلطة الإدارة في تقييم العروض وتفحصها سلطة مقيدة بالقانون وبما تتطلبه دفاتر الشروط، أي أن اللجان لا تستبعد أي عرض طالما كان موافقا للأوضاع القانونية، ومطابقا لدفتر الشروط؛ وأنها ملزمة في نفس الوقت برفض أي عرض مقدم على خلاف ما ينص القانون، أو على خلاف ما تتضمنه دفاتر الشروط، أو إذا كان غير متطابق مع محل العقد المراد إبرامه. وإذا كانت سلطتها مقيدة في الإرساء على العرض الأفضل تقنيا وماليا .

فإن السلطة المختصة بإبرام العقد تتمتع بالسلطة التقديرية في قبول أو رفض اعتماد نتائج الإرساء أو العدول عن إتمام العقد وذلك راجع لاتصال العقد بسير مرفق عام ؛ وهذا الأخير لا تتحقق مصلحته إذا كان إبرام الصفقة يمر بسلسلة من العمليات المتتالية التي يكون فيها اختصاص الإدارة مقيدا فقط. ما يُوجب تمتع الإدارة بسلطة غير مقيدة وذلك نابع من كونها مسؤولة عن حسن سير المرفق العام الذي تديره.

الرقابة الداخلية للصفقات العمومية

قهار كميلة♦

الملخص :

تعتبر الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية نظاما تمارسه الإدارة يضمن التحكم في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، والذي ينبني على مراجعة وفحص مختلف البيانات لأجل التحقق من صحتها وحتى يتم إرساء الصفقة في الأخير على مقدم أفضل عرض تجسيدا لمبدأ الشفافية وحفاظا على المصالح المالية للدولة.

وتقوم الرقابة الداخلية في هذا المجال على مرحلتين أساسيتين، ويتعلق الأمر بمرحلة فتح الأظرفة ثم تلك الخاصة بتقييم العروض، وفق ما هو منصوص عليه في قانون الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية: صفقات عمومية، رقابة داخلية، فتح الأظرفة، تقييم العروض.

Résumé :

Le contrôle interne à l'égard des marchés publics est un système pratiqué par l'administration assure le contrôle des procédures de passation des marchés publics, et qui est fondé sur l'examen de diverses données pour la validation et jusqu'à la mise en place de l'accord à la dernière meilleure incarnation de l'offre afin de préserver les intérêts financiers de l'Etat.

♦ أستاذة مؤقتة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان.

Ce contrôle interne fondé sur deux principales étapes, comme il est prévu dans la loi des marchés publics, celle de l'ouverture des plis puis l'évaluation des offres.

Mots clés : contrôle interne, marchés publics, l'ouverture des plis, l'évaluation des offres.

Summary :

The internal control over public procurement is a system practices by the administration monitors the public procurement procedures, and is based on a review of various data for validation and to commissioning instead of the agreement at the last best embodiment of the offer in order to preserve the financial interests of the State.

This internal control based on two main steps, as provided in the law of public contracts, that of the bid opening and evaluation of bids.

Keywords: internal control, public procurement, bid opening, evaluation of bids.

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية¹، من أبرز وأهم العقود الادارية باعتبارها المحرك الفعال للاستثمار الوطني وأداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء¹، ويظهر

¹ الصفقات العمومية هي "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة". وذلك حسب المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2010، ص 05.

قهار كميلة

ذلك في مختلف المشاريع الضرورية للنهوض بالبنى التحتية والحيوية الهادفة إلى تلبية الحاجيات العامة، لذلك نجد أن الصفقات العمومية تكلف الدولة أموالا طائلة بالنظر إلى تنوعها من جهة، وكثرة الجهات الإدارية المتصلة بها من جهة ثانية².

ونظرا للأهمية البالغة التي تكتسبها الصفقات العمومية وارتباطها بالخزينة العامة، فلقد أخضعها المشرع الجزائري لنظام رقابة قبلي ووقائي قبل إتمام إجراءات التعاقد بصفة نهائية والمتمثل في الرقابة الإدارية³، وذلك من أجل حماية المال العام من أي تلاعب، وذلك سواء قبل دخول الصفقة حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده⁴. وتمارس عمليات الرقابة هذه في شكل رقابة داخلية، رقابة خارجية ورقابة الوصاية⁵. وتعد الرقابة الداخلية والمتمثلة في موضوع البحث أول رقابة تخضع لها الصفقة العمومية وهي تمثل أهم مرحلة كما تعتبر من أكثر المسائل التي تعرضت إلى تعديلات متتالية في قوانين الصفقات العمومية⁶.

تمارس الرقابة الداخلية وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية، دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية.

¹ محمد بن مشيرخ، خصوصية التجريم والتحريم في الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس المدية، ص 2.

² لقد خصص قانون الصفقات العمومية الباب الخامس منه تحت عنوان رقابة الصفقات.

³ المادة 116 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، المعدل والمتمم.

⁴ المادة 120 من قانون الصفقات العمومية.

⁵ ومن هنا يتضح أن المرسوم الرئاسي ألزم كل مصلحة متعاقدة بإنشاء هيئة لممارسة الرقابة على الصفقات، بما يتماشى مع آليات الرقابة المقررة في قانون الصفقات العمومية، وأيضاً ألزم السلطة الوصية للمصلحة المتعاقدة بإنشاء هيئة لممارسة الرقابة على الصفقات التي تبرمها.

⁶ لطيفة بهي، آليات الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول لعام 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، ص 195.

الرقابة الداخلية للصفقات العمومية

ويجب أن تبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة على الخصوص، محتوى مهمة كل هيئة رقابة والإجراءات اللازمة لتتسق عمليات الرقابة وفعاليتها. وعندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية، فإن هذه الأخيرة تضبط تصميمًا نموذجيًا يتضمن تنظيم رقابة الصفقات ومهمتها¹.

ولقد منح قانون الصفقات العمومية مهمة الرقابة الداخلية أو ما يعرف بعملية فحص العطاءات إلى لجنتين يتم تشكيلهما لهذا الغرض وهما لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض²، ولقد نظمتها المواد من 120 إلى 125 مكرر الواردة ضمن القسم الفرعي الأول من الباب الخامس والمخصص للرقابة الداخلية من قانون الصفقات العمومية الجزائري.

وبناء على ذلك، يتم التساؤل عن آليات ووسائل الرقابة الداخلية التي كرسها المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية وكذا عن مهام الهيئات المكلفة بممارسة هذا النوع من الرقابة والإجراءات المتبعة في هذا المجال، والأهم من ذلك عن كيفية ممارسة الرقابة الداخلية.

والإجابة عن هذه التساؤلات، تقتضي التطرق إلى المراحل التي تمر بها عملية الرقابة الداخلية ابتداء من مرحلة فتح الأظرفة من قبل لجنة فتح الأظرفة (أولاً) إلى مرحلة تقييم العروض التي تشرف عليها لجنة تقييم العروض (ثانياً) من أجل إرساء الصفة على المتنافس الذي يقدم أحسن عرض.

¹ حميدة أحمد سرير، الصفقات العمومية وطرق إبرامها، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، المرجع السابق، ص 15.

² تحدث في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة. وذلك حسب المادة 121 فقرة 1 من قانون الصفقات العمومية.

أولاً: مرحلة فتح الأظرفة

تمر الصفقة عند إبرامها بعدة مراحل، فبعد انتهاء مرحلة الإعلان عن الصفقة، تأتي مرحلة إيداع العروض من قبل الراغبين في المشاركة لدى المصلحة المتعاقدة، ثم تأتي مرحلة فحص العطاءات، وتتضمن هذه العملية سلسلة من الإجراءات تبدأ من فتح الأظرفة إلى تقييم العروض بمعرفة لجان خاصة تشكل لهذا الرقابة.

وتعد عملية فتح الأظرفة أول مرحلة في نظام الرقابة الداخلية، تشرف عليها لجنة فتح الأظرفة¹، يحدد تشكيلتها مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، وذلك في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها²، على أن التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية لم يبين عدد معين للأعضاء الذين تتشكل منهم اللجنة أو الشروط الواجب توافرها فيهم³، وإنما لمسؤول المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في اختيار عدد الأعضاء الذي يريده⁴.

تكلف هذه اللجنة قانوناً بفتح الأظرفة المودعة من قبل في إطار الإعلان عن الصفقة. فبعد عملية الإعلان وبعد انتهاء أجل تقديم العروض المعلن عنه، تجتمع اللجنة في جلسة علنية⁶، وتكون اجتماعاتها صحيحة من الناحية القانونية وذلك مهما يكن عدد

¹ الفقرة 2 من المادة 121.

² عبد الرحمن طويرات، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، المرجع السابق، ص 4.

³ سفيان موري، مدى فعالية أساليب الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية -دراسة مقارنة مع المشرع الفرنسي والتونسي، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام المرجع السابق، ص 6.

⁴ يحدد أجل تحضير العروض تبعاً لنص المادة 50 من قانون الصفقات العمومية.

⁶ المادة 124 من قانون الصفقات العمومية.

الرقابة الداخلية للصفقات العمومية

أعضائها الحاضرين¹، كعكس ما هو معمول به في قوانين الصفقات العمومية المقارنة كالتشريع الفرنسي الذي يشترط حضور أغلبية الأعضاء وقانون الصفقات العمومية التونسي الذي ينص صراحة على أن جلسات لجنة فتح الأظرف لا تتعدى إلا بحضور أغلبية أعضائها ومن بينهم وجوبا رئيس اللجنة. ولم يشر التنظيم إلى كيفية استدعاء أعضاء اللجنة ولا تحديد تاريخ إرسال الاستدعاء، على عكس التشريعات المقارنة التي حددت مدة استدعاء اللجنة قبل انعقاد الجلسة².

وبينما انتقد البعض عدم تحديد نصاب معين في الصفقة على أساس التساؤل عن مدى جدوى إنشاء لجنة تصح اجتماعاتها بحضور فرد واحد فيها مع عدم اشتراط حضور رئيسها³، يرى البعض الآخر أن اشتراط نصاب معين يؤدي إلى تأجيل انعقاد الجلسة ما لم يتوافر هذا النصاب وهو ما يؤدي إلى إطالة مرحلة فتح الأظرف، والذي يعني بالنتيجة إطالة عمر إبرام الصفقة العمومية والمساس بمصلحة الإدارة المتعاقدة وخطتها التنموية وبرامجها المختلفة.

تمارس لجنة فتح الأظرف مجموعة من المهام المحددة وفق قانون الصفقات العمومية⁴ والمتمثلة في:

- تثبيت صحة العروض على سجل خاص،

¹ سفيان موري، المرجع السابق، ص 7.

² عبد الرحمن طويرات، المرجع السابق، ص 7.

³ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر النشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 1، 2007، ص 181.

⁴ المادة 122 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، المعدلة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012، يحدد ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجديدة الرسمية عدد 04 لسنة 2012، ص 17.

قهار كميلة

- تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أطرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة،

- تعد وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها كل عرض،

- توقع بالحروف الأولى على كل وثائق الأطرفة المفتوحة،

- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة، بمعنى في حالة وجود تحفظات من قبل أعضاء اللجنة، فيجب تضمينها في محضر الجلسة، مما قد ييسر كثيرا من العمليات الإجرائية المعقدة.

- دعوة المتعهدين، عند الاقتضاء، كتابيا، إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة، باستثناء، التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد، عندما يكون منصوصا عليها، والعرض التقني بحصر المعنى، في أجل أقصاه عشرة أيام، تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض بمعنى أنه إذا لم يكمل المتعهد عرضه التقني في الأجل المحدد، فإن العرض يرفض من قبل لجنة تقييم العروض. وإن كان البعض يرى بأنه وإن كان المشرع قد شدد في مسألة استكمال العروض التقنية الناقصة وقرنها بالضرورة إلا أن هذه المسألة قد تحمل في طياتها العديد من الأمور السلبية، فالسماح بتقديم الوثائق بعد انتهاء الأجل قد ينطوي على عديد الصور من التلاعبات والتحيزات التي تؤدي إلى المساس بشرعية الصفقة وهو ما يخل بمبدأ المنافسة².

- إرجاع الأطرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، عند الاقتضاء حسب الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.

² عبد الرحمن طويرات، المرجع السابق، ص 7.

الرقابة الداخلية للصفقات العمومية

هذا، وتحرر اللجنة، عند الاقتضاء، محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون وذلك حسب الشروط المنصوص عليها في نفس القانون، والتي تتطلب مراعاة الأحكام الواردة في المواد 31¹، 34² و 44³ منه.

وبالرجوع إلى نصوص هذه المواد⁴، نجد أن الحالات المنصوص عليها في عدم الجدوى وذلك في كل من الاستشارة الانتقائية وكذا المسابقة والتراضي بعد الاستشارة وذلك عند استلام عرض واحد أو عندما لا يتم استلام أي عرض⁵.

أما عن كيفية سير مهام لجنة فتح الأطرقة، فإنه يتم فتح الأطرقة التقنية والمالية¹، في جلسة علنية، بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا، خلال نفس الجلسة، في

¹ عدلت المادة 31 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، وتتعلق بالاستشارة الانتقائية التي تعتبر حسب الفقرة الأولى من المادة "إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي". ووردت أحكام هذه الاستشارة ضمن المادتين 31 و 32 من قانون الصفقات العمومية.

² عدلت المادة 34 بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، وتنظم هذه المادة الأحكام المتعلقة بإجراء المسابقة.

³ عدلت المادة 44 بموجب نفس المرسوم، وتتعلق بحالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

⁴ من المعلوم أن الصفقات العمومية تقوم كأصل عام على نظام المناقصة والتي يقصد بها إجراء يستهدف تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض، واستثناء يمكن إبرامها عن طريق التراضي وهو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.

أما الاستشارة الانتقائية فتعد شكلا من أشكال المناقصة والتي تتمثل في انتقاء أولي تقوم به المصلحة أو الإدارة المتعاقدة من خلال إجراء تنافس بين مجموع المترشحين، وبعد اختيار وانتقاء عدد منهم، يرخص لهم، دون سواهم بتقديم عروضهم وتعهدهاتهم، للتعاقد -بالنهاية- مع واحد منهم.

وبالنسبة للمسابقة فهي إجراء يضع أصحاب رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية متميزة وخاصة، مثل: وضع لحن لنشيد لمناسبة وطنية معينة، تصميم وإعداد أوراق نقدية تصور وإعداد شارات ورموز فنية. فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 5 لسنة 2009، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 115.

⁵ عبد الرحمن طويرات، المرجع السابق، ص 5.

قهار كميلة

تاريخ وساعة فتح الأظرفة، المنصوص عليها في المادة 50 من قانون الصفقات العمومية والمشار إليها سابقاً².

وفي حالة إجراء الاستشارة الانتقائية، يتم فتح الأظرفة التقنية والمالية على مرحلتين، تتضمن المرحلة الأولى وجوب تقديم العارض للعرض التقني الأولي دون العرض المالي، أما في المرحلة الثانية فيتم اللجوء إلى قائمة الأشخاص المؤهلين ضمن مرحلة الانتقاء الأولي لتقديم عروضهم التقنية والمالية والتي تخضع بدورها إلى إجراءات فتح مماثلة لتلك المعمول بها بصدد المناقصة³.

أما بالنسبة لإجراء المسابقة، فيتم فتح الأظرفة التقنية وأظرفة الخدمات والأظرفة المالية على ثلاث مراحل، في المرحلة الأولى يتم فتح الأظرفة التقنية وتأهيل المرشحين أولياً، والذين يجب ألا يقل عددهم على ثلاثة، وفي حالة عدم توافر هذا النصاب، على المصلحة المتعاقدة إعادة الإجراءات، وإذا تم انتقاء أقل من ثلاثة مترشحين في حالة إعادة الإجراءات، يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة العملية حتى في حالة العرض الوحيد، والذي يجب أن يستجيب لمتطلبات النوعية والآجال والسعر، على أن مهمة التأهيل تتولاها لجنة تقييم العروض.

في المرحلة الثانية يتم دعوة المترشحين الذين تم تأهيل عروضهم لتقديم أظرفة الخدمات والعرض المالي، وتحال أظرفة الخدمات على لجنة التحكيم من قبل المصلحة المتعاقدة بعد إغفالها أي حذف كل ما يدل على خصوصية العارض حفاظاً على نزاهة المنافسة، ويتم الإغفال إلى غاية التوقيع على محضر لجنة التحكيم.

¹ تشترط المادة 51 من قانون الصفقات العمومية أن تشتمل العروض على عرض تقني وعرض مالي، يوضع كل منهما في ظرف منفصل ومقفّل ومختوم. وقد ورد مضمون هذه العروض في المادة 51، إضافة إلى ذلك، فإنه يستوجب أن تحترم الشكليات المنصوص عليها في نفس المادة.

² المادة 123 فقرة 1 من قانون الصفقات العمومية.

³ المادة 32 من قانون الصفقات العمومية، المعدلة بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23.

الرقابة الداخلية للصفقات العمومية

وفي المرحلة الثالثة يتم تقييم خدمات المسابقة من قبل لجنة التحكيم، وبمجرد إنهاء مهمتها يتولى رئيس اللجنة إرسال محضر الجلسة إلى المصلحة المتعاقدة.

ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية، كما لا يصح فتح الأظرفة المالية للمسابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة تحكيم، كما هو منصوص عليه في المادة 34 من المرسوم الذي ينظم الصفقات العمومية.

هذا ويتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها، الأظرفة المالية إلى غاية فتحها¹.

أخيرا ومما سبق ذكره يتبين أن دور لجنة فتح الأظرفة هو دور استشاري يتجلى فيما تنبيهه من تحفظات وملاحظات يرد ذكرها في المحضر ودور آخر إعدادي لمرحلة لاحقة لها وهي مرحلة التقييم حيث لا تملك إبداء أي رأي حول عروض المتعهدين غير أنها تملك سلطة إبعاد أي ملف لا تتوفر فيه الشروط المعلن عنها² أو يكون مقدما بعد الميعاد³.

وفي هذا الصدد فقد نصت التعليمات رقم M.F/D.G.B/ D.R.C الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 1997 من طرف المديرية العامة للمالية على أن العروض التي يتم إيداعها بعد الأجل تعد مرفوضة ولو تم فتحها خطأ⁴.

¹ الفقرات 03، 04 و 05 من المادة 123 من قانون الصفقات العمومية.

² إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 38.

³ عباس زواوي، الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، ص 200 و 201.

⁴ عبد الحفيظ مانع، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2007/2008، ص 83.

ثانيا: مرحلة تقييم العروض

تنظم مرحلة تقييم العروض المادتين 125 و 125 مكرر من قانون الصفقات العمومية، تتولى هذه العملية لجنة تقييم العروض، تتكون من أعضاء مؤهلين يختارون نظرا لكفاءتهم، يتم تعيينهم بموجب مقرر من مسؤول المصلحة المتعاقدة. وتتنافى عضويتهم مع العضوية في لجنة فتح الأطراف¹، بمعنى أنه لا يمكن أن يشارك أعضاء لجنة فتح الأطراف أو يصبحوا أعضاء في لجنة تقييم العروض، وهدف المشرع من وراء ذلك هو أن يفرض منهجية منتظمة في إبرام الصفقات العمومية وعلى مراحل وأيضاً لكي تتحمل كل لجنة مسؤولياتها في حدود المهام الممنوحة لها².

لقد تم إنشاء لجنة تقييم العروض ليكون عملها مكملاً لعمل لجنة فتح الأطراف ولتتبع مهمة الرقابة الداخلية في مرحلة حاسمة من مراحل الصفقات العمومية³، حيث يتم خلال هذه المرحلة التأكد من قدرات المتعهد الذي يتوافر عرضه على الشروط والمواصفات المطلوبة لإبرام الصفقة العمومية ليتم إرساء الصفقة على صاحب أفضل عرض فنياً ومالياً⁴.

تقوم هذه اللجنة بتحليل العروض، والبدائل والأسعار الاختيارية المنصوص عليها في المادة 11 من قانون الصفقات العمومية⁵، من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة.

¹ الفقرتين 01 و 02 من المادة 125 من قانون الصفقات العمومية، المعدلة بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23.

² لطيفة بهي، المرجع السابق، ص 196.

³ سفيان موري، المرجع السابق، ص 10.

⁴ زولبخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2011/2012، ص 52.

⁵ المعدلة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

ويمكن أن تستعين هذه الأخيرة، تحت مسؤوليتها ولحاجات لجنة تقييم العروض، بكل كفاءة تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض.

تقوم لجنة تقييم العروض بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، وتعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين، على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط¹. فحتى لا تحيد الإدارة المتعاقدة عن الإطار القانوني فتتميز بين العارضين أو تفضل أحدهم على الآخر جاءت المادة 56 من المرسوم الرئاسي الذي ينظم الصفقات العمومية لسنة 2010 لتضم أهم المعايير التي يتم على أساسها انتقاء العروض، والتي مفادها أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة ويجب أن يستند هذا الاختيار على نظام تنقيط مؤسس لاسيما على مجموعة من المعايير الواردة في المادة.

وقد تستخدم الإدارة المتعاقدة معايير إضافية أخرى على المعايير المنصوص عليها في المادة 56، شرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة² كالمعايير الخاصة بتشجيع الموظف ومعايير خاصة بالتكوين المهني³.

وتكون الإدارة المعنية بالصفقة ملزمة بإعلام المتنافسين بواسطة دفتر الشروط الخاصة بمعايير الاختيار وقيمة كل معيار حتى يكون كل متنافس على علم بمعايير التقييم فيكفي مجرد الاطلاع على دفتر الشروط لمعرفة المقاييس التي سيتم على إثرها انتقاء المتعامل العمومي والعرض⁴.

¹ الفقرات 01، 03، 04 و 05 من المادة 125 من قانون الصفقات العمومية.

² الفقرة الأخيرة من المادة 56 من قانون الصفقات العمومية.

³ حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة 3 2008، ص 36.

⁴ زوليكه تزوزو، المرجع السابق، ص 52.

وفي إطار عملها، تقوم لجنة تقييم العروض في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض بعد تقييمها والتأكد من صلاحيتها مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط¹. ومثال العلامة، أن تشترط المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط العلامة الدنيا 75 وعلامة قصوى 160، وتدرج مجموعة من المعايير ثم تقوم بإعطاء كل معيار علامة معينة، وبعدها تحسب تلك العلامات في كل عرض تقني فإذا كانت العلامة أقل من 75 فإن المتعهد صاحب هذا العرض يقصى وأما إذا كانت العلامة توافق 75 أو أكثر فإن العرض التقني يؤهل إلى المرحلة الثانية، حيث تقوم لجنة تقييم العروض بمراقبة كل عرض وتنقط كل معيار من المعايير المطلوبة في دفتر الشروط فقد توجد عروض تأخذ نصف العلامة وأخرى تأخذ أقل من العلامة الدنيا وهكذا تتنوع العلامات حسب القدرات التقنية لكل عرض².

وفي مرحلة ثانية تتم دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم¹، فبعد التأكد من مطابقة العطاءات لشروط المناقصة ومواصفاتها تستبعد اللجنة العطاءات غير المستوفية للشروط، وبدون كل إجراء تقوم به اللجنة في محضرها مع بيان الوسائل التي استندت إليها في إجراء الفحص والمراجعة لهذه العطاءات.

والمعمول به عمليا أنه يتم فتح الأطراف الداخلية المتضمنة العروض التقنية، وتقوم لجنة فتح الأطراف بتحرير محضر تعد فيه قائمة الوثائق التي يتضمنها كل عرض تقني كما سبقت الإشارة إليه، ثم يسلم هذا المحضر إلى مسؤول المصلحة المتعاقدة والذي يسلمه بدوره إلى لجنة تقييم العروض من أجل إعداد قائمة المترشحين الذين قبلت عروضهم التقنية وترتيبهم حسب أهمية كل عرض تقني.

¹ الفقرة 06 من المادة 125.

² لطيفة بهي، المرجع السابق، ص 197.

الرقابة الداخلية للصفقات العمومية

بعد انتهاء لجنة تقييم العروض من إعداد هذه القائمة يقوم مسؤول المصلحة المتعاقدة باستدعاء لجنة فتح الأظرفة من جديد، وهذا من أجل فتح الأظرفة الداخلية التي تحمل العروض المالية، وهنا يستدعى المترشحون الذين قبلت عروضهم التقنية فقط لحضور هذه الجلسة، وبعد الانتهاء من فتح الأظرفة تقوم اللجنة بتحرير محضر يتضمن كل الوثائق التي يحتوي عليها كل عرض مالي، ثم تسلمه إلى رئيس المصلحة المتعاقدة والذي يسلمه بدوره إلى لجنة تقييم العروض، وهذا من أجل تقييم العروض وترتيبها حسب أهميتها³، للقيام، طبقا لدفتر الشروط، بانتقاء إما العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وإما أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات، أي على أساس الأفضل جودة في حالة الخدمات المعقدة، إذ أنه يجوز إرساء الصفقة على أنسب عرض ولو لم يكن أقلها سعرا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، مع ضرورة أن تتمثل هذه الأسباب بعوامل جدية تتعلق بطبيعة الأعمال موضوع المناقصة قيمتها ومواصفاتها، على ألا يكون الفارق بين أنسب العروض المقدمة وأقلها سعرا كبيرا، ويجب أن يكون قرار اللجنة باعتماد هذا العرض مسببا¹، أما بالنسبة لمكاتب الدراسات فإن ترتيب العروض فيها يقوم على أساس الطابع التقني للاقتراحات².

وإذا كان العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة أن ترفضه بمقرر معلل، بعد أن تطلب كتابيا، التوضيحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة.

¹ الفقرة 07 من المادة 125.

² فريد كركادن، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري، مداخلة في إطار الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، المرجع السابق، ص 13.

قهار كميلة

كما يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنه تترتب على منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين في هذه الحالة، حق رفض عرض من هذا النوع، كما ينبغي، في دفتر الشروط.

وفي الحالات الأخرى غير المناقصة كما في حالة إجراء الاستشارة الانتقائية، تجري، في مرحلة ثانية، دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، من أجل انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، طبقا لدفتر الشروط.

وفي حالة إجراء المسابقة، تقترح لجنة تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة قائمة بالفائزين المعتمدين. وتدرس عروضهم المالية، فيما بعد، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية طبقا لدفتر الشروط.

وترد، عند الاقتضاء، الأظرفة المالية للعروض التقنية التي تم إقصاؤها إلى أصحابها دون فتحها. وتبلغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت للصفقة. على أنه لا تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لمن منح الصفقة مؤقتا، أما فيما يخص المتعهدين الآخرين، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الإعلان أولئك الراغبين منهم في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية، بالاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة.

ويجب أن توضح المصلحة المتعاقدة في إعلان المنح المؤقت للصفقة، رقم تعريفها الجبائي وعند الاقتضاء، رقم التعريف الجبائي للمستفيد من الصفقة¹.

¹ المادة 125 مكرر المعدلة بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03، المؤرخ في 13 يناير سنة 2013، يعدل ويتمم قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2013، ص 7.

الرقابة الداخلية للصفقات العمومية

وتجدر الإشارة إلى أنه وأثناء مرحلة صلاحية العروض، إذا تنازل متعامل اقتصادي على صفقة منحت له قبل تبليغها لصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة في الآجال المذكورة في هذا المرسوم، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات السعر والجودة والآجال.

ويمكن المصلحة المتعاقدة منع هذا المتعامل الاقتصادي من التعهد في صفقاتها لمدة لا تتجاوز سنة واحدة، كما يمكن حجز كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر ذلك.

يمكن الطعن في مقرر المصلحة المتعاقدة لدى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الصفقة المعنية. وتطبق هذه الأحكام على المتعهد الذي يرفض استكمال عرضه طبقاً لأحكام المادة 122 أعلاه¹.

أخيراً، فإنه وحرصاً على نزاهة وشفافية المنافسة فقد منع المشرع من خلال النظام القانوني لإبرام الصفقات العمومية أي تفاوض مع المتعهدين أو العارضين بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد، وذلك لضمان تقيد الإدارة أكثر بالشروط التي أعلن عنها والمعايير المذكور في دفتر الشروط، ماعداً في الحالات المنصوص عليها بموجب قانون الصفقات العمومية².

ولم يعالج المشرع الجزائري مسألة الطعن القضائي في قرارات لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض وترك غموضاً من حيث الاختصاص، لأنه وحسب البعض فإن الأمر يختلف فيما إذا كانت هذه اللجان تابعة للدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية ذات

¹ منح المشرع للإدارة المتعاقدة سلطات واسعة في حالة مخالفة المتعامل للالتزاماته، لمزيد من التفاصيل: ربيعة سبكي سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

² المادة 58 من قانون الصفقات العمومية.

قهار كميلة

الطابع الإداري وبالتالي تعتبر القرارات الصادرة عنها قرارات إدارية أو إذا كانت تابعة للمؤسسات العمومية الأخرى ذات الطابع الخاص³¹، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلية أو جزئياً، بمساهم مؤقتة أو نهائية من الدولة.

ويبقى الإشكال قائماً كذلك على أساس أن موضوع النزاع عقد إداري، مما يستبعد اختصاص القضاء الإداري في هذا الشأن⁴²، مع حفظ اختصاص القضاء الجزائي وذلك في حالة وجود فعل مجرم ومعاقب عليه جزائياً مرتكب من قبل أحد أعضاء اللجنتين.

كما أن هناك مسألة أخرى تثار في هذا الصدد والمتمثلة في تحديد القرارات القابلة للطعن فيها وهي مسألة قد طرحت العديد من الاشكاليات. حيث يرى جانب كبير من الفقه أنه لا يمكن قبول الطعن ضد الإجراءات التحضيرية والقرارات الممهدة لإبرام الصفقة العمومية³، على أن البعض الآخر يعتبر أن مثل هذه القرارات لاسيما ما تعلق منها باستبعاد أحد العطاءات هي قرارات نهائية تخضع لما تخضع له القرارات النهائية من أحكام في شأن طلب وقف تنفيذها أو إلغائه⁴.

خاتمة:

في الختام، وبعد استعراض أوجه الرقابة الداخلية التي تقوم بها لجنتي فتح الأطراف ولجنة تقويم العروض، يتبين لنا بأن الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية تسمح بضمان

¹ الوارد ذكرها في المادة 02 المعدلة بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03.

² سفيان موري، المرجع السابق، ص 8 و 9.

³ لمزيد من التفاصيل، راجع وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الادارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 203 وما يليها.

⁴ حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص 21 و 22.

الرقابة الداخلية للصفقات العمومية

النتائج المحددة وفق البرامج الموضوعية وتحقيق النوعية الملائمة المرغوب فيها اقتصاديا وكذا تجنب السلوكات المنافية كالغش وسوء التسيير والتبذير، وأن القرارات قد تم اتخاذها بناء على معلومات حقيقية واقعية والمتوافرة وقت اتخاذ القرار. وهو ما يساهم في تكريس الشفافية على العمل الإداري الذي من شأنه أن يساهم في التسيير الحسن للمال العام وإضفاء حماية عليه من صور الفساد.

ورغم ذلك، فإن القرارات الصادرة عن اللجنتين لا تملك أية قوة إلزامية في مواجهة المصلحة المتعاقدة نظرا لأن مهمتها تقتصر على مساعدة هذه الأخيرة في إبرام الصفقة العمومية.

وقد اجتهد المشرع في كل مرة من خلال قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة من أجل تفادي الثغرات والأخطاء الموجودة في القانون السابق، ومع ذلك، فلا تزال هناك العديد من الأمور المتعلقة بالرقابة الداخلية والمشار إليها في صلب البحث والتي هي في حاجة إلى تدارك من قبل المشرع.

مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية

حافظي سعاد ♦

ملخص:

تعتبر الرقابة على الصفقات العمومية ذات أهمية كبيرة وهذا ما نستخلصه من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7/10/2010 المنظم للصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13/1/2013. وأن هذه الرقابة قد تكون سابقة، بمعنى مراقبة التصرفات المالية للهيئات الإدارية قبل وقوعها، أي قبل أن يدخل التصرف المالي حيز التنفيذ، فهو إجراء قانوني وقائي يمنع وقوع التصرفات غير المشروعة يقوم به المحاسب العمومي أو المراقب المالي. وقد حدد القانون شروط وإجراءات هذه الرقابة التي تقوم بها هذه الهيئات.

كما قد تمارس رقابة لاحقة، وهي تباشر بعد تنفيذ التصرفات المالية واتخاذ القرار وصرف النفقات وتحصيل الإيرادات. يعد هذا النوع من الرقابة أكثر الرقابات أهمية نظرا للهيئات المخولة لها هذه العملية، كالمفتشية العامة للمالية أو مجلس المحاسبة. عموما تعد رقابة الهيئات المالية من أكثر أنواع الرقابة فعالية سواء كانت سابقة أو لاحقة.

الكلمات المفتاحية: صفقات عمومية، مراقب مالي، تأشير، برلمان، مجلس محاسبة.

Résumé:

Le contrôle des marchés publics est très important et cela a été confirmé par décret présidentiel 10-236 du 10/07/2010 régissant les marchés publics, telle que modifiée et complétée par le décret présidentiel n ° 13-03 du 13/01/2013, si le contrôle précédent sur des mesures de contrôle des organismes administratifs avant qu'ils surviennent avant son entrée en vigueur, Financial management est une procédure légale empêche des agissements illégaux, que ce soit ces actions par l'expert-comptable ou du contrôleur, que la loi spécifie

♦ أستاذة مساعدة قسم أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان

les conditions et les procédures de contrôle de Par ces organismes peuvent également contrôler le suffixe après la mise en œuvre du comportement financier et prise de décision et de dépenses et la collection des testaments sont parmi les plus importants contrôles dans le contrôle effectif des communautés locales, si par l'inspection générale des finances ou comptabilité et organismes financiers contrôle est plus efficacement si oubli.

Mots-clés: marchés publics, contrôleur financier, visa, parlement, cour des comptes, visa.

Summary:

The control of public procurement is of great importance and This was confirmed by Presidential Decree 10-236 dated 7/10/2010 governing public procurement as amended and complemented by the Presidential Decree # 13-03 of 13/1/2013, whether the previous control on control actions of administrative bodies before they occur before It enters into force, Financial management is a legal procedure prevents illegal actions, whether those actions by the public accountant or the Controller, as the Law specifies the conditions and procedures for the control of By these bodies may also control the suffix after the implementations of the Financial and décision-making behavior and expenditures and the collection of wills Is among the most important controls as effective control of local communities, whether by the General Inspectorate of finance or accounting, and Financial bodies control is most effectively whether oversight or trailing

keywords: Deals, Controller, Accountant public, visa, financial actions.

مقدمة:

تعتبر الرقابة المالية من أهم أنواع الرقابة المطبقة على المؤسسات العمومية فهي رقابة تقوم بها أجهزة و هيئات مالية تم إنشاءها بقانون أو بتنظيم تهدف إلى مطابقة مختلف القواعد القانونية التي تحكمها إلى القانون، أي أنها العمل الذي تقوم الجهات المسؤولة

مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية

وتشمل الملاحظة القياسية. وبصياغة أخرى فهي المتابعة المستمرة للأداء المالي وقياس نتائجه ومؤثراته. وتتبع أهمية هذه الرقابة في كونها الإدارة التي تساعد على تحقيق أهداف المؤسسة حتى تقوم بالربط الوثيق بين الوسائل والغايات من خلال تنسيق الجهود نحو تحقيق الأهداف التنظيمية البعيدة والقريبة، ذلك أنه من خلال الإجراءات الرقابية يتم التأكد من صحة الإجراءات المالية ومسايرتها لمختلف المخططات والسياسات العليا وتقييم الرقابة التي تقوم بها الهيئات المالية على الصفقات العمومية من رقابة سابقة ولاحقة. وما يهمنا في دراستنا هي الرقابة السابقة التي تقوم بها الهيئات المالية، فبعد أن تقوم لجان الرقابة الخارجية باختلاف أنواعها بالرقابة، وبعد أن تحصى الصفقة العمومية بتأشيرة هذه اللجان تبدأ مهام رقابة ذات طابع مالي تقوم بها هيئات مالية وأهمها تلك التي تتم ممارستها قبل الالتزام بتسديد نفقة الصفقة العمومية لأنها تأخذ طابعا وقائيا¹.

فهدف هذه الرقابة لا يقتصر فقط على رقابة مطابقة النصوص التنظيمية والتشريعية المعمول بها وإنما يتغير هدفها تبعا لمراحل حياة الصفقة العمومية ليوافق هذه المرة مرحلة أخرى من مراحل التعاقد التي تعتمد أساسا على المال العام لتنفيذ الصفقة المؤشر عليها ، ولذلك نطرح التساؤل حول أهم الهيئات المالية التي تقوم بهذا النوع من الرقابة و الصلاحيات الممنوحة لها في هذا الإطار و ما مدى فعالية الرقابة الوقائية² التي تمارسها لحماية المال العام في إطار إبرام الصفقات العمومية ؟ وما مدى فعاليتها ؟ وما مدى فعالية الرقابة اللاحقة ؟

¹ أنظر، محمد رسول العموري، الرقابة المالية العليا، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، 2005، ص.15

² رابحي كريمة وبركان زهية، وضع ديناميكية جديدة لتفعيل دور الجماعات المحلية في التنمية (مراقبة ميزانية الجماعات المحلية في التنمية)، الملتقى الدولي حول تسيير الجماعات المحلية في ضوء التحولات، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2010، ص 01.

المبحث الأول: رقابة مجلس المحاسبة

يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعدية لأموال الجماعات المحلية والمرافق العمومية، قد أنشئ مجلس المحاسبة في الجزائر سنة 1980 بناء على أحكام المادة 190 من دستور 1976، وبموجب القانون 05/80 حيث منحت له اختصاصات إدارية وقضائية من أجل ممارسة رقابة شاملة على الجماعات المحلية والمرافق العمومية والمؤسسات والهيئات التي تسيير الأموال العمومية. غير أنه بعد مضي عشر سنوات تم تعديل وتقليص صلاحيات هذا المجلس بموجب القانون 32/90 الذي ألغى القانون السابق، حيث نزعته منه الصلاحيات القضائية وأصبح مجرد هيئة إدارية تمارس الرقابة الإدارية، دون أي تأثير، كما فقد أعضاؤه صفة القاضي.

ولكن هذا الوضع لم يدم طويلا، ففي منتصف التسعينات وبمناسبة الحملة على الفساد الاقتصادي التي باشرتها الحكومة، وحتى يكون هذا المجلس وسيلة من وسائل هذه الحملة فقد تم تفعيله ثانية من خلال تعديل قانونه الأساسي، والذي صدر بموجب القانون 20/95¹. وبهذا وسعت صلاحياته في المجال الرقابي ليشمل رقابة كل الأموال العمومية مهما كان الوضع القانوني لمسيرها هذه الأموال أو المستفيدين منها.

ومن ثم أصبح يدقق في شروط استعمال الموارد والوسائل المادية والأموال العمومية الخاضعة لرقابته، وتقييم تسييرها والتأكد من مطابقة عملياتها مع القوانين والتنظيمات السارية المفعول. وتشمل تدخلاته جميع الهيئات العمومية المتمثلة في: المؤسسات والمرافق العمومية التي تخضع للمحاسبة العمومية، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية ذات الطابع

¹ القانون 20/95 المؤرخ في 17/07/1995 المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم بالأمر 02/10 المؤرخ في 26/08/2010 المتضمن تعديل الأمر 20/95.

الصناعي والتجاري وهيئات وصناديق الضمان الاجتماعي، والمؤسسات العمومية الاقتصادية.

المطلب الأول: دور مجلس المحاسبة في رقابة الصفقات العمومية

إذا كانت رقابة مجلس المحاسبة شاملة لكل الهيئات العمومية، فإن معظم هذه الهيئات التي تخضع لرقابة المجلس تيرم صفقات عمومية وبالتالي مجلس المحاسبة يمارس الرقابة على الصفقات العمومية باعتبارها جزء من صرف للمال العام، رقابة المجلس هنا هي رقابة مشروعية، حيث يراقب المجلس مدى احترام الشروط القانونية والإجراءات الواجبة الإلتزام في الصفقة العمومية من الإعلان عنها مروراً بإبرامها إلى تنفيذها، وبالتالي فنقول أن رقابة المجلس في مجال المشروعية هي رقابة شاملة للصفقات العمومية ، ولا تتوقف رقابة المجلس هنا على المشروعية بل تتعداها إلى الملائمة، فالمجلس يراقب كذلك مدى نجاعة هذه الصفقة العمومية، ومدى تطابقها مع الأهداف المسطرة لها، وبالتالي فرقابة المجلس تعتبر رقابة شاملة ووافية على الصفقات العمومية غير أنها رقابة بعيدة من جهة ورقابة لا تنحصر في الصفقات فقط بل تشمل جميع أموال ووسائل الدولة. يكلف مجلس المحاسبة بالرقابة البعيدة اللاحقة لأموال الدولة و الجماعات الإقليمية و كافة المرافق العمومية و المؤسسات مهما كانت طبيعة نشاطها و لممارسة هذه الرقابة فهو يضم أجهزة و هياكل متنوعة تعكس طبيعته الإدارية و القضائية .

فهو مشكل من قضاة ينظمهم قانون خاص إضافة إلى موظفين ينتمون إلى أسلاك مختلفة تتولى مهامهم في التحقيق المالي ومهام المساعدة. ومن أهم الهياكل المجلس رئاسة المجلس التي تضم رئيس مجلس المحاسبة المعين بموجب مرسوم رئاسي يساعده في ذلك نائب رئيس و ديوان، إضافة إلى الدور البارز للجنة البرامج والتقارير لخصوصيتها تشكيّلها و تنوع مهامها تظهر من خلال الاقتراحات و التحضير لأعمال والمصادقة على المداولات على مختلف تقارير المجلس.

كما تعد غرف المجلس من بين أهم الهياكل الأساسية التي يمارسها من خلالها المجلس صلاحياته الإدارية والقضائية التي تكون في شكل غرف ذات اختصاص وطني وعددها ثمان غرف حصرت و حددت مجالاتها في المرسوم الرئاسي 377/95. وإضافة إلى غرف ذات اختصاص إقليمي يبلغ عددها تسع غرف موزعة على بعض عواصم ولايات الوطن وتحتصر رقابتها على تسيير وحسابات الجماعات الإقليمية والهيئات والمؤسسات الخاضعة لرقابة المجلس التابعة لها. وغرفة متميزة تتمثل في غرفة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية. وبموجب المادة الثالثة من الأمر 95-20 يتمتع المجلس باختصاص إداري يتمثل في مراقبة نوعية التسيير لمختلف الهيئات والمرافق والمؤسسات العمومية الخاضعة له عند إبرامها و تنفيذها لعقود الصفقات العمومية لتجسيد رقابة مالية فعالة.

المطلب الثاني: الهيئات الخاضعة لرقابة التسيير

تخضع مختلف مرافق الدولة والجماعات الإقليمية البلدية والولاية والمؤسسات والمرافق والهيئات العمومية الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية إلى رقابة مجلس المحاسبة. وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 20/95. وبالرجوع إلى المادة السابعة من أمر 236/10، فإن الهيئات المعنية بتلك الرقابة هي على سبيل الحصر

الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة: السلطات العمومية التنفيذية المستقلة¹ والهيئات الوطنية القائمة في إطار السلطة التنفيذية²، والجماعات الإقليمية¹.

¹ من بينها على سبيل المثال البرلمان ، المحكمة العليا، مجلس الدولة، المجلس الدستوري عندما تقوم بإبرام صفقات عمومية تتصل بتوريدات خاصة بها أو ترميمات تتعلق بتسيير إداراتها خارج مهمتها الأصلية.

² وهي تشمل هياكل السلطات المركزية كالمجالس العليا القائمة في مختلف القطاعات كالمجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والمجلس الإسلامي الأعلى .الخ، عند إبرامها كذلك لصفقات تتعلق بتسيير إداراتها.

مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية

كما تخضع لهذه الرقابة المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. وتشمل هذه الرقابة المجلس على هذه المؤسسات كونها مكلفة بتسيير مرفق عام موضوعة تحت وصاية الدولة أو الجماعات المحلية، وهي تتمتع بالاستقلال المالي للإبرام عقود صفقات لتنفيذ البرامج التنموية الوطنية و المحلية. ويستشف من ذلك خضوع كافة هذه الهيئات عند إبرامها وتنفيذها لصفقات إلى فحص وتقدير من طرف مجلس المحاسبة على أساس الوثائق المقدمة أو في عين المكان، ويفحص مدى شرعية النفقات والإيرادات المعتمدة من طرف هذه الهيئات. كما يراقب مدى احترام الأمرين بالصرف للقوانين والتنظيمات المعمول بها وكيفية تسيير الأموال المخصصة للصفقات العمومية.

ويلاحظ في التعديل الأخير للأمر 10-02 في المادة 03 منه على استبعاد رقابة مجلس المحاسبة على بنك الجزائر وهذا ما يشكل منعطفا سلبيا على دور المجلس في الكشف عن التجاوزات والمبالغ المودعة له فيما يخص مبالغ الصفقات العمومية.

وكما تخضع أيضا لرقابة مجلس المحاسبة المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري و المؤسسات التي تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو ماليا و التي تكون أموالها أو مواردها أو رؤوس أموالها ذات طبيعة عمومية². وكما حددت المادة 02 فقرة 07 من المرسوم الرئاسي 10/236 المتعلق بالصفقات العمومية هذه الهيئات وهي: مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية

¹ تتمتع الولاية والبلدية بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وهما مكلفان بإبرام وتنفيذ مشاريع تنمية محلية من خلال عقود صفقات العمومية في كافة المجالات لتقديم الخدمات للمواطنين بهذه الصفة فهي خاضعة لرقابة مجلس المحاسبة وبالأخص من غرضه الإقليمية. انظر المادة 135 من قانون الولاية 07/12 والمادة

18 من القانون البلدية 10/11 .

² المادة 07 08 من الأمر 20/95.

الاقتصادية عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة . وأضافت المادة 08 من الأمر 95-20 على تمديد رقابة المجلس على تسيير الشركات و المؤسسات الهيئات مهما يكن وضعها القانوني التي تملك فيها الدولة أو الجماعات الإقليمية بصفة مشتركة أو فردية مساهمة بأغلبية في رأسمال أو سلطة قرار مهيمنة . وعليه تتقرر رقابة مجلس المحاسبة في رقابة تنفيذ الصفقات التي تبرمها هذه المؤسسات الاقتصادية عندما تكون ممولة كلياً أو جزئياً من قبل الدولة.

المطلب الثالث : أهداف رقابة التسيير على الصفقات العمومية

تجمع مجلس المحاسبة بالهيئات الخاضعة لرقابته المذكورة سابقاً، علاقة إدارية تتجسد في الرقابة على الميزانية والتسيير التي تتضمن الشرعية ونوعية التسيير العمومي.

فلا يعقل أن تحمل ملاحظات و توجيهات مجلس المحاسبة صفة العقاب، لذلك فيمارس مجلس المحاسبة اختصاصه الإداري بمراقبة نوعية تسيير الهيئات والمرافق العمومية الخاضعة لرقابته، من خلال تقييم شروط استعمالها للموارد والوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها على مستوى الفعالية، النجاعة والاقتصاد، بالرجوع إلى المهام والأهداف والوسائل المستعملة فهي تهدف إلى الاستعمال المنتظم والصارم لجميع الموارد والوسائل والأموال العمومي. كما يتأكد المجلس من خلال تحرياته من وجود و ملائمة و فعالية وفعالية آليات وإجراءات الرقابة والتدقيق الداخليين التي تمارسها الهيئات الرقابية الداخلية.

تشمل أيضاً رقابة نوعية التسيير، تقييم قواعد تنظيم و أنظمة الهيئات الخاضعة لرقابته، ويتأكد من وجود آليات وأنظمة وإجراءات تضمن نظامية تسيير مواردها واستعمالاتها وحماية ممتلكاتها ومصالحها وكيفية سير وانجاز العمليات المالية والمحاسبية والممتلكية، وبهذه الصفة يقدم مجلس المحاسبة كل التوصيات التي يراها ملائمة لتدعيم آليات الوقاية والحماية والتسيير الأمثل وذلك بمحاربة كل أنواع الغش والممارسات غير قانونية وغير

مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية

الشرعية التي تمس بالأخلاقيات و بواجب النزاهة التي تضر بالمال العام والممتلكات العمومية والتي تخلص إلى تطوير شفافية تسيير المالية العمومية

لذا يساهم مجلس المحاسبة في مجال الرقابة على الصفقات العمومية بالتحديد إلى تعزيز الوقاية و مكافحة جميع أشكال الغش والممارسات غير القانونية أو غير الشرعية التي تؤثر بشكل سلبي وتحدث نقصيرا في الأخلاقيات وفي واجب النزاهة والتي تضر بالأموال والأموال العمومية. حيث كشف المختصون والمحققون في قضايا الفساد بان الوفرة المالية التي تخصصها الدولة لإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية الخاصة بأهم المشاريع الكبرى في القطاع الأشغال العمومية والري والطاقة تساهم في تنامي قضايا وفصائح الفساد.

نلاحظ من كل هذا أن رقابة التسيير التي يمارسها المجلس من خلال الملاحظات والتوجيهات لا تحمل صفة العقاب فهي مجرد توصيات هادفة إلى تحسين تنفيذ الأموال العمومية المسيرة في عقود الصفقات العمومية، حيث يمارس المجلس هذا الدور من خلال غرفه الوطنية، دون أن يمنح هذه الصلاحية بنوع من الاستقلالية للغرف الإقليمية التي تملك صلاحيات واسعة على النطاق المحلي للقيام بهذه الرقابة، وذلك راجع لنقص والغموض لهذه الغرف في الرقابة على تسيير الجماعات الإقليمية والمؤسسات التابعة لها لتدارك التجاوزات على المستوى المحلي قبل نقشه على المستوى الوطني كحالة وقائية.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الحسابات الخاصة بعقود الصفقات العمومية

كما يعتبر مجلس المحاسبة هيئة قضائية تتلخص صلاحياته في إصدار أحكام وقرارات تكون قابلة للطعن من طرف الأشخاص والهيئات المعنية، وتشمل رقابته القضائية على الحسابات المتعلقة بالصفقات العمومية من خلال مراجعة المجلس لحسابات المحاسبين العموميين والتأكد من احترام قواعد الانضباط في مجال التسيير الميزانية والمالية لتمتد رقابته على التأكد من احترام كافة مراحل إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية.

الفرع الأول: انطاق الرقابة القضائية على الحسابات

يختص مجلس المحاسبة في مراقبة ومطابقة الحسابات المحاسبين العموميين والتأكد من احترام الهيئات المختصة لاحترامها القوانين و التنظيمات المعمول بها.

أولاً: مراجعة حسابات المحاسبين العموميين فيما يخص عقود الصفقات:

يتمتع المجلس بسلطة واسعة في مراجعة حسابات المحاسبين العموميين و يقرر في شأن ذلك قيام مسؤوليتهم. إذ يملك المجلس صلاحية مراجعة حسابات المحاسبين العموميين لكافة الهيئات الخاضعة له السابق الذكر، دون إمكانية تصحيحها و يصدر في شأن ذلك أحكاماً وقرارات تعاقب وتوجه إلى المحاسب العمومي دون الحسابات.

فهو يدقق في صفة العمليات المادية أي موضوع الصفقة ويتأكد من مطابقتها مع الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها. يلي ذلك تدقيق تلك الحسابات حيث يتم التحقيق أولاً من أنها تتضمن كل العمليات المنفذة خلال السنة المالية المعنية، أي التقييد المحاسبي الصحيح لهذه العمليات وأرصدها، ثم يتم فحص تلك العمليات بالرجوع إلى سندات الإثبات و مختلف الوثائق المتعلقة بها وذلك للتأكد من شرعيتها وصحتها المالية من الناحية القانونية والميزانية. كما ألزم القانون كل المحاسبين والأميرين بالصرف تقديم حساباتهم والوثائق الضرورية لإبرام الصفقة في المواعيد التي يحددها المجلس و بناء على طلبه، ويتعين على هؤلاء الانصياع والاستجابة له وإلا تعرض الى عقوبات تتنوع من إكراه مالي إلى غرامات مالية.

وقد وسع التعديل الأخير للأمر 20/95 من مقدار الغرامات وتشديدها في حالة تقصير المحاسبين العموميين في أداء مهامهم إضافة إلى غرامة تصدر في حق المسؤولين أو عون أو ممثل في هيئة خاضعة لرقابته المخالفين للأحكام التشريعية والتنظيمية

المالية¹، وبالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية فيراقب المجلس أيضا طبيعة العلاقة المالية بينها وبين الدولة في تمويلها الكلي أو جزئي لانجاز مشروع معين بموجب الصفقة العمومية.

ثانيا: التأكد من احترام قواعد الانضباط الميزاني و المالي:

يتأكد المجلس من احترام هذه القواعد من خلال غرفته المختصة غرفة الانضباط الميزاني و المالي بتحميل مسؤولية الأعوان الخاضعين لرقابته المرتكبين للمخالفة أو المخالفات التي نصت عليها المادة 88 من الأمر 20/95، ومن بينها خرق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتنفيذ النفقات الخاصة بالصفقات العمومية، أو تنفيذها خارج الهدف الذي خصصت من اجله.

الفرع الثاني: امتداد رقابة القضائية للمجلس المحاسبة على عقود الصفقات العمومية

وتمتد رقابة قضاة مجلس المحاسبة منذ بداية تحديد حاجيات الصفقة العمومية إلى ما بعد التسلم النهائي.

- ففي مرحلة الرقابة على تحديد الحاجيات يتأكد المجلس من أن موضوع الصفقة تم الالتزام به من طرف المصلحة المتعاقدة بصفة تتلاءم مع النشاط أو الهدف الرئيسي للمصلحة.

- وتتصب رقابته أيضا في مجال تمويل الصفقة حيث يتأكد قضاة المجلس من أن عملية التمويل تم تسجيلها في الميزانية و كذا طريقة التمويل أي الرقابة على نوعية الموارد)

تسبيقات أو قروض) . وفي هذه الأثناء يضطلع القضاة على البطاقة الفنية للمشروع و قرار التسجيل.

- كما تشمل المراقبة مرحلة إبرام الصفقة وكيفيات اختيار المتعامل المتعاقد: حيث يراقب المجلس كيفية إبرام الصفقة و يتحقق في الوثائق المكونة ملف الصفقة .

- مراقبة تحرير وتوقيع الصفقة والبيانات الإجبارية ومدى مطابقتها لقانون الصفقات العمومية: فتنصب رقابته كذلك على تنفيذ الصفقة مطابقة للتنفيذ المالي للصفقة مع التنفيذ المادي أي يجب أن يكون هناك توازن بين ما تم انجازه وما تم دفعه قبل الخزينة. إضافة إلى الرقابة المالية كالتسبيقات والتأكد من استرجاعها في الآجال المحددة.

- كما يراقب المجلس أيضا الطريقة التي تمر بها إنهاء الصفقة سواء كانت نهاية عادية أي التسلم النهائي أو مطابقتها لما اتفق عليه في الآجال المحددة إضافة إلى الضمانات. أو نهاية الصفقة عن طريق الفسخ فيراقب المجلس أسباب الفسخ قوة قاهرة أو عدم تنفيذ الالتزامات أو فسخ من جانب الإدارة أو فسخ اتفاقي بالتراضي. وكما يراقب كذلك الأشغال المنجزة أو التوريدات المقتناة: يتأكد القضاة من عدم اختيار نفس المتعامل المتعاقد لإتمام الصفقة بعد الفسخ، و التأكد من المصاريف الواجبة الدفع لإتمام الصفقة يتحملها المتعامل المتعاقد الأصلي وإن الضمانات المتعلقة بحسن التنفيذ قد تم تحويلها إلى المصلحة المتعاقدة¹. وتمتد أيضا هذه الرقابة على مطابقة الصفقة بعد التسليم وفي حالة وجود عيوب يتم التأكد من أن ضمان الكفالة تم تحويله لصالح المصلحة المتعاقدة. وفي حالة ما إذا كانت الحسابات المراقبة غير شرعية فيتم إخضاع الأمرين بالصرف لعقوبات جزائية، كالغرامات المالية إضافة إلى عقوبات إدارية. ولكي يمارس مجلس المحاسبة رقابته بكل

¹ دوعر عفاف، رقابة مجلس المحاسبة للصفقات العمومية الملتقى الوطني الثاني الرقابة على الصفقات العمومية كضمانة قانونية لحماية مال عام 6 و 7 ماي 2014.

مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية

فعالية على الصفقة العمومية بهدف المحافظة على المال العام، فهو يحتاج إلى دعم هيئات الرقابة الأخرى لتساعده في أداء مهامه ليصل إلى النتائج المراد تحقيقها.

المطلب الثالث: تلازم وحتمية الرقابة القاعدية والمجاورة مع الرقابة العليا لمجلس المحاسبة

إن الهدف الأساسي من نظام المراقبة العمومية هو الحفاظ على الأموال العمومية، ولا يتحقق ذلك إلا بوجود تناسق و تعاون بين جميع مستويات هذا النظام. ولكون مجلس المحاسبة الهيئة العليا للمراقبة فلا يستطيع بطبيعة الحال أن يراقب مباشرة تسيير وتنفيذ الصفقات العمومية بدون أن يرجع إلى ما أسفرت إليه نتائج الرقابة القاعدية والمجاورة.

يتمتع مجلس المحاسبة بسلطة على جميع الهيئات الرقابية المالية سواء على المستوى الداخلي كالمفتشيات الوزارية، ولجان الصفقات العمومية سواء على المستوى الوطني أو المحلي التي تتولى مهامها في الرقابة والتفتيش والتقييم على مستوى كل قطاع تابع له وذلك تماشيا مع طبيعة الأهداف المستند إليها في إطار برنامج حكومي، فهدفها وقائي يتصدى للمخالفة المالية منذ بدايتها فهي تراقب مدى صحة وشرعية الصفقة العمومية عند إبرامها و عند التنفيذ الأولي.

كذلك الحال بالنسبة لمراقبة المراقب المالي التي تعتبر رقابته أولية قابلية كونها تمارس على قرارات الالتزام بالنفقات للأمريين بالصرف قبل إنتاج هذه القرارات لأثارها القانونية. فهو يراقب مدى تطابق صفقة المشروع للتنظيم والقانون مدى احترام مبالغ النفقات المخصصة للمشروع من الميزانية العامة سواء على المستوى الوطني بوجود مراقب مالي لكل دائرة وزارية أو مراقب مالي على المستوى المحلي. هذا المستوى توسع بموجب التعديل الأخير للمرسوم التنفيذي 414/92 بموجب المرسوم التنفيذي 374/09 ليشمل ميزانيات البلديات والولايات والمؤسسات والإدارات التابعة للدولة محليا والحسابات الخاصة للخزينة.

كما يتمتع المجلس بسلطة على الهيئات المساعدة والمجاورة بالتحديد المفتشية العامة للمالية، كون هذه الأخيرة تقوم بمراقبة مالية صارمة وخاصة الهيئات الخاضعة لها عند تنفيذها لعقود الصفقات -236-، وهي نفس الهيئات تقريبا التي ذكرتها المادة الثانية من الأمر 95-120. وتتولى المفتشية بالقيام بالرقابة والتدقيق والدراسات التحقيق والتقييم وتحرر لذلك تقارير متنوعة بحسب المهمة الموكلة لها .

من كل هذا يملك مجلس المحاسبة بموجب هذه السلطة إجبار هذه الهيئات بتزويده بكل المعلومات و الوثائق أو التقارير التي تمتلكها أو تعدها عن حسابات وتسيير الهيئات الخاضعة للرقابة وذلك لبناء حكمه في المسألة موضوع التحقيق.

وبالمقابل في حالة ما إذا لاحظت أي سلطة أو هيئات الرقابة و التفتيش أثناء عملية رقابة أو تحقيق على إحدى الهيئات الخاضعة لرقابة المجلس المحاسبة وقائع أو مخالفات من شأنها أن تبرر تطبيق الصلاحيات القضائية للمجلس، فيتعين على هذه الهيئات إرسال تقرير أو ملخص عن التقرير أو محضر تدقيق إلى المجلس ليخضع في الأخير ملف القضية إلى الإجراءات القضائية الخاصة بإقحام مسؤولية الأعوان المتابعين و ذلك بمطالبتهم بتقديم كل الحسابات و الوثائق الضرورية لمعاينتها و التحقق فيها و الحكم في شأنها.

تعتبر الرقابة خطوة مهمة لضمان نجاح أي صفقة عمومية والحفاظ على المال العام، ومن خلال دراستنا للرقابة المسبقة التي يقوم بها كل من المراقب المالي والمحاسب العمومي لاحظنا أن دورهما ينصب في مراقبة المستندات والوثائق للتحقق من مدى مطابقتها للنفقة، فهي إذن رقابة وقائية تسعى لمنع وقوع التجاوزات. كما أن هدف هذين الجهازين واحد ولكنهما يختلفان من حيث التنظيم والشكلية، فما جدوى وجود جهازين مختلفين من حيث التنظيم و لكن يؤديان نفس المهام ؟

إن ازدواجية الرقابة السابقة قد تؤدي أحيانا إلى وقوع بعض التعارض خاصة عندما يؤثر المراقب المالي على ملف ما ولكن يرفضه المحاسب العمومي عند عملية الدفع لأحد الأسباب المنصوص عنها، ولأجل ذلك فلا بد أن تكون رقابة المحاسب العمومي مكملة لرقابة المراقب المالي حتى يضمن السير الحسن للأموال العامة .

المبحث الثاني: رقابة الأجهزة التابعة لوزارة المالية

تنصب الرقابة المالية القبلية على جميع النفقات مهما كانت طبيعتها أو الغرض منها و تمارس هذه الرقابة من قبل أعوان تابعين لوزارة المالية (المديرية العامة للميزانية) يسمون بالمراقبين الماليين. فعلى المستوى المركزي يتم تعيين مراقب مالي لكل دائرة وزارية ويوجد مراقب مالي للمجلس الدستوري ومجلس المحاسبة باعتبارهما مؤسستين مستقلتين. أما على المستوى المحلي فنجد مراقب مالي لكل ولاية يهتم بالمراقبة القبلية للالتزام بنفقات الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والهيئات العمومية الأخرى (مختلف المديريات والمؤسسات العمومية المحلية ذات الطابع الإداري) .

تعتبر وزارة المالية الهيئة العليا المشرفة على تنفيذ توزيع الاعتمادات المالية، وبالتالي فهي تتولى الرقابة الإدارية على مدى تنفيذ هذه الاعتمادات، ولتحقيق ذلك وضعت مجموعة من الأجهزة لتولي هذه الرقابة وتتمثل هذه الأجهزة في المفتشية العامة للمالية، مفتشية مصالح المحاسبة والمراقب المالي.

المطلب الأول: المفتشية العامة للمالية

تعتبر المفتشية العامة للمالية إحدى هياكل الإدارة المركزية التابعة لوزارة المالية، وهي تسهر على المحافظة على الأموال العامة، وقد أُنشئت بموجب المرسوم 53/80 ثم أعيد

تنظيمها بموجب المرسوم التنفيذي 272/08¹. ويمتد اختصاصها لمراقبة التسيير المالي والمحاسبي لمختلف مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية الاقتصادية.

الفرع الأول: الهيئات الخاضعة لرقابة المفتشية العامة للمالية ومجالات تدخلها

تمارس المفتشية العامة للمالية الرقابة على جميع المصالح العمومية التابعة للدولة والجماعات المحلية، مهما كان نظامها القانوني، سواء كانت خاضعة للمحاسبة العمومية أو المحاسبة التجارية. ويمكن إجمال الهيئات التي تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية فيما يلي: الوزارات والإدارات المركزية التابعة لها، والمؤسسات الإدارية غير الممركزة التابعة للدولة؛ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمتمثلة في المرافق العمومية الإدارية؛ المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري؛ صناديق وهيئات الضمان الاجتماعي؛ التعاضديات والتعاونيات العمالية والجمعيات؛ المؤسسات العمومية الاقتصادية؛ المؤسسات العلمية والثقافية والترفيهية؛ السلطات الإدارية المستقلة؛ كل شخص معنوي يستفيد من إعانة الدولة أو الجماعات المحلية أو أي هيئة عمومية بصفة تساهمية أو قرض أو تسبيق أو ضمان.

وأما بشأن مجالات تدخل المفتشية العامة للمالية، فإن مهامها لا ينحصر في المجال التسيير المحاسبي والمالي فحسب، بل يتعداه إلى كليات استعمال الموارد المالية، وتقييم أداء أنظمة الميزانية وفعاليتها، والتقييم المالي والاقتصادي للقطاع أو الكيانات الاقتصادية، والقيام بالتدقيق والدراسات والتحقيقات وتقديم الخبرات ذات الطابع الاقتصادي والمالي

المرسوم التنفيذي 272/08 المؤرخ 2008/09/06، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية¹

مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية

والمحاسبي، بالإضافة إلى قيامها بتقييم شروط تسير واستغلال المصالح العمومية من طرف المؤسسات صاحبة الامتياز المتعاقدة مع المؤسسات العمومية¹.

كما تتولى المفتشية العامة في إطار السياسة العامة للدولة بتقييم شروط التنفيذ هذه السياسة والنتائج المترتبة عنها وذلك من خلال القيام بالدراسات والتحليل المالية والاقتصادية من أجل تقدير فاعلية إدارة وتسيير الموارد المالية والوسائل العمومية الأخرى، ومدى فعاليتها، وإجراء دراسات مقارنة بين مختلف القطاعات المشتركة، وتقييم مدى فاعلية الأحكام التشريعية والتنظيمية سواء كانت متعلقة بالمهام أو بالتنظيم الهيكلي ومدى تناسقها وتكيفها مع الأهداف المسطرة، وتحديد مستوى الإنجازات مقارنة مع الأهداف المسطرة، واستخراج نقائص التسيير وعوائقه، وأسباب.

وتقوم المفتشية العامة برقابة الملائمة ورقابة المشروعية من خلال فحص سير الرقابة الداخلية وفعالية هياكل التدقيق الداخلي، ومستوى الإنجازات مقارنة مع الأهداف، وكذا شروط تطبيق التشريع المالي والمحاسبي، ودقة المحاسبات وصدقها وانتظامها، بالإضافة إلى شروط تعبئة الموارد المالية وتسيير اعتمادات الميزانية واستعمال وسائل التسيير وشروط منح واستعمال المساعدات والإعانات التي تقدمها الدولة والجماعات المحلية.

وقد نص المشرع صراحة على أن رقابة المفتشية تنصب كذلك على الصفقات العمومية، وهذا يعتبر شيء بديهي باعتبار أن تنفيذ الصفقة يعتبر صرف للنفقات العمومية، وقد نص المشرع على صلاحية المفتشية العامة في رقابة الصفقات العمومية في جانبي المشروعة والملائمة، فالمفتشية تراقب مدى توافر الشروط القانونية والإجراءات الشكلية الخاصة بالصفقة والعمومية ومدى تجاوبها مع تحقيق الأهداف العامة لصرف النفقات العمومية والأهداف الخاصة بهذه الصفقة.

المادة 2 من المرسوم 272/08، مرجع سابق¹

الفرع الثاني : إجراءات الرقابة

تتدخل المفتشية العامة للمالية بطريقتين وهما الاطلاع والاستفسار، فالاطلاع يكون من خلال رقابة تسيير الصناديق وفحص الأموال والقيم والسندات، والمستندات والوثائق التبريرية، والتقارير التي تعدها الهيئات الرقابية والخبرات الخارجية، والاطلاع على السجلات ومراجعة العمليات المحاسبية والمالية. وأما الاستفسار فيكون من خلال طلب المعلومات كتابة أو شفاهة والبحث والتحري مع المحاسب العمومي أو الميسير المالي.

فإذا تم اكتشاف أثناء عملية الرقابة ثغرات مالية أو تأخيرات هامة في اتخاذ الإجراءات القانونية، فإن المحقق يمكن له أن يأمر الميسير أو المحاسب المعني بتحسين هذه الحسابات والعمليات أو إعادة ترتيب أو تصحيح الأخطاء، وإذا وجد تأخير في القيام بالعمليات المحاسبية، أو وجود اختلال يؤدي إلى عدم إمكانية فحصها، فإن المحقق ملزم بتحرير محضر قصور يبين فيه سبب عدم إمكانية إجراء التحقيق، ويقوم بإرساله إلى السلطة السلمية والوصاية المختصة، وعلى هذه الأخيرة أن تأمر باتخاذ الإجراءات المناسبة من أجل إعداد المحاسبة المقصودة، أو تحيينها أو اللجوء إلى خبرة عند الاقتضاء، ويجب عليها من جهة أخرى إعلام المفتشية العامة للمالية بالإجراءات والتدابير المتخذة في هذا الشأن.

وإذا ترتب على عملية التفتيش معاناة قصور وضرر جسيم، فإن المفتشية العامة للمالية يجب عليها إخطار السلطة السلمية أو الوصية لاتخاذ التدابير الضرورية لحماية الهيئة المراقبة، وعلى هذه الأخيرة إعلام المفتشية بالتدابير المتخذة في هذا الشأن.

المطلب الثاني: مفتشية مصالح المحاسبة

أنشئت مفتشية مصالح المحاسبة بموجب المرسوم التنفيذي 198/95، وهي مصلحة تابعة للمديرية العامة للخزينة، وتتولى ممارسة الرقابة على المؤسسات المسيرة للأموال العمومية، وتتمتع بصلاحيات واسعة للقيام بمهامها، وتهدف إلى فحص شرعية العمليات

مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية

المالية والمحاسبية التي يقوم بها المحاسبون العموميون وذلك من خلال التحقق من الاستغلال الأمثل والرشيد للأموال العمومية واستعمال الموارد البشرية واحترام القوانين والتنظيمات المعمول بها والسهل على تطبيق برامج التدقيق، والتحقق التي يقوم بها المحاسبون العموميون ثم تبليغها لمجلس المحاسبة، ووضع الخطوط العريضة للتدخلات العملية، القيام باستغلال التقارير المتعلقة بعمليات المراقبة والمعلومات التي تقدمها المؤسسات والأجهزة الرقابية المختصة والمتعلقة بالمحاسبين العموميين

فرقابة هذه المفتشية تنحصر في الأموال العمومية التي تصرف من الخزينة العمومية، وأموال الصفقات العمومية هي أموال يتم صرفها من هذه الأخيرة وبالتالي فهي تعتبر من صميم رقابة هذه المفتشية. غير أن هذه الرقابة تنحصر في المشروعية دون الرقابة، فالمفتشية تراقب الإجراءات الشكلية أي الشروط القانونية ومدى توافر الإعتمادات المالية، فتراقب شروط إعلان الصفقة وكيفية تكوين اللجنة المكلفة بفتح الأظرفة، والعروض المقدمة وتقييمها، وتنفيذ الصفقة ومدى اختصاص الأمر بالصرف والمحاسب العمومي بصرف هذه النفقة وغيرها.

المطلب الثالث: المراقب المالي

يقصد بالمراقب المالي الموظف التابع لوزارة المالية (المديرية العامة للمزانية)، والذي يتم تعيينه بمقتضى قرار وزاري على مستوى كل وزارة أو ولاية، وتتمثل مهامه بمراقبة صحة عملية صرف النفقات العمومية من الناحية الشكلية كالتوقيع على الالتزام من طرف الأمر بالصرف المختص ووجود الإعتمادات المالية، والتحقق من صحة الفاتورة واستيفائها للشروط الشكلية، والسهل على الاستعمال المناسب والصحيح للإعتمادات وعدم تغيير تخصيصها. ولما كانت الصفقات العمومية عبارة عن نفقة عمومية، فإن المراقب المالي يتولى مراقبة صرفها. غير أن رقابة المراقب المالي لا تتجاوز رقابة النفقة دون مراقبة مشروعية إجراءات منحها.

صدر القانون رقم 84 - 17 والقانون 90-21¹ أساسا لتحديد أسلوب الرقابة على تنفيذ النفقة العامة، ولكن هذين القانونين لم ينصا على تحديد الأوضاع العامة المطبقة في مجال تنفيذ النفقات والعمليات المالية للدولة وفروعها، ولذلك جاء المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 لتنظيم الرقابة السابقة للعمليات المالية.

يعرف المراقب المالي بأنه موظف تابع لوزارة المالية يتم تعيينه من قبل الوزير المكلف بالمالية ويخضع في عمله للمرسوم التنفيذي 90 - 334 و هو ما ورد في المادة الثالثة من هذا المرسوم " تعتبر أسلاكاً خاصة بالإدارة المكلفة بالمالية الأسلاك الآتية ذكرها: . سلك المفتشين ، سلك المراقبين".

الفرع الأول: المراقب المالي، أهمية عمله، صلاحيته ومجال اختصاصه

يعتبر المراقب المالي من الموظفين السامين في الدولة و يتواجد على مستوى كل الولايات للقيام بمهمة الرقابة على تنفيذ النفقة العمومية، وتسمى الرقابة التي يقوم بها بالرقابة القبلية وهي تندرج ضمن الرقابة القبلية للالتزام بالصفقة. وفي إطار قيام المراقب المالي بعمله يقوم بإعلام المصالح بالأخطاء التي يقوم بها الأمرين بالصرف باعتباره المرشد والحارس على تنفيذ الميزانية.

وفي مجال الصفقات العمومية يظهر دور المراقب المالي الفعال في حماية المال العام من التلاعب والنظر في مدى احترام القوانين التي تحكم الصفقات العمومية، فرقابة المراقب المالي مهمة باعتبارها وسيلة متابعة لطرق استعمال المال العام والحفاظ عليه حتى لا يتم تبديده وتبذيره لأغراض شخصية

¹ قانون رقم 90 - 21 مؤرخ في 15 غشت 1990 و المتعلق بالمحاسبة العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 35 لسنة 1990

وفيما يخص صلاحياته، فقد حددت المادة التاسعة من المرسوم التنفيذي 92 - 414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها المراقبون الماليون في الرقابة القبليّة على الالتزام بالنفقات العمومية الخاضعة لذلك. فالمراقب المالي يراقب مدى شرعية النفقات الملتزم بها من ناحية الميزانية الخاصة دون أن يفحص ملائمتها لأن هذه الأخيرة من صلاحيات الأمرين بالصرف وحدهم .

كما حدد المرسوم التنفيذي 92 - 414 السلف ذكره في الفصل الثاني المعنون "شروط تسليم التأشيرة" مهام المراقب المالي فنصت المادة الخامسة منه على خضوع القرارات المتضمنة التزاما بالنفقات للمراقب المالي قبل التوقيع عليها، ونصت المادة السادسة على خضوع الالتزامات بالنفقات، التسيير والتجهيز أو الاستثمار لمراقبة المراقب المالي، كما نصت المادة السابعة على خضوع التزامات أخرى لرقابة المراقب المالي، وهو ما يجعلنا نلاحظ أن جل العمليات المالية بما فيها الصفقات العمومية تخضع لرقابة المراقب المالي .

وتخضع الصفقات العمومية لرقابة المراقب المالي بعد أن يتم التأشير عليها من طرف لجان الرقابة الخارجية وتوقع المصلحة المتعاقدة عليها. فوفقا لذلك أصبح المراقب المالي يتدخل لرقابة الصفقة وهي مشروع وليس كما كان عليه الأمر في السابق. فدور المراقب المالي أصبح فعالا إذ أن رقابته أصبح لها فائدة، فلا يتم إبرام الصفقة ولا تكون نهائية إلا بعد حصولها على تأشيرة المراقب المالي. وقد اتسع مجال تدخل المراقب المالي للتصدي لكل أشكال الفساد التي يمكن أن تحصل في هذا المجال وذلك حماية للمال العام.

وتبدأ مهام المراقب المالي بتسلم الملف المقدم له من قبل الأمر بالصرف والذي يتضمن كافة الوثائق التي تثبت توافر جميع العناصر التي يتطلبها القانون¹.

الفرع الثاني: آلية عمل المراقب المالي

نتطرق في هذا الفرع لمراحل قيام المراقب المالي برقابته حماية للمال العام، فبعد استلام المراقب المالي للملف من قبل الأمر بالصرف مرفقا بالوثائق اللازمة يقوم بالتحقق من توافر العناصر التي يتطلبها القانون والمحددة في المادة التاسعة من المرسوم التنفيذي 92 - 414 السالف ذكره والمتمثلة في :

1.صفة الأمر بالصرف ، فلا بد أن يكون تعامل المراقب المالي مع هذا الشخص، و يكون كذلك متى كان مكلفا بالقيام بالعمليات التالية :

• إعداد الإثبات لتكريس حق الدائن العمومي؛ تصفية الإيرادات التي تسمح بتحديد المبلغ الصحيح للديون الواقعة على المدين لفائدة الدائن العمومي والأمر بتحصيلها؛ إعداد الالتزام؛ تحديد المبلغ الصحيح للنفقات العمومية؛ تحرير الحوالات لدفع النفقات العمومية.

1. المطابقة التامة للقوانين والتنظيمات المعمول بها.

2. مدى توافر الاعتماد المالي الضروري لتنفيذ الصفقة.

3. التخصيص القانوني للنفقة.

¹ المادة الثامنة من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المؤرخ في 7 / 10 / 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58 بتاريخ 7 / 10 / 2010؛ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 167.

4 التحقق من مدى مطابقة المستندات المرفقة مع البيانات الواردة في ورقة الالتزام.

5 التأكد من وجود تأشيرة لجان الصفقات المختصة، وهي تأشيرة اللجان المنصوص عنها في تنظيم الصفقات العمومية.

وبعد ذلك يقوم المراقب المالي بفحص الملفات المقدمة إليه في أجل عشر أيام مع إمكانية تمديدتها إلى عشرون يوم في حالة الدراسة المعمقة للملف¹.

الفرع الثالث: تأشيرة المراقب المالي

يمنح المراقب المالي تأشيرته بعد التأكد من صحة العملية من الناحية الشكلية والموضوعية، أي من وجود العناصر السالف ذكرها، فعند توافرها يؤشر المراقب المالي بالقبول على السجل أو الوثيقة المثبتة للالتزام بالنفقة، في الحالة العكسية يقوم برفض التأشير عليها وهنا عليه أن يبين الأسباب (التعليق) في مدة لا تفوق عشرون يوما.

أولا. - حالة منح التأشيرة

يعبر منح التأشيرة من قبل المراقب المالي على صحة الصفقة وشرعيتها وسلامتها من الناحية الإجرائية وعلى توافرها على العناصر الجوهرية التي يجب أن تبني عليها الصفقة

¹ راجع المادة 14 من المرسوم التنفيذي 92 - 414 المؤرخ في 14 / 11 / 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها.

Manuel de contrôle des dépenses engagées, Ministère des Finance, D G B, Année 2007, pp. 107-108.

¹ لقد أكدت على ذلك المادة 07 من المرسوم التنفيذي 09 - 374 " تختم الرقابة السابقة للنفقات الملتمزم بها في هذا الإطار و بغض النظر عن تقييم ملائمة النفقة التي هي من مسؤولية المصلحة المتعاقدة بتأشيرة الجريدة الرسمية عدد 82 بتاريخ 1992

من الناحية القانونية والمالية. والتأشيرة هي عبارة عن طابع يوضع على كشف الالتزام و الوثائق الموجودة في الملف¹.

وبعد منح التأشيرة تصبح الصفقة قابلة للتنفيذ والتحويل إلى المحاسب العمومي لصرفها، غير أن الأمر المهم فيما يتعلق بمنح المراقب المالي للتأشيرة هو حالة ملاحظة هذا الأخير لنفاذ بعد التأشير على مشروع الصفقة، فهنا ليس له إلا أن يقوم بتبليغ كل من الوزير المكلف بالميزانية و رئيس لجنة الصفقات العمومية المختصة والأمر بالصرف عن طريق إشعار، وذلك يعني عدم إمكانية مخالفة تأشيرة لجان الرقابة الخارجية ، ولكن المشرع الجزائري وجد حلا لهذا المشكل في المرسوم الرئاسي رقم 12 - 23 عندما عدل المادة 166 وتفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي إلا في حالة معاينة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية". وهو ما يعني أن تأشيرة المراقب المالي لم تعد آلية كما كانت في السابق، فالمراقب المالي الآن أصبح يأخذ في الاعتبار تأشيرة لجان الرقابة الخارجية، وعند ملاحظته لعدم مطابقة هذه التأشيرة لأحكام تشريعية يمكنه تجاوزها برفض التأشير على الصفقة.

ثانيا. - حالة رفض المراقب المالي منح التأشيرة

بعد فحص المراقب المالي لملف الصفقة العمومية يكون له أن يمتنع عن وضع تأشيرته و بالتالي يرفض الالتزام بالنفقة و يكون هذا الرفض مؤقتا أو نهائيا .

¹ :سناطور خالد، الرقابة على النفقات العمومية، دراسة حول المفتشية العامة للمالية، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للإدارة، 2005 - 2006، ص 20-21؛ شويخي سامية، أهمية الاستفادة من الآليات الحديثة والمنظور الإسلامي في الرقابة على المال العام، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان، 2010 - 2011، ص 57.

آ. - حالة الرفض المؤقت

حددت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 92-414 حالات الرفض المؤقت ب :

1. اقتراح التزام مشوب بمخالفات للتنظيم قابلة للتصحيح
2. انعدام أو نقصان وثائق الإثبات
3. نسيان بيان مهم في الوثائق المرفقة

وهنا يرفض المراقب المالي مؤقتاً منح التأشيرة ويطلع الأمر بالصرف بهذا الرفض عن طريق مذكرة تتضمن كل الملاحظات التي عاينها ومراجعة للنصوص المتعلقة بالملف والتي لم يتم احترامها هو ما تسبب في رفض منح التأشيرة .

ب . - حالة الرفض النهائي

حددت المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 92 - 414 حالات رفض الالتزام بالنفقة نهائياً من قبل المراقب المالي وهي : عدم مطابقة اقتراح الالتزام للقوانين و التنظيمات المعمول بها؛ وعدم توفر الاعتماد المالي الكافي لإبرام الصفقة؛ وعدم احترام الأمر بالصرف للملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت.

وهنا يقوم المراقب المالي بإرسال نسخة من الملف مرفقا بتقرير مفصل إلى الوزير المكلف بالميزانية الذي يمكنه إعادة النظر في الرفض الصادر عن المراقب المالي. ولكن حتى في هذه الحالة فقد منح المشرع الجزائري الأمرين بالصرف إمكانية التغاضي عن موقف المراقب المالي و إصدار مقرر التغاضي وهو امتياز منحه المشرع للأمر بالصرف بموجبه ينقل الصفقة مباشرة إلى المحاسب العمومي ليأمر بصرفها رغم رفض المراقب المالي التأشير عليها نهائياً. وفي هذه الحالة لا يملك المراقب المالي سوى أن يصدر تأشيرة

الأخذ بالحسبان تتضمن معلومات و رقم و تاريخ التجاوز حتى يبرئ نفسه من أي مسؤولية، ثم يقوم بإرسال ملف الالتزام الذي كان موضوع التفاوضي إلى الوزير المكلف بالميزانية مرفقا بتقرير مفصل ليتم تنبيه الوزير بجميع جوانب الملف، كما يتم إرسال الملف إلى كل هيئات الرقابة المؤهلة

وقد منع المشرع استعمال الأمر بالصرف لمقرر التفاوضي في حالات محددة وهي: غياب صفة الأمر بالصرف؛ عدم توفر الاعتمادات أو انعدامها؛ انعدام التأشيرات أو الآراء المسبقة المنصوص عليها في التنظيم المعمول به؛ انعدام وثائق الإثبات؛ التخصيص غير القانوني للالتزام. والحقيقة، فإن مقرر التفاوضي الذي يقوم به الأمر بالصرف هو تقنية قانونية نتائجها وخيمة وأهمها هدم كل الجهود من أجل مكافحة الفساد.

المطلب الرابع: رقابة المحاسب العمومي للصفقات العمومية

بعد حصول الصفقة على تأشيرة المراقب المالي يأتي دور المحاسب العمومي، فلا يمكن صرف النفقة العمومية إلا بعد إخضاعها لرقابة المحاسب العمومي، وتشكل هذه الرقابة وجه آخر للرقابة المالية يكمل رقابة المراقب المالي ولا يقل أهمية عنه. وعرفت المادة الأولى من القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15 / 08 / 1990 والمتعلق بالمحاسبة العمومية المحاسبة العمومية بأنها الأحكام التنفيذية العامة التي تطبق على الميزانيات والعمليات المالية. فرقابة المحاسب العمومي هي مجموعة من التحقيقات والفحوصات التي يقوم بها أثناء تنفيذه للنفقة (دفع مبلغ الصفقة) للتأكد من شرعيتها، فهي إذن رقابة مرافقة لتنفيذ النفقة العمومية و يتطلب الأمر أن يقوم بها شخص مؤهل لذلك.

الفرع الأول : مسؤولية المحاسب العمومي

نصت المادة 38 من القانون 90-21 السالف ذكره على قيام مسؤولية المحاسب العمومي الشخصية والمالية على جميع العمليات الموكلة إليه، كما تطبق على جميع

مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية

عمليات القسم الذي يديره ابتداء من تاريخ تنصيبه إلى غاية تاريخ انتهاء مهامه. وعليه، تقوم المسؤولية المالية للمحاسب العمومي متى ثبت وجود نقص في الأموال أو القيم بسبب وجود خلل في الحسابات، ففي هذه الحالة يلتزم المحاسب المأخوذ بمسؤوليته المالية بتسديد مبلغ يساوي البواقي الحسابية المكلف بها من أمواله الخاصة.

وتكون مسؤولية المحاسب العمومي شخصية متى ارتكب مخالفات في تنفيذ العمليات المشار إليها في كل من المادة 35 و36 من القانون رقم 90-21 السالف ذكره. كما تقوم مسؤولية المحاسب العمومي الشخصية والمالية عن مسك المحاسبة العمومية والمحافظة على سندات الإثبات ووثائق المحاسبة وعن جميع العمليات المبينة في المادة 35 و36 من نفس القانون السالف ذكره وما يهمنها هو مجال الصفقات العمومية أي نص المادة 36.

وقد نصت المادة 1/46 من نفس القانون (قانون رقم 90-21) بأن إقحام المسؤولية الشخصية والمالية للمحاسب العمومي يكون من طرف وزير المالية أو مجلس المحاسبة. ويمكن أن يستفيد المحاسب العمومي من إعفاء جزئي من المسؤولية متى قدم طلب إلى مجلس المحاسبة، وفي حال عدم تقديمه لهذا الطلب أو رفض طلبه كلياً أو جزئياً له أن يطلب من الوزير المكلف بالمالية إبراء رجائي من المبالغ المتروكة على عاتقه، ويقوم الوزير المكلف بمنح هذا الإبراء بعد استشارة لجنة المنازعات، ثم تتحمل بعدها ميزانية الهيئة المعنية المبالغ موضوع الإعفاء الممنوح أو الإبراء الرجائي.

الفرع الثاني: تقييم رقابة المحاسب العمومي

يتواجد المحاسب العمومي كما ذكرنا على مستوى جميع الإدارات التابعة للدولة ويقوم بممارسة رقابته قبل القيام بعملية دفع النفقات على أجهزة الدولة وعلى جميع تصرفاتها المالية المتعلقة بتنفيذ هذه النفقات، ولذلك فإن لهذا الموظف مهمة مزدوجة فهو من جهة يقوم بتنفيذ النفقات العمومية. ومن جهة أخرى وفي نفس الوقت يمارس الرقابة على هذه النفقات، فرقابته هي رقابة مرافقة لعملية التنفيذ.

وقد منحت للمحاسب العمومي اختصاصات واسعة كما ذكرنا تتعدى حدود المحاسبة المادية، وفيما يتعلق بالرقابة على الصفقات العمومية يلتزم المحاسب العمومي وقبل قبوله لأي صفقة أن يتحقق من توافر العناصر التالية: مطابقة عملية الإنفاق للقوانين والتنظيمات المعمول بها؛ والتأكد من صفة الأمر بالصرف أو المفوض عنه؛ وتوافر الاعتمادات؛ والتأكد من عدم وجود معارضة للدفع؛ والتأكد من وجود تأشيرات عمليات المراقبة؛ والطابع الابرائي للدفع (أي التحقق من صلاحية الدفع).

وبعد تأكد المحاسب العمومي من توافر العناصر المنصوص عنها في المادة 36 من القانون 90 - 21 السالف ذكره يتخذ المحاسب العمومي أحد القرارات التالية:

آ. - الموافقة على صرف النفقة وذلك بتحرير صك خزينة أو بريدي لفائدة الدائن ليتم بعدها تدوين العملية في مختلف السجلات المحاسبية.

ب. - رفض صرف النفقة، فبعد تأكد المحاسب العمومي من توافر أو عدم توافر العناصر المنصوص عنها في المادة 36 يمكن له إصدار قرار برفض دفع النفقة، وعليه هنا أن يبرر قرار رفضه بالأسباب والملاحظات التي جعلته يصدره وهنا تكون المصلحة المتعاقدة أمام أمرين:

1. القيام بتصحيح المخالفات والأخطاء المادية ليتم بعد ذلك دفع النفقة

2. اتخاذ إجراءات التسخير، وهو إجراء مشابه لمقرر التجاوز عند صدور قرار رفض تأشيرة لجان الصفقات العمومية ولحالة التغاضي عند رفض التأشيرة من قبل المراقب المالي، فالتسخير هو الإجراء الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة عندما يوقف المحاسب العمومي عملية دفع النفقة، فيتم الدفع بطلب من هذه المصالح على أن تتحمل مسؤوليتها. وهنا يلتزم المحاسب العمومي الممثل لعملية التسخير أن يقدم تقرير بذلك إلى

مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية

الوزير المكلف بالمالية خلال 15 يوم يذكر فيه أسباب الرفض ليبرئ نفسه وينقل المسؤولية الكاملة للأمر بالصرف (الشخصية و المالية)¹.

¹ زيوش رحمة، الميزانية العامة للدولة، رسالة دكتوراه في القانون ، جامعة تيزي وزو، 2011. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو، 2013.

الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية

♦ قارة تركي إلهام

الملخص:

الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية، هي رقابة غير مباشرة ولاحقة على إبرام وتنفيذ هذا النوع من العقود الإدارية، خاصة وأن الصفقات العمومية تعد المجال الخصب لظاهرة الفساد الإداري بأنواعه المتعددة بسبب إساءة استعمال الصفقات العمومية وإخلال الموظف العام بواجب النزاهة، مما يترتب أضرارا خطيرة لما فيها من اعتداء على المال العام ونزاهة الوظيفة العامة، هذا يشكل ما يعرف بجرائم الصفقات العمومية.

وللوقاية من الفساد ومكافحته أنشأ المشرع الجزائري جهازين هما مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية ، يتوليان بصفة غير مباشرة مهمة الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية، بحيث تنتوع الآليات والأدوات التي يتدخل بها كل جهاز في إطار ممارسته لمهمته الرقابية (مراقبة حسن تسيير الموارد المالية والتدقيق فيها وتقييمها، التحقيق، التفتيش والفحص، الخبرة، إعداد التقارير) ، إلا أن رقابة مجلس المحاسبة تعد أكثر فاعلية لتمتع هذا الجهاز بالطابع الإداري والقضائي، هذه الأخيرة تمنح نوعا من الاستقلالية لهذا الجهاز بالإضافة إلى الاتصال بجهاز العدالة من خلال إحالة الملف إلى النيابة العامة هذا ما يساعد على ملاحقة وردع جرائم الفساد التي تمس بالصفقات العمومية، في حين المفتشية العامة للمالية فهي تابعة للسلطة السلمية الممثلة في وزارة المالية.

الكلمات المفتاحية:صفقة عمومية، فساد إداري، موظف عام، رقابة مالية، مجلس

محاسبة، المفتشية العامة للمالية،

♦ طالبة دكتوراه تخصص قانون عام

Résumé:

Le contrôle financier ultérieur sur les marchés publics, c'est la censure indirecte et à la suite de la conclusion et la mise en œuvre de ce type du contrat administratif, surtout que les marchés publics sont une région fertile du phénomène de la corruption, dont ces multiples types, en raison de l'abus des transactions publiques et violation de l'obligation de l'intégrité des employés du secteur public, cela organise de graves dommages à cause de l'atteinte à l'intégrité des fonds publics et de la fonction publique, c'est un soi-disant crimes de marches publics.

Pour prévenir et combattre la corruption, le législateur algérien à créer deux dispositifs, le conseil de comptabilité et l'inspection générale des finances, ils surveillent indirectement et ultérieurement les marchés publics, ou leurs mécanismes et outils sont varier dans l'exercice de leurs missions de surveillances (surveiller la conduite de ressources financier, audit, évaluation, inspection, préparation des rapports). Toutefois, le contrôle de la cour des compte est le moyen le plus efficace à cause de la nature administrative et judiciaire, cette dernière donne une sorte d'indépendance pour ce dispositif, en plus sa relation avec la justice en se référant le dossier au procureur de la république, cela permet de poursuivre et de décourager les crimes de corruption qui touchent les marchés publics. Alor que l'inspection générale des finances, elle est filiale à l'autorité pacifique représentée par le ministère des finances.

Mots-clés: Marchés publics, corruption administrative, agent public, contrôle financier, cour des comptes, IGF,

Summary :

Subsequent financial control over public transactions, is indirectly controlled and later on the conclusion and implementation of this type of administrative contracts, Especially that this Public transactions are fertile area of the phenomenon of corruption multiple types because of the misuse of public transactions and breach of public employee duty of fairness, which arranges serious damage to the of assault on public money and the integrity of public office, this is called crimes of public transactions

To prevent and combat corruption , the Algerian legislature established the two devices : the Accounting Council and the General Inspectorate of Finance, they will indirectly subsequent financial control over public transactions, So varied mechanisms and tools that interfere with each device in the exercise of his mission control (control of good conduct of financial resources and the scrutiny and evaluation, investigation, inspection, examination, experience, preparation of reports), However, the control of Accounting Council is the most effective way to enjoy this device administrative and judicial character, the latter to cool it a bit of autonomy on the device as well as connect to justice by referring the file to the public prosecutor This helps to prosecute and deter crimes of corruption affecting public transactions, while General Inspectorate of Finance it is a subsidiary to a peaceful authority represented in the Ministry of Finance.

Keywords: public transactions, administrative corruption, public office, financial control, Accounting Council, General Inspectorate of Finance.

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية المجال الخصب للفساد الإداري والمالي¹، هذا الأخير يرتبط بفكرة أساسية هي فكرة الربح والإثراء على حساب المال العام والخدمات العامة، ويعود ذلك إلى كون الصفقات العمومية أهم القنوات المستهلكة للأموال العامة، ومن الوسائل الهامة في تلبية الحاجات العمومية وخدمة الصالح العام، فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمال العام.

وأمام كثرة إساءة استعمال الصفقات العمومية وإخلال الموظف العام بواجب النزاهة مما يترتب أضراراً خطيرة لما فيها من اعتداء على المال العام ونزاهة الوظيفة العامة، هذا يشكل ما يعرف بجرائم الصفقات العمومية.

وللوقاية من الفساد ومكافحته أنشأ المشرع الجزائري هيأت إدارية تتولى بصفة مباشرة ذلك (الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته)، أو بصفة غير مباشرة بواسطة الرقابة المالية اللاحقة على إبرام الصفقة وتنفيذها²، على أن هذه الرقابة يتولى القيام بها جهازين هما مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية.

¹ - الفساد في اللغة هو ضد الصلح، والفساد لغة هو البطلان، فيقال فسد الشيء أي بطل واضمحل وأنه يفيد الخروج عن الاعتدال، وأن المفسدة ضد المصلحة، وأن الاستفساد ضد الاستصلاح؛ انظر في تعريف الفساد: د. عصام أحمد البهجي، الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2014، ص. 214 وما يليها.

أما عن الفساد الإداري والمالي، فقد عرف الأول بأنه تلك الانحرافات الإدارية والوظيفية أو التنظيمية التي تصدر عن الموظف العام أثناء تأديته لمهامه، فهو انحراف أخلاقي على المستوى الإداري، من خلال أخذ الرشاوى والاختلاس والغش والتزوير والتهرب الضريبي وبيع أموال الدولة لتحقيق المصالح الشخصية، أي في شكل انحرافات مالية وهو ما يسمى بالفساد المالي؛ أنظر إلى: أحمد مصطفى محمد معبد، الآثار الاقتصادية للفساد الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2012، ص. 22. 23.

² - يقصد بالرقابة المالية كل عملية إشراف وفحص ومراجعة من جانب سلطة أعلى لها هذا الحق للتعرف على كيفية سير العمل داخل الوحدة، الغرض منها التأكد من حسن استعمال الأموال العامة في الأغراض

الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية

فما هو دور كل من مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية في الرقابة على الصفقات العمومية؟ وما مدى هذه الرقابة؟.

إن الإجابة على الإشكاليات المطروحة تكون في مبحثين:

الأول: رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية.

الثاني: رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية.

المبحث الأول: رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية

يعد مجلس المحاسبة مؤسسة دستورية، إذ انشأ لأول مرة بموجب دستور 1976 في المادة 170 منه، ليتم تأسيسه بموجب القانون رقم 80-105¹، كما كرسه بعد ذلك دستور 1989 في مادته 160، ثم دستور 1996 وكذلك التعديلات التي طرأت عليه²، التي نصت المادة 170 منه على ما يلي: "يؤسس مجلس المحاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة

المخصصة لها ومن أن الموارد تم تحصيلها وفقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها، والتأكد من مدى تحقيق المشروع لأهدافه من أجل المحافظة على الأموال العامة، وكذلك الكشف عن المخالفات والانحرافات والبحث عن الأسباب التي أدت إلى ذلك واقتراح وسائل علاجية حتى يتقضى وقوع ذلك مستقبلا؛ أنظر إلى : شويخي سامية، أهمية الاستفادة من الآليات الحديثة والمنظور الإسلامي في الرقابة على المال العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في تسيير المالية العامة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، 2010-2011، ص.47.

¹ - القانون رقم 80-05 المؤرخ في 1 سبتمبر 1980، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، ج ج، ع 20، سنة 1980.

² - دستور 1996، ج ر، ج ج، ع 76، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 افريل 2002، ج ر، ج ج، ع 25، الصادرة في 14 افريل 2002، والمعدل بالقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر، ج ج، ع 63، الصادرة في 16 نوفمبر 2008.

والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية"، إذ أنه طبقا لهذه المادة يمارس مجلس المحاسبة رقابته المالية اللاحقة على جميع الهيآت التي تستعمل في نشاطها الأموال العامة¹.

وما يلاحظ أنه بموجب القانون 90-32² تخلى مجلس المحاسبة عن وظيفته القضائية التي كان يتمتع بها، لينفرد بذلك بالاختصاص الإداري فقط، إلا أنه وبموجب الأمر 95-20³ سمي مجلس المحاسبة بالمؤسسة العليا للرقابة المالية لأموال الدولة وجماعاتها المحلية وكذا المؤسسات العمومية ويكلف بالرقابة البعدية كما استعاد وظيفته القضائية، بالإضافة إلى تمتعه بالاستقلالية الكاملة.

يتمتع مجلس المحاسبة في مهمته الرقابية بصفة عامة وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة بمجموعة من الصلاحيات (المطلب الأول)، على أن المشرع الجزائري منحه طرق ووسائل متعددة لممارسته هذه الرقابة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صلاحيات مجلس المحاسبة

من أجل تجسيد الاستعمال الفعال والصارم للموارد والوسائل المادية والأموال العمومية، من خلال التأكد من الاستعمال المنتظم لها، يتمتع مجلس المحاسبة بصلاحيات

¹- زورزوليجة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، قانون جنائي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012، ص. 206.

²- القانون رقم 90-32 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، ج ج، ع 30، سنة 1990.

³- الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، ج ج، ع 39، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر، ج ج، ع 50، الصادر في سبتمبر 2010.

الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية

واسعة¹، إذ انه طبقا لنص المادة 60 من الأمر 95-20 المعدل والمتمم يكلف مجلس المحاسبة في ممارسة الصلاحيات الإدارية المخولة إياه برقابة حسن استعمال الهيآت الخاضعة لرقابته² للموارد والأموال و القيم والوسائل المادية العمومية وتقييم نوعية تسييرها من حيث الفعالية والأداء والاقتصاد، ويوصي في نهاية تحرياته وتحقيقاته بكل الإجراءات التي يراها ملائمة من أجل ذلك.

الفرع الأول: مضمون الرقابة التي يمارسها مجلس المحاسبة في إطار الصلاحيات المخولة له

يتولى مجلس المحاسبة في إطار الصلاحيات التي يمارسها ما يلي:

أولاً: التدقيق في حسابات الهيآت العمومية، وكذا التأكد من مدى سلامة الأرقام والبيانات الواردة في الميزانية والحسابات الختامية للمؤسسات.

ثانياً: يراقب المعاملات خاصة المتعلقة بالإنفاق العام والإيرادات العامة التي تقوم بها الجهة الخاضعة للرقابة.

¹ - بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2013-2014، ص.189.

² - تتمثل هذه الهيآت في: مصالح الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات والمرافق العمومية، المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي تكون أموالها أو مواردها أو رؤوس أموالها كلها ذات طبيعة عمومية، وذلك طبقاً لنص المادتين 7 و8 من الأمر 95-20، إلا أن هذه الأخيرة تمتت بفقرة ثانية بموجب الأمر 10-02 إذ استتنت البنك المركزي من رقابة مجلس المحاسبة.

ثالثاً: ضبط وكشف المخالفات وجرائم الفساد¹.

الفرع الثاني: التقرير السنوي لمجلس المحاسبة

يعد مجلس المحاسبة تقريراً يحتوي على المعايينات والملاحظات والتقييمات التي قام بها، على أن ترسل تلك التقارير إلى المصالح والهيئات المعنية وإلى السلطة السلمية أو الوصية إذا اقتضى الأمر ذلك، وهذا ليقدموا إجاباتهم وملاحظاتهم لكي يقوم مجلس المحاسبة بضبط تقييمه النهائي والذي على أساسه يصدر التوصيات والاقتراحات حتى يتم تحسين فعالية ومردودية التسيير لتلك المصالح والهيئات ويرسلها بعد ذلك إلى مسئوليتها والوزراء والسلطات الإدارية المعنية². على أن يرسل مجلس المحاسبة التقرير السنوي إلى رئيس الجمهورية وينشر كلياً أو جزئياً في الجريدة الرسمية³.

المطلب الثاني: طرق ممارسة مجلس المحاسبة لرقابته على الصفقات العمومية

تنص المادة 14 من الأمر 95-20 المعدل والمتمم على ما يلي: "يمارس مجلس المحاسبة رقيبته على أساس الوثائق المقدمة أو في عين المكان، فجائياً أو بعد التبليغ، ويتمتع في هذا الصدد بحق الاطلاع وبصلاحيات التحري المنصوص عليها في هذا الأمر"، فعلى أساس ذلك تتمثل الوسائل التي يحوزها مجلس المحاسبة في ممارسته لصلاحياته الرقابية في : التفتيش والتحري(الفرع الأول)، التدقيق والفحص(الفرع الثاني)، إحالة الملف إلى النيابة العامة(الفرع الثالث) والإخطار(الفرع الرابع) .

¹ - خصري حمزة، الرقابة من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، جامعة تيزي وزو، يومي 10-11 مارس 2009، ص.59.

² - المادة 73 من الأمر 95-20 المعدل والمتمم، السالف ذكره.

³ - المادة 16 من الأمر 95-20 المعدل والمتمم.

الفرع الأول: التفتيش والتحري

من أجل تسهيل رقابة مجلس المحاسبة المالية والمحاسبية، أو الرقابة اللازمة لتقييم تسيير المصالح أو الهيآت الخاضعة لرقابته، فإنه يحق للمجلس أن يطلب الاطلاع على كل الوثائق التي تسهل له ذلك، كما له أن يجري كافة التحريات الضرورية من أجل الاطلاع على المسائل المنجزة عن طريق الاتصال مع إدارات ومؤسسات القطاع العام مهما كانت الجهة التي تعاملت معها¹.

وإذا تعلق الأمر بالاطلاع على وثائق أو معلومات يمكن أن يؤدي إفشاؤها إلى المساس بالدفاع أو الاقتصاد الوطنيين، فإنه يتعين على مجلس المحاسبة اتخاذ كل الإجراءات الضرورية من أجل ضمان الطابع السري المرتبط بهذه الوثائق أو المعلومات وبناتج التدقيقات أو التحقيقات التي يقوم بها، على أن نفس الإجراءات تطبق وتتخذ من أجل الحفاظ على الأسرار التجارية والصناعية للمؤسسات والهيئات الخاضعة للرقابة².

وفي إطار ممارسة مجلس المحاسبة لرقابته عن طريق التفتيش والتحري له أن يصدر غرامات مالية ضد المحاسب المتسبب في تأخير إيداع حسابات التسيير أو عدم إرسال الوثائق والمستندات الثبوتية أو عدم تدعيمها، التي تتراوح بين 5.000 د.ج و 50.000 د.ج، كما يمكن لمجلس المحاسبة أن يرسل إلى المحاسب أمرا بتقديم حسابه في الأجل الذي يحدده له، وبانقضاء هذا الأجل يطبق المجلس إكراهها ماليا على المحاسب قدره 500 د.ج عن كل يوم تأخير لمدة لا تتجاوز 60 يوما، وبانقضاء الأجل المذكور يمكن أن يعرض المحاسب الذي رفض تقديم أو إرسال الحسابات والمستندات والوثائق إلى مجلس المحاسبة

¹ - المادة 55 والمادة 58 من نفس الأمر.

² - المادة 59 الفقرتين: 2- 3 من الأمر السالف ذكره.

عند إجراء التحقيقات والتدقيقات للعقوبات المنصوص عليها في المادة 43 من قانون الإجراءات الجزائية¹.

كما يمكن لمجلس المحاسبة أن يعاقب على كل مخالفة لقواعد الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية المنصوص عليها في المادة 88 من الامر 95-20 بغرامة على أن لا تتجاوز المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه العون المعني عند تاريخ ارتكاب المخالفة².

وفي مجال مكافحة الفساد، يعاقب مجلس المحاسبة كل عون أو مسئول أو ممثل أو قائم بالإدارة في هيئة عمومية خاضعة لرقابته، الذي خرق حكما من أحكام التشريع أو التنظيم أو تجاهل التزامه لكسب امتياز مالي أو عيني غير مبرر لصالحه أو لغيره على حساب الدولة أو هيئة عمومية، بغرامة يقدر حددها الأقصى ضعف المبلغ السالف ذكره أعلاه³.

الفرع الثاني: التدقيق والفحص

التدقيق هو من الأساليب المعتمدة من قبل مجلس المحاسبة في مهمته الرقابية، وذلك بأن يدقق في المستندات أو السجلات أو الوثائق التي يرى بأنها ضرورية لأداء مهمته الرقابية. وأما عن التدقيق الذي يقوم به المجلس في إطار رقابته على الصفقات العمومية فإنها تتعلق بتحديد وضعية المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة وكذلك على ظروف تنفيذها⁴.

¹ - المادة 61 المعدلة بالأمر 10-02 السالف ذكره.

² - المادة 89 من الأمر 10-02 المذكور أعلاه.

³ - المادة 91 المعدلة بالأمر 10-02.

⁴ - بن بشير سهيلة، مرجع سابق، ص.194.

الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية

فرقابة المجلس هنا تتعلق برقابة شرعية إجراءات إبرام الصفقات العمومية، على أن التدقيق والفحص يتمحور حول:

أولاً: التأكد من أن الدعوة إلى المنافسة تتضمن العناصر التي تسمح باحترام دفتر الشروط وتحدد الشروط التي تبرم وتنفذ فيها الصفقة واحترام البيانات الإلزامية المحددة في المادة 46 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم¹.

ثانياً: التأكد من أن المصلحة المتعاقدة قد أخذت كل الاحتياطات التي تمكنها خلال تحليل محضر لجنة تقييم العروض من اتخاذ القرار المناسب حول المتعهد المقبول.

ثالثاً: التأكد من أن البنود التعاقدية الإلزامية موجودة في الصفقة المبرمة كما هو منصوص عليها في المادة 62 من المرسوم المنظم للصفقات العمومية السالف ذكره.

رابعاً: التأكد من أن تنفيذ الصفقة هو موضوع متابعة صارمة من الناحيتين التقنية والمالية، وذلك من خلال التحقق من مدى احترام:

-شروط وأجال تنفيذ الصفقة.

-شروط وطرق الدفع.

-البنود المتعلقة بمراجعة الأسعار.

-تطبيق غرامات التأخير وتبرير حالات الإعفاء المحتملة.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 20 شوال 1431 الموافق ل7 أكتوبر 2010 يتضمن الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013، ج ر، ج ج، ع2، لسنة 2013.

-التسوية المالية قد تمت بناء على وثائق تبريرية.

-الشروط العامة للاستلام قد تم احترامها¹.

الفرع الثالث: إحالة الملف إلى النيابة العامة

إذا لاحظ مجلس المحاسبة أثناء ممارسة رقابته وقائع يمكن وصفها وصفا جزائيا، فانه يرسل الملف إلى النائب العام المختص إقليميا بغرض المتابعات القضائية، على أن يطلع وزير العدل بذلك، كما يشعر الأشخاص المعنيين والسلطة التي يتبعونها بهذا الإرسال².

الفرع الرابع: الإخطار

إذا لاحظ مجلس المحاسبة أثناء قيامه بمهمته الرقابية وقائع من شأنها أن تبرر دعوى تأديبية ضد مسئول أو عون تابع لهيئة عمومية خاضعة لرقابته استنادا إلى الوضع القانوني لهذا الأخير، فانه يخطر الهيئة ذات السلطة التأديبية ضد المسئول أو العون المعني بهذه الوقائع، على أن تعلم هذه الهيئة المجلس بالردود المتعلقة بهذا الإخطار³.

المبحث الثاني: رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية

أنشأت المفتشية العامة للمالية لأول مرة بموجب المرسوم رقم 80-50 الذي حدد تنظيم هذه المفتشية وسيرها وصلاحياتها⁴، إلا أن أحكام هذا المرسوم ألغيت جميعها ماعدا

¹ - بن بشير سهيلة، مرجع سابق، ص. 194.195.

² - المادة 27 من الأمر 95-20 المعدل والمتمم، السالف ذكره.

³ - استحدثت آلية الإخطار بموجب المادة 27 مكرر المتممة للمادة 27 في إطار الأمر 10-02 السالف الذكر.

⁴ - شويخي سامية، المرجع السابق، ص. 63.

الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية

المادة الأولى منه وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-78¹، إلا أنه حل محل هذا الأخير المرسوم التنفيذي رقم 08-272 الذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية².

إن تنظيم المفتشية العامة للمالية يكون على المستويين المركزي والجهوي (المطلب الأول)، كما تتمتع بمجموعة من الصلاحيات بواسطة آليات تمكنها من الرقابة على الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنظيم المفتشية العامة للمالية

إن دراسة تنظيم المفتشية العامة للمالية يكون على المستوى المركزي (الفرع الأول)، ثم على المستوى الجهوي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنظيم المركزي للمفتشية العامة للمالية

يخضع التنظيم الهيكلي المركزي للمفتشية العامة للمالية لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 08-273³، إذ يديرها رئيس المفتشية العامة للمالية وذلك تحت سلطة الوزير المكلف بالمالية، على أن يساعده مديران للدراسات طبقاً لنص المادتين 2 و 3 من المرسوم التنفيذي السالف ذكره. كما تظم المفتشية هياكل ووحدات التي تتمثل في:

- هياكل عملية للرقابة والتدقيق والتقييم.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 92-78 المؤرخ في 18 شعبان 1412 الموافق لـ 22 فبراير 1992، يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، ج ر، ج ج، ع 15، سنة 1992.

² - المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 6 رمضان 1429 الموافق لـ 6 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج ر، ج ج، ع 50، الصادر في 7 سبتمبر 2008.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 08-273 المؤرخ في 6 رمضان 1429 الموافق لـ 6 سبتمبر 2008، يتضمن التنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر، ج ج، ع 50، الصادر في 7 سبتمبر 2008.

-وحدات عملية.

-هياكل دراسات وتقيس وتسيير وإدارة، والتي تضم مجموعة من المديرية طبقا لنص المادة 4 من ذات المرسوم.

الفرع الثاني: التنظيم الجهوي للمفتشية العامة للمالية

يقصد بالتنظيم الجهوي للمفتشية العامة للمالية تنظيم المصالح الخارجية لهذه المفتشية، ويخضع ذلك لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 08-274¹، إذ تهيكّل هذه المصالح في شكل مفتشيات جهوية، على أن تكون هذه الأخيرة خاضعة لسلطة رئيس المفتشية العامة للمالية، ولقد حددت المادة 2 من المرسوم السالف ذكره مقر هذه المفتشيات والتي عددها هو 10 مفتشيات.

يدير كل مفتشية جهوية مدير جهوي الذي يمارس سلطته السلمية على المستخدمين التابعين للمفتشية التي يديرها، طبقا لنص المواد: 4 و 5 من ذات المرسوم. كما تتكون المفتشية من وحدات عملية ومكلفين بالتفتيش، إلا أن عدد هؤلاء المكلفين يختلف من ولاية إلى أخرى أي من مفتشية إلى أخرى كما هو محدد في نص المادة 6 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-274.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 08-274 المؤرخ في 6 رمضان 1429 الموافق لـ 6 سبتمبر 2008، يحدد تنظيم المفتشيات العامة الجهوية للمالية وصلاحياتها، ج ر، ج ج، ع 50.

المطلب الثاني: مهام المفتشية العامة للمالية

تتمثل تدخلات المفتشية العامة للمالية بصفة عامة وفي مجال إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها بصفة خاصة في الرقابة، التدقيق والتقييم، التحقيق، التفتيش والفحص، الخبرة¹ (الفرع الأول)، على أن تحتم تدخلاتها بإعداد التقارير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدخلات المفتشية العامة للمالية

كما سبق الإشارة له تتمثل تدخلات المفتشية العامة للمالية في الرقابة، التدقيق، التقييم، التحقيق، التفتيش والفحص، المعاينة وهذا ما سيتم التطرق له تبعا.

أولا: المراقبة

تتمثل المراقبة التي تقوم بها المفتشية العامة للمالية في الرقابة على التسيير المحاسبي والمالي لتلك الهيآت المحددة في المادة 2 من المرسوم 272-08. كما تشمل المراقبة رقابة استعمال الموارد التي جمعتها الهيآت والجمعيات مهما كانت أنظمتها القانونية بمناسبة الحملات التضامنية .

بالإضافة إلى ذلك تمارس المفتشية العامة للمالية رقابتها على المساعدات المالية التي يستفيد منها الأشخاص المعنوية الأخرى من الدولة أو جماعاتها المحلية أو هيئة عمومية بصفة تساهمية أو في شكل إعانة أو قرض أو تسبيق أو ضمان².

¹ - انظر المواد: 2، 3، 4، 5 من المرسوم التنفيذي رقم 272-08.

² - المادة 3 الفقرتين 1 و 2 من ذات المرسوم التنفيذي .

ثانياً: التقييم والتدقيق

تتمثل التدقيقات والتقييمات التي تقوم بها المفتشية العامة للمالية¹ في الأمور التالية:

-تقييم أداء أنظمت الميزانية.

-التقييم الاقتصادي والمالي لنشاط شامل أو قطاعي أو فرعي أو لكيان اقتصادي.

-التدقيق أو الدراسات أو التحقيقات أو الخبرات ذات الطابع الاقتصادي أو المالي أو المحاسبي.

-تقييم شروط تسيير واستغلال المصالح العمومية من طرف المؤسسات الامتيازية، مهما كان نظامها.

-تقييم شروط تنفيذ السياسات العمومية وكذا النتائج المتعلقة بها.

-تقييم تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية والتنظيم الهيكلي، من ناحية تناسقها وتكيفها مع الأهداف المحددة.

ثالثاً: التفتيش والفحص

تقوم المفتشية العامة برقابة موسعة، وبتفتيش مصالح الإدارات والهيآت الموضوعة تحت وصاية الوزير المكلف بالمالية، وكذلك تقدير نشاط وفعالية المصالح الرقابية التابعة له.

¹ - المادة 4 من المرسوم السالف ذكره.

الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية

وفي إطار تنسيق نشاطات المفتشية العامة للمالية مع نشاطات المفتشيات العامة للدوائر الوزارية وبالنسبة لاحتياجات تدخلاتها لدى تلك المصالح، يمكن للمفتشية العامة للمالية أن تطلب أية معلومة أو تقرير أو مستند من شأنه إيضاح مسألة أو قضية سبق أن عالجتها المفتشية العامة للدائرة الوزارية المعنية.

تكون هذه الفحوص فجائية في عين المكان وعلى الوثائق ، وفي حالة ما إذا تعلق الأمر بعمليات الفحص على عمليات محاطة بسر الدفاع الوطني تكون تحريات المفتشية العامة للمالية بواسطة رسالة مهمة مشتركة بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالدفاع الوطني¹.

رابعاً:التحقيق

في إطار قيام المفتشية العامة للمالية بالتحقيق، يمكن لوحدها العملية التقرب من مسؤولي الإدارات والهيئات العمومية والجهات الأخرى، وكذا الأعوان الموضوعين تحت سلطتهم، من أجل الاطلاع على كل المستندات و المعلومات المتعلقة بالجهة التي هي موضوعا للتدخل، وذلك طبقاً لنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272.

خامساً:المعاينة

إذا اقتضى الأمر، تقوم المفتشية العامة للمالية بمعاينة حقيقة الخدمة المنجزة، إذ أنه بهذه الصفة لها الحق في أن تقوم بمراجعة جميع العمليات التي أجراها المحاسبون باستثناء الحسابات التي تمت تصنيفها نهائياً.

وفي حالة وجود ثغرات أو تأخيرات يطلب مسئولو الوحدات العملية للمفتشية من المسيرين المعنيين القيام دون تأخير بأعمال تحيين هذه المحاسبة أو أن يتم إعادة ترتيبها.

¹ - أنظر إلى المواد : 11، 12، 14، 16 من ذات المرسوم.

على أن يحرر محضر قصور في حالة عدم وجود المحاسبة أو تأخيرها أو أنها تعرف اختلالا لا يجعل فحصها العادي مستحيلا، أو في حالة عدم مسك المستندات المحاسبية والمالية والإدارية، على أن يرسل المحضر إلى السلطة السلمية أو الوصية التي بدورها تأمر بإعداد المحاسبة المقصودة أو تحيينها واللجوء إلى الخبرة عند الاقتضاء.

أما في حالة معاينة قصور أو ضرر جسيم، تعلم المفتشية العامة للمالية فورا السلطة السلمية أو الوصية، حتى تتخذ هذه الأخيرة التدابير الضرورية لحماية مصالح المؤسسة أو الهيئة المراقبة، على أن يتم إعلام المفتشية بالتدابير المتخذة¹.

الفرع الثاني: إعداد التقارير

تعد المفتشية العامة للمالية ثلاثة أنواع من التقارير، التي تتمثل في:

أولا: تقرير أساسي

بانتهاؤ التدخلات التي قامت بها المفتشية العامة للمالية، تعد تقرير أساسي يتضمن الاقتراحات في مجال تسيير الهيئة الخاضعة للرقابة، وكذلك كل الاقتراح كفيل بتحسين الأحكام التشريعية التي تحكمها، على أن يتم تبليغ مسير الهيئة المراقبة وكذا السلطة الوصية بهذا التقرير لكي يجيب المسير على الملاحظات التي احتوى عليها التقرير ويعلموا كذلك بالتدابير التي اتخذوها طبقا لنص المادتين 21 و22 من ذات المرسوم.

¹ - أنظر إلى المواد : 6، 7، 8، 9 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272.

ثانيا: تقرير تلخيص

يترتب على جواب المسير على التقرير الأساسي، إذ يختتم و يعرض نتيجة المقاربة بين المعايير المدونة في التقرير الأساسي وجواب المسير، على أن يبلغ إلى السلطة السلمية للهيئة المراقبة طبقا لنص المادة 24.

ثالثا: التقرير السنوي

يتضمن هذا التقرير حصيلة أعمال المفتشية، على أن يقدم إلى الوزير المكلف بالمالية خلال الثلاثي الأول من السنة الموالية للسنة التي اعد بخصوصها وفق المادة 26 من المرسوم التنفيذي.

خاتمة:

في إطار الجهود المبذولة من قبل المشرع الجزائري التي تهدف إلى رقابة استعمال المال العام بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، فإن الرقابة المالية اللاحقة التي أولاهما لجهازين هما مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية، يظهر لنا جليا من خلا الدراسة التي قمنا بها تنوع الآليات والأدوات التي يتدخل بها كل جهاز في إطار ممارسته لمهمته الرقابية، إلا أن رقابة مجلس المحاسبة تعد أكثر فاعلية لتمتع هذا الجهاز بالطابع الإداري والقضائي، هذه الأخيرة تغطي نوعا من الاستقلالية على الجهاز بالإضافة إلى الاتصال بجهاز العدالة من خلال إحالة الملف إلى النيابة العامة هذا ما يساعد على ملاحقة وردع جرائم الفساد التي تمس بالصفقات العمومية، في حين المفتشية العامة للمالية يظهر جليا تبعيتها للسلطة السلمية الممثلة في وزارة المالية.

رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية

عبد اللاوي خديجة♦

ملخص:

إن الرقابة التي يمارسها المراقب المالي في مجال الصفقات العمومية لها أهمية كبيرة في حماية هذه الأخيرة من جميع التلاعبات. وبالتالي حماية المال العام وهذا من خلال التأكد من عدم وجود تجاوزات ومخالفات للأنظمة والقوانين التي تحكم الصفقات العمومية.

لذا، للمراقب المالي دور أساسي لا يمكن الاستغناء عنه في عملية الرقابة على تنفيذ هذه الصفقات من خلال الرقابة السابقة عليها.

الكلمات المفتاحية: صفقة عمومية، مراقب مالي، تأشيرة، رفض مؤقت، رفض نهائي.

Résumé :

Le contrôle exercé par le contrôleur financier en matière des marchés publics, a une grande importance dans la protection de ces derniers en vue de contrecarrer toutes manipulations. Par conséquent, ce contrôle assure la protection de l'argent public et évite par la-même ces éventuelles irrégularités et violations des lois et des règlements qui régissent les marchés publics.

Donc, le contrôleur financier a un rôle très important et indispensable dans le processus de contrôle et la mise en œuvre des accords à travers le contrôle précédent.

♦ - باحثة دكتوراه.

Mots clés : marchés publics, contrôleur financier, visa, rejet provisoire, rejet définitif.

Abstract:

The control exercised by the financial controller in the public procurement is of great importance in protecting them to counter any manipulations. As a result, the control ensures the protection of public money and prevents the even these irregularities and violations of the laws and regulations governing public procurement.

Therefore, the financial controller has a very important and indispensable role in the control process to excut these transactions through their previous control.

Key Word: public procurement, financial controller, visa, provisional release, final rejection.

مقدمة:

إن موضوع الرقابة على الصفقات العمومية له أهمية كبيرة وجب الوقوف عليها، خاصة بعد تنامي وانتشار ظاهرة الفساد المالي الذي أدى إلى تبديد ونهب الأموال العمومية محدثة نزييف في الخزينة العمومية للدولة، حيث لا يمر يوم إلا واصطدم المواطن بفضيحة مالية ناتجة، إما عن اختلاس أموال عمومية، أو إبرام صفقات مشبوهة، أو تبديد المال العام، مما طرح علامة استفهام عن دور الرقابة المالية وما مدى نجاعتها في التصدي لهذا الفساد المتنامي من جهة، وترشيد النفقات من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق، جلبنا الاهتمام للبحث في هذا الموضوع للتقريب عن مدى نجاعة أجهزة الرقابة المالية بصفة عامة، وتسليط الضوء على دور المراقب المالي كجهاز للرقابة القبلية في الدولة بصفة خاصة.

ومن هنا، فرقابة المراقب المالي على تنفيذ الصفقات العمومية، تمارس أساسا استنادا إلى القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15 غشت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية، والمرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، المتعلق بالرقابة السابقة على النفقات الملتمزم بها، هذه القوانين حددت أدوارا متجددة للمراقب المالي والرقابة المالية ككل.

وعليه، تظهر أهمية الرقابة التي يمارسها المراقب المالي في مجال الصفقات العمومية في حمايتها من جميع التلاعبات، وبالتالي، حماية المال العام وهذا من خلال التأكد من عدم وجود تجاوزات ومخالفات للأنظمة والقوانين التي تحكم الصفقات العمومية. لذا، يعتبر هذا الجهاز الأداة والوسيلة التي تساعد وتمكن وزارة المالية القيام بعمليات المراقبة لمعرفة أوجه الإنفاق والتحصيل.

وفي الأخير، نجد أنفسنا أمام عدة إشكاليات نذكر من بينها ما يلي: ما مدى فعالية الدور الرقابي الذي يمارسه المراقب المالي في تحقيق النجاعة والمردودية؟، هل بمجرد رفع التحفظات المعبر عنها من قبل لجنة الصفقات العمومية تخضع الصفقة لتأشيرة المراقب المالي؟، بعبارة أخرى هل التأشيرة الممنوحة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة في إطار الرقابة الخارجية السابقة لمشاريع الصفقات العمومية إلزامية على المراقب المالي؟، وعليه ما فائدة الرقابة المالية في هذه الحالة؟.

كل هذه الإشكاليات سنحاول الإجابة عليها في هذه المداخلة، من خلال التطرق إلى مفهوم رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية (أولا)، وتوسيع مجال اختصاصه في رقابة الصفقات العمومية (ثانيا).

أولاً: مفهوم رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية.

تعتبر الرقابة السابقة أهم مرحلة في الرقابة المالية، حيث تهدف إلى مراقبة التصرفات المالية قبل وقوعها سواء كانت متعلقة بالنفقات أو التعاقدات والتصرفات المالية الأخرى، أي أن هذه الرقابة تسبق مرحلة دخول التصرف المالي حيز التنفيذ، أي قبل أن يصبح الأمر بالتحصيل أو الأمر بالدفع نافذاً، إذ أنها تواكب عملية تنفيذ الميزانية وتكون قبل التأشير وإعطاء الإذن بصرف النفقات وتحصيل الإيرادات، وعليه يمكن اعتبار هذا النوع من الرقابة إجراءً وقائياً وحمائياً يهدف إلى منع وقوع أية تجاوزات وتلاعبات غير مشروعة، وتحرص على التطبيق السليم للنصوص القانونية، وتمنع حصول أي خرق لها في سبيل حماية المال العام.

يتقاسم مهمة الرقابة المالية السابقة طرفان أساسيان يمثلان وزارة المالية هما المراقب المالي و المحاسب العمومي.

ومن هنا قبل التطرق إلى رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية لابد أن نعرّج على مفهوم المراقب المالي وذلك من خلال تعريفه، مجال ممارسته ومهامه.

أ- مفهوم المراقب المالي:

إن عملية الرقابة السابقة على الصفقة العمومية تمارس من طرف مراقب مالي. وعليه، من هو المراقب المالي؟.

1- تعريف المراقب المالي.

يعرف المراقب المالي بالموظف الذي ينتمي إلى وزارة المالية، ويدير مصلحة المراقبة المالية تحت سلطة المدير العام للميزانية¹. مهمته التأشير على مشروع الالتزام الذي يقوم بتحريره الأمر بالصرف، كما يشكل المراقب المالي أحد أعوان الرقابة السابقة، حيث تأخذ هذه الرقابة شكل المتابعة والمطابقة، إذ تعتبر بمثابة رقابة وقائية تترجم من خلال التأشيرات الممنوحة من أجل إتمام المعاملات للنفقة، وعليه فإن المراقب المالي يتمتع بالازدواجية في ممارسة وظيفته حيث يمثل الوزير ووظيفته.

ومن هنا، فإن الرقابة المالية تمارس من طرف مراقبون ماليون بمساعدة مراقبون ماليون مساعدون، وهو ما جاء التأكيد عليه صراحة في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992²، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها.

¹ - المادة 2 من قانون 11-381 المؤرخ في 21 نوفمبر 2011، يتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج.ر. العدد 64.

² - تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها على ما يلي: " يمارس الرقابة المسبقة للنفقات التي يلتزم بها، المراقبون الماليون بمساعدة مراقبين ماليين مساعدين، طبقاً لأحكام هذا المرسوم وللقوانين الأساسية الخاصة التي تحكمهم .
يعين الوزير المكلف بالميزانية المراقبين الماليين والمراقبين الماليين المساعدين " .

رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية

ومن ثم، يقصد بالمراقب المالي ذلك الموظف الذي يقوم بتنفيذ مراقبة مسبقة للالتزامات وقرارات أخرى لها آثار مالية قبل التوظيف¹، إذ يعين على مستوى كل ولاية مراقب مالي² يتولى ممارسة مهامه تحت وصاية وزارة المالية.

2- مجال ممارسة رقابة المراقب المالي.

للمراقب المالية مهام عديدة، فإنه يقوم بمراقبة دقيقة لكل بطاقات الالتزام³، وميزانيات المؤسسات والإدارات التابعة للدولة، والميزانيات الملحق، وعلى الحسابات الخاصة للخزينة، وميزانيات الولاية، وميزانيات البلديات، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المماثلة⁴.

كما تطبق عملية الرقابة على كل من ميزانيات مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية⁵.

¹ - OCDE, Les autres visages de la gouvernance publiques, agences, autorités, administrations et établissements publics, Editions des publications OCDE, France, 2002, p91.

² - قبل 1975 كان يستحيل تعيين مراقب مالي عبر ولايات الوطن، إلا أنه حرصا على المراقبة الشرعية لتنفيذ الميزانية، صدر قرار عن وزير المالية والتخطيط سنة 1970 حيث وكل مهمة المراقبة الى أمين خزينة الولاية لأن وجوده على المستوى المحلي يؤدي الى التقليل من الأخطاء والتجاوزات.

³ - Antoine Delblond, Droit administration : Droit Français, Editions Larcier, Belgique 2009, p 361.

⁴ - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374، المرجع السابق.

⁵ - المادة 03 من نفس المرسوم التنفيذي.

كما تخضع لتأشيرة المراقب المالي مشاريع قرارات التعيين والترسيم والقرارات التي تخص الحياة المهنية ومستوى المرتبات للمستخدمين باستثناء الترقية في الدرجة، مشاريع الجداول الاسمية التي تعد عند قفل كل سنة مالية، مشاريع الجداول الأصلية المعدلة خلال السنة المالية، و مشاريع الصفقات العمومية والملاحق¹. وتخضع أيضا لتأشيرة المراقب المالي كل التزام مدعم بسندات الطلب والفاتورات الشكلية والكشوف أو مشاريع العقود، عندما لا يتعدى المبلغ المستوى المحدد من قبل التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية².

3- مهام المراقب المالي.

يمارس المراقب المالي مهامه الرقابة لدى الإدارة المركزية، والولاية، والبلدية³. وتتمثل مهام المراقب المالي في مسك سجلات تدوين التأشيريات ومذكرات الرفض، مسك محاسبة التعداد الميزانياتي، مسك محاسبة الالتزامات بالنفقات، وتقديم نصائح للأمر بالصرف في المجال المالي⁴.

كما يتدخل المراقب المالي في المجالات التالية:

- مراقبة الالتزامات: يراقب المراقب المالي مدى مطابقة النفقات الملزمة بها للقوانين والتنظيمات السارية، وتتمثل ذلك في مراقبة الالتزامات المتعلقة باتخاذ القرارات المالية من

¹ - المادة 05 من نفس المرسوم التنفيذي.

² - المادة 07 من نفس المرسوم التنفيذي: " كما تخضع لتأشيرة المراقب المالي كل مشروع مقرر يتضمن مخصصات ميزانياته وكذا تفويض وتعديل الاعتمادات المالية. كل التزام يتعلق بتسديد المصاريف والتكاليف الملحقه وكذا النفقات التي تصرف عن طريق الوكالات والمثبتة بفاتورات نهائية ".

³ - المادة 3 من القانون رقم 11-381 المؤرخ في 21 نوفمبر 2011، المرجع السابق.

⁴ - المادة 23 من نفس المرسوم.

رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية

أجل صرف النفقات العمومية الموضوعة تحت تصرف الأمر بالصرف، هذه العمليات تتطلب مراقبة دقيقة من قبل المراقب المالي قبل التأشير عليها¹.

- **مراقبة الأمر بالصرف:** تتمثل عملية الرقابة أساسا بمراقبة مدى أهلية الشخص لصرف النفقات الملتزم بها، كما يقوم بالمشاركة والتنسيق مع الأمرين بالصرف ومصالح تقدير الميزانية في أعمال التحضير والمناقشة من خلال اقتراح الإجراءات الضرورية التي تمكن من التسيير الدقيق والفعال للأموال العمومية. ولهذا فانه يلعب دور المستشار المالي للأمر بالصرف²، وكذا مستشار مالي للوزارة³.

كما يقوم المراقب المالي بإعلام الوزير المكلف بالمالية بصحة توظيف النفقات، وبالوضعية العامة للاعتمادات المفتوحة والنفقات الموظفة شهريا⁴.

وفي الأخير يمثل المراقب المالي الوزير المكلف بالمالية لدى لجان الصفقات العمومية ولدى المجالس الإدارية ومجالس توجيه المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات الأخرى⁵.

¹¹-علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة بسكرة، سنة 2003-2004.

²- سناطور خالد، الرقابة على النفقات العمومية " دراسة دور المفتشية العامة للمالية "، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2005-2006، ص18.

³ - Thierry Vieille, Réussir les concours administratifs, Editions CARNOT, France, 2001, p 301.

⁴ - تنص المادة 58 فقرة 4 من القانون رقم 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية على أنه: " تستهدف ممارسة وظيفة مراقبة النفقات المستعملة ما يلي: - تقديم نصائح للأمر بالصرف في المجال المالي.

- اعلام الوزير المكلف بالمالية شهريا، بصحة توظيف النفقات وبالوضعية العامة للاعتمادات المفتوحة والنفقات الموظفة ".

⁵ - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 11-381، المرجع السابق.

ب - الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية.

تعتبر الصفقات العمومية من المواضيع المهمة بالنسبة للمؤسسات العمومية، حيث تحكمها العديد من الشروط المحددة من طرف الدولة، والمراسيم التنفيذية من أجل إعطائها الشفافية الكاملة والإطار القانوني المناسب لها. وعليه، قبل التطرق إلى رقابة المراقب المالي للصفقة العمومية لا بد أن نشير إلى تعريف الصفقات العمومية.

عرف قانون الصفقات العمومية الكثير من التطورات حسب التغيرات التي كانت تعرفها البلاد، ففي سنة 1967 صدر أول تنظيم أساسي في هذا المجال، فقد كان واضحا أن هذا التشريع مستوحى بصفة كبيرة من التشريع الفرنسي مع بعض الخصوصيات الراجعة الى الهيكلية القانونية الاشتراكية، بعد ذلك صدر أمر 74-90 المؤرخ في 30 جانفي 1974 حيث تضمن إعادة هيكلة تنظيم الصفقات العمومية، ثم بعد ذلك صدر الكثير من النصوص التنظيمية وصولا إلى آخر مرسوم رقم 10-236¹ والذي عدل بدوره بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23² و المرسوم الرئاسي رقم 13-03³.

1- تعريف الصفقات العمومية وفقا لتنظيم الصفقات العمومية.:

تعني عبارة "الصفقات العمومية" عقد مكتوب، يبرم بعوض من طرف سلطة متعاقدة من أجل الاستجابة لاحتياجاتها في مجال الأشغال واللوازم أو الخدمات⁴. كما تعرف بأنها عقود تقرر اتفاق بين شخصين، أين يستبعد أي قرار من جانب واحد¹.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 58.

² - المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012 ج ر عدد 4.

³ - المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 ج ر عدد 2 .

⁴ - IssakhaNdiaye, Guide de la passation des marchés publics au Sénégal, Editions L'Harmattan, 2011, p11.

أما المشرع الجزائري، فقد عرف الصفقات العمومية على أنها: " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"².

وهو ذات التعريف الذي ورد المرسوم 02-250 المنظم للصفقات العمومية والتي تم إلغاؤه.

أما بالنسبة لمستويات إبرام الصفقات، فقد حدد المشرع بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم المستويات التي تستوجب إبرام الصفقات العمومية، والتي تتمثل في:

- كل عقد أو طلب يفوق 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال واللوازم.

- كل عقد أو طلب يفوق 4.000.000 دج بالنسبة لخدمات الدراسات والخدمات³.

أما بالنسبة لأنواع الصفقات العمومية فبالرجوع الى نص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم نجد أن المشرع حدد بدقة أنواع هذه الصفقات، إذ تتمثل في:

¹ - Jacques-Yves Henckes, Précis du droit des marchés publics, Editions Legitech, Luxembourg, 2010, p35/

² - المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 8 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013.

³ - المادة 06 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

- من حيث الموضوع: صفقات الأشغال¹، صفقات اللوازم²، صفقات الدراسات³، و صفقات الخدمات⁴.

- من حيث الطبيعة: الصفقة البسيطة⁵، صفقات الطلبات⁶، صفقة الزبون¹ وعقد البرنامج².

¹ - عقد يتم بموجبه المتعامل المتعاقد (المقاول) بناء، صيانة أو تأهيل أو هدم منشأة أو جزءا منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها. تعتبر صفقات الخاصة بالبنائات والهندسة المدنية صفقات أشغال وفقا لما جاء في دفتر الأعباء الادارية العامة CCAG، الصفقات العمومية، مدخل عام وتعريف، المديرية العامة للميزانية، وزارة المالية، 2013، ص 21.

² - عقد يتم بموجبه اقتناء أو إيجار لفائدة المصلحة المتعاقدة عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المنصلة بنشاطها لدى مورد، يمكن أن تشتمل الصفقة على مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة. الصفقات العمومية" مدخل عام وتعريف"، نفس المرجع، ص 21.

³ - عقد يتم بموجبه المتعامل المتعاقد (مكتب دراسات) بانجاز دراسات مكتملة أو ناضجة، يمكن أن الدراسات ذات طبيعة منقولة غير عقارية nature mobilière كالدراسات ذات الطابع الاقتصادي، المالي، السوسيلوجي أو القانوني... أو ذات طبيعة عقارية مثل الدراسات التمهيدية أو التحضيرية للبناء (الدراسات الجيو تقنية، المراقبة التقنية...). الصفقات العمومية" مدخل عام وتعريف"، نفس المرجع، ص 22.

⁴ - هي كل صفقة تختلف عن صفقة الأشغال واللوازم أو الدراسات، يمكن أن تتضمن خدمات مادية أو خدمات فكرية. بالنسبة للخدمات المادية يمكن أن تشتمل على أشغال الصيانة، تصحيح الأثاث المكتبي وتجهيزات الإعلام الآلي والتجهيزات الطبية. أما الخدمات الفكرية تتمثل في المعارف الخصوصية والتي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تأمينها لوسائلها الخاصة. الصفقات العمومية" مدخل عام وتعريف"، نفس المرجع، ص 22.

⁵ - هي عبارة عن عقد يتم بموجبه تكليف انجاز خدمات من طرف شخص وحيد وبواسطة صفقة واحدة. تشتمل الصفقة البسيطة على انجاز خدمات بأسعار وكميات محددة مسبقا. الصفقات العمومية" مدخل عام وتعريف"، نفس المرجع، ص 23.

⁶ - يكون اللجوء إلى إبرام مثل هذا النوع من الصفقات في حالة عدم تمكن المصلحة المتعاقدة التحديد بدقة حجم الخدمات المراد انجازها ووتيرة تنفيذها، ان هذا النوع من الصفقات يشتمل على مجال محصور بين

رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية

بالإضافة إلى ذلك، فإن الصفقات العمومية تيرم تبعاً لنوعين من الإجراءات وهي: إجراء المناقصة بكل أنواعها، الذي يشكل القاعدة العامة، وإجراء التراضي الذي يشكل الاستثناء³.

وتجدر الإشارة إلى أن الصفقات العمومية نظراً لأهميتها وتعلقها بالمال العام، أخضعها المشرع للرقابة، إذ تنتوع الممارسات الرقابية على الصفقات، وعليه تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات في شكل رقابة داخلية، رقابة خارجية ورقابة الوصاية⁴.

فبالنسبة للرقابة القبلية الداخلية تمارس وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية، دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية، هذه الرقابة تكون عن طريق إنشاء لجنة دائمة لفتح الأطراف، ولجنة دائمة لتقييم العروض⁵.

الكميات الأدنى والأقصى للتوريدات أو الخدمات موضوع النفقة. الصفقات العمومية" مدخل عام وتعريف"، نفس المرجع، ص 23.

¹ - عقد يتم بموجبه تنفيذ بعض الخدمات أو الأشغال لمدة معينة تتم كلما تطلبت الضرورة ذلك وفقاً لجدول أسعار الوحدة المبينة في الصفقة (المادة الأولى من دفتر الأعباء الإدارية العامة CCAG) مثال: صيانة الإنارة العمومية، صيانة المصاعد... الخ)، فخلالاً لصفقة الطلبات فإن هذا النوع من الصفقات لا تشمل على أي إشارة بالنسبة لكمية أو سعر الوحدة.. الصفقات العمومية" مدخل عام وتعريف"، المرجع السابق، ص 23.

² - عبارة عن اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تشكل مرجعاً، ينفذ من خلال صفقات تطبيقية يخضع إبرامه لنفس إجراءات الصفقات وفقاً للشروط الآتية:- ينبغي أن تكون الخدمات المبرمج إنجازها يتعدى أكثر من سنة. - ينبغي أن تكون رخصة البرنامج أو مقرر التمويل كافياً لتغطية النفقة. الصفقات العمومية" مدخل عام وتعريف"، المرجع السابق، ص 27.

³ - المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁴ - المادة 117 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁵ - المادة 120، 121، 122، 123، 124، 125، 125 مكرراً من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم.

ومن أجل تفعيل الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية كان لزاما فرض رقابة أخرى خارجية وعدم الاكتفاء بالرقابة الداخلية القبلية كونها تتم داخل المصالح المتعاقدة من طرف أشخاص يعينهم مسؤوليها، وعليه تتم الرقابة الخارجية من طرف أشخاص لا علاقة لهم بالمصالح المتعاقدة يتدرجون من المستوى المحلي إلى المستوى المركزي، فهي رقابة قبلية خارجية¹.

ولقد نصت المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم على " إخضاع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده. كما نصت المادة 128 فقرة 01 من نفس المرسوم على أنه: " تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة، لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية للصفقات العمومية في حدود مستويات الاختصاص المحدد في المواد 136 و 146 و 147 و 148 و 148 مكرر ".

وعليه، فبعد مرور الصفقة على مختلف أجهزة الرقابة الإدارية ويتوج عمل هذه الأخيرة بمنح التأشيرة، يأتي دور أجهزة الرقابة المالية يقوم بهذه الرقابة كل من المراقب المالي والمحاسب العمومي، أما بالنسبة للرقابة البعدية الخارجية فيقوم بهذه العملية كل من المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة.

2- رقابة المراقب المالي على تنفيذ الصفقات العمومية.

بعد أن قطعت الصفقة العمومية على مختلف المستويات شوط الرقابة الثبوتية من طرف لجان الصفقات العمومية، وبعد أن تحظى الصفقة بتأشيرة هذه اللجان، يأتي الدور على الهيئات المالية، لتراقب بدورها عملية إبرام الصفقة العمومية في مراحل متعددة من حياتها، ولعل أهمها تلك التي تمارس قبل الالتزام بتسديد نفقة الصفقة العمومية، وهي رقابة

¹ - زواوي عباس، آليات مكافحة الفساد الادارية في مجال الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه، 2012-2013، ص 207.

رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية

تأخذ الطابع الوقائي لكي لا تتحمل الخزينة العامة نفقات ناتجة عن صفقة غير مشروعة أو لصفقة تجاوز اعتمادها المالي ما هو محدد في البرامج السنوية أو في الصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب الذين لا يقدمون ضمانات مالية كافية، وعليه تخضع الصفقات العمومية كما سبق ذكره إلى أجهزة الرقابة المالية، والذي يهمننا رقابة المراقب المالي على تنفيذ الصفقات العمومية.

وبالتالي، يمارس المراقب المالي الرقابة المسبقة على تنفيذ النفقات محل الصفقات العمومية وفقا لمجموعة شروط وإجراءات تتوج في حالة القبول بتقديم التأشيرة من المراقب المالي التي تترجم صحة النفقة الملتمزم بها¹.

و بموجب المادة 05 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المعدل والمنتم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 تخضع مشاريع الصفقات العمومية والملاحق لتأشيرة المراقب المالي.

ثانيا: توسيع مجال اختصاص المراقب المالي في رقابة الصفقات العمومية.

قبل أن يتدخل المشرع في تعديل المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات الملتمزم بها، فقد أثبت الواقع العملي خضوع الصفقات العمومية لرقابة المراقب المالي بعد التأشير عليها من طرف لجان الرقابة الخارجية وتوقيع المصلحة المتعاقدة²، غير أن توقيع المصلحة المتعاقدة على الصفقة يعني قانونا أن هذه الأخيرة أصبحت نهائية، ومن هنا فما أهمية تدخل المراقب المالي في هذه الحالة؟.

¹ - علاق عبد الوهاب، المرجع السابق، ص55.

² - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 ديسمبر 1992، المرجع السابق.

هذه الإشكالية أدى بالمشروع إلى إعادة النظر في هذا المرسوم وبالأخص تعديل المادة 15¹ منه، ومن ثم فإن رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية، أصبحت تخص مشاريع الصفقة. هذا التعديل أعطى للمراقب المالي دورا فعالا، بالإضافة إلى ذلك يكون للرقابة التي يمارسها المراقب المالي معنى وفائدة كبيرة، إذ لا يتم إبرام الصفقة ولا تكون نهائية إلا بعد حصولها على تأشيرة المراقب المالي.

وتجدر الإشارة، إلى أنه قد تم إخضاع الملحق لأول مرة لرقابة المراقب المالي، فالملحق هو عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي².

وهكذا، فإن مجال رقابة المراقب المالي يتسع من أجل التصدي لكل أشكال الفساد وحماية المال العام.

¹ - تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم على أنه: " تخضع مشاريع القرارات المبينة أدناه والمتضمنة التزاما بالنفقات لتأشيرة المراقب المالي قبل التوقيع عليها:

- مشاريع قرارات التعيين و الترسيم و القرارات التي تخص الحياة المهنية ومستوى المرتبات للمستخدمين باستثناء الترقية في الدرجة.

- مشاريع الجداول الاسمية التي تعد عند قفل كل سنة مالية.

- مشاريع الجداول الأصلية الأولية التي تعد عند فتح الاعتمادات و كذا الجداول الأصلية المعدلة خلال السنة المالية.

- مشاريع الصفقات العمومية والملاحق ".

² - المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

نجد أن الصفقة تخضع للتأشيرة المسبقة للمراقب المالي وذلك بعد رفع التحفظات المعبر عنها من قبل لجنة الصفقات المختصة¹. وعليه يباشر المراقب المالي في إطار ممارسته لمهام الرقابة بناء على الملف المقدم له من طرف الأمر بالصرف، يتضمن طلب تمويل الفاتورة الأولية التي تسمح له بمقارنة الطلبات بما هو محدد في الخزينة، وفي بعض الحالات الخاصة يجب إرفاق ملف ترخيصات إدارية في الحالات التي يشترط القانون ذلك².

ومن هنا، يتعين على الأمر بالصرف تقديم ملف كامل يتضمن كل الوثائق الثبوتية، بعدها يكلف المراقب المالي بالتأكد من توافر العناصر الأساسية التي يتطلبها القانون، والتي جاء النص عليها في المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374، إذ تتمثل فيما يلي:

- صفة الأمر بالصرف³: يتحقق المراقب المالي من أن الالتزام موقع عليه من طرف الأمر بالصرف المؤهل، إذ تنص الصفقة في بند خاص على الأطراف المؤهلة قانونا بالتوقيع على الصفقة.

¹ - المادة 165 من الرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، نفس المرجع.

² - تيايب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2013، ص 167.

³ - تنص المادة 23 من القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية: " يعد أمرا بالصرف في مفهوم هذا القانون كل شخص يؤهل لتنفيذ العمليات المشار إليها في المواد 16، 17، 19، 20، 21 .

يخول التعيين أو الانتخاب لوظيفة لها من بين الصلاحيات تحقيق العمليات المشار إليها في الفقرة أعلاه، صفة الأمر بالصرف قانونا. وتزول هذه الصفة مع انتهاء هذه الوظيفة " .

- المطابقة التامة للقوانين والتنظيمات المعمول بها: إذ يتأكد المراقب المالي من أن عملية إبرام الصفقة قد تمت وفقا لما هو منصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية، ابتداء من إجراءات الإعلان إلى غاية المنح المؤقتة للصفقة، أي مراقبة صحة وشرعية إجراءات إبرام الصفقة العمومية.

-مدى توفر الاعتمادات الضرورية لتنفيذ الصفقة: تنصب مراقبة المراقب المالي على التحقق من وجود وتوافر الاعتمادات المالية لانجاز الصفقة العمومية، إذ يتحقق عن طريق الوثائق الثبوتية التي تقدمها المصالح المتعاقدة مرفقة بالملف محل الرقابة.

- التخصيص القانوني للنفقة: تنصب رقابة المراقب المالي هنا حول التأكد من أن المبلغ المقدم من وزارة المالية في إطار الميزانية السنوية قد خصص فعلا للمشروع الذي منح من أجله، ويكون التحقق عن طريق الوثائق الثبوتية التي يقدمها المتعامل المتعاقد مرفقا بالملف محل الرقابة.

- التحقق من مدى مطابقة المستندات المرفقة مع البيانات الواردة في ورقة الالتزام.

- التأكد من وجود تأشيرة لجان الصفقات العمومية: وهي التأشيرة المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية والتي تمنحها هذه اللجنة بعد رفع التحفظات¹.

وفي الأخير، فإن غاية الرقابة التي يمارسها المراقب المالي على الصفقات العمومية هي التأكد من وجود هذه العناصر، إذ تعتبر هذه الأخيرة أمور جوهرية لا بد من توافرها حماية للمال العام وترشيدها للنفقات العمومية.

¹ - المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

كما أنه يجب أن تمارس هذه الرقابة في مهلة 10 أيام ويمكن أن تمتد 20 يوما في خصوص الملفات الأكثر تعقيدا أو التي تتطلب رقابة معمقة حيث يبدأ حساب الآجال منذ استلام الملفات¹.

ب- نتائج ممارسة الرقابة المالية للصفقة.

إن رقابة المراقب المالي للصفقة العمومية تنتهي بنتيجتين مختلفتين: إما منح التأشيرة، أو الرفض النهائي أو المؤقت للصفقة.

1- منح التأشيرة.

بعد التحقق من صحة الصفقة العمومية سواء من الناحية الشكلية والموضوعية يمنح المراقب التأشيرة، إذ تعتبر هذه الأخيرة دليل على صحة الصفقة وشرعيتها وسلامة إجراءاتها من الناحية القانونية². وتأتي تأشيرة المراقب المالي بوضع طابع على كشف الالتزام وكذلك على جدول الأسعار الوحدوية الموجودة في الصفقة. وعليه، تصبح الصفقة بوضع تأشيرة المراقب المالي قابلة للتنفيذ والتحويل إلى المحاسب العمومي لصرفها.

¹ - Ministère des finance-DGB-Guide de contrôle de dépenses engagées. p33.

تنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها: " يجب أن تدرس وتفحص ملفات الالتزام التي يقدمها الأمر بالصرف، والخاضعة للرقابة السابقة، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ".

² - تنص المادة 10 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها على أنه: " تختم رقابة النفقات الملتمز بها بتأشيرة توضع على بطاقة الالتزام، وعند الاقتضاء، على الوثائق الثبوتية، عندما يستوفي الالتزام الشروط التنظيمية المذكورة في المادة 9 أعلاه".

كما تجدر الإشارة إلى أن تأشيرة لجان الصفقات العمومية حسب نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 هي إلزامية على المراقب المالي، فإذا كانت إلزامية فما فائدة الرقابة المالية في هذه الحالة؟.

إن المشرع تقطن لهذه المسألة حيث قام بتعديل المادة 166¹، بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ومن ثم، فإن تأشيرة المراقب المالي لم تعد آلية وتأشيرته لم تعد تأشيرة حسابان كما تسمى في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 والذي تم إلغاؤه، وبالتالي، إذا لاحظ عدم مطابقة تأشيرة الصفقات العمومية لأحكام تشريعية بإمكانه تجاوزها بعدم منح التأشيرة.

2- الرفض النهائي أو المؤقت.

بعد عملية فحص ملف الصفة العمومية من طرف المراقب المالي، يمكن لهذا الأخير أن يمتنع عن وضع تأشيرته، وبالتالي يرفض الالتزام بالنفقة، ويكون هذا الرفض إما مؤقت أو نهائي.

-الرفض المؤقت:

حددت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 حالات الرفض المؤقت وهي كالتالي:

- اقتراح التزام مشوب بمخالفات للتنظيم قابلة للتصحيح.

¹ - تنص المادة 166 على أنه: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا التأشيرة. وتقرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف، إلا في حالة معينة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية ".

- انعدام أو نقصان الوثائق الثبوتية المطلوبة.

- نسيان بيان هام في الوثائق المرفقة.

وعليه، يقوم المراقب المالي بإرسال مذكرة الرفض المؤقت إلى الأمر بالصرف، حيث تحتوي هذه المذكرة على كل الملاحظات التي عاينها، وكذا مراجع النصوص المتعلقة بالملف المدروس، والتي أدى عدم احترامها إلى رفض التأشير، ولا يجب أن يكون الرفض المؤقت المبلغ من طرف المراقب المالي للأمر بالصرف مكرراً¹.

-الرفض النهائي:

لقد نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات الملتمزم بها على حالاً الرفض النهائي، إذ تتمثل في:

- عدم مطابقة اقتراح الالتزام للقوانين والتنظيمات المعمول بها.

- عدم توفر الاعتمادات المالية الكافية لإبرام الصفقة.

- عدم احترام الأمر بالصرف للملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت.

¹-المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المتعلق بالوقاية السابقة للنفقات التي يلتزم بها.

وعليه، يجب على المراقب المالي أن يرسل نسخة من الملف مرفقا بتقرير مفصل إلى الوزير المكلف بالميزانية، في هذه الحالة، إعادة النظر في الرفض النهائي، الصادر عن المراقب المالي، عندما يعتبر أن العناصر المبني عليها الرفض غير مؤسسة¹.

وعلى الرغم من أن المراقب المالي قدم مذكرة رفض نهائية، إلا أن المشرع قد منح للأمرين بالصرف تقنية قانونية تشبه تماما مقرر التجاوز لمقرر رفض التأشير من طرف لجان الصفقات المختصة، تسمى هذه التقنية بالتعاضي².

تقتضي هذه الحالة أن يتم الرفض النهائي من طرف المراقب المالي للصفقة، فيقوم الأمر بالصرف بتجاوزه عن طريق مقرر التعاضي وهو امتياز منحه القانون للأمر بالصرف لتنتقل الصفقة مباشرة إلى المحاسب العمومي المكلف ليؤمر بصرف النفقة.

تنتهي هذه الحالة بإصدار المراقب المالي تأشيرة الأخذ بالحسبان التي يبرئ نفسه بموجبها من أية مسؤولية يمكن أن تترتب على مقرر التعاضي الذي اتخذ الأمر بالصرف³.

بعدها يقوم المراقب المالي بإرسال نسخة من ملف الالتزام الذي كان موضوع التعاضي، مرفقا بتقرير مفصل إلى الوزير المكلف بالميزانية⁴.

كما يقوم الوزير المكلف بالميزانية بعدها بإرسال نسخة من الملف الذي كان موضوع التعاضي، إلى المؤسسات المتخصصة في رقابة النفقات العمومية⁵.

¹ - المادة 13 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها.

² - المادة 18 من نفس المرسوم.

³ - المادة 20 من نفس المرسوم.

⁴ - المادة 21 من نفس المرسوم.

⁵ - المادة 22 من نفس المرسوم.

رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية

وفي الأخير، لا يمكن تطبيق التفاوضي كإجراء في الحالات التالية: غياب صفة الأمر بالصرف، عدم توفر الاعتمادات أو انعدامها، انعدام التأشيرات أو الآراء المسبقة المنصوص عليها في التنظيم المعمول به، انعدام الوثائق الثبوتية التي تتعلق بالالتزام والتخصيص غير القانوني للالتزام إما تجاوزا للاعتمادات وإما تعديلا لها.

خاتمة:

إن إخضاع الصفقات العمومية إلى الرقابة بكل أنواعها أمر لا بد منه، فقد أصبح للرقابة مكانة بارزة في مجال الصفقات العمومية، كونها أخصب مجالات صرف المال العام، هذا ما استوجب إخضاعها لنظام رقابي فعال خوفا من انتهاك قواعد وإجراءات إبرامها، وقبل الوقوع في جرائم الصفقات العمومية والوصول إلى أروقة المحاكم، و لكن على الرغم من ذلك فإن هذه الرقابة لن تتحقق أهدافها من خلال تنوع أجهزتها وتعقيد إجراءاتها بل بتفعيلها، ومن خلال دراستنا لرقابة المراقب المالي للصفقات العمومية، استنتجنا أن للمراقب المالي دور أساسي لا يمكن الاستغناء عنه في عملية الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية من خلال عملية الرقابة السابقة عليها وتجنب الأمر بالصرف الوقوع في الأخطاء، حيث يعتبر المراقب المالي صمام الأمان بالنسبة له، وذلك من خلال استشارة وجوبية ملزم تنفيذها، كما أن رقابة المراقب المالي تعتبر وسيلة لمتابعة استعمال الأموال العامة والحفاظ عليها من استغلالها لمصالح شخصية أو تبذيرها.

التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

صديق سهام♦

ملخص :

إن إقرار الجزائر التوجه نحو اقتصاد السوق جعلها تدخل مجموعة من الضمانات التي تهدف إلى حسن تنفيذ الصفقات العمومية، ومن بينها إيجاد تسوية ودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذها، إما عن طريق لجان الصفقات المختصة، أو باللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات الناشئة عنها.

وفي هذا الصدد، سائر المشرع الجزائري التشريعات المقارنة من خلال السماح باللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية، لذلك تثار الإشكالية في ورقة البحث حول ما المقصود بالتحكيم في الصفقات العمومية؟ وما هي الإجراءات المتبعة لتسويته عن طريقه؟

الكلمات المفتاحية : صفقات عمومية، تحكيم، تنفيذ، نزاعات.

Résumé :

L'Algérie ayant opté pour l'économie de marché, chose qui l'oblige à adopter un ensemble de garanties qui assurent une bonne exécution des marchés publics et parmi elle arriver à résoudre à l'amiable de contentieux y relatif.

A cet effet, le législateur Algérien a suivi les législations comparées , à travers la permission de l'usage à l' arbitrage pour résoudre les différents surgissant de l'application des marchés

♦ طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان

publiques , pour celer le problème soulevé dans cette élaboration est comme suit :

Qu'est ce que l'arbitrage dans les marchés publics ?, et quelles sont les procédures à suivre pour les résoudre ?

Mots clés : Marchés publics, Arbitrage, Exécution , Contentieux.

Abstract :

The adoption of a market economy Algeria make interference set of safeguards aimed at proper implementation of public contracts, including finding an amicable settlement of disputes arising from implementation , either by competent committees of transactions, or by resorting to alternative ways to resolve disputes arising there from.

In this regard, sawyer Algerian legislator comparative legislation by allowing the resort to arbitration to resolve arising from tone implementation of public procurement disputes , so the problem raised in the paper about this research is intended to arbitration in public contracts? What are the procedure to be settled on the way?

Key words : public transaction, arbitration, execution, conflicts.

مقدمة :

تلجأ الإدارة العامة لتحقيق أهدافها المتمثلة أساسا في إشباع الحاجات العامة إلى عدة وسائل متاحة لها قانونا، فقد تكون هذه الأخيرة أفعالا مادية أو تصرفات قانونية بحيث

التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

تستأثر في سبيل تحقيق النفع العام بامتيازات و وسائل لا وجود لها في نطاق القانون الخاص¹.

و تأخذ الأعمال القانونية شكل أعمال انفرادية كالقرارات الإدارية أو في صورة أعمال تعاقدية عن طريق إبرام العقود²، غير أنه لا تخضع عقود الإدارة جميعها إلى نظام قانوني واحد ، حيث هناك عقود خاضعة للقانون الخاص، وتلجأ الإدارة إليها عندما تجد أن إتباعها لأسلوب القانون الخاص يكفيها لتحقيق أهدافها، وبمقابل ذلك تبرم الإدارة العقود بوصفها سلطة عامة .

ولعل أشهر العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد نجد الصفقات العمومية³ التي تخضع لنظام قانوني متميز عن العقود الأخرى سواء في القانون الخاص أو تلك المسماة

¹أنظر، إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر - يوسف بن خدة، 2008-2009، ص.01.

²PERROT Roger , Elément du droit des marchés publics, 2ème edit., L.G.D.J, France, 200,p.05.

³ لقد تطرق المشرع الجزائري لتعريف الصفقات العمومية لأول مرة بموجب الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتعلق بقانون الصفقات العمومية ، الصادر في ج.ر.ج لسنة 1967 ، بموجب المادة (01) منه بقولها : " إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون". بعد ذلك صدر المرسوم الرئاسي رقم 82-154 المؤرخ في 13 أبريل 1982، المتضمن صفقات التعامل العمومي، ج.ر.ج لسنة 1982، ع.15، والتي نصت المادة 04 منه على أنه: " صفقات التعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود المبرمة وفق الشروط الواردة في المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد وتقديم الخدمات". ثم بعد ذلك صدر مرسوم رقم 91-393 المؤرخ في 09 09 1991 المتضمن تنظيم الصفقة العمومية، ج.ر.ج لسنة 1991، ع.57، إذ أنه لم يبتعد عن سابقه، إذ عرفها في المادة 03 منه على أنه : " الصفقات العمومية عقود مكتوبة التشريع وفق الشروط في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة" . و أخيرا عرفها المشرع الجزائري بموجب المرسوم رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن الصفقات العمومية، الصادر في ج.ر.ج لسنة 2002 ، ع.52 بمقتضى المادة 03 منه بقولها : " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع

صديق سهام

بالعقود الإدارية، وهذا بالنظر إلى الخصائص التي تتميز بها في جميع المراحل التي تمر بها.

ومع إقرار الجزائر لسياسة اقتصاد السوق ، تبني المشرع مجموعة من القواعد والأسس ذات الصبغة الليبرالية في النظام القانوني للصفقات العمومية، ونتيجة لذلك تم إدخال مجموعة من الضمانات التي تهدف إلى حسن تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية وعدم المساس بحقوقها الناتجة عنها .

و من هذه الضمانات الموضوعية ما نص عليه المشرع في حالة ما إذا طرأت نزاعات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بموجب المادة 01/115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم بقولها: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

باستقراء نص هذه المادة نجد أنها تحيل الأطراف إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي بين الإجراءات المتبعة في حالة اختيار الطريق القضائي لتسوية نزاعاتهم، وكذلك بين الطرق البديلة للقضاء في حالة اختيار التسوية الودية للنزاع ، ومن بينها اللجوء إلى التحكيم .لذلك تثار الإشكالية حول ما المقصود بالتحكيم ؟ وماهي الإجراءات المتبعة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية عن طريقه؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم ورقة هذا البحث إلى مبحثين :

المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"، وهو نفس التعريف الذي جاءت به المادة (04) من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتعلق بالصفقات العمومية، الصادر في ج.ر لسنة 2010، ع.58.

المبحث الأول : ماهية التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

المبحث الثاني : إجراءات التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

المبحث الأول: ماهية التحكيم

إن دراسة موضوع التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية يتطلب التطرق أولاً إلى مفهومه (المطلب الأول)، وتحديد طبيعته القانونية وتمييزه عن النظم المشابهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

يقتضي التطرق إلى مفهوم التحكيم دراسة تعريفه (الفرع الأول)، و تطور موقف المشرع من اللجوء إليه في مادة الصفقات العمومية (الفرع الثاني)، و أخيراً ذكر الأسباب المؤدية إلى الأخذ به (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف التحكيم

يقصد بالتحكيم لغة " التفويض في الحكم " ، و يأتي من المصدر " حكم " من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح، فيقال " حكمه في الأمر " أي فوضه إليه الحكم فيه¹. ويقابل مصطلح التحكيم باللغة الفرنسية مصطلح "L'arbitrage" ، وهو ما مشتق من الفعل "Arbitrer" الذي بدوره مأخوذ من الكلمة اللاتينية "Arbitrare"، وتعني التدخل والحكم بصفته حكم².

¹ أنظر، ابن منظور، معجم لسان العرب، ج.02، دار المعارف، لبنان، ص.952.

² أنظر، جيرارد كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، ط.01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1999، ص.420.

ولا يختلف التعريف الاصطلاحي للتحكيم عن معناه اللغوي بقوله : " تولية الخصمين حكما يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما"¹.

أما فيما يخص تعريفه الفقهي، فقد عرفه الأستاذ " DAVID René " بقوله :

« l'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressent les rapports entre deux ou plusieurs personnes par une ou plusieurs autres personnes l'arbitre ou les arbitres les quelle tiennent leurs pouvoirs d'une convention privé et statent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'état »².

بالإضافة إلى ذلك، عرفه الأستاذ " ROBERT Jean " بأنه :

« On entend par l'arbitrage ,l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de Droit commun pour être résolus par des individus revêtus , pour les circonstances , de la mission de les juger »³.

¹ أشار إليه، علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.22.

² (تقنية ترمي لحل قضية أو مسألة تتعلق بروابط بين شخصين أو أكثر بواسطة محكم أو محكمين يستمدون سلطاتهم من اتفاقية خاصة ويحكمون على أساس هذه الاتفاقية دون أن يكون متولين القيام بهذه المهمة من قبل دولة ما).

Cf. DAVID René, Arbitrage dans le commerce international ,Economica, France,1982, p.09.

³ (نظام للقضاء الخاص تستبعد فيه نزاعات معينة من دائرة الاختصاص العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيه).

Cf. Jean ROBERT, L'arbitrage , Droit interne , Droit international privé, 5ème éd, Dalloz, France, 1983, p.05.

بينما عرفه الأستاذ أحمد أبو الوفا بأنه: " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"¹. كما عرفه الأستاذ سيف الدين البلعاوي بأنه: " التحكيم في معناه العام هو أن يلجأ طرفان متنازعان إلى من يحكمانه في حل نزاعهما القائم وتنفيذه، ويتم اختيار الحكم بمعرفتهما حيث يتفقان مقدما على قبول حكمه وارتضاء تنفيذه"².

وفي الأخير، يتضح من خلال تعريف التحكيم أنه يتمتع بمجموعة من الخصائص جعلت موقف المشرع الجزائري من اللجوء إليه في الصفقات العمومية يمر بعدة مراحل، وهو ما سيكون موضوع دراسة الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التطور التاريخي

لقد تبنت الجزائر موقفا سياسيا معارضا لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم بشكل عام - بما في ذلك في مجال الصفقات العمومية- متأثرة بذلك بجملة من العوامل التاريخية أهمها خروجها من حقبة استعمارية طويلة، وتأثرها بموقف المشرع الفرنسي آنذاك من لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم، وهذا ما أكدته المادة (03/442) من الأمر رقم 154-66 بقولها: " لا يجوز للدولة والأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"، إلا أن هذا الحظر المطلق بدأ التخفيف منه عن إضافة فقرة رابعة إلى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ والتي نصت على أنه: " بالنسبة لعلاقات الشركات

¹ أنظر، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ط.05، منشأة المعارف، مصر، 1988، ص.15.

² أنظر، سيف الدين البلعاوي، التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق، مجلة جزائرية، مجلة دورية، الجزائر، ب.د.ن، 1989، ع.02، ص.348.

³ وذلك بموجب الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، الصادر في ج.ر لسنة 1972، ع.02.

الوطنية والمؤسسات العمومية فيما بينها فإنه يجوز أن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية أو الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريد أو الأشغال أو الخدمات".

إلا أن الأمر رقم 44-75 المتعلق بالتحكيم الإلزامي لبعض الهيئات¹ ألغى الفقرة الرابعة من المادة (442) أعلاه ، وجعل التحكيم حلا وحيدا للنزاعات الناتجة عن تنفيذ عقود التوريد والأشغال والخدمات الناشئة بين المؤسسات الاشتراكية و الوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي والتعاونيات الزراعية والشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكتسب فيها الدولة غالبية الأسهم.

ونظرا للتطور الذي عرفه التحكيم التجاري الدولي ، عدل المرسوم التشريعي رقم 09-93 قانون الإجراءات المدنية² ، وسمح بلجوء الأشخاص العامة إليه على سبيل الاستثناء، ولقد اختلف الفقه حول ما إذا كانت الصفقات العمومية معنية به أم لا.

ولقد المشرع الجزائري هذا الخلاف بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية³، إذ سمح باللجوء إليه على سبيل الاستثناء طبقا للمادتين 975 و 1006 منه في مجال الصفقات العمومية والاتفاقيات الدولية ذات الطابع الاقتصادي.

¹ المؤرخ في 17 جوان 1975، الصادر في ج.ر لسنة 1975، ع.53.

² المرسوم التشريعي رقم 09-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل للأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الصادر في ج.ر لسنة 1993، ع.27. وهو ما أكدته المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 ، المتضمن ترقية الاستثمار، الصادر في ج.ر لسنة 1993، ع.64.

³ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الصادر في ج.ر لسنة 2008، ع.21.

الفرع الثالث : أسباب الأخذ بالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

تعددت أسباب الأخذ به من طرف المشرع إلا أن أهمها تتمثل في الأسباب الاقتصادية (أولاً)، والأسباب القانونية (ثانياً).

أولاً: الأسباب الاقتصادية

سمح تحسن الوضعية المالية التي عرفت الجزائر بداية الألفية الثالثة نتيجة الارتفاع الكبير لأسعار البترول في تحول السياسة الاقتصادية المتبعة من طرفها ، والتي عرفت توسعا في الإنفاق العام بهدف الخروج من التبعات السلبية للأزمة الاقتصادية التي عرفتها، إذ تم إقرار برامج تنمية ضخمة تقوم على عدة محاور رئيسية ، حيث يتمثل الأول في مخطط دعم الإنعاش الاقتصادي (2001-2004) وصلت قيمته المالية إلى سبعة (07) مليار دولار¹، والثاني هو البرنامج التكميلي لدعم النمو (2005-2009) قيمته (55) مليار دولار²، أما المخطط الثالث يمثل برنامج التنمية الخماسي (2010-2014)³ وصلت قيمته 286 مليار دولار، و إن كان برنامج الخماسي الجديد لدعم النمو (2014-2019) يواجه عدة تحديات بسبب عدم إتمام مشاريع المخططات السابقة، وانخفاض أسعار البترول وتلويح الحكومة بإتباع سياسة تقشف وفقا لهذه الأوضاع.

وأمام هذه المبالغ المالية الضخمة، حرصت الدولة الجزائرية على أن تكون دولة جاذبة للاستثمار من خلال وضع تحفيزات لجلب العروض المناسبة لطموحاتها كان من أهمها السماح باللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

¹ وهذا المبلغ هو كبير بالنظر إلى احتياط الصرف الخارجي للجزائر والمقدر ب 11.9 مليار دولار .

² ولقد وصل سعر البرميل الواحد من النفط خلال هذه المدة إلى 38.5 دولار، مما رفع من قيمة احتياط الجزائر من العملة الصعبة.

³ وصل سعر برميل النفط إلى حد أقصى ، لم يسبق له أن يصله ، متجاوزا سعر 118 دولار للبرميل الواحد.

ثانيا: الأسباب القانونية

شكل دخول قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيز التنفيذ سنة 2009 وصدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المنظم للصفقات العمومية الإطار القانوني لتنفيذ برنامج التنمية الخماسية على أحسن وجه ، ولتجنب العوائق القانونية التي قد تعيق جذب الاستثمار، إذ يعتبر التحكيم الضامن لأموال المستثمر الذي لا يتق في قضاء الدولة المستضيفة.

وكذا حرص المشرع على مسايرة التشريعات المقارنة و إدخال التعديلات القانونية اللازمة لما يتوافق مع الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن النظم المشابهة

باعتبار أن التحكيم نظام متميز مما يثير الإشكال حول طبيعته القانونية و تمييزه عن النظم المشابهة؟

وهو ما سيتم الإجابة عليه في هذا المطلب، على النحو الآتي :

الفرع الأول : الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن النظم المشابهة

لقد ظهرت عدة نظريات فقهية محاولة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، حيث ظهرت في هذا الصدد أربع مدارس ، وهي كالآتي:

أولاً : النظرية العقدية

لقد أعتبر جانب من الفقه¹ أن التحكيم ذو طبيعة عقدية يدخل ضمن عقود المعاوضة² ، إذ أن حسب أنصار هذه النظرية أن اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها، فمركز الثقل في هذا الأخير هو اتفاق أطراف النزاع³.

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية نتيجة منطقية متمثلة في أن التحكيم في ذاته عقد مسمى يخضع للقواعد الخاصة لعقد التحكيم في الأنظمة القانونية المختلفة ، وكذلك النظرية العامة للعقد⁴.

ثانياً : النظرية القضائية

تقوم هذه النظرية⁵ على اعتبار أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم ذلك أنه اتفاق إجباري للخصوم متى اتفقوا عليه، بالرغم من أن اللجوء إلى التحكيم يبقى رهن اتفاق الخصوم على ذلك، إلا أنه رغم ذلك لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية، ومن ثم فإن الاتفاق هو من قبيل العنصر العارض الذي فرضته ظروف ليست لها صلة بطبيعة التحكيم.

¹ من أصحاب هذا الرأي: أحمد قسمت الجداوي، التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي - تنازع الاختصاص وتنازع القوانين -، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص.37، نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص.560.

² أنظر، فرح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ، دار الهدى، الجزائر ، 2010، ص.36.

³ أنظر، محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص.46.

⁴ أنظر، علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، ص.36.

⁵ من أصحاب هذا الرأي: أحمد أبوالوفا، مرجع سابق، ص.18، فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، مصر، 2007، ص.52.

ويستندون في ذلك إلى المعيار الموضوعي لتمييز العمل القضائي القائم على فكرة المنازعة والفصل فيها، فدور هيئة التحكيم وفقا لهذا الرأي هو الفصل في النزاع ، وهو نفس دور القاضي في الدولة¹.

ثالثا: النظرية المختلطة

يرى أنصار هذه النظرية² أن كلا من أنصار النظريتين السابقتين يقفون من طبيعة التحكيم موقفا متشددا، حيث أن هناك تأثيرات مزدوجة لكل من فكرتي العقد والقضاء على التحكيم، فتنجسد الأولى من خلال مبدأ سلطان الإرادة، بينما تتجسد الثانية من خلال اقتضاء الحق في حالة نشوب نزاع عن طريق الانصياع لقواعد القانون والعدالة.

إلا أنه بالرغم من قيام هذه النظرية على أساس تحليل ورصد كل ما يؤثر في التحكيم وهذا مهم جدا، إلا أن هذا التحليل غير كاف، وهو يعتبر من قبيل الاعتراف بالعجز والهروب من مواجهة الحقيقة.

رابعا: النظرية المستقلة

يرى أصحاب هذه النظرية³ أن التحكيم ذو طبيعة خاصة وله ذاتية مستقلة تختلف عن بقية العقود، كما تختلف عن القضاء العام في الدولة، لذلك لا يجوز الزج بنظام التحكيم في أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها في أمور، ويختلف عنها في أمور أخرى.

¹ محمود عمر السيد التحيوي، مرجع سابق، ص.350.

² من أنصار هذه النظرية: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص.20.

³ من أنصار هذه النظرية: - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط04، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص.50، سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط01، منشأة المعارف، مصر، 1984، ص.70-71.

الفرع الثاني : تمييز التحكيم عن النظم المشابهة

قد يختلط نظام التحكيم مع الأنظمة المشابهة له، وهو ما يتطلب تمييزه عنها، على النحو الآتي :

أولاً: التمييز بين التحكيم والقضاء

يعد التحكيم أقدم وجوداً من القضاء، حيث كانت بداية الوظيفة القضائية بداية تحكيمية قبل نشأة الدولة، و الواقع أن التمييز بينهما هو أمر واضح ، ولكن مع ذلك إن السلطة القضائية وخصوصاً في الدولة النامية لا تتمتع باستقلالية تجاه السلطات الأخرى.

1- أوجه التشابه:

- يهدف كل من التحكيم و القضاء إلى الوصول إلى تسوية النزاع.
- تكون الأحكام الصادرة عن القضاء ومحكمة التحكيم قابلة للطعن.
- تعتبر الأحكام القضائية وأحكام التحكيم سنداً تنفيذية قابلة للتنفيذ.

2- أوجه الاختلاف:

- يعتبر القضاء هو الأصل ، فهو صاحب الاختصاص العام للنظر في جميع النزاعات ماعدا ما منع عنه بموجب قانوني، بينما يعتبر التحكيم ذو اختصاص خاص يتوقف نظره في بعض النزاعات على إقرار المشرع بذلك.
- كما أن القاضي هو موظف عام يصدر قرار تعيينه من طرف السلطة المختصة، أما المحكم فيتم اختياره من طرف الأطراف بإرادتهم الحرة، ولا يمكنه النظر في نزاع آخر إلا بموافقتهم، كما تنتهي مهمته بانتهاء عملية التحكيم .

ثانيا: التمييز بين التحكيم والصلح

لقد عرف البعض¹ الصلح على أنه : " إجراء لتنظيم النزاع القائم بين طرفين وأن المصلح يقترح عليهم نظام معين، والأطراف أحرار في تطبيقه أم لا "، بينما عرفه البعض الآخر² على أنه: " إجراء قانوني يقع عادة من ذوي الخبرة في الأمور القانونية وفي المسائل الاجتماعية ويقع أحيانا من قبل القضاة ورجال القانون من أجل التوفيق بين آراء الأطراف المتخاصمة في النزاع".

من خلال هذا التعريف ، يتطلب التمييز بين التحكيم والصلح التطرق إلى أوجه التشابه و الاختلاف بينهما:

1- أوجه التشابه :

- يشترك كل من التحكيم و الصلح في كونهما يهدفان إلى إنهاء النزاع بطريقة ودية بدل صدور حكم قضائي فيه، وذلك باتفاق إرادة الأطراف على ذلك.

2- أوجه الاختلاف :

- إن الصلح في مادة الصفقات العمومية باعتبارها تدخل ضمن القضاء الكامل لا يتوقف فقط على إجازة الأطراف، و إنما هناك إرادة ثابتة تتوقف عليها هذه الإجازة والمتمثلة في إرادة القاضي الإداري.

¹ أنظر، علي عيساني، التظلم والصلح في المنازعات الإدارية ، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2007-2008، ص.32.

² أنظر، رشيد خلوفي، محاضرات في المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.44.

التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

-إن الصلح في مادة الصفقات العمومية من الصعب أن نجده قبل وجود نزاع بين الأطراف، ذلك أن النزاع المطروح على القاضي الإداري هو المشمول والقائم، ولا يمكن للقاضي الإداري النظر في مستقبل الأشياء إلا بقدر ما تقتضيه المسائل العالقة المطروحة أمامه.

-في الخصومة التحكيمية بإمكان الأطراف توجيهها وفقا لإرادتهم، وهو على خلاف الصلح إذ أن القاضي الإداري هو من يملك توجيه الدعوى موضوع الصلح.

- ثالثا: التمييز بين التحكيم والوساطة

يقصد بالوساطة حسب الأستاذ كريستوفر مورو على أنها : " عملية يتوافق طرفا النزاع من خلالها العمل مع شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها ، مع انصراف عمل الوسيط وبدل جهوده صوب نقاط الخلاف واقتراح سبل الحل"¹، كما عرفها الأستاذ كمال فنيش على أنها: " آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين الطرفين متخاصمين ، بحيث يعمل هذا المحاييد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل"²، من خلال تعريف الوساطة يتضح أنه هناك أوجه التشابه والاختلاف مع التحكيم من خلال ما يلي:

¹ أنظر، كريستوفر مورو، ترجمة فؤاد سروجي، عملية الوساطة- استراتيجيات عملية لحل النزاعات-، ط01، دار الأهلية للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص.38.

² أنظر، كمال فنيش، الوساطة القضائية، مجلة المحكمة العليا، ج02، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ع.خاص، ص.572.

1- أوجه التشابه:

- يهدف كل من التحكيم والوساطة إلى إيجاد حل ودي للنزاع الناتج عن تنفيذ الصفقات العمومية، ذلك باتفاق إرادة الأطراف.

- يتم كل من التحكيم و الوساطة عن طريق تدخل طرف ثالث محايد للفصل في النزاع.

- تتسم الإجراءات المتبعة في كل من التحكيم و الوساطة بالعمل على الحفاظ على السرية دون إتاحة الفرصة للعامة للإطلاع على موضوع النزاع ومجرياته.

2- أوجه الاختلاف :

- بالإمكان اللجوء إلى التحكيم دون التوجه إلى القضاء، وهذا على خلاف الوساطة القضائية والتي لا تتم إلا بعد اللجوء إليه.

- إن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يكون سابقا على نشوء النزاع، وهذا على خلاف الوساطة القضائية التي يتم اللجوء إليها بعد نشوئه.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

يتميز التحكيم بالمرونة التي توفر له ميزة سرعة الفصل في النزاع ، إلا ان ذلك يجب أن لا يفهم أنه متحرر من جميع القيود والقواعد الأساسية ، لذلك حدد المشرع الشروط الواجب توافرها للجوء إليه (المطلب الأول)، وقواعد سير خصومة التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول : شروط اللجوء إلى التحكيم

تتطلب دراسة شروط اللجوء إلى التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية. التطرق إلى الجهة المخولة باللجوء إليه (الفرع الأول)، ثم مرجعيته (الفرع الثاني)، و أخيرا تحديد المرحلة التي يتم فيها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الجهة المخولة باللجوء إلى التحكيم

وبالنظر إلى أهمية الاختصاص في المادة الإدارية ، لقد حدد المشرع طبقا للمادة (976) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صفة الشخص المبادر إلى التحكيم إذا ما تم اللجوء إليه من طرف الأشخاص المذكورين بموجب المادة (800) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتم اللجوء إليه بمبادرة من الوزير المعني إذا كان التحكيم متعلقا بالدولة، بينما يكون بمبادرة من الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي إذا تعلق التحكيم على الترتيب بكل من الولاية والبلدية ، وأخيرا الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية المتبوعة لها عندما يكون التحكيم متعلقا بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية.

أما في حالة لجوء بقية الأشخاص العامة المذكورة في المادة (02) من المرسوم رقم 10-236 إلى التحكيم مثل : الهيئات الوطنية المستقلة و الإدارات العمومية ، فلم يقيد المشرع الشخص المخول بالمبادرة إليه، حيث تلجأ إليه وفقا للأنظمة الداخلية المنظمة لسيرها نذكر من ذلك على سبيل أنه هناك مكاتب خاصة بالتسوية الودية للنزاعات في بعض الهيئات ، حيث أن المادة (1006) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت فقط على جواز اللجوء إليه من طرف الأشخاص العامة بصفة عامة، إذ أن تعتبر هذه المادة " النص العام"، بينما تمثل المادة (976) " النص الخاص" المنظم للجوء الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية إلى التحكيم.

الفرع الثاني: مرجعية التحكيم

تشمل مرجعية التحكيم الداخلي في كل من شرط واتفاق التحكيم، وطبقا للمادة (1007) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن تعريف شرط التحكيم هو "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه لعرض النزاعات التي تثار بشأن العقد على التحكيم"، ويعتبر شرط التحكيم اختياري لا يفرضه المشرع على الأطراف.

ويشترط وروده كتابة، وبالتالي تعتبر الكتابة شرط انعقاد و كذلك شرط إثبات، مادام أنه تم وضعه قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المتعاقدة. كما أنه يجب أن يتضمن تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يوجب أن يتضمن شرط التحكيم موضوع النزاع قبل نشوئه.

بينما عرف المشرع اتفاق التحكيم بموجب المادة (1011) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: ".... هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم"، وبالتالي يستنتج أن اتفاق التحكيم يبرم بعد نشوء النزاع وليس قبله، وإلا كنا بصدد شرط التحكيم، وهو المعيار الذي انتهجه المشرع للتمييز بينهما.

كما أنه يجوز للأطراف المتعاقدة اللجوء إلى التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية- وهو ما أكدته المشرع طبقا للمادة (1013) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي هذه الحالة يشترط في اتفاق التحكيم نفس البيانات المذكورة في شرط التحكيم، ويضاف إليها ذكر موضوع النزاع الذي يتم اللجوء التحكيم بشأنه .

التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

أما فيما يخص التحكيم الدولي تبرم اتفاقية التحكيم كمرجعية له وتسري على النزاعات القائمة والمستقبلية، ويشترط أن ترد كتابة من الناحية الشكلية ، أما من الناحية الموضوعية لابد أن تتوافق مع القانون الذي اختاره الأطراف أو اختارته هيئة التحكيم.

الفرع الثالث : المرحلة التي يتم فيها اللجوء إلى التحكيم

كما تم ذكره سابقا يتم اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية ، وذلك بالنظر إلى أن أغلب النزاعات المتعلقة بالصفقات تتم في هذه المرحلة¹، أما فيما يخص النزاعات المتعلقة بكيفية إبرامها، يمكن للمتعهد أن يحتج في هذه الحالة على الخيار الذي سلكته المصلحة المتعاقدة عن طريق الطعن القضائي أو عن طريق رفع الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة.

وتبدأ مرحلة التنفيذ بعد انتهاء الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة وموافقة رئيس المصلحة المعنية بها، و يتم الإصدار الأمر بالخدمة من طرف المصلحة المتعاقدة إلى المتعاقد معها من أجل تكليفه للبدء في تنفيذ الصفقة.

المطلب الثاني : قواعد سير خصومة التحكيم

لقد أخذ المشرع الجزائري بمصطلح " خصومة تحكيمية" دون تمييزها عن " الخصومة القضائية" لأنه لا طائل منها، وتبدأ الخصومة التحكيمية بمجرد حضور الأطراف معا أو أحدهم (الفرع الأول)، وتنتهي بصدور الحكم فيها (الفرع الثاني).

¹ BERGEL Catherine, le contentieux des marchés publics, Imprimerie, G.I.N , France, 2004, p.15.

الفرع الأول : تنظيم إجراءات خصومة التحكيم

باعتبار أن التحكيم يقوم على سلطان الإرادة، لذلك يلعب الأطراف أدوار مهما في اختيار الإجراءات المتبعة أثناء سير خصومة التحكيم (أولا)، دون إغفال دور محكمة التحكيم في هذا الصدد (ثانيا).

أولا: كيفية اختيار إجراءات خصومة التحكيم

إذا كانت الخصومة القضائية تبدأ انطلاقا من قيد الدعوى و إيداع عريضة افتتاحها على مستوى الجهات القضائية المختصة، فإن الخصومة التحكيمية تنشأ باتخاذ أي إجراء سواء بحضور الخصوم أنفسهم أو بإعلان أيا كانت صورته بحضورهم أو من الطرف الذي يهمله التعجيل¹ ، و يرجع هذا الاختلاف إلى أن الإجراءات المتبعة أمام المحكمين لا تعتبر من قبيل الإجراءات القضائية ، كون أن سلطان الإرادة هو الذي يحدد " الآجال والمواعيد" لسيرها.

وفي الحالة يعبر فيها سلطان الإرادة عن هذا الخيار ، فلا بد من التمييز إذا كنا بصدد تحكيم داخلي أو دولي. فإذا التحكيم داخليا فإن الآجال والمواعيد المقررة أمام الجهات القضائية المختصة هي التي تطبق ، وعليه باعتبار أن النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية تدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل ، فتطبق بشأنها الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة. أما إذا كان التحكيم دوليا ، فلا يتم تطبيق إجراءات المحاكمة القضائية مباشرة ، بل يعود الأمر إلى محكمة التحكيم التي تضع بنفسها الإجراءات أو تستند إلى قانون أو نظام تحكيم معين.

¹ فرح مناني ، مرجع سابق ، ص. 46.

التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

وفي الأخير، بإمكان لهيئة التحكيم أن تعقد جلساتها في أي يوم ولو كان يوم عطلة رسمية ، وفي أية ساعة ولو بعد ساعات العمل الرسمية، والقيد الوحيد المتطلب في هذا الشأن هو احترام حق الدفاع ، من خلال إخطار أطراف التحكيم بمواعيد الجلسات المقرر عقدها بوقت كاف تقدره الهيئة نفسها حسب الظروف¹.

ثانيا: دور هيئة التحكيم

إذا كان التحكيم الإداري داخليا ، فإن إجراءات التحقيق والمحاضر المحررة من طرف هيئة التحكيم، قد يقوم بها المحكم الواحد (في حالة تعيينه بمفرده) ولا يطرح إشكال بهذا الخصوص، ولكن في حالة تعيين عدة محكمين، فإن لا بد أن يكون أي إجراء متعلق بتحرير المحاضر أو توقيعها صادرا عنهم جميعا، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك . ويرجع حرص المشرع على ذكر هذا الشرط حتى يتمكن كل محكم من القيام بمهمته على أكمل وجه، لأن إنفراد محكم دون الآخر بالقيام بإجراء معين، قد يؤثر في حكم أحدهما دون الآخر بالإيجاب أو السلب².

أما في التحكيم الدولي، فالأمر يعود إلى سلطان الإرادة ولا توجد أية قيود، إلا أنه

الفرع الثاني : صدور حكم التحكيم

وفقا للمبادئ العامة التي تحكم التصرفات القانونية، إن اعتبار الحكم الصادر عن محكمة التحكيم حكما تحكيميا مسألة لا تتوقف على الألفاظ فقط، وإنما يتم الاعتماد بالدرجة

¹ أنظر، محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار الكتب القانونية ، مصر، 2007، ص.85-86.

² أنظر، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص.205-206.

الأولى على مضمون هذا الحكم، وفي هذا الصدد عرفه الفقيه " GAILLARD Emmanuel" على أنه :

« L'acte des arbitres qui tranche de manière définitive, en tout ou en partie de litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un motif de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance »¹

نستخلص من هذا التعريف أنه موسع لحكم التحكيم ، حيث يؤدي إلى اعتبار جميع القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم أحكام تحكيمية، وهو ما يتوافق مع الهدف المبتغى من اللجوء إلى التحكيم، والمتمثل في السرعة في الفصل في النزاعات، وهو ما يثير التساؤل حول ما هي البيانات الواجب توافرها فيه؟ وما مدى إمكانية الطعن فيه أمام القضاء الإداري؟ وكيفية تنفيذه؟

وهو ما سيتم الإجابة عليه في البنود الآتية :

أولاً : البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم

تخضع صياغة حكم التحكيم لقواعد شكلية تقترب لتلك المفروضة على الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية المختصة، إلا أنه لعدم خضوعه لسيادة دولة معينة، و منثم فإنه لا يصدر باسم دولة معينة، وعلى الرغم من ذلك، فإنه بمجرد صدوره يعتبر ورقة رسمية لا يجوز الطعن في الثابت من بياناته إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

وتتعلق هذه البيانات في التحكيم الداخلي بكل من اسم ولقب المحكم أو المحكمين ، وتاريخ ومكان صدوره، وكذلك أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم ، وفي الأخير أسماء و ألقاب المحامين أو من مثل وساعد الأطراف عند الاقتضاء.

¹ FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel , GOLDMAN Bertholet , Traité de l'arbitrage commercial international -, Litec, France, 1996, p.748.

التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

بالإضافة إلى ذلك، لا بد أن يتضمن حكم التحكيم على ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم، وأن يكون مسببا، وكذلك يكون موقعا من قبل جميع المحكمين ، وفي حالة امتناع الأقلية يجب أن يشار إلى ذلك في الحكم.

ولهذه البيانات أهمية قانونية بالغة ، إذ أن تضمين أسماء المحكمين يسهل إمكانية إجراء مطابقة مع الأسماء الواردة في مرجعية التحكيم، كما أن ذكر تاريخ صدور الحكم مهم لمعرفة إذا ما انقضت مهلة التحكيم الاتفاقية أو القانونية ، وكذلك يساعد هذا الأخير في احتساب مواعيد الطعن ، أما فيما يخص ذكر مكان إصداره له أهمية بالغة في التنفيذ لإمكانية تعارض ما جاء فيه مع البلد الصادر فيه¹ .

ثانيا: طرق الطعن في أحكام التحكيم

فيما يخص طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي، لقد نظم المشرع الجزائري طريق الاستئناف في أحكام التحكيم خلال شهر من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي، ونجد أن هذا النص ينطبق على المواد الفاصلة في المواد المدنية و التجارية، أما فيما يخص أحكام التحكيم الصادرة في مادة الصفقات العمومية ، فإن القضاء الإداري لا يعرف مجلس الاستئناف، بل أن مجلس الدولة هو فقط الجهة النافذة في استئناف الأحكام القضائية الإدارية.

بالرجوع إلى الأحكام المنظمة لاختصاصات مجلس الدولة نجد أنه يختص بالفصل في استئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية ، كما أنه يختص كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة²، وبالتالي بالرجوع إلى هذه

¹ نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق ، 258.

² وذلك بموجب المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وكذلك المادة (10) من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 ، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله ، الصادر في ج.ر لسنة 1998، ع.37.

النصوص الخاصة نجد أنه غير مختص باستئناف أحكام التحكيم لانعدام النص الدال على ذلك.

إلا أنه يختص بالاستئناف طبقاً للمادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الأمر القضائي الصادر عن رئيس المحكمة برفض الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، وذلك لاعتباره أمر صادر عن المحكمة الإدارية.

كما أنه لا يمكن تطبيق طريق الطعن بالنقض في المواد الإدارية لعدم وجود نص يخول الاختصاص لمجلس الدولة بالنظر في الاستئناف ، كما أنه لو تم افتراض وجود هذا النص، فإنه لا يمكن توجيه الطعن بالنقض ضد قراراته لعدم وجود جهة قضائية تعلوه.

أما فيما يخص التحكيم الدولي ، لا يمكن توجيه الطعن بالبطلان والطعن بالنقض أمام مجلس الدولة لنفس الأسباب المذكورة أعلاه، وبمقابل بالإمكان اللجوء إلى استئناف الأمر الصادر عن رئيس المحكمة القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ على اعتباره أمر قضائي يمكن الطعن فيه بالاستئناف.

ثالثاً: تنفيذ أحكام التحكيم

أما بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم إذا كانت الإرادة هي التي تركز عليها أحكام التحكيم، إلا أن ذلك لا يزود هذه الأحكام بالقوة التنفيذية اللازمة للتنفيذ الجبري ، لذلك لابد من صدور أمر قضائي بتنفيذها.

و في حالة التحكيم الداخلي يصدر الأمر بالتنفيذ عن رئيس المحكمة الإدارية الصادر في دائرة اختصاصها هذا حكم التحكيم.

التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

وفي الأخير، اعتبر المشرع الجزائري أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من طرف الجهات المختصة سنداً تنفيذية ، وذلك طبقاً للمادة (09/600) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الخاتمة :

نستخلص من هذه الدراسة أن:

-لقد حرص المشرع الجزائري على تشجيع الاستثمار بإدراج التحكيم في مجال الصفقات العمومية، خصوصاً مع توفر الرؤوس الأموال اللازمة لمباشرة مشاريع تنمية، إلا أن ذلك لم ينجح كما كان مسطر له ويرجع ذلك إلى عدة عوامل منها ما يتعلق ببعض المشاكل التي تواجه الدولة الجزائرية كانتشار البيروقراطية والفساد وأيضاً تخلف البنوك ، ومنها ما يتعلق أيضاً بالمؤسسات المستثمرة التي تبحث عن الربح السريع وتحويل العملة الصعبة إلى الخارج، نذكر من ذلك على سبيل المثال: المشاكل الكثيرة التي واجهت ما سمي بمشروع القرن (الطريق السيار شرق -غرب) الممتد على طول 1720 كم ، ولقد رست المناقصة على مجمع "كوجال" الياباني و "سينيك سيارسي" الصيني 15 أبريل 2006، ولقد قامت وزارة الأشغال العمومية مؤخراً بفسخ عقد الشركة اليابانية لانجاز مسافة تمتد حوالي 84 كم ، وذلك بسبب تأخر في الأشغال، وقد هددت هذه الشركة باللجوء إلى التحكيم لطلب تعويض عن الفسخ رغم مخالفتها للمدة المحددة للأشغال في بنود الصفقة.

-أن هناك بعض المواد الخاصة بالتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير قابلة للتطبيق ، وفقاً وما ينسجم مع طبيعة النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، وهو الأمر الذي قد يعتبر عائقاً أمام اللجوء إلى التحكيم .

-نقص التوعية بشأن التحكيم ، نجد أن أغلب القضايا التي يتم اللجوء فيها إلى التحكيم عندما تتعاقد الدولة مع المؤسسات الأجنبية، ونادرا ما يلجأ المتعاقدون الجزائريون إليه.

لذلك هناك مجموعة من التوصيات توصلنا إليها من خلال البحث تتمثل فيما يلي:

-على الدولة حسن اختيار الطرف المتعاقد معها لتجنب نشوء نزاعات أثناء التنفيذ.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

بن ويراد أسماء ♦

ملخص:

تعتبر الصفقات العمومية الأداة القانونية والاقتصادية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات التنمية الاقتصادية المحلية والوطنية. ونظرا لاتصالها المباشر بالمال العام تشكل مجالا خصبا للخروقات القانونية والتعدي على النصوص المنظمة لتلك الصفقات، وأمام بقاء القضاء الإداري العادي وتدخله بعد تنفيذ الصفقة وعدم تقديمه الحماية اللازمة لها، هذا المشرع إلى وضع وسائل وقائية يمكن اللجوء إليها قبل إبرام العقد وتنفيذه.

ولعل اللجوء إلى القضاء الاستعجالي في هذا الإطار يعد من أهمها بالنظر إلى محتواها. وللقاضي الاستعجالي، ضمن صلاحياته سلطة التدخل في العقد وتعديل بنوده، لذا تعتبر هذه الوسيلة طعنا استعجاليا من نوع خاص تؤهله ليكون وسيلة رقابة وحماية وقائية جد فعالة في مجال الصفقات العمومية .

الكلمات المفتاحية : صفقات عمومية، قضاء إداري، قضاء استعجالي، حماية وقائية، رقابة قبلية.

Résumé:

Les transactions publiques sont considérées comme l'outil juridique et économique le plus efficace pour la mise en œuvre des plans de développement économique sur le plan local et national.

♦ طالبة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

Mais, compte tenu de la relation directe de ses transactions avec l'argent public, elles ont fait parfois l'objet de violation des dispositions du code des marchés publics, et l'intervention tardive du tribunal administratif, car après l'exécution desdites transactions, ne permet nullement une protection efficace des deniers publics. Cette situation a amené le législateur à intervenir pour mettre en place des dispositions de protection préventive, lesquelles reconnaît au juge de référé d'intervenir avant même l'élaboration de la transaction et de son exécution.

Ainsi, le tribunal de référé reste l'outil aussi bien le plus compétant qu'efficace en matière de contrôle et de protection préventive des transactions publiques et ce, en raison du pouvoir extraordinaire que possède le juge de référé, lequel peut intervenir pour réajuster ou modifier les clauses du contrat du fait que le recours revêt à cet égard l'urgence à cause de sa qualité spéciale.

Mots clés : Marchés publics, justice administrative, juge de référé, protection préventive, contrôle a priori.

Summary:

Considered public transactions legal and economic tool most effective implementation of local and national economic development plans. Because direct contact with public money an area ripe for breaches of legal infringement on its core, and in front of slower normal administrative judiciary and intervention after the implementation of the deal and not providing the necessary protection, prompted the legislature to put protective devices can be used to before the conclusion of the contract and its implementation, and perhaps the urgency judiciary Before the contract of the most important given the scope and timing and the powers above normal granted to judge which, with his intervention in the contract authority and amended so is stabbed Emergency of a particular kind that's what

it takes to be a way control and preventive protection very effective in the field of public procurement.

Keys words : Public transactions, Administrative judiciary, Emergency Judiciary, Preventive protection, Tribal control.

مقدمة:

يعتبر الانتقال من وحدة القضاء المطبقة منذ سنة 1965 إلى نظام ازدواجية القضاء إثر تعديل الدستور في سنة 1996، نقطة تحول في القانون الجزائري غير أنها لم تفعل إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية الإدارية 08-09 الذي خص المنازعات الإدارية بأحكام قانونية مستقلة، في تدارك للنقص التشريعي الذي كان موجودا خاصة وأن الواقع أثبت عدم قدرة القضاء العادي على التحكم في المنازعات الإدارية التي غالبا ما تتسم بالتعقيد.

وقد خص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 القضاء الاستعجالي الإداري بعدد مهم من المواد الكفيلة بتنظيمه، وهو ما يعتبر نقلة قانونية كبيرة مقارنة بقانون الإجراءات المدنية 90-23، حيث ألم المشرع و من خلال هذه المواد بكل جوانب القضاء الاستعجالي بدءا بقاضي الاستعجال وسلطاته والإجراءات المتبعة أمامه وصولا إلى طرق الطعن في الأوامر الاستعجالية، إضافة إلى توضيح حالات ومجالات اللجوء إلى القضاء الاستعجالي كمادة إثبات حالة والتسبيق المالي وتدابير التحقيق.

ولقد قام المشرع الجزائري ولأول مرة في القانون الإجراءات المدنية 08-09¹ بتنظيم الإستعجالي السابق للتعاقد في الصفقات العمومية والعقود الإدارية، وتعتبر هذه الخطوة ضرورة لا بد منها في خضم التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية خاصة في ظل

¹ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادارية.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

سياسة تشجيع الاستثمار التي تنتهجها الدولة. حيث أصبحت الصفقات العمومية أداة اقتصادية وقانونية لا يمكن الاستغناء عنها من أجل تنفيذ مخططات التنمية الاقتصادية المحلية منها والوطنية.

ويشكل القضاء الاستعجالي قبل التعاقد (السابق للتعاقد) حاليا جزءا مهما في منازعات الصفقات العمومية، وقد ساهم المشرع في تعزيز الأسلوب، وتوسيع طرق الطعن الممنوحة للمرشحين المتضررين من خلال قواعد الإشهار والمنافسة، وبذلك فهو يلعب دورا هاما في الرقابة على إجراءات إبرام الصفقات العمومية نظرا لما يحيطها من تجاوزات يصعب كشفها في الكثير من الأحيان أو تداركها، وكذا لمساسها المباشر بالمال العام والمصلحة العامة.

لذا ورغم تأخر المشرع في القيام بخطوة تقنين الاستعجالي قبل التعاقد مقارنة بنظيره الفرنسي الذي اتخذ هذه الخطوة منذ سنة 1992 بمقتضى القانونين 92-10 الصادر في 04/01/1992 والقانون 93-1416 المؤرخ في 29/12/1993، إلا أنه تدارك الأمر وأقر بضرورة الرقابة القبلية والحماية الوقائية التي يقدمها القضاء الاستعجالي لاستقرار الصفقات العمومية وإرساء الثقة بين أطرافها وبالتالي حماية المال العام وازدهار الاقتصاد الوطني.

ومن خلال ما سبق يثور التساؤل عن ماهية القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، وإلى أي مدى يعتبر آلية فعالة في الرقابة الوقائية القبلية على الصفقات العمومية؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها سيتم تقسيم المداخلة إلى ما يلي:

- أولا: مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

- ثانيا: النظام القانوني للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية.

- ثالثاً: الحكم في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية.

أولاً: مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

إن الإحاطة بمفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية تتطلب الوقوف على تعريفه القانوني وإعطاء لمحة تاريخية عن تطوره وكذا لدوافع المشرع الجزائري لتكريسه.

1- التعريف القانوني للقضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

يعتبر هذا المصطلح القانوني مركباً من مصطلحين، القضاء الاستعجالي وكذا الصفقات العمومية، لذا يجب تعريف كل واحد منهما بمعزل عن الآخر للتوصل إلى تعريف موحد وجامع.

لقد خلت النصوص التشريعية من تعريف القضاء الاستعجالي لذا تدخل الفقه لتعريفه. على أنه مجموع الإجراءات التي ترمي إلى الفصل بصفة مستعجلة وسريعة في حالات الاستعجال والتي تنثر فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق¹.

أما بالنسبة للصفة العمومية فمن خلال المادتين -الثانية و الرابعة- من قانون الصفقات العمومية الجزائري نستخلص بأنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به التي تبرمها الإدارة العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية الإدارية، مركز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني و المؤسسات

¹ - لحسن بن شيخ آث ملوية، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دار الهومة، الجزائر، 2007، ص12.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الاقتصادية، قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو الخدمات أو الدراسات لصالحها كمصلحة متعاقدة"¹

وبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بأنه ذلك الإجراء القضائي التحفظي المستعجل الخاص. والذي يهدف إلى حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية من خلال إعطاء القاضي سلطة واسعة غر مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"².

2- التطور التاريخي للقضاء الاستعجالي قبل التعاقد.

يعتبر القانون الأوروبي وبالتحديد اللجنة الأوروبية المصدر الأساسي للقضاء الاستعجالي قبل التعاقد، حيث فرضته على الدول الأعضاء في إطار التوجيهات المشتركة التي سعت لإنشاء طعن فعال في حال خرق قواعد إبرام الصفقات العمومية لصالح كل مرشح يتم استبعاده بطريقة غير قانونية.

وقد قام القانون الأوروبي بإصدار التعلية رقم 89-55 بتاريخ 21 ديسمبر 1989 والتي وردت تحت عنوان " الطعن والرقابة" في مجال الصفقات العمومية والأشغال، والتي تم تكريسها بهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، بعد أن تنبه المشرع إلى عدم وجود دعوة قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة والعلانية وتضمن مجازاة المخالفات المرتكبة في هذا المجال³.

¹ - الرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية، العدد 58، ص 03.

² - بزاحي سلوى زوجة بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 5، عدد 01 - 2012، ص 31.

³ - مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 843.

وبناء على ذلك، تبني المشرع الفرنسي هذا التوجه بصدر القانون 92-10 المؤرخ في 04/01/1992 والقانون 92-13 الصادر في 25/02/1992 المتعلق بالصفقات المبرمة في القطاعات الخصوصية في مجال (الطاقة، المياه، النقل والاتصالات).

ونقحه القضاء الإداري ثم وسع المشرع الفرنسي من نطاقه مما جعل القضاء الفرنسي من بين الأكثر فعالية في الاتحاد كله¹.

و لم يكتف بالتوجيهات الأوروبية² التي تحصر مجال تطبيق هذا الطعن بالنسبة للصفقات التي تفوق قيمتها السقف المحدد أوروبيا، بل وسع من نطاقها ليشمل كل الصفقات العمومية وكذلك عقود الامتياز العامة بموجب قانون " Sapin " تلا ذلك تعديلات في كل من التوجيهات الأوروبية والتشريع الفرنسي.

أما في الجزائر فقد نظم المشرع القضاء الاستعجالي قبل التعاقد لأول مرة المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 الصادر سنة 2008 تحت عنوان الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات. ويعود اتخاذ المشرع لهذه الخطوة الهامة لعدة أسباب و دوافع.

2- دوافع المشرع الجزائري لتقنين الاستعجالي قبل التعاقد.

بعد التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري طوال سنين عديدة تراجع المشرع عن موقفه ونظمه بكثير من التفصيل ويعود ذلك لعدة أسباب دفعته لتقنين الاستعجالي قبل التعاقد ونذكر منها:

¹ -C.BERGEAL et F.LENICA, le contentieux des marchés publics, 2^{ème} éd. Edition du moniteur, Paris,2010, P.83.

²-C.PREBISSY – SHNAU, La pénalisation du droit des marchés publics, thèse de doctorat, Université de Paris – X Nanterre, 2001, Publiée, éd, LGDJ, 2002, P.422.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

أ- تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقات العمومية في الجزائر خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة والمبالغ الضخمة التي رصدت لذلك.

ب- الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، الشيء الذي أثر سلبا على المناخ الاستثماري وتراجع المستثمرين و هزت الثقة في مصداقية الإدارة الجزائرية والقانون الجزائري، وبالتالي المساس بالاقتصاد الوطني فيعتبر الهدف الاساسي من تقنين الاستعجالي قبل التعاقد هو وضع قواعد فعالة لمواجهة كل تجاوز للمبادئ و القواعد الاساسية التي تنظم الصفقات العمومية من علانية ومساواة ومنافسة¹.

• رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من الشفافية والمنافسة العادلة عند إبرام العقود الإدارية، بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعا فيما تعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة لإبرام العقد. فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن، ذلك أن الإدارة تسارع وفي أغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي في دعواه بحكم نهائي. فضلا على أن الحكم بإلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة ونافذة حتى يطلب أحد أطرافها بإلغائها أمام قاضي العقد

¹-C.PREBISSY – SHNAU,op.cit.,p.421.

ثانياً: النظام القانوني للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

إن الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية كغيرها من الدعوى تحكمها قواعد الاختصاص القضائي ويجب أن تستوفي جميع الشروط التي يفرضها القانون لرفع الدعوى القضائية.

1- شروط الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

لرفع الدعوى الاستعجالية لا بد من توافر مجموعة من الشروط العامة التي يوجب القانون توافرها في الدعوى الاستعجالية إضافة إلى شروط خاصة تنفرد بها الدعوى الاستعجالية في الصفة العمومية.

أ- الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية.

وتخص هذه الشروط جميع الدعوى الاستعجالية بصفة عامة.

• وجود حالة الاستعجال:

أشار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إلى حالة الاستعجال في نصوص المواد 919، 920، 921 و 924 منه، دون أن يعرف هذه الحالات ليترك المجال واسعاً للاجتهاد القضائي في تحديد مفهوم الاستعجال حالة بحالة¹.

¹ - حمدان عيسى، القضاء الإداري الاستعجالي، مجلس قضاء بجاية، بجاية، 2009، ص 03.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

ترك المشرع هذا المجال مفتوحاً لأن أي محاولة لتعريف حالة الاستعجال أو صياغة قائمة حصرية لها، يعني تقييد القاضي مسبقاً بحالات محددة قانوناً، فالقاضي هو الأقرب لمعايشة الواقع من المشرع الذي لن يستطيع مهما تنبأ أن يحصر جميع حالات الاستعجال¹.

• أن لا يتعلق النزاع بأصل الحق:

يقتصر دور القاضي الاستعجالي الإداري في تسوية حالة مستعجلة عن طريق الأمر بتدبير تحفظي دون أن يتعرض للموضوع²، أي أصل الحق الذي يبقى من اختصاص قاضي الموضوع، ويكون ذلك عن طريق إصدار أوامر تكون حجبتها لفترة زمنية محددة، تنتهي هذه الفترة مبدئياً بصدور حكم في الموضوع، كما يجوز للقاضي الرجوع عن الأمر المتخذ بناءً على طلب كل من له مصلحة، وذلك متى ظهرت مقتضيات جديدة طبقاً لنص المادة 932 من ق.إ.م.إ. ويكون الأمر الصادر تطبيقاً لهذه المادة غير قابل لأي طعن طبقاً لنص المادة 936 من نفس القانون³.

• جدية طلب المدعي :

يكفي لنشأة الدعوى الاستعجالية أن يكون هناك احتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، فإن لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة، وترتبط جدية الطلب بمسألتين هما:

¹ - مبدئياً يمكن القول أن حالة الاستعجال تقوم بمجرد وجود "وضعية يخشى أن تصبح غير قابلة للإصلاح" كما هو الحال في زوال أو تغيير الوقائع التي سببت الضرر أو حالة تلف بضائع محجوزة بمصالح الجمارك، أنظر في هذا الموضوع: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للنزاعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 136.

² - المادة 918 ق.إ.م.إ.

³ - تنص المادة على أن: "الأوامر الصادرة تطبيقاً للمواد 919، 921 و 922 غير قابلة لأي طعن"، أنظر القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

- وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته: فإن كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة في حين أنه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية، فإنه لا محل رفع دعواه الاستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانوناً.

- يجب أن يتبين القاضي من خلال الوقائع، ما من شأنه أن يعطي احتمالاً لوجود هذا الحق: وهو ما تؤكد المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه " عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب " فعلى القاضي التأكد من احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة طبقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويقصد بالتزامات الإشهار أو ما يعرف بمبدأ العلنية التزام الإدارة بالإعلان مسبقاً عن تاريخ ومكان إجراء الصفقة حتى يتسنى للمستثمرين المهتمين بالمشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم في الوقت والشكل المطلوب¹.

ب- الشروط الخاصة لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

لمعرفة الشروط الخاصة لهذه الدعوى يجب العودة للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 التي تعتبر الإطار القانوني لهذه الدعوى وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- من لهم الصفة والمصلحة في رفع الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد.

لا يتاح الطعن لكل من له مصلحة كما هو معروف في القواعد العامة بل يقتصر الأمر على عدة جهات، والمشرع الجزائري في المادة 946 حصر حق إخطار المحكمة

¹ - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000، ص 204

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

الإدارية من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بالإضافة إلى الوالي، مما يشكل تضيقا لمجال ممارسة هذا الطعن .

أ- الطعن المقدم من طرف المرشح المستبعد:

المرشح الذي قدم عرضا ولم يتم اختياره بإمكانه تقديم الطعن في أي مرحلة من إجراءات الإبرام، أو المؤسسة التي لم يسمح لها بتقديم عرض في مناقصة محدودة وقد يجتمع باقي المرشحين لتقديم طعن جماعي.

يمكن استعمال الطعن من طرف المرشح الذي حرم أصلا من الترشح بسبب خرق قواعد الإشهار والمنافسة، وتخصص الطاعن يكفي لقيام المصلحة في إبرام العقد و لا يطلب منه إثبات أنه ترشح للعقد¹. فقد اعتبر مجلس الدولة أن المنافس المستبعد هي صفة تكون لكل طاعن له مصلحة في إبرام العقد حتى ولو لم يقدم ترشيحه، أو لم يقبل ترشيحه أو أنه قدم عرضا غير مناسب أو غير قانونيا وغير مقبول² ، كما يمكن استعمال الطعن من طرف المتعاملون الذين لم تجدد عقودهم.

هل يمكن أن يكون الطاعن هو المتعامل الفائز؟.

قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن في القرار المؤرخ في 2011/12/23 أين اعتبر " أن المؤسسة التي أعلن عن فوزها بالصفقة لم تتضرر من جراء مخالفة قواعد

¹ -CE, 08 Aout 2008, n°307143, in Lamy droit public des affaires le référé précontractuel, les principaux recours contentieux , Edition Wolter Kluwer, France, SAS Reuil Malmaison, France ,2012, P. 227.

² -CE, Avis contentieux, 11 Avril 2012, Marceau Lang Prosper weil et autres, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Editions Dalloz, Paris, 2013, PP.909 – 910.

الإشهار والمنافسة التي يخضع لها العقد وليس لها مصلحة في الطعن في إجراءات إبرامه وبالتالي فهي ليست مؤهلة لطلب

إلغائه استنادا إلى المادة (1/551) من قانون القضاء الإداري (وهي المادة المقابلة للمادة 946 من 08-09) وليس لها إلا الحق في سحب عرضها قبل إبرام العقد إذا تبين لاحقا عدم صحة الإجراءات التي قد تؤدي إلى إلغائه¹. وانتقد الفقه في فرنسا هذا المسلك واعتبره تشددا من طرف القاضي الإداري الذي حشر الفائز بالصفقة في زاوية وحرمه من تحريك القاضي الاستعجالي بسبب كونه المتحصل على الصفقة، وأنه محكوم عليه بتوقيع عقد قد يلغى بسبب مخالفات تعرف عليها المرشح الفائز. أما المتعامل الثانوي فليس له الحق في الطعن لأنه ليس له مصلحة في إبرام العقد².

ب- الطعن المقدم من طرف ممثل الدولة.

من الشائع أن الوالي يحيل قرارات المجالس المحلية التي يراها غير مشروعة، على قاضي الموضوع، لكنه وطبقا للمادة 2/946 من القانون 08-09 فإن له الحق كممثل الدولة في استعمال الطعن وتحريك القاضي الاستعجالي قبل التعاقد وذلك فيما إذا تعلق الأمر بعقد يبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، دون أن يثبت المصلحة أو تضرره من الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة. إلا أن الواقع أثبت أنه نادرا ما يقوم الوالي بتقديم طعن لأنه ليس له المعلومات الكافية عن المرحلة السابقة للتعاقد ولا يعلم بالصفقة إلا بعد تلقيه المداولة التي وافقت عليها أو الشكوى التي قد يقدمها مرشح متضرر³.

¹ - CE, 23 Décembre 2011, n°350231, département de la Guadeloupe, juisdata n°2011- 029564, Rec. CE 2011.

² -C. PREBISSY- SHNALL, op. cit., P. 423.

³ - بروك حليلة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 11، ص 306.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

• وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.

و يعتبر انتهاك لقواعد الإشهار والمنافسة ما يلي:

خرق قواعد الإعلان عن الصفقة، اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب ومخالف للشروط القانونية المنصوص عليها، مخالفة المواصفات والخصوصيات التقنية كوضع عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب الآخرين، ويعتبر هذا انتهاك لقواعد المنافسة. إضافة إلى الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق وغيرها من الخروقات التي تمس بأهم المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية (إشهار، منافسة ومساواة).

أما مبدأ المنافسة فيقتضي إفساح المجال أمام المهتمين بالصفقة على السواء دون تفرقة أو إقصاء أو تهميش لتقديم عروضهم وتنص المادة 03 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه "...يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الحصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

• الأجل القانوني لرفع الدعوى.

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا أو مدة زمنية لرفع الدعوى إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت في فقرتها الثالثة بأنه "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

وتشبه صياغة المادة 946 من القانون الجزائري إلى حد بعيد المادتين 1/551 و 2/551 من القانون الفرنسي إذ تنص الأولى على "رئيس المحكمة الإدارية يمكن أن يبيث قبل إبرام العقد..." أما الثانية فقد نصت على "لا يمكن للقاضي أن يبيث قبل إبرام العقد إلا ضمن الشروط المحددة".

ولعل أهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية هي: التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تنسم به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟¹.

فالمنطق الوقائي يفرض أن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد، حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه أمرا للمتسبب للامتناع لالتزاماتها أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد طبقا للفقرتين 4 و 6 من المادة 946 ق.إ.م.إ. أما إن أبرم العقد فما محل هذه الدعوى أصلا؟².

لقد قبلت بعض المحاكم الإدارية بفرنسا النظر في الدعوى حتى بعد إبرام العقد في السنوات الأولى من تكريس الاستعجالي قبل التعاقدية، غير أن مجلس الدولة الفرنسي ما فتئ أن تبني مبدأ مستقرا مفاده أن تطرق القاضي الاستعجالي إلى مشروعية العلانية و المنافسة بعد إبرام العقد يخرج من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية¹.

وعلى هذا الأساس أجمع الرأي القانوني العام في فرنسا على أن المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة السابقة لإبرام الصفقة العمومية².

غير أن القاضي الإداري الفرنسي أبى إلا أن يبتكر اجتهادا حديثا أسس لنظرية جديدة في مجال العقود الإدارية و منازعتها القضائية وذلك بمقتضى قراره الصادر في 2007/07/16 في قضية (Société tropic travaux signalisation) والتي تتلخص وقائعها في أنه على إثر دعوة للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة ب pitre à

¹ - بزاحي سلوى زوجة بومقورة، المرجع السابق، ص 39.

² - R. SHWARTS, le juge français des référés administratifs, revue du conseil d'état, n°4, Algérie, 2003, P 72.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

pointe العرض الذي تقدمت به شركة « Rugoway » فرغت شركة « Tropic » باعتبارها مرشحة للصفقة - دعوى إستعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية: قرار رفض عرضها، قرار منح صفقة ل Rugoway قرار إمضاء الصفقة، و بتاريخ 2006/3/2 رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيسا على أنه لا محل لها لأن العقد قد أبرم و نفذ كليا استأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنه : يمكن للغير، المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية، لحقهم في مخاصمة العقد ذاته إلا أنه رفض الاستئناف لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو الإخلال بالعلانية والمنافسة، و يكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما:

- إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية قبل وبعد إبرام الصفقة.

- حق الغير في مخاصمة العقد بعد أن كان حكرًا على أطرافه.

2- قواعد الاختصاص القضائي في الاستعجالي قبل التعاقد.

إن الاختصاص القضائي يعتبر مسألة نظام عام أولية تسبق الفصل في النزاع، برفع الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد أمام القضاء المختص إقليميا ونوعيا.

أ- **الاختصاص الإقليمي:** يجب تقديم الطعن في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أما المحكمة

الإدارية التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وإذا تعلق الأمر بالأشغال العمومية فيرفع الطعن أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها تنفيذ الأشغال¹.

ب- الاختصاص النوعي:

يتحدد الاختصاص القضائي بالنظر إلى طبيعة المنازعة و ليس طبيعة العقد، وبالرجوع إلى القانون 08-09 نجده ينص على اختصاص المحاكم الإدارية في المنازعات الإدارية وذلك كأول درجة بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة². ويفصل في الطعن الاستعجالي بالتشكيلة الجماعية³ مما من شأنه أن يحول دون الإسراع في إصدار الأمر الاستعجالي، لكنه من ناحية أخرى يعزز الاستقرار القانوني و يمنح القرار الاستعجالي وضوحاً ودقة أكبر.

ثالثاً: الحكم في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية:

بعد رفع الدعوى الاستعجالية امام القاضي الإداري فيكون امامه إما رفضها أو قبولها للنظر في هذه الحالة تستمر الإجراءات على المراحل التالية:

¹ - المادة 3/804 من القانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - المادة 800 ق.إ.م.إ.

³ - المادة 917 ق.إ.م.إ.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

1-التحقيقي الطلب:

يتوقف التحقيق على اساس التأسيس الذي بني عليه الطعن وإذا تعلق الأمر بالإخلال بقواعد المنافسة يصبح التحقيق أكثر صعوبة¹، ويمر التحقيق في الطلب بمرحلتين:

أ- المرحلة المكتوبة:

يقع على عاتق الطاعن تبليغ العريضة للمصلحة المتعاقدة عند رفع الطعن²، إلا أن ذلك لا يعد شرطاً لقبوله³ وإنما له آثار على الطعن اللاحق للتعاقد، ويمكن أن يتلقى الطاعن مذكرات الخصم و يمكن أن يسمح بتبادل المذكرات والعرائض⁴.

ب-المرحلة الشفهية :

الجلسة العلنية إجبارية بالنظر إلى السلطات الواسعة للقاضي الاستعجالي و خلال هذه الجلسة يمكن للأطراف أن يقدموا ملاحظاتهم الشفهية و يمكن خلالها أيضا تقديم دفع أو وثائق جديدة ،و يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية⁵ و يجب إعلام

¹ -F.Christian, La prévention de la corruption dans les marchés publics,examen des moyens juridiques et institutionnelles, Thèse de doctorat, Université Di Corsica,2000, p.335.

² - المادة 928 ق إ م إ.

³ - CE, 30 septembre 2011,Cne de Maiziaine –Lés Metz, requête, n°350148, Nicolas

Lafay Référé contractuel : les conditions de recevabilité précisées par le juge, Revue contrats publics, n° 117, janvier, 2012, p.93.

-CE, 10 novembre 2010, Ministère de la défense, requête,n°341132, Nicolas Lafay , op. cit. ,p,93

⁴ -F. Christian, op,cit, p.335.

⁵ -المادة 923 ق إ م إ.

الأطراف بطلبات الخصم تحت طائلة بطلان الاجراءات و كذلك تبليغهم بالوثائق التي قدمها الخصم¹.

ج- إمكانية الأمر بالخبرة:

و يمكن للقاضي الإستعجالي أن يأمر بخبرة² وذلك لتوضيح له بعض الامور و هذا الاجراء إستثنائي لأنه لا يتماشى مع أجل 20 يوما الممنوحة له للفصل في الدعوى الاستعجال.

2- صدورالقرار الاستعجالي:

يتمتع القاضي الاستعجالي في إطار المادة 946 بسلطات واسعة أحيانا تتجاوز سلطات قاضي الموضوع لانه أحيانا يتخذ تدابير نهائية مما يعزز الطابع الموضوعي لهذا الطعن الذي يمكن القاضي أحيانا من تسوية النزاع في الموضوع، و هي سلطات لا يتمتع بها عادة القاضي الاستعجالي العادي الذي لا ينظر في أصل الحق³، وصفها مجلس الدولة بسلطات القضاء الكامل⁴.

3- سلطات القاضي:

تمنح المادة 946 للقاضي الإداري السلطات التالية:

¹-المادة 931 ق.إ.م.إ.

²-923 ق.إ.م.إ.

³-المادة 918 ق.إ.م.إ.

⁴ « pouvoirs de pleine juridiction » CE, 29 juillet, 1998, Garde des sceaux, c Sté Génicorp, in Olivier Le Bot Le guide administratifs , édition Dalloz,, paris cedex, 2013/2014., p 624.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

أ - سلطة القاضي في توجيه أمر للإدارة.

يملك القاضي حق توجيه الأمر للإدارة للامتثال لالتزاماتها، وكان من المستقر عليه أن القاضي لا يأمر الإدارة، إذ يحكم القاضي الإداري مبدأ إجرائي مفاده أن " القاضي يحكم و لا يدير " وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية.

و ظل القضاء الإداري الجزائري يتبنى نفس الموقف إلى حين صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 والذي منح للقاضي الاستعجالي كل السلطات، حيث أصبح يملك سلطة توجيه أمر للإدارة لتفي بالتزاماتها في مجالي العلانية والمنافسة، كأن يأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية أو إعادة نشره مستوفياً لبياناته الإلزامية أو يوجه لها أمراً بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول الصفقة دون وجه حق، وهو ما يجعله يتدخل في أصل الحق وبالنظر في جوهر الدعوى خلافاً للقواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي، وهو ما يدعو إلى تسمية هذه الدعوى بـ " شبه استعجاليه".

ب - سلطة القاضي في فرض الغرامة التهديدية.

تتيح المادة 946 ق.إ.م.إ. للقاضي الاستعجالي أن يأمر بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل الذي يحدده القاضي للمصلحة المدعى عليها للامتثال لالتزاماتها، وهذا من شأنه أن يدعم مصداقية الأحكام القضائية.

ج - تأجيل إمضاء الصفقة لمدة 20 يوما.

منحت المادة 946 في فقرتها السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما، ويعد هذا التأجيل بحد ذاته وسيلة

ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها، وهي سلطة خطيرة تشل عمليات العقد وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام.

4- تقييم سلطات القاضي الاستعجالي.

من حيث المبدأ يسمح الطعن السابق للتعاقد للقاضي باتخاذ تدابير مؤقتة دون الفصل في الموضوع إلا أنه يتميز بكونه إجراء يمنحه سلطة اتخاذ تدابير نهائية بحذف بنود من العقد وإعادة الإجراءات كما يمكنه تأجيل توقيع العقد مع الحكم بالغرامة التهديدية، فيمكنه أن يفصل بأكثر مما طلب منه على الخروقات التي يلاحظها ويأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها مع أو بدون تحديد أجل وإعادة المرشح الطاعن عن الذي تم استبعاده، وهذا الطعن ليس استعجاليا إلا من حيث الشكل¹ لأن صلاحيات القاضي فيه أحيانا تفوق الموضوع، فهو يشبه منازعة الإلغاء من حيث كونه يمكن القاضي من التأثير في العقد أو على الأقل التعديل في أطرافه.

لذا تعتبر الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقد دعوى من نوع خاص² فالقضاء في هذه الحالة لا يعتبر مستعجلا بمعنى الكلمة بل تقنية خاصة في سبيل حماية الصفقة العمومية والمال العام.

5- تنفيذ القرار القضائي.

يصدر الأمر الاستعجالي مسببا وينفذ فوراً وهو حائز لقوة الشيء المقضي فيه والاستئناف لا يعيق التنفيذ، فإذا اعتبر القاضي الاستعجالي أن هناك مساس بالتزامات الإشهار والمنافسة ولم تلتزم الإدارة المتعاقدة ووقعت على العقد، يمكن في هذه الحالة للطاعن أن يبلغ عن جنحة المحاباة³، كما أن يشكل قرار التسريع في توقيع العقد انحرافا

¹ - C.BERGEAL et F.LENICA, op.cit., P. 119.

² - F.CHRISTIAN, op.cit. P.351.

³ - C.PREBISSY - SHANALL, op.cit., P.447.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

باستعمال السلطة، أو خطأ في القانون¹. و يمكن للقاضي الجزائي أن يستخلص من القرار الاستعجالي الذي طالب الإدارة بوقف إبرام العقد أن هناك خرق للقواعد ذاتها، وعلى القاضي الاستعجالي أن يحدد بدقة كيفية تنفيذ قراره. فإن تم إلغاء إجراءات الإبرام فيجب إعادة العملية من البداية أما إذا ألغي تصرف واحد فقط فيجب إكمال العملية خلال تلك المرحلة.

إذا تم استبعاد المرشح بطريقة غير قانونية واختار طريقة التعويض بإمكانه استعمال دعوى المسؤولية " شبه الجنحية " على أساس ما فاتته من كسب، وفي حال لم يكن له أي فرصة فله الحق في المطالبة بالمصاريف الخاصة بتقديم عرضه، وإذا تحقق من كونه يملك حظوظا للفوز بالصفقة فيمكن تعويضه بكامل ما فاتته من كسب ويقاس بالريح الذي كان يمكن له الحصول عليه من الصفقة. أما إذا تم التوقيع على العقد فيبقى له الحق في دعوى التعويض محتجا على صحة العقد أو أحد بنوده ويطلب أيضا من القاضي الاستعجالي بصفة تحفظية أن يأمر بوقف التنفيذ العقد².

جدير بالذكر أن القضاء في الجزائر وفي ظل تشريع الصفقات السابق للمرسوم 91-434 لم يرتب البطلان على مخالفة أحكام إبرام الصفقات العمومية حيث قضى بالتعويض لصالح مرشحين تم قبول عروضهم من طرف لجنة تقييم العروض ثم أبرمت الإدارة المتعاقدة الصفقة مع مرشح رفض عرضه، فطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر بعد أن قدم شكوى ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي مذكرا إياه بأحكام تنظيم الصفقات التي خرقها بشكل علني وصارخ. و قد اعتبر مجلس الدولة هذا الخرق مستوجبا للتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بالمعني³.

¹ - C.PREBISSY – SHNALL, op.cit., P. 449.

² - CE Assemblée, 16 Juillet 2007, société tropique travaux signalisation, n° 291545, rapport du service central de lutte la corruption, 2007, chapitre II, WWW.sccp.fr.

³ - ملف رقم 014637، الغرفة الأولى، قضية بلدية العلمة ضد هـ - ع، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، 2004، ص. 132 وما يليها.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفي حالة استئناف القرار الاستعجالي فلا يكون لهذا الاستئناف أي أثر على القرار، لأن القرار الذي يتخذه القاضي الاستعجالي بتأجيل العقد ينقذ.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة تتجلى جيدا القفزة النوعية والهامة للمشرع الجزائري في مجال الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، حيث سد فراغا تشريعيا كبيرا ووضع حماية ودرا قانونيا للصفقات العمومية التي كانت عرضة للتجاوزات والخروقات التي تؤثر على الاقتصاد الوطني بشكل أو بآخر، إضافة إلى أنه وسع من سلطات القاضي الاستعجالي وأعطاه صلاحيات غير مألوفة كفرض غرامات تهديدية وكذا تأجيل العقد.

بيد أن ما يعاب على المشرع النقائص التالية:

1- رغم تنصيب الوالي كحارس لمشروعية الصفقات المحلية، إلا أن هناك غيابا في الأطر القانونية.

2- عدم منح صفقة قانونية لجهة مركزية تتولى فرض رقابة قانونية على مدى احترام قواعد العلانية والمنافسة في الصفقات العمومية المركزية.

3- توحيد جهة الاختصاص القضائي بالنظر في منازعات العقود الإدارية والصفقات العمومية، علما أن الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الاقتصادية لا تعد عقودا إدارية طبقا للمعيار العضوي الذي يتبناه كلا من المشرع والقاضي الجزائريين، فإن كان القضاء الإداري يقر عدم اختصاصه بالفصل في منازعات الموضوعية، فإنه لن يقبل النظر في منازعاتها الاستعجالية التحفظية.

الرقابة القبلية للقضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة.

4- الإغفال التام لضمانات هذه الدعوى الجديدة وإتباع القواعد العامة في القضاء الاستعجالي، على خلاف المشرع الفرنسي الذي خص هذه الدعوى بإجراءات معينة كمبدأ الوجاهية، وتبادل المذكرات بين أطراف الدعوى، وإبداء الملاحظات الشفهية في الجلسات العلنية.

كما يرجى أن يكرس المشرع الجزائري سلطتي : إلغاء القرارات والبنود التعاقدية المخالفة لالتزامات العلنية والمنافسة وذلك في سبيل تفعيل هذه الدعوى الجديدة التي ندعو إلى تسميتها بـ " الدعوى شبه الاستعجالية في العقود الإدارية والصفقات العمومية " لأنها التسمية الأدق والأصح لهذا المولود الجديد الذي يقود ثورة على المحظورات التقليدية التي كانت سائدة في نظامنا القانوني.

الحماية الجزائية للصفقات العمومية

عرب ثاني نجية♦

ملخص:

لقد قرر المشرع الجزائري الحماية الجزائية لقواعد تنظيم الصفقات العمومية، في إطار القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الصادر بموجب القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، إذ نص في الباب الرابع منه على الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، و المتمثلة إجمالاً في: الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، و جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية: صفقات عمومية، مسؤولية جزائية، استغلال النفوذ، رشوة.

Résumé :

Le législateur algérien a décidé une protection pénale pour les règles régissant les marchés publics dans le cadre de la loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, délivré en vertu de la loi n°06-01 du 20 février 2006. On trouve dans le quatrième titre de cette loi les crimes relatives aux marchés publics et qui se présente globalement : les avantages injustifiés dans les marchés publics, la corruption dans les marchés publics.

Mots clés : Marchés publics, responsabilité pénale, Trafic d'influence, Corruption.

♦أستاذة مساعدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان.

Summary:

The Algerian legislature decided a criminal protection for the rules governing public procurement in the framework of the law on the prevention and the fight against corruption, issued under Law No. 06-01 of 20 February 2006. We find in the fourth session of this law, crimes on public procurement presented globally in: the unjustified advantages in public procurement, corruption in public procurement. Keywords: Public procurement, criminal responsibility, influence peddling, corruption.

مقدمة:

تعد الصفقات العمومية إحدى التصرفات القانونية الأكثر تعقيداً وحساسية في الواقع العملي، لكونها تتعلق بالمال العام وغايتها تحقيق المصلحة العامة من جهة، ولأنّها عملية قانونية تستوجب شكلاً معيناً وتوافر شروط خاصة في إعدادها وتنفيذها من جهة أخرى. لذا أحاطها المشرع الجزائري بجملة من المبادئ والقواعد القانونية الصارمة.

إذ قرر المشرع القواعد الجوهرية والإجراءات التفصيلية والشروط الواجب مراعاتها عند إعداد الصفقات العمومية، ومعايير اختيار المتعامل المتعاقد، وضبط أسعار تلك الصفقات، ووضع الضمانات الكفيلة بحسن تنفيذ الصفقة، كما وضع قواعد خاصة للرقابة على الصفقات العمومية، سواء كانت رقابة قبلية أو بعدية أو أثناء إعداد الصفقات، وذلك بمختلف أنواع الرقابة، منها الداخلية والخارجية ورقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية على الصفقات العمومية.

كما قرر المشرع الجزائري أيضاً رقابة خاصة وحماية نوعية، تُعد الأكثر فعالية وصرامة من غيرها وهي الحماية الجزائية لقواعد تنظيم الصفقات العمومية، في إطار القانون

المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الصادر بموجب القانون رقم: 06-01 المؤرخ في 20-02-2006 المعدل و المتمم.

إذ نص في الباب الرابع منه على الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، والمتمثلة في: جريمتين أساسيتين هما: الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، ليندرج تحتها جنحتين، وهما: جنحة المحاباة، كما يطلق عليها فقهاء، و جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، للحصول على امتيازات غير مبررة. أما الجريمة الثانية فهي الرشوة في مجال الصفقات العمومية. و عليه سوف نحاول الوقوف على مدى قدرة هذه النصوص على توفير الحماية الجزائية للصفقات العمومية.

بناء على ما سبق يمكن حصر الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في ثلاث جرائم هي:

جنحة المحاباة، أو جنحة إعطاء امتيازات غير مبررة للغير عند إبرام أو تأشير أو مراجعة صفقة عمومية، و جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، أو جنحة الاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات العمومية، أما الجريمة الثالثة، فهي جنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، أو جنحة العمولة أو الأجرة أو المنفعة.

و عليه سوف نعالج الموضوع من خلال النقاط الآتية:

أولاً: جنة إعطاء امتيازات غير مبررة للغير:

و تسمى في الفقه بجنة المحاباة، و قد عالجها المشرع الجزائري في المادة 1/26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحتها¹، بقولها: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر سنوات (10)، و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج:

1- كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقاً مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير".

يتضح من نص المادة أن هذه الجريمة تتكون من ثلاثة عناصر أساسية، كما جعل لها المشرع عقوبات لقمعها.

أ. عناصر الجريمة:

تتمثل عناصر الجريمة في: صفة الجاني، الركن المادي، و الركن المعنوي.

1- صفة الجاني كموظف عام:

تعد جريمة المحاباة من الجرائم التي تشترط لقيامها توافر صفة معينة في الجاني، و هي صفة الموظف العام في هذا النوع من الجرائم.

بالرجوع للقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، نجده يعرف الموظف العام، من خلال المادة 04 منه: "يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلم الإداري". طبقاً لنص المادة، لا يعتبر العامل موظفاً إلا إذا رسم في رتبة السلم

¹ القانون رقم: 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم.

عرب ثاني نجية

الإداري، و سيق تعيينه من طرف سلطة إدارية للعمل كموظف دائم، لدى إحدى المؤسسات و الإدارات العمومية الواردة حصرا ضمن نص المادة 02 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، إذا جاء في نص المادة 02 المذكورة، أنه: "يطبق القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات و الإدارات العمومية.

يقصد بالمؤسسات و الإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، و الإدارات المركزية في الدولة، و المصالح غير المركزة التابعة لها و الجماعات الإقليمية، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني، و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي، و كل مؤسسة عمومية، يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي...

إن المدلول الموظف العام المشار إليه في النصوص السابقين، يعد مدلولاً طبقاً لمصطلح الموظف العام، و يعرف بالمفهوم الضيق للموظف العام.

أما المدة 02 فقرة "ب" من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، فقد أعطت للموظف مدلولاً واسعاً بقولها: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: ب) موظف عمومي:

1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية، سواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

2- كل شخص آخر يتولى و لو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، و يساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية، أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

3- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي، أو من في حكمه طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما".

يتضح من نص المادة أن المشرع الجنائي الجزائري، اعتبر المناصب التشريعية و التنفيذية و الإدارية و القضائية، و المحلية المنتخبة، دائمة كانت أو مؤقتة، بمثابة وظائف عامة، و الموظف فيها يعد موظفا عموميا حسب مفهوم هذا القانون، بغض النظر عن رتبته و أقدميته، و سواء كان يعمل بأجر أو بدون أجر.

يضاف إلى ما سبق، الأشخاص الذين هم في حكم الموظف، إعمالا لنص المادة 02-ب-3 من قانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، و يشمل خصوصا المستخدمين العسكريون و المدنيون التابعون لوزارة الدفاع الوطني، و الضباط العموميون، كالموثق و المحضر القضائي، الذين يعينون من سلطة إدارية، و هي وزارة العدل. كما يشترط في جنحة المحاباة توافر صفة الموظف العمومي وقت ارتكاب الجريمة.

فإذا زالت صفة الموظف عن الجاني لأي سبب كان، ثم ارتكب السلوك الإجرامي المشار إليه في المادة 1-26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، فإنه لا يعد سلوكا جرميا في حقه، لعدم توافر صفة الموظف العام في شخصه، و بالتالي فإبرام العقود و الصفقات العمومية أو التأشير عليها أو مراجعتها من طرف شخص فقد صفة الموظف العام، أو لم يكتسبها أصلا بطريق مشروع، كمن يثبت قضائيا بطلان تعيينه، كأن يعين من سلطة إدارية غير مختصة، فإنه لا يعد مرتكبا لجنحة المحاباة¹.

و إنما يسال أن جريمة أخرى، كالنصب و الاحتيال أو جريمة انتحال الوظائف و الألقاب و الأسماء وفقا لأحكام قانون العقوبات.

¹ بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص: 435

2- الركن المادي:

يتحقق الركن المادي في جريمة المحاباة بقيام الجاني و هو الموظف العمومي بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق أو تأشير أو مراجعة دون مراعاة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل من أجل إعطاء الغير امتيازات غير مبررة¹.

فمسائل التجريم و العقاب و المتابعة تطال كل أشكال الصفقات العمومية، سواء تلك التي تبرم في إطار الإجراءات و قواعد تنظيم الصفقات العمومية، أو غيرها من العقود و الصفقات العمومية أو التصرفات القانونية الأخرى، فالتجريم و العقاب يشمل كل العقود و الصفقات التي يبرمها الموظف العمومي بالمفهوم الوارد في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، كصفقات إنجاز الأشغال العامة، و التوريد و اقتناء المواد، أو صفقات إنجاز الدراسات، و غيرها من العقود و الملاحق التي تبرم لزيادة الخدمات أو تعديل بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية.

فتعتبر الجنحة قائمة كلما تعلق الأمر بعدم احترام القواعد القانونية و الإجراءات التي تحكم تنظيم و إعداد الصفقات العمومية، تطبيقاً لنص المادتين (02) و (06) منه و ذلك وفقاً للتعديلات الواردة على المادتين، حيث يتعين على كل المؤسسات و الإدارات الوارد ذكرها في نص المادة (02)، أن تبرم صفقاتها العمومية في إطار و إجراءات هذا القانون، طالما تجاوزت قيمة الصفقة مبلغ: 4.000.000 دج، إذا تعلق الأمر باقتناء الخدمات أو إنجاز الدراسات. و في حالة تجاوز قيمة الصفقة مبلغ: 8.000.000 دج، عندما يتعلق الأمر بإنجاز الأشغال أو اقتناء المواد أو اللوازم.

¹ المرسوم الرئاسي رقم: 12-23، المؤرخ في 2012/01/18، المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في 2010/10/07.

الحماية الجزائية للصفقات العمومية

كما يتعين على كل موظف عمومي إذا كان مختصا في إبرام الصفقة، أن يراعي الشروط و الإجراءات الواجب التقيد بها، و احترام المبادئ العامة التي تحكم تنظيم الصفقات العمومية، لاسيما الاعتماد على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة، و معايير الموضوعية، و تجسيد مبدأ علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، و الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء، بحيث يشكل الإخلال بإحدى القواعد السابقة، و غيرها من القواعد الخاصة، عنصرا مكونا للركن المادي لجريمة المحاباة¹.

و تجدر الإشارة إلى أن عدم احترام القواعد و الإجراءات التنظيمية التي تحكم الصفقات العمومية، لا يمكن أن تؤدي و حدها لقيام الركن المادي للجريمة، بل يتعين اقترانها بفرض منح الامتيازات غير المبررة للغير، كتفضيل أو تمييز أحد المتنافسين عن غيره دون حق، لأهداف شخصية و علاقات اجتماعية معينة.

3- الركن المعنوي:

لا يكفي تحقق السلوك الإجرامي لقيام المسؤولية الجنائية للفاعل بل لابد من توافر شرط ضروري و هو القصد الجنائي.

فجريمة المحاباة من الجرائم العمدية التي تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام والخاص.

فالقصد الجنائي العام يتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة أحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونا.

¹أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، الجزائر، ط11، 2011، ص142.

عرب ثاني نجية

ففي هذه الجريمة يتجسد الركن المعنوي في علم الموظف و إدراكه و اتجاه نيته إلى مخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية من أجل منح امتيازات غير مبررة للغير¹.

أما القصد الجنائي الخاص فيتمثل في نية الموظف العمومي إعطاء امتيازات للغير، مع علمه بأنها غير مبررة، و لا يستحقها ذلك الغير بموجب التشريعات و الأنظمة المعمول بها في هذا المجال.

ب. الجزء:

تطبيقا لنص المادة 2/26 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، تتمثل العقوبة في الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، و غرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

أما إذا كان مرتكب الجنية موظفا عاما، يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطا عموميا، فإن منصب يعد ظرفا مشددا بالنسبة له فتكون العقوبة الحبس عشر سنوات إلى عشرين سنة، مع الاحتفاظ بنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة، و ذلك تطبيقا لنص المادة 48 من قانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

كما يسأل الشخص المعنوي جزائيا عن ارتكاب هذه الجنية، و ذلك تطبيقا لنص المادة 53 من قانون 01-06 و التي تنص على أنه: "يكون الشخص الاعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات".

¹ جباري عبد الحميد، قراءة في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 05، 20 فبراير 2007، ص 106.

الحماية الجزائية للصفقات العمومية

و تطبيقا لأحكام المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، فإن الشخص المعنوي الذي اقترف جنحة المحاباة، تسلط عليه عقوبة الغرامة التي تتراوح من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج، مع جواز تطبيق العقوبات التكميلية، عملا بنص المادة 50 من قانون 06-01 و كذا نص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، و إمكانية إبطال العقد أو الصفقة العمومية التي كانت محلا لجنحة المحاباة و ذلك تطبيقا لأحكام المادة 55 من قانون 06-01.

أما بالنسبة لتقادم الدعوى العمومية و تقادم العقوبة، فقد أحال المشرع فيما يتعلق بكل جرائم الفساد إلى قانون الإجراءات الجزائية¹، ما عدا حالة تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، حيث قرر عدم جواز التقادم بشأنها.

فبالرجوع إلى المادة 1/08 من قانون الإجراءات الجزائية، نجدها تنص على أنه: "تتقادم الدعوى العمومية في مواد الجنب بمرور ثلاث سنوات كاملة".

أما تقادم العقوبة الصادرة بقرار أو حكم في مواد الجنب، فقد نصت المادة 614 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "تتقادم العقوبات الصادرة بقرار أو حكم يتعلق بموضوع الجنب بعد مضي خمس سنوات كاملة ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه ذلك القرار أو الحكم نهائيا".

غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المقضي بها تزيد عن الخمس سنوات فإن مدة التقادم تكون مساوية لهذه المدة".

¹ الأمر رقم: 66-155، المؤرخ في: 08/06/1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل و المتمم.

و الملاحظ أن التقادم في هذه الحالة يسري على جميع أنواع العقوبات، سواء كان الحبس أو الغرامة، إذ يؤدي تطبيق التقادم إلى إزالة آثار الحكم بالإدانة، فلا يمكن تنفيذ هذا الحكم، بسبب سقوط و زوال آثاره¹.

ثانيا: جنحة استغلال نفوذ أعوان الدولة للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

نص المشرع الجزائي على هذه الجريمة في المادة 2/26 من قانون 06-01 و التي جاء فيها ما يلي: "يعاقب.....2- كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم و لو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة، من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة، أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات، أو آجال التسليم أو التموين".

يتضح من نص المادة، أن جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين تتكون من ثلاثة عناصر أساسية، و هي صفة الجاني، الركن المادي، الركن المعنوي، بالإضافة إلى الجزاء المقرر من طرف المشرع.

أ.عناصر الجريمة:

اشتراط المشرع من خلال المادة 2/26 المشار إليها سابقا، مجموعة من العناصر لتحقق الجريمة نذكرها فيما يلي:

¹فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري و العلمي، مطبعة البدر، الجزائر، بدون سنة، ص 77-78.

1- صفة الجاني:

لابد أن تتوفر في الجاني صفة معنية، و هي أن يكون إما تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص، بمعنى أن يكون عونا اقتصاديا من القطاع الخاص ثم عدل المشرع عن اشتراطه صفة معينة بأن أضاف عبارة " بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي"، فأمكن قيام الجريمة في أي شخص، تابع للقطاع الخاص، سواء كان طبيعيا أو معنويا، بغض النظر إن كان تاجرا أو حرفيا أو غير ذلك.

2- الركن المادي:

يتمثل السلوك الإجرامي في قيام الجاني باستغلال نفوذ أعوان الهيئات المذكورة في المادة 2/26 من قانون 01-06، بمناسبة إبرام عقد أو صفقة مع الدولة، أو تلك الهيئات التابعة لها، غير أنه يشترط أن يكون عون الدولة المذكور يتمتع بسلطة في تلك الهيئات أو المؤسسات المذكورة في المادة 2/26، فقد يكون رئيسا أو مديرا لها، أو مسؤول مختص بإبرام الصفقات، أو تنفيذ بنودها¹.

و حتى تقوم الجريمة لابد أن يستغل الجاني نفوذ أعوان الدولة و الهيئات العامة المذكورة في نص المادة 2/26، لأجل تحقيق رغبته في إحدى الحالات الواردة على سبيل الحصر في نص المادة السابقة، و هي إما الزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد، أو التعديل في نوعية الخدمات، أو التعديل في آجال التسليم أو التموين.

¹أحسن بو سقيعة، المرجع السابق، ص 152.

يتمثل القصد الجنائي العام في علم مرتكب الجنحة بنفوذ الأعوان العموميين و انصراف إرادته لاستغلال هذا النفوذ لفائدته، أما القصد الجنائي الخاص، فيتمثل في توافر نية الحصول على امتيازات أو منافع مع العلم أنها غير مبررة¹.

ب. الجزء:

تسري على مرتكب جنحة استغلال النفوذ نفس العقوبة المقررة لجنحة المحاباة، و هي الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، و الغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

كما تسري على هذه الجنحة نفس أحكام التقادم، و تشديد العقوبة و تخفيفها.

ثالثا: جنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

تعتبر جريمة الرشوة من أكثر الجرائم شيوعا في مجال الصفقات العمومية، فهي تهدف إلى إثراء البعض بغير حق سواء عن طريق المتاجرة بالوظيفة العامة أو عن طريق إهدار الثقة في الإدارة العامة.

و قد عالج المشرع الجزائري هذه الجريمة في المادة 27 من قانون 06-01 بقولها: "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة، مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات، قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو

¹أحسن بو سقيعة، المرجع السابق، ص 151.

الحماية الجزائية للصفقات العمومية

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية".

يتضح من نص المادة أن هذه الجنحة تقوم على ثلاثة عناصر أساسية، كما تتميز بجزء أشد من الجزاء المقرر للجنحتين السابقتين.

أ. عناصر الجريمة:

يتمثل عناصر هذه الجريمة في توافر صفة معينة في الجاني بالإضافة إلى الركن المادي و المعنوي.

1- صفة الجاني:

يشترط توافر صفة الموظف العمومي، الذي يجوز له قانونا إبرام أو تنفيذ العقود و الصفقات العمومية، لصالح الدولة أو إحدى المؤسسات الواردة في نص المادة 27. كما يمكن أن يرتكب هذه الجنحة حتى أصحاب المهن الحرة، كالمحامين أو أصحاب مكاتب الدراسات، إذا أبرموا صفقات بتكليف من الدولة، فقد يرتكب أحدهم جنحة الرشوة أثناء قيامه بالتعاقد و العمل لصالح الدولة. إذ عيّد هنا في حكم الموظف العام. كما يجب توافر صفة الموظف العمومي وقت ارتكاب الرشوة لا قبل ذلك¹.

2- الركن المادي:

يتمثل الركن المادي في قبض الموظف العمومي أو محاولة قبض أجره أو منفعة، سواء لنفسه أو لغيره، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، في مقابل قيام الجاني بعمل أو

¹ محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 12.

عرب ثاني نجية

الامتناع عن عمل، إذ يقوم مرتكب الجنحة بالمتاجرة بالوظيفة العامة مقابل منفعة مادية أو أدبية أما الطرف الثاني صاحب المصلحة غير المشروعة فهو يقبل ما يطلب منه الموظف العمومي، أو يقد عطاء لهذا الأخير¹.

فيقوم مرتكب الجريمة بقبض أجر أو عمولة أو أي منفعة غير مشروعة، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة، أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.

3- الركن المعنوي:

يجب أن يعلم الموظف أن ما يقوم به هو متاجرة بالوظيفة أي أنه يبيع و يشتري في وظيفته، لأنه إذا انتفى علمه انتفت جريمة الرشوة عنه، كما ينبغي أن ينصرف علم الموظف المرتشي إلى المقابل الذي يقدم إليه و أنه نظير العمل الوظيفي الذي يقوم به، فقد يعلم بوجود المزية لكنه لا يعلم بقيام ارتباط بينهما و بين العمل الوظيفي و من اللحظة التي يتوافر فيها ذلك تتحقق جريمة الرشوة.

كما يجب أن تتجه إرادة المرتشي إلى تحقيق السلوك الإجرامي الذي يشكل ماديات الجريمة².

ب. الجزاء:

يختلف الجزاء المقرر لهذه الجنحة عن الجزاء المقرر لجنحة المحاباة و جنحة استغلال النفوذ من طرف الأعوان العموميين. إذ يعاقب المشرع مرتكب جنحة الرشوة في

¹ بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 425.

² فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 97.

الحماية الجزائية للصفقات العمومية

مجال الصفقات العامة، بعقوبة مشددة تتراوح من 10 سنوات إلى 20 سنة حبسا، و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

أما بالنسبة للتقادم، فتختلف جنحة الرشوة في الصفقات العمومية عن غيرها من الجريمتين السابقتين، إذ لا تتقادم جنحة الرشوة عموما، سواء تعلق الأمر بتقادم الدعوى العمومية أو تقادم العقوبة ، و لذلك تطبيقا لنص المادة 2/54 من قانون 06-01، التي أحالت بشأن التقادم إلى نصوص قانون الإجراءات الجزائية، و بالرجوع لهذا الأخير، لاسيما المادتين: 08 مكرر و 612 مكرر منه، حيث تنص المادة 08 مكرر 1 على أنه: "لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات و الجنح الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، و تلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية و الرشوة".

خاتمة:

و ما يمكن استخلاصه في الأخير أن هناك تباينا واضحا في تعامل المشرع الجزائري بين جنحة الرشوة في الصفقات العمومية و بين جنحة المحاباة و استغلال النفوذ، إذ نجد أن جنحة الرشوة في الصفقات العمومية تتميز بجزاء جنائي أشد من الجزاء الجنائي المقرر للجنحتين السابقتين، كما تسري أحكام التقادم عليها، سواء تعلق الأمر بتقادم الدعوى العمومية أو تقادم العقوبة، بينما لا يمكن الحديث عن التقادم في جريمة الرشوة.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

خالدي مجيدة♦

الملخص

الصفقات العمومية تشكل أداة استراتيجية لإنجاز العمليات المالية للنفقة العمومية للدولة، وهذا لغرض تجهيز وتسيير المرافق العمومية، وإن صرف هذه النفقات العمومية يتطلب تكريس مبدأ الشفافية، لأن شفافية الإدارة هي من أهم الأسس لنجاعة النفقات العامة لأنها تجعل هذه النفقات تذهب للميادين المخصصة لها، وتمنح للأشخاص المؤهلين بموجب الصفقة دون تفضيل على آخرين، إلا بما يخدم المصلحة العامة ويحافظ على أموال الدولة.

فإن الشفافية هي أهم وأسبق من الإجراءات الرقابية والوقائية وكذا العقابية مما يجعلها أهم أداة لمحاربة كل تعسف أو استعمال في غير محله للنفقات العمومية . ولكي تتمكن الإدارة من تحقيق مبدأ المصلحة العامة والاستعمال الأمثل للأموال العمومية فهي تلجأ للتعاقد مع المتعاملين الاقتصاديين لإنجاز المشاريع ذات الطابع العمومي، ولتتم ذلك في شكل عقد إداري يخضع لأحكام الصفقات العمومية. وبناء على هذا ونظرا لأهمية التي تحوزها الصفقات العمومية، فإن المشرع قد قرر لها حماية تشريعية واسعة تنظمها من إبرامها إلى غاية إتمام تنفيذها بالإضافة إلى تشريع حماية قضائية واسعة قسمت بين القضاء الإداري والجزائي حفاظا على الشفافية المتحدث عليها مسبقا.

الكلمات المفتاحية: صفقات عمومية، شفافية، رقابة، حماية، مصلحة عامة.

Résumé

Les marchés Publics constituent un outil stratégique pour la réalisation des opérations financières de la dépense publique. Or, le décaissement de ces dépenses impose la concrétisation du principe de

♦ طالبة دكتوراة، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان.

la transparence, la transparence de l'administration étant le fondement le plus important dans l'efficacité des dépenses publiques, faisant que ces derniers vont aux domaines auxquels ils sont attribués et seront alloués aux personnes qualifiés en vertu du contrat de marché, sans préférence à d'autres, sinon pour servir l'intérêt public et préserver les deniers de l'état. La transparence est plus importante et arrive en premier avant les mesures de contrôle, préventives voire répressives. Ce qui en fait l'outil le plus important de lutte contre tous abus ou utilisation déplacée des dépenses publiques. Pour que l'administration parvienne à sauvegarder l'intérêt public et à une utilisation optimale des deniers publics, elle recourt à la conclusion de contrats avec des opérateurs économiques pour la réalisation des projets à caractère public, et cela ce fait sous la forme d'un contrat administratif régi par les dispositions du Code des Marchés Publics. Par conséquent, et vue l'importance que revêtent les marchés publics, le législateur a décidé pour cela une large protection législative allant de leur conclusion jusqu'à leur concrétisation, avec toute une panoplie de textes relatifs la protection judiciaire, répartie entre juridiction administrative et pénale pour en préserver la transparence suscitée.

Mots clés : marchés publics, transparence, contrôle, protection, intérêt public.

Abstract :

The public contracts represent a strategic tool for the concretization of financial operations dealing with public expenditures of the State, in order to equip and manage the public services. The expenditure of such money imposes the concretization of the principle of transparency, such transparency in the administration being the most fundamental element for efficiency of public expenditures, since they insure that such expenditures will go effectively to the fields for which they are allocated and to persons for whom they are intended, by virtue of the contract, without any preference for others, the only aim being to serve the public interest and to preserve the money of the State. Transparency is therefore most important and prior to control,

protection and penal dispositions. That is why transparency is the most prominent means in the struggle against any abuse or misuse of public expenditures. To be able to achieve the principle of public interest and optimal use of these public expenditures, the Administration resorts to contracting deals with economic actors to concrete public projects through administrative deed form governed by the dispositions of public Code contracts. Since then, and given the importance of public contracts, the legislator has decided a large legal protection from their conclusion to their achievement. Plus a large judicial protection shared out among administrative and penal judiciary, in order to preserve the aforesaid transparency.

Key words: Public contracts, transparency, control, protection, public interest

مقدمة:

تعد الصفقات العمومية، الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لانجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز، تسيير وتجهيز المرافق العمومية، إذ أن الإقتصاد الجزائري يعتمد بصفة أساسية على الأموال العامة من أجل تنشيط الإقتصاد الوطني وذلك بزيادة حجم النفقات العمومية، ومنه فنظام الصفقات يعد الوسيلة الأمثل لاستغلال وتسيير الأموال العام وأن الإدارة لها إلى جانب إصدار القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة، أن تبرم التصرفات الرضائية المتمثلة أساسا في العقود، و ذلك بهدف تحقيق الإشباع العام لمواطنيها، سواء فيما يتعلق بالحاجات أو الخدمات العامة . وأن العقود الإدارية تستلزم لإبرامها تتابع عدة إجراءات دقيقة ومعقدة وصولا لاختيار الإدارة لمتعاقديها، سواء من حيث انعقادها أو تنفيذها ، و بخصوص تنفيذها للإدارة سلطة واسعة تيررها تعلق العقد بتسهيل وظيفة المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة، فهي تملك بمناسبة بعض الظروف سلطة تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، على خلاف ما هو مقرر في القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين، و هي تملك تعديل و توسيع دائرة التزام

الحماية القضائية للصفقات العمومية

المتعاقد معها إذا ما رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، ولها سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين، كما لها أن تنهي بإرادتها المنفردة موضوع العقد بهدف المصلحة العامة.

ومادامت الصفقات العمومية تشكل أداة استراتيجية لإنجاز العمليات المالية للنفقة العمومية للدولة ، و هذا لغرض تجهيز وتسيير المرافق العمومية ، وان صرف هذه النفقات العمومية يتطلب تكريس مبدأ الشفافية ، لان شفافية الإدارة هي من أهم الأسس لنجاعة النفقات العامة لأنها تجعل هذه النفقات تذهب للميادين المخصصة لها، وتمنح للأشخاص المؤهلين بموجب الصفقة دون تفضيل على آخرين، إلا بما يخدم المصلحة العامة ويحافظ على أموال الدولة فان الشفافية هي أهم و واسبق من الإجراءات الرقابية والوقائية و كذا العقابية مما يجعلها أهم أداة لمحاربة كل تعسف أو استعمال في غير محله للنفقات العمومية . حيث أن الإدارة تتحصل على الأموال عن طريق الجباية لتمويل مشاريعها و لكي تتمكن الإدارة من تحقيق مبدأ المصلحة العامة والاستعمال الأمثل للأموال العمومية فهي تلجأ للتقاعد مع المتعاملين الاقتصاديين الإنجاز المشاريع ذات الطابع العمومي، و ليتم ذلك في شكل عقد إداري يخضع لأحكام الصفقات العمومية . و أهم ما يميز هذا العقد انه يضمن حقوق الإدارة كما يضمن الاستعمال الأمثل للأموال العمومية كونه يخضع على مستوى الأسعار المطبقة على الصفقات العمومية وكذا التأكد من مدى مطابقة العقود التي تبرمها مختلف المؤسسات للأحكام المقررة في قانون الصفقات العمومية فالصفقات العمومية تمثل النظام القانوني الأمثل لاستغلال أموال الدولة و لكي يكون هذا الاستغلال المالي قانوني ومشروع، و أيضا لكي يعود بنتائج ايجابية على البلاد يجب أن يكون إبرام الصفقات وفقا لما ينص عليه القانون والتشريع المنظم لها. وبناء على ما سبق ونظرا للأهمية التي تحوزها الصفقات العمومية فإن المشرع قد قرر لها حماية تشريعية واسعة تنظمها من إبرامها إلى غاية إتمام تنفيذها بالإضافة إلى تشريع حماية قضائية واسعة قسمت بين القضاء الإداري والجزائي حفاظا على الشفافية المتحدث عليها مسبقا. ففيما تتجلى الحماية القضائية للصفقات العمومية ؟ولمعالجة هذه الإشكالية تم تقسيم المقال إلى نقطتين على النحو الآتي بيانه:

أولاً: الرقابة القضائية الإدارية

وثانيا :الرقابة القضائية الجزائية

أولاً : الرقابة القضائية الإدارية

إن المشرع الجزائري وبالنظر للأهمية البالغة للصفقات العمومية قد أحاطها بحماية قضائية خولها للقاضي الإداري إعتبارا للمعيار العضوي، وأن هذه الحماية لا تخرج كأصل عام عن نطاق القواعد العامة المتعلقة بالدعوى الإدارية، من إلغاء ودعوى القضاء الكامل وأن العمل القضائي هو عمل يتضمن الفصل في خصومة قضائية أو نزاع قضائي على حق من الحقوق المقررة قانونا¹ وذلك على النحو التالي بيانه:

1)طبيعة الصفة وتأثيرها على الدعوى الجائزة فيها:

إن الصفة العمومية باعتبارها عقدا إداريا لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء، و لا يصلح أن تكون محلا لطعن بالإلغاء، إلا أن دعوى الإلغاء تنصب على القرار الإداري الذي يصدر من جانب الإدارة وحدها و بإرادتها المنفردة. أما المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية فأنها تجد مجالها في دعوى القضاء الكامل و يعود لاختصاص الغرفة الإدارية المحلية. و هذا تطبيقا للمعيار العضوي الشكلي و استنادا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية . و بهذا فان كل الصفقات التي تبرمها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو أي مصلحة من المصالح المتعاقدة طبقا للمادة 02 من قانون الصفقات العمومية هي عقود إدارية و منازعاتها من اختصاص القضاء الإداري هذا

¹ - عمار عوايدي القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري - ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة 2000

الحماية القضائية للصفقات العمومية

إذا أخذنا بالمعنى الحرفي للمعيار العضوي، لكن بالرجوع والجمع بين المادتين 02 و 800 المذكورتين أعلاه نجد انه ليس كل منازعات الصفقات العمومية هي منازعات إدارية . و بالتالي فبعض هذه المنازعات تخرج عن مجال اختصاص القضاء الإداري ، ذلك لأن محتوى المادة 02 قد جاء موسعا للهيئات و الجهات المعتمدة في تعريفه للمصلحة المتعاقدة، وفي المعيار العضوي الوارد في نص المادة 800 أعلاه ، بحيث شمل بالإضافة إلى الهيئات الواردة في المادة 800 السالفة الذكر، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري التي تخرج عن اختصاص القاضي الإداري.

وإن كان وبالنظر للطبيعة القانونية للصفقات العمومية، أن هذه الأخيرة عبارة عن عقود فالأصل عدم جواز قبول دعوى الإلغاء المرفوعة ضد العقود الإدارية إلا أن هذه الأخيرة قد تقتزن ببعض القرارات التي ترافقها من إبرامها إلى غاية تنفيذها وإن كان المستقر عليه قضاء أن الإلغاء غير جائز ضد القرارات المتعلقة بعقد إداري بما فيه الصفقات العمومية كون أنها لتسهيل إبرامها فقط فهي بذلك تصبح جزء لا يتجزأ منها تخضع لنفس الرقابة التي تخضع لها الصفقة في حد ذاتها كعقد من العقود، و مع ذلك فانه استثناء على هذه القاعدة أجاز القضاء الفرنسي الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية السابقة على انعقاد العقد أو اللاحقة له أي في مرحلة التنفيذ¹، وذلك لإنفصالها عن الصفقة في حد ذاتها وهنا تمارس دعوى الإلغاء بشروطها كون أنها ترفع ضد القرار لورود العيب فيه لا ضد الصفقة².

و يعود الاختصاص القضائي للمحاكم العادية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية و التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ،و هذا وفقا لمفهوم المخالفة لنص المواد 801، 800 و 802 من قانون الإجراءات المدنية

¹ - منصورة، محاضرات الصفقات العمومية ، ملقاء على الطلبة القضاة السنة التحضيرية 2012/2013 بالمدسة العليا للقضاء، غير منشورة، والتي إعتبرها القضاء الفرنسي من الأعمال المنفصلة عن الصفقة.

² - و بهذا فللمتعاقد مع الإدارة أن يطعن بالإلغاء في هذه القرارات بشرط أن يبني طعنه على أساس أن القرار الإداري المنفصل قد خالف القانون وبه عيب من عيوب المستوجب للإلغاء، أي لا بد أن يكون طعنه موجها ضد القرار الإداري موضوعيا وليس على أساس حقوقه المتولدة عن الصفقة نفسها.

والإدارية. إذ أن المشرع قد تبنى استناداً لهم المعيار العضوي و الذي يقوم على أساس وجود هيئات إدارية عمومية معينة طرفاً في النزاع حتى ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري ، وليس من بين هذه الهيئات مثل المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية وأضاف إذا كانت ممولة من طرف الدول ، وأن هذا التمويل لا يغير من انعدام المعيار العضوي وعل هذا يعني أن الصفقات العمومية ليست كلها عقود إدارية .

وإذا كان الهدف من إلغاء القرارات الإدارية بسبب تجاوز السلطة هو إبطال القرار الإداري، فإن الهدف من دعوى التعويض سواء كانت قائمة على أساس الخطأ . الشخصي أو المرفقي . أو على أساس المخاطر هو جبر الضرر بتعويض المصاب من النشاط الضار للإدارة. والتعويض يجب أن يجبر الضرر الحاصل بكامله انطلاقاً من الخسارة التي أصيب بها المتضرر والمبالغ الضرورية التي صرفها أو سيعرفها لإصلاح ما أصابه من ضرر، وكذا الكسب الذي فاتته.

ولكي يحصل المتضرر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً على التعويض لجبر الضرر الذي لحقه من جراء تنفيذ أو إلغاء الصفقات، يتعين عليه اللجوء إذا كان الاختصاص للمحاكم الإدارية إلى ما يعرف بدعوى التعويض التي تدخل ضمن القضاء الكامل، من أجل الحصول على تعويض موافق لجبر الضرر .

ودعوى التعويض هاته تظهر بصورة واضحة من خلال دعوى التعويض عن الفسخ المقرر في قانون الصفقات في حالة عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته توجه المصلحة المتعاقدة إعداراً ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد وبعد إصراره عن الإمتناع وعدم الإمتثال لها أن تفسخ الصفقة¹، وهنا لها أن تلجأ للقضاء من أجل الحصول على تعويض عن ما لحقها من ضرر ناتج عن الإمتناع عن تنفيذ الإلتزام الذي استوجب عليها معه الفسخ.

¹ - المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بالمراسيم الرئاسية 11-98، 11-222، 12-23 و 13-03.

2) الإجراءات المقررة لرفع دعاوى منازعات الصفقات:

لقد أقر المشرع الجزائري مجموعة من الإجراءات الشكلية القانونية لمباشرة الدعاوى الإدارية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية القانون 08-09 ، فالدعوى قضائية إدارية ترفع وفق شكلية محدّدة قانونا شأنها الدعاوى القضائية العادية وذلك بموجب عريضة افتتاح الدعوى وما تتضمنه هذه العريضة من بيانات جوهرية وتحديد لطلبه القضائي تحديدا نافيا للجهالة، إضافة إلى أهلية وصفة التقاضي التي ينبغي أن تتوفر في رافع الدعوى والمدعى عليه، ضف إلى ذلك ففي القانون السابق تَوَقَّع العريضة من الخصم أو محاميه في حين في القانون الجديد أصبح شرط توقيع عريضة الطعن أمام المحكمة الإدارية من طرف محام شرطاً إلزامياً.

أما بالنسبة للتقاضي أمام مجلس الدولة وكما الوضع في القانون السابق فقد بقي شرط توقيع العريضة من طرف محام مقبول أمامه ، مع إبقاء الإعفاء من ذلك قائماً بالنسبة للإدارة العامة المتمثلة في الجهات الإدارية الواردة بالمادة 827 من قانون 09/08 التي تنص: " تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكور في المادة 800 أعلاه من التمثيل الوجوبي بمحام في الإدعاء أو الدفاع أو التدخل وتوقع العرائض ومذكرات الدفاع ومذكرات التدخل المقدّمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم أعلاه من طرف الممثل القانوني" وعليه فإن الخصم في دعوى إدارية سواء إذا كان شخصا خاصا طبيعيا أو معنويا ملزم بتوكيل محام حسب نص المادة 826 من قانون 09/08 بينما يعفى من هذا الالتزام كما كان الحال في القانون السابق إذا كان من أشخاص القانون العام التي ذكرتها المادة 800 من نفس القانون والمتمثلة في : الدولة ، الولاية ، البلدية ، المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية وهذا حسب نص المادة 827 منه.¹ وبخصوص دعوى الإلغاء أن ترفق العريضة بالقرار المطعون فيه، أما عن النظم الإداري المسبق فأصبح جوازا بموجب

¹ - محمد الصغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الإدارية ص 168.

قانون الإجراءات لكن بوجود نص خاص في قانون الصفقات فقد أوجبه كشرط أساسي يسبق رفع الدعوى.

تجدر الإشارة في الأخير إلى الصلح الذي بعدما كان إلزاميا في القانون القديم أصبح غير إلزامي و طريق بديل لحل النزاع الإداري وأنه بخصوص الطريقتين البديلين الآخرين الوساطة والتحكيم فلا يمكن تصورهما في المنازعة الإدارية بصفة عامة، ولكن المشرع قد استثنى المنازعة المتعلقة بالصفقة العامة بإجازته للتحكيم فيها ، وذلك بتوفر بعض الشروط.

وثانيا :الرقابة القضائية الجزائية

في إطار مكافحة جرائم الفساد، أصدر المشرع الجزائري قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على مختلف الجرائم المتعلقة بالفساد منها الخاصة بحماية الصفقات العمومية من الجرائم التي يمكن أن ترتكب في حقها¹، وبالنظر لأهمية الصفقات العمومية باعتبارها مسار تتحرك فيه الأموال العامة والوسيلة القانونية التي وضعها المشرع في يد الإدارة العمومية من أجل تسيير هذه الأموال واشترط في إبرامها وتنفيذها قواعد

¹ - الباب الرابع من القانون والمعنون بـ *التجريم والعقاب وأساليب التحري*، وتبعاً لذلك فقد نص قانون مكافحة الفساد على مختلف صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية من خلال كل من: المادة 26 فقرتين 1 و2 التي جاءت تحت عنوان "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية" -المادة 27 التي جاءت تحت عنوان " الرشوة في مجال الصفقات العمومية" إضافة إلى مانصت عليه المادة 35 والمتعلقة بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية والتي تعد صورة من صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية. وهي نفس المواد والجرائم التي كان يشملها قانون العقوبات من خلال المواد: 123-124-125-128 مكرر 01 والتي ألغيت بموجب المادة 71 من قانون مكافحة الفساد، وهذا مع الأخذ بعين الاعتبار الأحكام المستحدثة بموجب هذا القانون والمتعلقة بتحديد مفهوم الموظف العمومي الذي يأخذ صفة الجاني في أغلب جرائم الفساد، وكذا تحديد أساليب المتابعة والتحري للكشف عن هذه الجرائم على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

الشفافية والمنافسة الشريفة وقيامها على معايير موضوعية¹ فإنها تعد بذلك المجال الخصب للفساد بكل صوره.

وسيتم تناول مختلف صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في ظل قانون الفساد على النحو التالي:

I : جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية "جنحة المحاباة"

نصت على هاته الجريمة المادة 01/26 من القانون 01-06 السالف الذكر وهي المادة التي حلت محل المادة 128 مكرر فقرة 1 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد².

ويطلق على هذه الجريمة كذلك اسم: جنحة المحاباة *délit de favoritisme*، وتقوم هذه الجريمة على 03 أركان بالإضافة إلى الركن الشرعي وهي صفة الجاني، الركن المادي والركن المعنوي.

(1) الموظف

حيث تستلزم هذه الجريمة أن يكون الجاني وفقا لنص المادة 26 فقرة 01 أعلاه، موظفا عموميا، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في هذه الجريمة شأنها شأن باقي جرائم الفساد التي يقوم بها الموظفون العموميون³، والموظف العمومي هو كل شخص يشغل

¹ - المادة 09 من قانون مكافحة الفساد.

² - التي تنص على: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى (10) سنوات وبغرامة من 200000 إلى 1000000 دج كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير

³ - المادة 2 من قانون مكافحة الفساد، والمستمدة من المادة 02 فقرة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، والتي صادقت عليها

منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

أوهو كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية. أو هو كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

وبهذا التعريف يكون قانون مكافحة الفساد قد حدد مختلف الفئات التي تدخل ضمن مفهوم الموظف العمومي ويمكن تقسيمها إلى 04 فئات، نتناول كل منها بشيء من التفصيل على اعتبار أن صفة الجاني تعد ركنا في جنحة المحاباة، كما أن التكييف القانوني السليم لهذه الجريمة ولغيرها من جرائم الفساد يتوقف بداية على تحديد صفة الجاني إن كان موظفا أم لا في نظر قانون الفساد.

الفئة الأولى: كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا: تشمل هذه الفئة الأشخاص ذوو المناصب التنفيذية أو الإدارية أو القضائية سواء كانوا معينين أو منتخبين، دائمين أو مؤقتين، يعملون بأجر أو بدونه، وبصرف النظر عن أقدميتهم أو رتبته.

الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ 19 أفريل 2004 ويختلف تماما عن تعريف الموظف العمومي الذي جاء به الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، والذي نص على تعريفه في المادة 04 فقرة 01 منه وتنص على: "يُعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة في السلم الإداري، جادي عبد الكريم ، أحسن بوسقيعة محاضرات ملقاة على الطلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، السنة التحضيرية 2012/2013 في مادة قانون الفساد.

الفئة الثانية: كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو منتخبا في أحد المجالس الشعبية المحلية:

-بالنسبة لمن يشغل منصبا تشريعيا، فهم أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة سواء كانوا من الثلثين المنتخبين أو من الثلث المعين من قبل رئيس الجمهورية¹. أما بالنسبة للمنتخبين في المجالس الشعبية المحلية، فهم أعضاء المجالس الشعبية البلدية المنتخبين أو أعضاء المجالس الشعبية الولائية المنتخبين.

الفئة الثالثة: كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، ويتعلق الأمر بكل من يسند إليه منصب مسؤولية عن طريق الوكالة، كأعضاء مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية الاقتصادية. أو عن طريق الوظيفة، مثل الموظفون بمفهوم القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ويساهم بهذه الصفة في خدمة إحدى الهيئات أو المؤسسات المذكورة ومن مجموع الهيئات العمومية، السلطات الإدارية المستقلة والمنشأة بموجب قوانين خاصة مثل: مجلس المنافسة، سلطات الضبط للبريد والمواصلات، الكهرباء والغاز.

الفئة الرابعة: كل شخص يأخذ حكم الموظف:

هذه الفئة تشمل في مفهوم قانون الفساد، كل شخص آخر معرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وينطبق ذلك على المستخدمين العسكريين والمدنيين في الدفاع الوطني والضباط العموميين، ولتحديد هذه الفئات يجب الرجوع إلى القوانين الخاصة التي تحكم كل فئة من أجل استخلاص مدى توافر خصائص الموظف العمومي. فبالنسبة للمستخدمين العسكريين والمدنيين في الدفاع الوطني فهم مستثنون من تطبيق أحكام الأمر 06-03 المتعلق بالقانون العام للوظيفة

1-المادة 101 من دستور 1996.

العمومية بموجب المادة 02 فقرة 03 منه، ويحكمهم الأمر رقم 06-02 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين.

ويجب أن تتوافر صفة الموظف العمومي بالمفهوم السابق الذكر في الشخص لكي يمكن نسبة الجريمة إليه، فكل موظف يقوم بإبرام صفقة أو يؤشر عليها أو يراجعها مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعمول بها بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير تقوم مسؤوليته الجزائية.

2)تحقق الركن المادي لجريمة

أي منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية أي قيام الموظف بإبرام صفقة¹ أو ملحق² أو مراجعتها³ أو تأشيرها⁴ مخالفاً بذلك الإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها، بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير، أي سلوك الموظف سلوكاً إجرامياً، لا يكفي لتحقيق الركن المادي لجريمة منح امتيازات

¹ - و الصفقة وفقاً لقانون الصفقات المذكور أعلاه هي تلك العقود المكتوبة التي تبرمها المؤسسات والهيئات العمومية المحددة بالمادة 02 منه والمتعلقة بانجاز أشغال أو اقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة، المادة 4، 5، 6 من قانون الصفقات العمومية المشار إليه سالفاً، أما بالنسبة لمفهوم الصفقة كما هو وارد في قانون مكافحة الفساد فإنه يتسع ليشمل كافة العقود التي يبرمها الموظف العمومي .

² - هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم بين نفس أطراف الصفقة الأصلية، ويتم اللجوء إليه في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية، ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي بشرط أن لا يعدل موضوع الصفقة جوهرياً، المادة 103 من قانون الصفقات، ويخضع إبرام الملحق إلى الشروط الاقتصادية للصفقات.

³ - أما بالنسبة لمراجعة الصفقة فإن إمكانية مراجعة أحد بنودها أو السعر المتفق عليه بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، يتم النص عليها في دفتر الشروط من خلال أحد بنوده الذي يبين إمكانية المراجعة من عدمها، كما يبين الأسباب التي قد تؤدي إلى مراجعة بنود الصفقة أو مراجعة السعر أو تحيينه.

⁴ - بالنسبة للتأشير على الصفقة والتي تخضع للرقابة القبلية للصفقات العمومية من قبل الجان حسب ما هو محدد بقانون الصفقات فإن التأشير عليها يتم من قبل رئيس إحدى هذه اللجان.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

غير مبررة في مجال الصفقات العمومية قيام الموظف العمومي بإبرام صفقة أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها مخالفة للتشريعات والتنظيمات المعمول بها، وإنما يشترط أن يكون الغرض من هذا العمل هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة وغير قانونية، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذه الامتيازات وليس الموظف، كون هذا العمل الأخير جريمة قائمة بحد ذاتها في مجال الصفقات العمومية.

والغاية من تجريم هذا الفعل هو ضمان مبدأ المساواة بين المترشحين للفوز بالصفقة وكذا مبدأ الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية، وهي المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية بموجب المادة 09 من ق الفساد وقانون الصفقات في مجمله.

وتجدر الإشارة إلى أنه على القاضي إبراز الركن المادي لهاته الجريمة وذلك بتبيين الإجراء المخالف للقانون، وربطه بمن رست عليه الصفقة مبرزا العلاقة بين الإجراء المخالف وإجراء منح الصفقة لأحد المترشحين، ويتضح له ذلك من خلال ملف الصفقة المدرج بملف القضية ومن خلال ما توصل إليه التحقيق سواء الذي تقوم به النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو قاضي الحكم في حذ ذاته، وذلك بعد التأكد من صفة الموظف.

3) الركن المعنوي:

باعتبار هذه الجريمة من الجرائم العمدية تتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، كما تتطلب توافر القصد الجنائي الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة. ويمكن التأكد من توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة من خلال مخالفته للقوانين التي تدخل ضمن وظيفته،

و القاضي يؤكد على إبراز الركن المعنوي للجريمة، وتبيان العلاقة السببية بين الفعل المجرم والنتيجة والموظف.

في الأخير تجدر الإشارة إلى إخضاع جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، كغيرها من الجرائم إلى إجراءات المتابعة وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، وقانون مكافحة الفساد بشأن أساليب التحري¹ للكشف عن هذه الجرائم والتعاون الدولي² وتجميد الأموال وحجزها³ وانقضاء الدعوى العمومية⁴ وتقادم العقوبة⁵.

¹ - تنص المادة 56 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد على مايلي: "من أجل تسهيل عملية جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الالكتروني والاختراق، على النحو المناسب وبإذن من السلطة القضائية المختصة". يخص جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد، وتتمثل أساليب التحري من خلاله في: -التسليم المراقب-الترصد الالكتروني-الاختراق.

² - نص قانون الفساد على التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم الفساد ومنها جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، في الباب الخامس منه في المواد من 57 إلى 70 والتي تنص في مجملها على التعاون القضائي وتقديم المعلومات بشأن العائدات الجرمية والتعامل مع المصارف والمؤسسات المالية واسترداد الممتلكات في مجال المصادرة.

³ - وفقا للمادة 51 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد يمكن للقاضي أو السلطة المختصة والمتمثلة أساسا في مصالح الشرطة القضائية، الحكم أو الأمر بتجميد وحجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر منصوص عليها في قانون الفساد.

⁴ - يطبق على مسألة تقادم الدعوى العمومية بالنسبة لجرائم الصفقات نص المادة 54 فقرة 01-02 من قانون مكافحة الفساد، وهو كذلك نص عام يطبق على جميع جرائم الفساد. وتقضي الفقرة الأولى من هذه المادة بعدم تقادم الدعوى العمومية في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن.

بينما تنص الفقرة الثانية على الإحالة إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية في حالة عدم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، وعليه وبما أن جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية تأخذ وصف الجنحة، فإنه يطبق على مسألة التقادم في هذه الحالة نص المادة 08 ق إ ج التي تقضي بأن التقادم في مواد الجنح يكون بمرور 03 سنوات كاملة.

⁵ - ينص على تقادم عقوبة الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد بوجه عام بما فيها جنحة المحاباة نص المادة 54 فقرتين 01-02، إذ تقضي بأن لا تتقادم العقوبة في حالة تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن. وتطبق أحكام قانون الإجراءات الجزائية في الحالات الأخرى، وبما أن جريمة منح امتيازات

الحماية القضائية للصفقات العمومية

عاقب المشرع الجزائري مرتكب جنحة المحاباة، بعقوبات مشددة، بحيث تنص المادة 26 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد على الحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين 200.000 دج إلى 1000.000 دج. تنص المادة 48 من قانون الفساد على تشديد عقوبة الحبس، لتصبح مدتها من 10 سنوات إلى 20 سنة، دون تشديد الغرامة، إذا ارتكب الجريمة أحد الأشخاص المذكورين في هذه المادة¹ - وهو نص يطبق على جميع جرائم الفساد

يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات وفقا لنص الفقرة 01 من المادة 49 من قانون مكافحة الفساد، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وقام قبل مباشرة اجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبيها.

غير مبررة في مجال الصفقات العمومية تشكل جنحة، فينطبق عليها في هذه الحالة نص المادة 614 من ق إ ج التي تنص على أن تقادم العقوبة في مواد الجرح يكون بمضي 05 سنوات، ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا، غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المحكوم بها تزيد عن 05 سنوات فإن مدة التقادم تكون مساوية لهذه المدة المحكوم بها

¹ - القاضي بمفهومه الواسع ، وبالتالي فهو يشمل جميع قضاة القضاء العادي والإداري، وقضاة مجلس المحاسبة ومجلس المنافسة والمجلس الدستوري. الموظف الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة، ويقصد به كل موظف سام يعين بموجب مرسوم رئاسي. الضباط العموميون، وهم المحضرين القضائيين، الموثقين، محافظي البيع بالمزايمة، والمترجمين الرسميين. أعضاء الهيئة، ويقصد بهم أعضاء هيئة مكافحة الفساد المعروفة بنص المادة 02 فقرة -م- من قانون الفساد. ضباط وأعوان الشرطة القضائية، وهم كل من يجوز على صفة الضبطية القضائية من أعوان أو ضباط حسبما هو وارد في المادتين 15-19 ق إ ج. من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، وهم الأشخاص المذكورة في المادتين 21 و 27 ق إ ج والذين يدخل لهم صلاحيات الشرطة القضائية كل في مجال اختصاصه، موظفوا أمانة الضبط، ويتعلق الأمر بأمناء الضبط الرئيسيون، ورؤساء أقسام الضبط، وأمناء الضبط المساعدين العاملين في مختلف الجهات القضائية وكذا العاملين في مصالح أمانة الضبط في المؤسسات العقابية ومحاربة للفساد.

تخفض العقوبة بالنسبة لجرائم الفساد كلها، وفقا للفقرة 02 من المادة 49 من قانون الفساد إلى النصف، لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها.

تقضي المادة 05 من قانون مكافحة الفساد بإمكانية معاقبة الجاني في حالة إدانته بجريمة أو أكثر من جرائم الفساد بوجه عام بإحدى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات والذي نص عليها في المادة 09 منه¹،

أو مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة²، إبطال العقود والصفقات والبراءات والامتيازات والتراخيص³

أما عن العقوبات المقررة للشخص المعنوي أحالت المادة 53 من قانون مكافحة الفساد بخصوص مسؤولية الشخص المعنوي عن ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص فيه على أحكام قانون العقوبات⁴.

¹ - كالمنع من الإقامة، تحديد الإقامة، الحرمان من ممارسة الحقوق المدنية والوطنية، سحب جواز السفر، نشر أو تعليق حكم الإدانة.

² - تنص الفقرة 02 من المادة 51 من قانون الفساد على مايلي: "في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصد أو حقوق الغير حسن النية".

³ - تنص المادة 55 من نفس القانون على " كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن التصريح ببطلته وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية ".

⁴ - تنص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على أن تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح غرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي كما نصت نفس المادة على العقوبات التكميلية التي توقع على الشخص المعنوي، فنصت على تطبيق واحدة أو أكثر من العقوبات الآتية كحل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس

أما المشاركة والشروع، فتقتضي المادة 52 من قانون مكافحة الفساد على الإحالة على قانون العقوبات، فيما يتعلق بالشروع أو المشاركة في مختلف جرائم الفساد بأنه تطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات ويعاقب على الشروع بمثل الجريمة نفسها.

II جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية:

نصت على هذه الجريمة المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد¹، والتي حلت محل نص المادة 128 مكرر فقرة 02 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد. وتقوم هذه الجريمة على 03 أركان بالإضافة إلى الركن الشرعي، وهي صفة الجاني، الركن المادي والركن المعنوي.

(1) صفة الجاني:

تقتضي المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد، أن يكون الجاني في هذه الجريمة إما تاجرا أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص.

سنوات..، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، نشر وتعليق حكم الإدانة.

¹ - تنص والتي تقتضي ب: "كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين"

ويطلق على هؤلاء تسمية المتعاملين المتعاقدين في حالة إبرام صفقة عمومية أو اتفاقية وفقا لأحكام قانون الصفقات العمومية.المشرع عمّم صفة الجاني على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإبرام صفقة مع إحدى الهيئات المذكورة في المادة. وهي جريمة تخص متعامل القطاع الخاص وليس القطاع العام.

(2) الركن المادي:

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام الجاني صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة. فلا بد أن يسلك الجاني سلوكا إجراميا و يتحقق الغرض منه.

يتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة حسب نص المادة 26 فقرة 02 أعلاه في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعوان الدولة أو المؤسسات و الهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات.ويقصد بأعوان الدولة من خلال هذه المادة كل من يشتغل في هذه المؤسسات وتكون له سلطة أو تأثير في إبرام العقود أو الصفقات أو يساهم في الإعداد لها وتحضيرها، كالمدير أو المراقب المالي.

كما تشترط المادة 26-02 لكي يتحقق الركن المادي للجريمة، أن يستغل الجاني نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة لها، من أجل الزيادة في الأسعار كالأسعار المتعلقة بعقود انجاز الأشغال التي يطبقها عادة أو التعديل لصالحه في نوعية المواد كالجودة والنوعية أو الخدمات مثلا مدة الخدمات أو آجال التسليم أو التموين كعدم فرض غرامات التأخير.

3) الركن المعنوي:

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون شأنها شأن المحاباة ، جريمة عمدية يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص.

يتمثل القصد الجنائي العام في العلم والإرادة، أي علم الجاني بسلطة وتأثير الأعوان العموميون في إبرام الصفقة أو العقد، وإتجاه إرادته إلى استغلال هذه السلطة أو هذا النفوذ لفائدته، ويتمثل القصد الجنائي الخاص في نية الجاني الحصول على امتيازات غير مبررة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد عاقب بموجب المادة 26 من قانون مكافحة الفساد مرتكب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج، هذا بالنسبة للشخص الطبيعي.

أما بالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي، فبإحالة المادة 53 من قانون الفساد على أحكام قانون العقوبات، فإن المادة 18 مكرر منه تنص على أن تكون عقوبة الشخص المعنوي مساوية ل: من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي.

وبصفة عامة تطبق على هذه الجريمة نفس الأحكام والإجراءات المطبقة على جنحة المحاباة بما فيها المتعلقة بتشديد العقوبة والإعفاء أو التخفيض منها، و مصادرة العائدات الإجرامية و إبطال العقود و الصفقات و المشاركة و الشروع و تقادم الدعوى العمومية و تقادم العقوبة، كما تم التطرق إليها.

III: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

نصت على هذه الجريمة المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته¹ ويطلق على هذه الجريمة كذلك تسمية قبض العمولات من الصفقات العمومية، و هي الجريمة التي كان ينص عليها قانون العقوبات من خلال المادة 128 مكرر 01 منه والملغاة بموجب قانون مكافحة الفساد، وتقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على 03 أركان إضافة إلى الركن الشرعي هي:صفة الجاني،الركن المادي والركن المعنوي.

(1) صفة الجاني:

تقضي المادة 27 من قانون مكافحة الفساد المذكورة أعلاه أن يكون الجاني في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية موظفا عموميا حسب ما هو معرف بالمادة 02ب- من نفس القانون و ذلك على النحو الذي سبقشرحه أعلاه.

(2) الركن المادي:

يقوم الركن المادي لهذه الجريمة وفقا للمادة 27 على قيام الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها، سواء لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة، و ذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية. ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بتحقق السلوك الإجرامي الذي يتمثل في قيام الجاني بقبض أو

¹ - تنص على: "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية"

الحماية القضائية للصفقات العمومية

محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ويتحقق الفعل مهما كان نوع الأجرة أو المنفعة التي يقبضها الجاني أو يحاول قبضها سواء كانت مادية أو معنوية، محددة أو غير محددة، ويستوي الأمر من خلال المادة 27 في أن يستفيد الجاني من الأجرة أو المنفعة (العمولة) لنفسه أو لشخص غيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

يكتمل تحقق الركن المادي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بقبض أو محاولة قبض الجاني لأجرة أو فائدة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى المؤسسات العمومية المذكورة في نص المادة 27.

(3) الركن المعنوي:

يشترط لقيام جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني ويتمثل في العلم و الإرادة، و يتحقق باتجاه إرادة الجاني إلى قبض أو محاولة قبض الأجرة أو المنفعة مع علمه بأنها غير مبررة و غير مشروعة.

تجدر اشارة إلى أنه تعاقب المادة 27 من قانون مكافحة الفساد مرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج، هذا فيما يتعلق بعقوبة الشخص الطبيعي.

أما بالنسبة للشخص المعنوي فبإحالة المادة 53 من قانون الفساد فيما يخص العقوبة المقررة له على أحكام قانون العقوبات، فإن المادة 18 مكرر منه تنص على أن تكون عقوبة الشخص المعنوي في مواد الجنايات و الجنح بغرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي. ويلاحظ على

هذه العقوبات أنها تمثل أقصى عقوبات الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد.

وتطبق على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية نفس الأحكام المطبقة على الجنحتين السابقتين فيما يتعلق بالإعفاء أو التخفيض من العقوبة، والعقوبات التكميلية، ومصادرة العائدات الجرمية، والمشاركة، وإبطال العقود والصفقات، وكذا الأحكام المتعلقة بإجراءات المتابعة والتحري.

وتجدر الإشارة إلى إن المادة 27 نصت على محاولة قبض الأجر أو المنفعة من قبل الجاني وبذلك يكون المشرع قد نص بشأن هذه الجريمة على الجريمة التامة، والشروع في ارتكاب ركنها المادي بنفس النص، وهذا خلافا لباقي النصوص المتعلقة بجرائم الفساد، ومع ذلك يطبق عليها أحكام الشروع المذكورة في المادة 52 من قانون الفساد لأنه نص يطبق على جميع جرائم الفساد.

وتجدر الإشارة إلى أنه حالة إدانة الجاني بجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية يحكم القاضي برد ما تم قبضة من عمولة نظير تقديمه للخدمة سواء كان في يد الجاني أو في يد أحد الأشخاص المذكورين في المادة 51 فقرة 03¹.

أما عن تقادم الجريمة بما أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تلحق بجريمة رشوة الموظفين العموميين نظرا لكون المشرع أعطى لكليهما صفة الرشوة، فيطبق عليهما نص المادة 08 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية التي تقضي بـ: "لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات والجنح الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية والرشوة واختلاس الأموال العمومية" وعليه

¹ - تنص الفقرة 03 من المادة 51 من قانون الفساد على: "وتحكم الجهة القضائية برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو إنتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره، سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى"

فان الدعوى العمومية في جنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية غير قابلة للتقادم، ونفس الشيء بخصوص وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية نجده ينص من خلال المادة 612 مكرر على : " لا تتقادم العقوبات المحكوم بها في الجنايات والجنح الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية والرشوة"، وعليه فان العقوبة المحكوم بها في حالة الإدانة بجرم الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تخضع للتقادم¹.

IV جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

نصت على هذه الجريمة المادة 35 من قانون مكافحة الفساد التي تقضي ب: " يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري، وإما عن طريق شخص آخر فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت".

وقد حلت هذه المادة محل المادة 123 من قانون العقوبات، الملغاة بموجب قانون الفساد وتتمثل هذه الجريمة في تدخل الموظف في الأعمال التي تعود إليه إدارتها أو رقابتها، وهو ما يؤدي إلى إستغلال الموظف للوظيفة العامة من خلال العمل على تحقيق مصلحة خاصة من ورائها. وعليه تعد هذه الجريمة من جرائم المتاجرة بالوظيفة، وتعد صورة من صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية. وتقوم هذه الجريمة على 03 أركان هي : صفة الجاني، الركن المادي ، الركن المعنوي.

¹ - أحسن بوسقيعة، محاضرات ملقاة على الطلبة القضاة في مادة قانون مكافحة الفساد، السالفة الإشارة.

1)صفة الجاني:

تشتترط المادة 35 من قانون الفساد المذكورة آنفا أن تتوفر في الجاني صفة الموظف العمومي، لكنها حصرت الأمر في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات، أو الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية، أو يكون مكلفا بتصفية أمر ما.

وعليه فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تشمل الموظف العمومي كما هو معرف بنص المادة 02من قانون الفساد على النحو السابق بيانه في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، أيالموظف الذي يدير أو يشرف بحكم وظيفته على العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات التي تبرمها المؤسسة أو الهيئة التابع لها 1.

والموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية

أمرما 2

1 - وتشمل هذه الفئة كل موظف يتولى مسؤولية الإشراف أو الإرادة على هذه العقود أو العمليات المذكورة، وتمنحه هذه المسؤولية سلطة فعلية بشأن هذه العمليات التي يتلقى أو يأخذ منها فوائد بصفة غير مشروعة، وذلك في أية مرحلة كانت عليها العملية، سواء أثناء تحضير العقد أو المناقصة أو المزايدة أو أثناء مرحلة التنفيذ.

ويتعلق الأمر أساسا بمدير الهيئة أو المؤسسة أو رئيس المصلحة أو رئيس المكتب أو أي مهندس أو تقني أو عون إداري له دور يقوم به في هذه العمليات

2 - كل موظف يمنح له منصب المسؤولية الذي يتولاه سلطة إصدار إذن بالدفع، وهو بمعنى آخر الأمر بالصرف على مستوى المؤسسة أو الهيئة التي يعمل بها، ويأخذ بمقتضى عمله هذا فائدة غير مشروعة، وينحصر الأمر في مدير الهيئة أو المؤسسة الذي يكون عادة هو الأمر بالصرف أو من ينوب عنه إذا خوله القانون ذلك صراحة، كما يدخل في هذه الفئة كذلك رؤساء مصالح المحاسبة أو المراقبين الماليين، أحسن بوسقعة المرجع السابق.

2)تحقق الركن المادي:

يقوم الركن المادي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية على إقدام الجاني على أخذ أو تلقي فائدة من عمل من أعمال وظيفته، تكون له فيها سلطة الإدارة أو الاشراف سواء كانت الفائدة له أو لغيره، وسواء كان ذلك بحق أو بغير وجه حق.وقد عدت المادة 35 العمليات التي يحظر فيها على الموظف أخذ أو تلقي منها فائدة 1

3) الركن المعنوي:

جريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية هي جريمة عمدية، لذا يشترط لقيام الركن المعنوي فيها توافر قصد جنائي عام لدى الجاني والمتمثل في العلم والإرادة.

فتقتضى هذه الجريمة أن يكون الجاني وقت ارتكاب الجريمة عالما بأنه موظف، و أنه مختص بالإدارة و الإشراف على الأعمال التي أقحم عليها المصلحة الخاصة لنفسه أو غيره، وعالما بأن من شأن فعله تحقيق فائدة أو ربح، و عالما بأنه في حالة تحقيق هذه الفائدة أن ذلك بدون حق.

كما تقتضي هذه الجريمة أن نتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل، فإذا جهل أن إختصاصه يتضمن هذا الفعل ينقضي القصد لديه.

4) قمع الجريمة:

تنص المادة 35 من قانون مكافحة الفساد على أن يعاقب مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بالحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات(10) وبغرامة من 200.000دج إلى 1000.000 دج.

وبالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي فتتص المادة 53 من قانون الفساد على تطبيق أحكام قانون العقوبات بشأنها، و تنص المادة 18 مكرر منه على أن يطبق على الشخص المعنوي عقوبة الغرامة تساوي من مرة واحدة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، و عليه تصبح عقوبة الشخص المعنوي هي الغرامة من: 1000.000 دج إلى 5000.000 دج.

وتطبق على هذه الجريمة كافة الأحكام المطبقة على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية والمتعلقة بالظروف المشددة للعقوبة و الإعفاء أو التخفيض منها، و العقوبات التكميلية و مصادرة عائدات الجريمة والمشاركة و الشروع و إبطال العقود و الصفقات، و كذا الأحكام المتعلقة بإجراءات المتابعة و التحري.

الخاتمة:

في الأخير نخلص للقول إلى أن المشرع الجزائري قد أولى إهتماما كبيرا للصفقات العمومية وقد أعطى القضاء سلطات رقابية واسعة، تضمن للصفقات حماية قضائية صارمة حفاظا على المال العام، فتظهر سلطات القاضي الإداري في رقابة صحة الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقة، وكذا تنفيذها لحمايتها من إنتهاك النصوص القانونية المنظمة لها، أما من الناحية الجزائية فالسلطات تخص كل قاض ابتداء من قاضي النيابة والتوجيهات التي يلزم بها الضبطية في التحقيق الابتدائي، والتكييف القانوني الذي يمنحه للفعل، ثم قاضي التحقيق الذي يبحث عن الحقيقة الواقعية بمختلف السلطات، ثم قاضي الحكم الجزائي الذي بدوره يكمل التحقيق من أجل الإسناد، أو التبرئة، وبالنتيجة لا يكفي فيها معرفة النص القانوني المجرم وأركان كل جريمة للوصول إلى كشف السلوك المجرم وتوجيه الاتهام للجاني، بل أن الأمر يتعداه إلى ضرورة الإلمام بمختلف التقنيات والإجراءات القانونية اللازمة لإبرام وتنفيذ صفقات وعقود المؤسسات والهيئات الإدارية العامة.

مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

بن خدة حمزة♦

1- باللغة العربية:

ظل التساؤل عن مدى وجود صلة بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي حبيس جدل تاريخي لعقود من الزمن، ذلك أن الإنكار فيه يتأرجح بين باحث مقدس لقانون نابوليوني درج على اعتباره فريدا من نوعه متجاوزا حدود زمانه ومكانه، فضلا عن تصور نسبة جذوره وأحكامه لفقه حضارة غيرت معالم حضارته. وآخر مشكك في جدوى الربط بين قانون بشري وفقه إسلامي استمد أهم أحكامه من وحي سماوي.

وعلى هذا الأساس، تطلب الخوض في هذه الجدلية البحث عن مدى وجود التأثير من خلال نموذج للدراسة ممثلا في التعبير عن الإرادة باعتباره أهم الدعامات الأساسية للالتزامات التعاقدية. أما عن اثباته فيتطلب الانطلاق من النصوص القانونية الفرنسية المنضوية تحت نموذجها وتعليق الفقه الفرنسي عليها، ومن ثمة إثبات وجود تشابه بين أحكامها التفصيلية وما ذهب إليه الفقه المالكي في شأنها. مع التطرق في ذات الوقت إلى موقف القانون الروماني المخالف لهذا لتشابه دفعا لشبه تأثير المشرع الفرنسي بهذا الأخير بمعزل عن فرضية تأثيره بالمذهب المالكي.

الكلمات المفتاحية: قانون، مدني، فرنسي، فقه مالكي، تأثير، إرادة، عقد.

♦ أستاذ مساعد " أ " بجامعة بشار

Résumé :

L'éclaircissant de la confusion entre le code civil français et le rite malékite est restée confinée dans la dialectique historique pendant des décennies. Et pour cause les réfutations, tantôt du côté des chercheurs vénérant la loi napoléonienne, la considérant comme unique dans son genre, dépassant les limites spatio-temporelles et par conséquent, il n'est même envisageable de penser une quelconque influence exogène venant d'une autre civilisation modifiant sa destinée; et tantôt du côté de sceptiques qui ne voient aucun intérêt à lier uneloi faite par des humains à un rite islamique qui tire ses principaux préceptes d'une révélation divine.

Face à cet antagonisme, il semble nécessaire d'aborder cette problématique à travers un modèle d'étude traitant la déclaration de la volonté en tant que fondement indispensable dans les obligations contractuelles. Soit en le prouvant, et là il faudrait prendre pour base les textes du code civil français avec leurs commentaires de la jurisprudence, pour qu'ensuite chercher des similitudes entre leurs dispositions détaillées et ce qu'en dit le rite malékite. Soit en abordant la position de la loi romaine qui va à l'encontre desdites similitudes afin d'écarter les hypothèses de l'influence de cette loi sur le code civil français, et loin des autres hypothèses qui placent le rite malékite comme principal source d'influence.

les mots clés : Code civil, français, rite malékite, influence, volonté, contrat.

Abstact :

The link between Melkite rite and French civil law remains confined in a historical dialectics for decades. The reason is twofold, one that comes from scholars who revere the Napoleonic Law as a peerless one in legal annals. The other view is skeptical about any relationship between a human law and a divine revealed one.

In the light of such a situation, to address the aforementioned problem it is necessary to conceive a model that deals with intention as a crucial principal of all contractual obligations. This is done either by proving such a principal through French legal texts with their case law commentaries, and then searching for similitudes with Melkite texts; or to tackle the Roman legal point of view which opposes any idea of similitude in order to rule out all external influence hypotheses including those supporting Melkite impact.

The Key words : Civil law, french, islam, melkite law, effect,, intention, the contract.

مقدمة

مما لا شك فيه بداية، أن التساؤل عن وجود صلة بين قانون نابليون¹ والفقه المالكي ظل محل جدل تاريخي لعقود من الزمن، ذلك أن النكران فيه يتأرجح بين باحث مقدس لقانون مدني فرنسي درج على اعتباره فريدا من نوعه متجاوزا حدود زمانه ومكانه، فضلا عن تصور نسبة جذوره لفقه حضارة غيرت معالم حضارته؛ وبين مشكك في جدوى الربط بين قانون بشري وفقه إسلامي استمد أهم أحكامه من وحي سماوي.

وبين هذا وذاك، امتد الجدل ليشكك بعض المستشرقين في أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور من خلال القول بنظرية جمود الفقه الإسلامي، لاسيما أن تطوره كان حبيسا

¹ صدر في طبعته الأولى سنة 1804 تحت تسمية القانون المدني للفرنسيين، لتصدر طبعته الثانية سنة 1807 تحت مسمى قانون نابليون " Code Napoléon "، وفي سنة 1816 صدرت طبعة ثالثة أعادت له تسميته الأصلية " القانون المدني"، إلا أن مرسوما إمبراطوريا صدر سنة 1852 أعاده لتسمية " القانون نابليون"، والملفت للانتباه أن تسميته بقانون نابليون لم تلغ رسميا بأي نص منذ ذلك الحين. أنظر في ذلك، وليد غمرة، التقنين المدني الفرنسي، تاريخه وأثره، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص. 51-72.

على أيامه الأولى، ثم ضعفت هذه الحركة بعد انتشار التقليد وغلق باب الاجتهاد¹، وهو ما ينسف كل محاولة للقول بتأثير الفقه الإسلامي على غيره من النظم والقوانين.

وتأسيسا على ما سبق، بداية سنتعرض في هذه الدراسة إلى التساؤل حول معرفة مكانة الفقه الإسلامي من قانون نابليون (أولا)، ثم سنحاول البحث عن مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي من خلال موضوع التعبير عن الإرادة باعتباره من الدعامات الأساسية لنظرية العقد. وفي هذا الصدد نصت المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي على ضرورة توافر شروط أربعة لصحة العقد هي الرضاء والأهلية والمحل والسبب²، إذ يلاحظ من خلالها أن الركيزة الأساسية الأولى في تكوين العقد هي الرضاء. ويقصد به هنا وجود متعاقدين رضي كل منهما بالتعاقد وتطابقت إرادتيهما على إحداث نفس الأثر القانوني، حيث نتعرض للتعبير الإرادي في هذا التطابق من خلال طريقه (ثانيا)، لننتقلا أخيرا بعدها إلى مسألة مهمة ممثلة في مخالفة التعبير الظاهر للمتعاقد لما كان يقصده حقيقة وفق ما يعرف بالإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (ثالثا).

أولا. - مدى مكانة قانون نابليون من الفقه الإسلامي

تجدر الإشارة أولا إلى أن الفقه الإسلامي نظام روحي ومدني معا، حيث جاء الإسلام بنظام قانوني مدني يتضمن تشريعا شاملا لجميع المبادئ القانونية المنظمة لعلاقة

¹ صلاح الصاوي، تحكيم الشريعة الإسلامية ودعاوى الخصوم، دار الإعلام الدولي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1994، ص. 49 وما يليها؛ محمد عمارة، الشريعة الإسلامية والعلمانية الغربية، دار الشروق القاهرة، الطبعة الأولى، 2003، ص. 59 وما يليها.

² L'article 1108 du C.C.F. dispose que : «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :
Le consentement de la partie qui s'oblige;
Sa capacité de contracter;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;
Une cause licite dans l'obligation».

الناس لبعضهم البعض، وعلاقتهم بالسلطة الحاكمة، والأمن العام، وصيانة الحريات والحقوق العامة بفرعها الداخلي (الدستوري والإداري)، والخارجي (الدولي)¹. ثم إن تطبيق الأسس القانونية كالمصالح المرسل، والعرف، وسد الذرائع، والقياس، وغيرها من المصادر الاجتهادية الخصبة، تجعل الفقه الإسلامي في حالة من النمو المستمر، والتطور الدائم، والصلاحية للبقاء ومواجهة تطورات المجتمع المعاصر في إطار الملائمة لروح النص التشريعي، والمقاصد الشرعية².

وعلى هذا الأساس، اهتم المجتهدون بتخريج الكثير من المسائل الجديدة وفقا لقواعد الفقه الإسلامي وأصوله كما فعل السابقون، وخير نماذج لذلك في العصر الحديث، ما تعلق مثلا: بالإجهاض، نقل الأعضاء البشرية، التلقيح الاصطناعي... الخ³.

ويكفي هنا أن نذكر ما خلص إليه مؤتمر القانون المقارن الذي انعقد في بروكسل (بلجيكا) سنة 1958، حيث قرر أن الفقه الإسلامي بمذاهبه العديدة يستطيع الاستجابة لجميع مطالب الحياة الحديثة، والتوفيق بين حاجاتها. بالإضافة إلى حصوله على اعتراف جمهور رجال التشريع في العالم بكل روح علمية على أنه أوسع وأعظم فقه قانوني عرف إلى اليوم في تاريخ الشرائع، حيث يقول المستشرق المجري المنصف (فمبيري): "إن فقهكم الإسلامي واسع جدا إلى درجة أنني أعجب كلما فكرت في أنكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وزمانكم"⁴. وعلاوة على ذلك، أعلن الفقيه الفرنسي

¹ عباس حسني محمد الفقه الإسلامي، آفاقه وتطوره، سلسلة دعوة الحق، العدد العاشر، الطبعة الثالثة، 1994، ص. 172-209.

² يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، سلسلة تهيئة الأجواء (1)، مكتبة الإسكندرية، دون سنة طبع، ص. 11 وما يليها.

³ جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، دار الفاروق للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2005، ص. 167 وما يليها.

⁴ بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، سلسلة المعرفة، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996، ص. 542.

الشهير 'لامبير Lambert' في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي 1923، تقديره الكبير للفقهاء الإسلامي¹.

ثم بالإضافة إلى الشبهة السابقة، حاول البعض من المستشرقين الطعن في استقلالية الفقه الإسلامي من خلال القول بتأثره بالقانون الروماني مصدر القانون الفرنسي التاريخي، حيث ذهب المستشرق الإنجليزي (شيلدونآموس) إلى أن الشرع المحمدي ليس إلا القانون الروماني (مدونة جستنيان) في لباس عربي معدلا وفق الأحوال السياسية في المملكات العربية².

أما حجة القائلين بالتأثر، فهي أن القانون الروماني سبق الفقه الإسلامي في الوجود، حيث تم بناءه قبل أن يوجد الفقه الإسلامي بأكثر من خمسين عاما، ومن المسلم به أن اللاحق يستمد من السابق. ثم إن التاريخ ينقل أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يسافرون بتجارهم إلى الشام، وهي آنذاك تحت الحكم الروماني، وتدرس فيها القوانين الرومانية، ودليل ذلك ما نراه من تشابه بين الفقهاء واتحادهما في بعض الأحكام والقواعد العامة، كالبيئة على من ادعى واليمين على من أنكر وقاعدة إقليمية الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، وغير ذلك مما هو موجود في الفقه الإسلامي بالمعنى نفسه في القانون الروماني³.

هذا ولابد من التسليم أولا قبل الرد على هذا الزعم، أن مجرد سبق في الوجود لا يلزم منه أن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني، فمن الثابت تاريخيا أن الشرع الإسلامي مصدره الأساسي هو نص القرآن والسنة، وكان يغني ذلك الفقهاء من الاستعانة

¹ محمد وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، الطبعة الثانية، ص. ب.

² شيلدونآموس، مقتبس عن عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دارعمر بن الخطاب، الإسكندرية، د س ط، ص. 73-74.

³ رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، 1982، ص. 39.

بأي تشريع أجنبي، ثم لم يثبت أن أياً من الكتب القانونية الرومانية قد ترجمت إلى اللغة العربية في مرحلة نمو أو نشأة الفقه الإسلامي، ولم يثبت أيضاً أن العرب في صدر الإسلام كانوا على معرفة باللغة السريانية، فحتى حركة الترجمة التي نشطت بعد القرون الهجرية الثلاثة الأولى، لم تكن في مجال التشريع، بل انصبّت في الكتب الفلسفية والأدبية، كما أن مدونة 'جستيان' لم تنتقل إلى العربية إلا في السنوات القليلة¹.

زيادة إلى ذلك، يلاحظ أن القانون الروماني اتجه إلى تحقيق غايات نفعية محضة، أساسها النظر إلى مصلحة الفرد، فجاءت نظمه مشبعة بروح الأثرة، وتقديم المصالح الخاصة على العامة. ولذلك نجد الشخص لا يحاسب فيه على إساءة استعمال حقه، إذ يتضمن التسليم بالحق في هذا القانون جواز إساءة استعماله، ولا يعترف هذا القانون مثلاً بنظرية الضرورة، أو نظرية تعادل الالتزامات، ولا يسعى إلى حماية الطرف الضعيف في التعاقد، ثم كان يعطي للدائن حق التسلط على المدين في نفسه إلى حد استرقاقه وبيعه في الدين إذا عجز عن الوفاء به. وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الأخرى المتعلقة بالزواج، والطلاق، والميراث...، مما ميز القانون الروماني بقواعده الخاصة².

أما الشريعة الإسلامية، فقد احتوت على نظم قانونية راقية الصياغة، ومبادئ فقهية لم يصل إليها القانون الروماني حتى في أواخر عصور تطوره، منها: التعسف في استعمال الحق، حوالة الدين، الشفعة، الظروف الطارئة، تبعة الهلاك، الوقف، مبدأ استقلالية المرأة، ... الخ³.

وعلى ذلك أقرت الحقيقة التاريخية والعلمية باستقلالية الفقه الإسلامي، وبكفي الإشارة هنا إلى أن الفقيه الفرنسي (Zeys) قال بكل إنصاف وعدل: "إنني أشعر حينما أقرأ في كتب

¹ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 78-79؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 534-535.

² محمد سراج، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص. 204.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 535.

الفقه الإسلامي أنني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الروماني، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني¹.

ولكن، فإنه ليس من غاية ما سيق ذكره الحط من القيمة القانونية للقانون المدني الفرنسي، ذلك أن هذا الأخير، "يبقى من الأعمال التاريخية المجيدة، ومن الملفت حقا أن يكون نابليون وهو العسكري الفذ وراء هذا العمل القانوني الرائع، وليس غريبا بعد هذا أن يقول نابليون من منفاه في سانت هيلين Sainte Hélène، إن مجدي الحقيقي ليس في أنني ربحت أربعين معركة، فواترلوا ستمحى ذكرى العديد من الانتصارات، ولكن ما لا يمحي، وما سيبقى خالدا، فهو تقنيي المدني، ومن العدل والإنصاف القول بأن نابليون كان على حق"².

ثم إن الواقف على قانون نابليون، يلحظ بدقة، كيف أن ثبات النصوص لا يعني بأي حال، ثبات الحلول والجمود، وبكفي الإشارة في هذا المجال، إلى أن التعديلات التي مست القانون المدين الفرنسي على مدار مائتي عام (1804-2004)، لم تتجاوز في مجملها عشرة تعديلات³.

ويمكن أن يرجع الثبات والاستقرار الذي اتسم بهما القانون المدني الفرنسي في مجال نظرية الالتزامات إلى عدة أسباب منها :

- تميز هذه النظرية بالعمومية والتجريد بلغ حدا لم يبلغه أي فرع من فروع القانون.

¹ Zeys، مقتبس عن عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 88.

² «Ma vraie gloire ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoire. Ce qui rien n'effacera, ce qui vivra éternellement c'est mon code civil».

مقتبس عن وليد غمرة، المرجع السابق، ص. 14.

³ أنظر في هذه التعديلات، نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، ص. 91-92.

- أنها اقتضت على العام من المبادئ والكلية، دون الخوض في التفاصيل والجزئيات، لذلك تعتبر نصوصها في يد القضاة أداة طيعة ومرنة، يسهل ملائمتها وتكييفها مع مستجدات الحياة العملية، رغم بعد عهد وضعها¹.

أما تجدر ما الإشارة أخيراً، فهو أن الدراسات المهمة بالموضوع تعتني به في الغالب من الأحيان بالتركيز على شقه التاريخي أكثر من تركيزها على شقه الموضوعي المقارن²، حيث يلحظ الواقف عندها أن أصحابها حاولوا بداية أن يثبتوا العلاقة التاريخية التي تجسدت في تأثير الحضارة الإسلامية على أوروبا على امتداد ثمانية قرون عن طريق الأندلس³، وحينها تحولت هذه الأخيرة إلى صرح حضاري تجاوز بعده الديني الممثل في نشر الدين إلى منارة علم تركت بصماتها الواضحة على أوروبا القابعة في تخلفها، والمنهكة في حروبها وسطوة كنيستها في ذاك الزمان، لتتوج البحث التاريخي بالتركيز على انتشار المذهب

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 93.

² أنظر في ذلك مثلاً، فوزي أدهم، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون)، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص. 51-72؛ عبد السلام أحمد فيغو، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق، العدد 14، 2013، مطبعة دار الأفق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المغرب، ص. 15-34؛ زبير محمد، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، عدد 22، طرابلس، ليبيا، ص. 60-79؛ خالد السنيدي، قانون نابليون تأثير بالفقه الإسلامي، مجلة المحامي، العدد الأول، ذو القعدة 1419 هـ، ص. 18-20.

³ "بعد منتصف القرن الرابع هجري، اكتمل وضع علم أصول الفقه الإسلامي ونشأت مذاهب الفقه الإسلامي الكبرى، وأصبحت قواعد الشريعة الإسلامية هي القواعد الحاكمة لكل شؤون الحياة في أرجاء العالم الإسلامي جميعاً والتي وصلت إلى بلاد الأندلس في أوروبا سنة 711 م في عهد الخليفة الأموي الوليد بن عبد الملك، فأنشأ المسلمون عاصمتهم هناك في مدينة قرطبة على يد القائد عبد الرحمن الداخل سنة 750 م وأصبحت فيما بعد العاصمة الكبرى لإسبانيا .."، أنظر، خالد السنيدي، المرجع السابق، ص. 18، 19.

المالكي في الأندلس ومن ثمة وصوله إلى جنوب فرنسا ثم جل البلدان الأوربية، اهتمامها بطروفي صدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804¹.

هذا فضلا عن تركيز البحوث والدراسات المهمة بالموضوع على اثبات التأثير من الناحية التاريخية عن طريق الأندلس، إعتنى البعض من المؤرخين كذلك بدراسة طريق ثان للتأثير، تمثل في الحملة الفرنسية على مصر بقيادة نابليون، حيث ينقل الكثير من المستشرقين ما يؤكد ترجمة أهم المؤلفات من الفقه الإسلامي إلى الفرنسية والتي يتقدمها مصنفات الفقه المالكي. وفي ذلك يقول الباحث الفرنسي سيديو " والمذهب المالكي هو الذي استوقف نظرنا على الخصوص لما لنا من الصلات بعرب إفريقيا، وقد عهدت الحكومة الفرنسية إلى الدكتور بيرون أن يترجم إلى الفرنسية، كتاب المختصر في الفقه لخليل بن اسحاق، المتوفي سنة 1422 م².

¹ وفي هذا الإطار، لابد من الإشارة كذلك إلى محاولتين شهيرتين استقصت الموضوع خارج منهجه التاريخي ممثلتين في نموذجي الشيخ سيد حسن، والشيخ مخلوف المنيأوي من خلال مؤلفي " المقارنات التشريعية"، وللعودة إليهما أنظر، مخلوف المنيأوي، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، دار السلام، الطبعة الأولى، مصر 1999؛ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، دار السلام، الطبعة الثانية، مصر، 2006.

هذا وحري بالإشارة إلى أن المتمعن لهذين النموذجين وقد اعتبرا أشهر دراسة اهتمت بالمقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي من خلال المادة الموضوعية أكثر من اهتمامها بالجانب التاريخي للإشكالية، يلحظ أن أصحابها حاولا في بعض الأحيان تطويع مواد القانون الفرنسي لتخرج رغما عنها مشابها لفقه المالكي ومن ثمة القول بأن تطبيق القانون الفرنسي لا يخالف الشريعة الإسلامية !

ولعل ذلك يفسر بالطرف الذي كانت تمر به مصر والأمة الإسلامية حينها نتيجة لسقوط الخلافة العثمانية وسعي الدول الأوربية إلى ترسيخ استعمارها العسكري للدول التي احتلها بترسيخ أنظمتها القانونية .

² مقتبس عن عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ص.20؛ وفي نفس المعنى، الزوبير محمد، المرجع السابق، ص.66، 67.

ثانيا : مدى تأثير قانون نابليون بالفقه المالكي في طرق التعبير عن الإرادة.

التعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي الملموس وعنصرها المادي المحسوس. يكون تارة تعبيراً صريحاً ويكون أخرى تعبيراً ضمنياً. كما قد يتخذ هذا التعبير مظهراً سلبياً يعرف بالسكوت. هذا وقبل التوقف عند هذه المظاهر، تجدر الإشارة إلى خصوصية العقود الشكلية¹ في هذا المجال، ذلك أن الكتابة فيها شرط تستوجب قواعده الإثبات وليست مظهراً للتعبير عن الإرادة.

وفي ذات السياق، سنقتصر في بحث هذه الصور على عقد المقارنة المباشرة بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي دون محاولة البحث عن موقف القانون الروماني، ذلك أن المعروف على هذا الأخير أنه قانون شكلي بامتياز²، حيث أسسه صنّاعه على سلطان الشكل لا على سلطان الإرادة، ثم حتى لو سلمنا بمنح الرومان الإرادة حيزاً ضيقاً آخر حياة تطور قانونهم، لا يمكن القول حينها أن القانون الروماني ترك للإرادة دوراً بارزاً في ميدان التصرفات القانونية، حيث بقيت العبرة للتعاقد اللفظي الشكلي دون مزاحمة من صور أخرى يتم فيها التعبير بغير اللفظ³.

¹ العقود الشكلية هي التي لا تتم بمجرد تطابق الإيجاب بالقبول، بل يجب لتكوينها اتباع شكل يحدده القانون عادة ما يكون ورقة رسمية يدون فيها العقد. ومثالها من القانون المدني الفرنسي، الهبة (م 931)، عقد الزواج (م 1394)، والرهن الرسمي (م 2127). أنظر فيها:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, pp. 125-131; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 4^e édition, Defrénois, Lextenso édition, Paris, 2009. pp.269-299.

² Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 8^e édition, 1998. p.79-81.

³ أنظر في ذلك أكثر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص. 90-92.

وعلى ذلك، نتطرق لصور التعبير عن الإرادة من خلال التعبير الصريح والتعبير الضمني (أ)، ثم المظهر السلبي للتعبير ممثلا في السكوت (ب):

أ- التعبير الصريح والتعبير الضمني¹

يكون التعبير صريحا كلما انصرفت إرادة صاحبه إلى الكشف عنه بما هو مألوف بين الناس، ومظهر هذا التعبير قد يكون كلاما أو كتابة أو إشارة أو غير ذلك. فقد يكون التعبير بكلمات تدل على ما انطوت عليه إرادة المتعاقد مباشرة أو بواسطة مثالها التواصل عن طريق الهاتف. وقد يكون التعبير بالكتابة رسمية كانت أو عرفية. كما قد يكون التعبير إشارة ألفت الناس دلالتها على معنى واضح كما هو حال الأخرس الذي يهز رأسه عموديا (دلالة على القبول)، أو بهزه أفقيا أو هز الكتف (دلالة على الرفض)².

هذا وقد يشترط المشرع أحيانا أن يكون التعبير صريحا كما هو الحال في التضامن الاتفاقي بين المدنيين حينمانص على ضرورة أن يكون صريحا (المادة 1202 ق م ف)، وهو الحال نفسه في وجوب أن تكون الكفالة برضاء صريح (2015 ق م ف)³.

¹-Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit.,pp. 111-115; MAZEAUDHenri, Léon, Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Tome 2, Volume 1, Montchrestien, 2000, p.124; Philippe MALAURIE,Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK,op.cit.,p.244;LARROUMET Christian, Droit Civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, Economica,3e édition, 1996.pp.225,226-233,234 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.90,91,100.

²-Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit.,pp.141-143 ;FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.108.

³- أنظر أيضا في اشتراط المشرع الفرنسي أن يكون التعبير الصريح المواد (621، 843، 927، 1190، 1197، 1250، ..) من ق م.

أما التعبير الضمني، فيكون كذلك إذا كان المظهر الذي اتخذته صاحبه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكن تفسيره لا يمكن إلا بافتراض وجود هذه الإرادة، وخير مثاله تسليم الدائن سند الدين للمدين إذ في ذلك ما يدل على إسقاطه للدين ما لم يثبت العكس وفقا لما نصت عليه المادة (1283 ق م ف)¹.

وبالرجوع مقابلة لما سبق في أحكام الفقه المالكي، نجد أن القانون المدني الفرنسي يتفق كل الاتفاق مع نصوص الفقهاء المالكي بخصوص التعبير الارادي الصريح والتعبير الضمني، ونضرب لذلك بأمثلة مقتبسة من مراجع المذهب كالتالي:

- "الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول، وسواء كان الدال قولا كقول البائع بعثك وأعطيتك وملكتك بكذا وشبه ذلك، وقول المشتري اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك، أو كان فعلا كالمعاطاة وهي المناولة، قاله في الصحاح وقال الشيخ زروق هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثل من غير إيجاب، ولا استيجاب، انتهى. لأن الفعل يدل على الرضا عرفا والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه، فلا يشترط القول ويكفي الفعل كالمعاطاة"².

- "والركن الثاني: صيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا، وإليه أشار بقوله: (وما دل على الرضا): من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما، بل (وإن) كان ما

¹ - ومن أمثله أيضا: التنازل الضمني عن التقادم (م 2221 ق م ف)، قبول الميراث (م 778 ق م ف) .

² - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 4، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1992، ص. 228.

يدل عليه (معاطاة) من الجانبين، ولو في غير المحقرات كالثياب والرقيق، بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثلث أو يدفعه للبائع وعكسه ..¹.

- "والركن الثالث الصيغة، ويكفي فيها كل ما يدل على الرضا ولو معاطاة، خلافا لما يفهم من قوله فيما يأتي: والبيع ينعقد بالكلام، إلا أن يراد بالكلام كلما يفهم معه المراد ولو إشارة، لأن الكلام يطلق في اللغة على القول وعلى كل ما يحصل به الإفادة من إشارة وكتابة وغيرهما، وهذا هو المطلوب عند الفقهاء. قال خليل: "ينعقد البيع بما يدل على الرضا، وإن بمعاطاة، ولا يشترط في الصيغة تقدم إيجاب على قبول .."².

ومما سبق، يمكن القول أن الفقه المالكي عرف التعبير الصريح عن الإرادة من خلال اللفظ والكتابة والإشارة. كما عرف ما يقابل التعبير الضمني حين تنظيمه للتعاقد عن طريق المعاطاة. مع ملاحظة تتعلق بتوسع المذهب المالكي في إجازة التعاقد عن طريق الإشارة والمعاطاة، وفي ذلك ما يساير مقتضيات التعامل وما تتطلبه الحاجة العملية.

ومن أمثلة توسع المالكية في التعاقد بالإشارة قول الحطاب في شرحه: "وعلم أيضا أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك، وهي أولى بالجواز من المعاطاة .. قال الله تعالى: آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا. (آل عمران، الآية 41) والرمز الإشارة، وقال ابن عرفة الصيغة ما دل عليه، ولو معاطاة في حمالتها ما فهم أن الأخرس فهمه من كفالة أو غيرها لزمه الباجي كل إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم منها

¹ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 3، دار المعارف، ص 15، 14؛ وأنظر في هذا المعنى بتوسع، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، ج 3، دار الفكر، ص 2-5.

² شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 2، دار الفكر، ص 73.

البيع... "، إلى حين قوله " .. وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود "1.

أما عن توسع المذهب المالكي في التعاقد بالتعاطي أو المعاطاة فهو في إجازتها دون تمييز بين خسيس المعقود عليه (محل العقد) ونفيسه، ومثاله تنمة الاقتباس أعلاه من الشرح الصغير للرددير " (وإن) حصل الرضا (بمعاطاة) بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة، ولو في غير المحقرات ولزم البيع فيها بالتقابض أي قبض الثمن والمثمن "2.

وفي هذا كله توافق بين القانون المدني الفرنسي والمذهب المالكي بخصوص التعبير الصريح عن الإرادة والتعبير الضمني، ليثار التساؤل بعدها عن موقفهما من التعبير الذي يكتفي فيه صاحبه بالسكوت؟

ب- السكوت في حالة التعبير عن الإرادة

مما لا شك فيه بداية أن السكوت موقف سلبي في التعبير عن الإرادة فلا يمكن اعتبار مجرد السكوت إيجاباً. أما بالنسبة للقبول، فهو ما يثار بشأنه التساؤل فيما لو وجه شخص لآخر إيجاباً بإبرام عقد معين، ولم يقم الطرف الثاني بالرد عليه قولاً أو كتابةً أو إشارة، ولم يفعل ما يفهم منه موافقته على الإيجاب، بل اكتفى بمجرد السكوت ؟

¹ الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص.229.

² الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، المرجع السابق، ص.3؛ وفي نفس المعنى راجع ، الصاوي على الشرح الصغير، ج3، المرجع السابق، ص.14.15؛ الخطا بالرعيني المالكي، المرجع السابق، ج3، ص.228؛ محمد بن أحمد بن محمد عايش، أبو عبد الله المالكي، من جليل شرح مختصر خليل، الجزء4، دار الفكر، بيروت، ص.434،435.

وبالعودة إلى موقف القانون الفرنسي من خلال فقهه في هذا المجال¹، نجده يقرر قاعدة عامة ترد عليها استثناءات. فأما القاعدة العامة، وهي أن السكوت في ذاته مجرد عن أي ظروف ملازمة له لا يكون تعبيراً عن الإرادة. ذلك أن التعبير هو عمل إيجابي ومجرد السكوت عمل سلبي لا ينتج إلا العدم، ولا يمكن أن نخلق من الوجود عدماً، وإلا ارتبط الكثير بعقود لم يقبلوا بها مما يعرض الروابط القانونية إلى الاضطراب.

ولقد دعم القضاء الفرنسي هذا المبدأ في الكثير من اجتهاداته، منها ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير بخصوص سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مساهماً في شركة معينة، ويخبره بأنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه، وكيف أن سكوته لا يعتبر قبولاً بالاكتمال في الأسهم المذكورة².

على أن هذه القاعدة العامة يرد عليها بعض الاستثناءات بنصوص قانونية تارة، وباجتهادات قضائية تارة أخرى، لعل أبرزها:

¹ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.115-122; MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, op.cit., pp.132-135; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p245; LARROUMET Christian, op.cit., pp. 236-238; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp. 100-101.

² Cass, civ, 25 mai 1870 « en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée », cité par Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p. 245; Cass. Civ., 1ère, 16 avril 1996 « Le silence ne veut pas, à lui seul, acceptation », cité par FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp. 100.

1- الاستثناءات القانونية: نذكر منها :

- بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار مما يفضي إلى إيجاب ضمنى بتجديد الإيجار، فإذا سكت المؤجر اعتبر سكوته قبولا لهذا الإيجاب (م 1738، 1759 ق م ف).

- سكوت الدائنون المرتهنون عند لجوء الحائز للعقار المرهون لتطهيره وعرضه عليهم قيمة العقار، فإن الدائنين يعتبروا قد قبلوا هذا العرض بعد مضي ستون يوما دون أن يبدي أحد منهم رغبته بالزيادة على هذا العرض (م 2168 ق م ف) .

2- الاستثناءات القضائية : ونذكر منها:

- إذا كان العرف التجاري يقضي باعتبار السكوت دليلا على الرضاء كالحساب الذي يؤديه الوكيل للموكل فلا يعترض هذا الأخير عليه مما يجعل سكوته وفق التقاليد التجارية إقرارا لذلك الحساب¹.

- وجود تعامل سابق بين المتعاقدين، ومثاله تاجر يرسل البضائع إلى عميل اعتاد ارسال البضائع إليه دون أن ينتظر منه الرد، حيث يعتبر سكوت العميل قبولا².

- أن يكون الإيجاب نافعا من كل الوجوه لمصلحة من وجه إليه فان سكوت هذا الأخير يعتبر قبولا كحال سكوت الموهوب له في الهبة التي لا يشترط فيها رسمية¹.

¹ Cass. civ. 12 mars 1889; Cass. civ. 11 janvier 1886, Cité par PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit.,p. 120 ; Cass. civ. 9 janvier 1956, Cité par FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.100; Cass. com, 3 novembre 2004, Cité par Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p.245.

² Req. Bordeaux, 3 juin 1867, cité par PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit.,p.119; Cass. com, 26 mai 1987 ; Philippe MALAURIE , Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p. 245.

وقبل الرجوع إلى ما يقابل ما سبق من الفقه المالكي، جدير بالإشارة إلى أن أساس المعاملات والعقود في الفقه الاسلامي عامة هو الرضاء. والذيل يتحقق غالبا إلا بالإيجاب والقبول القولي. فكان الأصل في السكوت ألا يعتبر تعبيرا عن الادارة وفق للقاعدة الفقهية المشهورة: "لا ينسب إلى ساكت قول"².

لكن وكما قد يتحقق الرضاء بالتعبير الصريح أو بالتعاطي (الفعل) كما رأينا سابقا، قد يتحقق الرضاء بتعبير من جانب وسكوت من جانب آخر بما يدل على الرضاء. فكانت تنمة القاعدة الفقهية السابقة "ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"، حيث تتدرج في نطاقها مسائل تفصيلية كثيرة³ نتعرض لأهمها من نصوص الفقه المالكي وفقا للتالي :

1- سكوت المالك عند تصرف الفضولي :

إذا تصرف الفضولي في ملك الغير ببيع في حضور المالك فسكت هذا الأخير ولم يمنعه رغم أهليته للتصرف، لزمه البيع ولا يعذر بسكوته إذا ادعاه⁴. بل أن حقه في الثمن أيضا يسقط إذا سكت ولم يطلبه لمدة سنة لاستحقاق البائع الثمن بالحيازة⁵.

¹ Req, 29 mars 1938 ; Cass. civ, 1^{ere} décembre 1969, cité par FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 102 .

² أنظر في هذه القاعدة، أحمد ابن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر في شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1985، ص. 438 وما يليها.

³ وليبيان جميع الحالات التي يعتبر السكوت فيها قبولا نظرا لظروف ملائمة، أنظر، أحمد ابن محمد الحنفي الحموي، نفس المرجع ، ص. 438-447.

⁴ الصاويعلناشرحالصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 26.

⁵ الحطابالرعيينالمالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 271.

2- سكوت الولي عند بيع أو شراء من تحت ولايته:

إذا رأى الولي من تحت ولايته يبيع ويشترى فسكت ولم يمنعه من التصرف أعتبر سكوته رضا وإذنا في التجارة. ويعتبر البيع لازماً حينها كون حضور الولي وسكوته إذن وإقرار للبيع¹.

3- سكوت الشفيعة:

سكوت الشفيعة عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع يعتبر رضا بالعقد وإقراراً بالتنازل عن الشفعة فيسقط حقه عن طلبها. وفي ذلك جاء "إن سكت الشفيعة مع علمه بهدم أو بناء في الأرض من قبل المشتري، ولو لإصلاح، أو سكت بلا مانع شهرين، إن حضر العقد تسقط الشفعة. وإلا فتسقط بحضوره ساكتاً بلا عذر سنة. فإذا مضت السنة وهو حاضر في البلد ساكت بلا مانع فلا شفعة له"².

4- السكوت في الوديعة:

والوديعة توكيل بحفظ مال، كما تنعقد بالإيجاب والقبول صراحةً تنعقد كذلك بالإيجاب والسكوت المفيد للقبول دلالة. وفي هذا جاء من المذهب المالكي "وإذا علم أن الإيداع ما ذكر علم أن الوديعة مال وكل على مجرد حفظه وظاهره أنه لا يشترط فيه إيجاب وقبول، وهو كذلك، فمن وضع مالا عند شخص ولم يقل له احفظه أو نحوه ففطر فيه كأن تركه وذهب فضاع المال ضمن، لأن سكوته حين وضعه يدل على قبول حفظه"³.

¹ - ويوجد قول آخر يعتبر البيع غير لازم بينى على عدم اعتبار السكوت إذن في المذهب المالكي، وفي تفصيل ذلك أنظر، الحطاب بالرعيين المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 244-245.

² - الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 484، 485.

³ - الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ص. 419.

5- الصلح على السكوت:

ويعرف المالكية الصلح¹ بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. ويقسمه فقهاء المذهب إلى ثلاثة أقسام هي الصلح عن إقرار، والصلح عن إنكار، والصلح عن سكوت. وفي هذا الأخير يسكت المدعى عليه عن إجابة دعوى المدعي فيصالحه بدفع شيء على أن يترك المدعي الدعوى². ويجري أغلب فقهاء المالكية حكماً لإقرار على أحكام السكوت في الصلح من معاوضة أو إجارة أو هبة³.

هذا وبالإضافة إلى ما سبق، تعرض الفقه المالكي لحكم السكوت الدال على القبول في مسائل أخرى⁴، نذكر منها ما جاء في شرح قاعدة "السكوت على الشيء هل هو إقرار به أم لا وهل هو إذن أم لا"⁵:

¹ أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 6، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994، ص. 3-4؛ صالح عبد السميع الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك امام دار التنزيل، المكتبة الثقافية بيروت، ص. 102.

² الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ج 3، ص. 311؛ صالح الأزهري، المرجع السابق، ص. 103.

³ الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ص. 309-311؛ صالح الأزهري، نفس المرجع، ص. 102.

⁴ من أشهرها في غير المعاملات المالية سكوت البكر عند استئذانها للنكاح، مع الإشارة إلى أن الفقه المالكي يستثني أبقارا لا يكتفى بصمتهن بل لا بد من إذنهن بالقول عند استئذانهن في النكاح. أنظر في تفصيل ذلك، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 2، ص. 224 وما يليها؛ الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج 2، ص. 367، 368.

⁵ أحمد ابن يحيى الوئشيسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، تحقيق الصادق بم عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الأولى، 2006، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص. 159-161.

مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

- سقوط الفخار من يد مقلبه إذ أخذ بغير إذن صاحبه الذي رآه يفعل وسكت. وفي نفس معناها أيضا سقوط المكيال من يد المشتري بعد امتلائه وقد كال بغير إذن البائع الذي رآه وسكت.

- سكوت مالك الأرض على من يغرّس فيها أو يبني فيها رغم علمه بذلك.

- من حاز شيئاً يعرفه لغيره فباعه على أنه لنفسه وسكت المالك لا ينكر بيعه، قطع سكوته دعواه.

- كراء الدور والأراضي بزراعة أرض الغير بغير إذن منهم وسكوتهم رغم العلم.

- سكوت الغرماء عن عتق الغريم وطال ذلك، أو سكتوا حتى قسموا الورثة التركة ...

إلى أن قال " والذي تذلل عليه مسائل المذهب، أن كل ما يدل على ما في نفس الانسان من غير نطق فإنه يقوم مقام النطق .."¹.

ليتضح مما سبق اتفاق القانون الفرنسي مع المذهب المالكي في الموقف من صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، كونهما ينطلقا من قاعدة عامة تقضي بعدم صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة وهو ما تجسد اختصارا في قاعدة " لا ينسب لساكت قول". إلا أن لهذه القاعدة استثناء اتفقا عليه معا يقتزن فيه السكوت بأمارات تدل على معنى القبول وفق ما يعرف بالسكوت الملايس أو تنمة القاعدة السابقة " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"، وهو ما يكمل موافقة القانون المدني الفرنسي للفقه المالكي في تنظيم كل صور التعبير السابقة، مما يجعل التساؤل يطرح حول مدى انطباق هذا التماثل في الموقف على مسألة مخالفة التعبير الظاهر للتعبير الباطن والتعبير الذي يعتد به حينها ؟

¹ - أحمد ابن يحيى الوئشيري، المرجع السابق، ص. 161.

ثالثاً: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة كطريقتين للتعبير عن الإرادة

إن التعبير عن الإرادة قد ينطبق كل الانطباق على ما انطوت عليه نفس المتعاقد من إرادة، وعليه كان الأخذ بالإرادة الكامنة أو بمظهرها المادي سريان، إلا أن الإشكال الذي يثور هنا، هو الحالة التي يختلف فيها التعبير الباطن عن التعبير الظاهر؟¹ فما هو التعبير الذي يعتد به؟ ومثال ذلك أن يمضي أحد المتعاقدين على عقد ودون أن يشعر يجد نفسه قد مضى على شرط كان لا يمكن أن يقبل به. ففي مثل هذه الحالة تكون إرادة المتعاقد الباطنة عدم قبول هذا الشرط غير أن إرادته الظاهرة قابلة للشرط ؟

وللإجابة على هذا التساؤل والكشف عن موقف المشرع الفرنسي ومدى توافقه مع أحكام الفقه المالكي، لابد من الرجوع إلى النظريتين التي تتنازع بداية، ثم الانتقال بعد ذلك لنصوص الفقه المالكي وفقاً للتالي:

أ- نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة:

أمام تعارض النظريتين في الإرادة التي يُعتد بها إذا اختلف التعبير الباطن عن الظاهر، سنحاول التعرض لكل نظرية على حده وفقاً للآتي:

1 - نظرية الإرادة الباطنة:

تتزعّم الأخذ بهذه النظرية المدرسة الفرنسية المشبعة بالمذهب الشخصي الذي يعتبر الالتزام رابطة بين شخصين. وتعتبر هذه النظرية نتيجة حتمية لهذا المذهب المؤسس على

¹أنظر في تفصيل النظريتين وحجج كل فريق:

MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, op.cit., pp. 108-111; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 108-111; CARBONNIER Jean, Droit civil, , Tome 4, Les obligations, 22e édition, Presses Universitaires de France, 2000. p. 90,91 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp. 142-144 .

مبدأ سلطان الإرادة، فمادامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام وتحدد مداه، يجب البحث عن هذه الإرادة فيما تتطوي عليه النفس وما يستكن في الصدر. فهذه الإرادة التي جالت في الخاطر وانعقدت في الضمير هي التي يعتد بها، أما مظهر التعبير عنها فليس إلا دليلاً عليها، ولا يعتد به إلا بالقدر الذي يفصح به عن الإرادة الباطنة بأمانة ودقة. وانطلاقاً من هذا، فعلى القاضي أن يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر منه التعبير. وما يلاحظ في هذا المجال أن أنصار مذهب الإرادة الباطنة لا يهتمون بالإرادة الظاهرة كل الإهمال، بل يعتبرونها دليلاً على الإرادة الباطنة.

ومن مظاهر مسايرة المشرع الفرنسي بما جاءت به المدرسة التي ينتمي إليها في هذا الشأن، ما قضى به في نص المادة 1156 ق م¹، حيث قرر وجوب البحث في العقود عن نية المتعاقدين المشتركة لا الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ²، مع الإشارة إلى تعلق هذه المادة بالألفاظ غير الواضحة أكثر من امتدادها للألفاظ الواضحة، ذلك أن القاضي لا يستطيع العدول عن الإرادة الواضحة لأخرى يفترض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين³.

2- نظرية الإرادة الظاهرة:

فرغم من أن الألمان من جهد في تدعيم الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة بداية القول بها، إلا أنه وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر، بحث فقهاءهم في هذه النظرية بحث المدقق المنتقد، وخرجوا من ذلك بأن الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس لا يصح أن يُحاسب عليه الإنسان أو يُحاسب. والإرادة التي تنتج أثراً قانونياً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي. ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعياً إلا عند

¹ Article 1156: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

² Cf. MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, op.cit., p.109; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p. 110; CARBONNIER Jean, op.cit., p.81-83, et p. 90,91.

³ Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p. 373.

الإفصاح عنها؛ فالعبرة بهذا الإفصاح إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به. خاصة أن القانون ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة نفسية. ويصطلح الفقه على هذه النظرية عادة بنظرية الإفصاح عن الإرادة¹.

ب- موقف الفقه المالكي :

بالرجوع إلى الكلام في صيغة العقد في الفقه المالكي²، نجد أن الفقهاء اهتموا كثيرا بصناعة الألفاظ في إنشاء التصرفات القانونية. والصيغة هي كل ما يدل على الرضا من الطرفين، سواء كان لفظا مثل بعثك واشتريت، أو كتابة كأن يرسل البائع للمشتري الموافقة على البيع بالبريد (أو الفاكس أو ما شابههما)، أو كان إشارة دالة على الرضا من الجانبين، أو معاطاة يأخذ من خلالها المشتري السلعة ويدفع الثمن دون أن يكلم البائع سبقت الإشارة إليه حين التعرض لتنظيم الفقه المالكي للتعبير الضمني وفق ما يعرف بالمعاطاة.

ولما كانت معرفة وضوح معنى اللفظ من عدمه لا تتأتى إلا بدراسته، اعتنى الفقهاء بصيغة العقد اللفظية عناية بالغة، وجعلوا صيغها تختلف لاختلاف صيغها بين الماضي وغيرها من الصيغ كالتالي:

1- **صيغ الماضي:** ومثالها، بعث واشتريت، وهي صيغة يؤثرها الفقهاء لما فيها من وضوح لا يقبل معه ادعاء خلاف ذلك، تعارف الناس على استعمال هذه الصيغة، وأقرهم

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 169-180.

² الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 229 وما يليها؛ الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 2-6؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، الجزء 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994. ص. 269؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، الجزء 3، مؤسسة الريان للطبع والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2002، ص. 206-218.

الإسلام عليها لدلالاتها على الإرادة الحاسمة وحدث الشيء قطعا من غير احتمال معنى آخر. وعلى ذلك تعتبر صيغة الماضي لفظ يتمخض للحال فيعتقد به العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة، وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة حيث تعتبر واضحة هنا¹.

2- صيغ المضارع، والاستقبال، والأمر، والاستفهام: ومثالها، أبيع وأشتري، وسأبيع وسأشتري، وبمعني ثوبك، وأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء، فلأنها كلها صيغ تحتمل إما الحال أو الاستقبال، وجب الرجوع فيها إلى الظروف والملابسات أو القرائن لتعيين المراد في الحال، ذلك أن الصيغة لا بد أن تتمخض للحال دون الاستقبال².

¹ "الحاصل أن الماضي ينعقد به البيع اتفاقا ولا عبرة بقول من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء، ولو حلف والمضارع إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء قيل قوله ولا لزوم، وأما الأمر فهل هو كالماضي وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة أو كالمضارع وهو قول ابن القاسم في المدونة (قوله: ولكن الأرجح والمعمول عليه أن عليه اليمين) لأنه قول ابن القاسم في المدونة" أنظر، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 3.

² "فإن قول المشتري لمن بيده سلعة بعني سلعتك بعشرة لا يدل صريحا على إيجاب البيع من جهة المشتري، لأنه إما أمر للبائع أن يبيعه أو ملتزم منه ذلك ويحتمل أن يكون راضيا به أو غير راض به لكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض ..". وذكر المؤلف أيضا "ليس للإيجاب والقبول لفظ معين. وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود إلا أن في الألفاظ ما هو صريح مثل بعتك بكذا فيقول قبلت أو ابتعت منك فيقول بعته فهذا يلزمها، وأما الألفاظ المحتملة، فلا يلزم البيع بها بمجردا حتى ينتزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع .." إلى أن قال " وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فتلزم أو بلفظ المضارع فيحلف ونحوه لابن عبد السلام فقال: حاصل كلامه أنه إن أتى بصيغة الماضي لم يقبل منه رجوع، وإن أتى بصيغة المضارع فكلامه محتمل على ما أراده" أنظر، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 229-230 .

وتأسيسا على ما سبق، انطلق المذهب المالكي¹ من عدم جدوى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین متى انعقد العقد بصيغة الماضي، ذلك أن الصيغة تتمخض للحال حينها ويؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة. أما صيغة المضارع المحتملة لكل من الحال والاستقبال، فإن محلها البحث عن الإرادة الباطنة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وهو نفس الاتجاه بخصوص صيغة الاستفهام والاستقبال، وكيف أن تمخضها للاستقبال لا ينعقد بهما العقد حالا. لتأتي صيغة الأمر بعد ذلك وكيف أنها تتمخض للحال تارة وينعقد لها العقد دون البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین، أو أنها تحتل الحال والاستقبال تارة أخرى مما يستوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین.

وبالمقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي في هذا الشأن، نجد أنهما اتفقا على وجوب البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدین متى كانت عبارات العقد غير واضحة (كما في القانون الفرنسي أعلاه) أو صيغة العقد تحتل الحال والاستقبال (كما هو حال الفقه المالكي أعلاه). ذلك أن المظهر الذي يعتد به الفقه المالكي شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة في الأصل هو اللفظ أولا قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر آخر طالما كانت الإرادة واضحة وظاهرة، بحيث لا يجوز الانحراف عنها للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدین. إلا أنه في كثير من الأحوال لم يغفل الإرادة الباطنة حين القول بضرورة البحث عنها في حيز كبير يشمل بقية العقود المنعقدة بألفاظ لا تكون دلالات الألفاظ

¹ أنظر في تفصيل ذلك من بقية المذاهب الفقهية، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 5، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.

واضحة فيها، ولهذا قيل في الفقه الاسلامي عامة ومنه المالكي " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " ¹.

خاتمة:

ختاماً لما سبق، يجدر الإقرار بأن موضوع تأثير الفقه المالكي على القانون المدني الفرنسي من المواضيع التي لا يمكن التطرق إليها من خلال ورقة تعنى بنموذج واحد من مواضيعه المتشعبة، إذ لا يعدو الأمر أن يكون مجرد تسليط الضوء على إشكالية ظلت محل أخذ ورد لحقب زمنية متعاقبة، خاصة أن هكذا محاولة تحتاج إلى عمل جماعي جبار شأنها شأن الدراسات المقارنة قاطبة وقد تضمن التقنين الفرنسي أكثر من ألفين مادة تصنف في أغلبها ضمن النظريات القانونية التأصيلية. إلا أنه ورغم ذلك، يمكن الإنهاء بخلاصة من النتائج.

بالرغم من كل محاولات التشكيك في الفقه الإسلامي من حيث رقيه وقيمه القانونية، إلا أن هذا الأخير سبق القانون الفرنسي وقبله التشريع الروماني، في تقرير بعض النظم الراقية والمبادئ العظيمة التي لم تصل هذه المجتمعات إلا لبعضها وفي العصور الأخيرة فقط، وهو ما جعل القانوني الدارس له من خارج الانتماء إليه يقر بمكانته الأصلية كتراث ساهم في تطوير الأنظمة القانونية العالمية، ثم تجسد أكثر في اعتراف الكثير من الغربيين بأصالته ومرونته وثراءه في مؤتمرات القانون المقارن.

أن البحث في جذور الموضوع من الناحية التاريخية يبقى محتفظاً بأهميته للتعرف على مدى وجود علاقة تاريخية بين فقه الإمام مالك وقانون نابليون، ولابد حينها من دراسة

¹ أنظر في هذه القاعدة الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثانية، دمشق، 1998، ص. 55-76؛ عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، الطبعة الثالثة، 1989، ص. 14-15.

تأصيلية تبدأ من سبب انتشار الفقه المالكي في إسبانيا ومن ثمة دخوله إلى فرنسا وباقي البلدان الأوربية، في نفس الوقت الذي تعتني فيه بطروفي تشريع القانون المدني الفرنسي والبحث أكثر في سبب انتشار ترجمة كتب الفقه المالكي قبل صدوره مزامنة لحملة نابليون على مصر.

ظهر جليا أن القانون المدني الفرنسي من خلال تقنيته وفقهه يتفق كل الاتفاق مع ما قال به الفقه المالكي قبل عقود من خلال قواعده الكلية والتفصيلية المسيرة لتطور الإنسان في أي زمان وبأي مكان، ولعل السبب حينها هو الاعتماد على نفس المنهجية المتمثلة في الانطلاق من مبادئ كلية تطبق بمرونة على كافة مستجدات الحياة والبيئة الاجتماعية، وهو ما تجسد في البحث الدائم عن حلول عملية أخرجت هذا القانون من سلبية جمود الثبات.

أما عن موضوع الدراسة الممثل في " التعبير عن الإرادة "، فلا يمكن التشكيك في وجود تشابه بخصوصه يكاد يكون مطلقا بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي بداية بصور هذا التعبير. حيث انطلق كلا منهما من التعبير الصريح وحالاته الممثلة في اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو الموقف الذي لا يدع مجالا للشك على مقصود صاحبه، وفي الإطار ذاته اتفقا كذلك على جواز الاعتداد بالتعبير الضمني من خلال ما توسع المالكية في تطبيقاته أكثر مراعاة للحاجات العملية .

ليصل الاتفاق إلى منتهاه في تنظيمها لأثر السكوت على التعبير الإرادي، حيث اتفقا على أن السكوت المجرد لا يصلح للتعبير عن الإرادة كقاعدة عامة، والإستثناء يتمثل في اعتباره قبولا وفق ما يعرف بالسكوت الذي تحيط به ملايسات تجعله دالا على قبول صاحبه، وهو ما تجسد في قاعدة فقهية اختصرت القاعدة والاستثناء بقولها " لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .

مع الإشارة حينها أن القول بإمكان وجود أثر للقانون الروماني على القانون الفرنسي في هذه المواضع مجافاة للحقيقة الموضوعية، ذلك أن هذا الأخير علق توفر التعبير على

مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة

احترام شكل مقدس على حساب أي مظهر آخر حتى نتصور إمكانية قوله بتطبيقات موسعة للتعبير الضمني حينها، فضلا عن تصور قوله باعتبار السكوت المقترن بملاسات معينة تعبيرا عن الإرادة !

وفي ذات السياق، ظهر جليا موافقة القانون المدني الفرنسي لما ذهب إليه المالكية في نزعتهم الوسطية حين مخالفة التعبير الظاهر للتعبير الباطن أو الإرادة الظاهرة للإرادة الباطنة، ذلك أن الأصل حينها هو عدم البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين متى كانت عبارات العقد واضحة لا مكان فيها للتأويل، أما في الحالة التي تكون فيها دلالات ألفاظ العقد غير واضحة وجب البحث عن إرادة المتعاقدين الحقيقية في كل من القانون المدني الفرنسي وقبله الفقه المالكي.

أما آخر ما نختم به هذه الورقة البحثية، فهو التأكيد انصافا على القيمة العلمية للقانون المدني الفرنسي رغم رجحان تأثيره في الكثير من المبادئ العامة والأحكام التفصيلية بالفقه المالكي بذات الطريقة التي كان عليها حاله في موضوع الدراسة أعلاه. ذلك أن هذا القانون ظل محتفظا بمكانته المميزة باحترامه للمنطق القانوني خاصة في ميدان الصياغة الفنية وترتيب المواضيع بقواعد منهجية، وهو ما يطرح السؤال حول سبب التحرج حينها من المزج بينه وبين الفقه المالكي، بل والفقه الإسلامي حينما لا يتصادم هذا المزج مع مخالفة لثابت من ثوابت الشريعة الإسلامية. ولعل ما يحتم ذلك في عصر انفجرت فيه الحياة بشتى أنواع التعاقدات والالتزامات المدنية المالية، هو الحاجة الملحة لتقنين أحكام الفقه الإسلامي قبل المناداة المجردة بجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لقوانيننا العربية بما يعبر عن هويتنا الحضارية، ذلك أن التصور العملي الوحيد لتطبيقها في الوقت المعاصر يفترض تقنينها بما لا يدع مجالا للتساؤل حينها حول أي فهم فقهي للشريعة نطبق ! ولأي نصوص مراعية لخصوصية الزمان والمكان والأشخاص يعود القضاء ؟

الصفقات العمومية

بن حمدون سارة♦

الملخص :

تعتبر الصفقات العمومية أداة فعالة في التسيير والاستعمال الأمثل للأموال العمومية، وقد حصر المشرع الجزائري طرق إبرامها في فرضيتين: المناقصة كأصل عام، والتراضي كاستثناء. وأن هذه الطريقة الأخيرة، بالرغم من تحديد حالاتها، إلا أنه قد يكون وسيلة لمنح السلطة التقديرية للإدارة لإبرام الصفقات دون إتباع مختلف الإجراءات والشروع مباشرة في اختيار المتعامل الذي تتوفر فيه إحدى الحالات المنصوص عليها قانونا، هذا ما قد يؤدي إلى تحايل الإدارة وإبرامها صفقات مشبوهة .

أما بالنسبة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية، فقد عمد المشرع لتبيان أحكامها بنوع من التفصيل، إلا أنه أثبت عدم فعاليتها في الواقع العملي وعدم كفايتها لما يلاحظ من تجاوزات أثناء إبرامها بسبب عدم تطبيق النصوص القانونية؛ وكذا استغلال الفراغات الموجودة في هذه النصوص لإبرام الصفقات غير المشروعة. وما يبرر أيضا عدم نجاعة التعديلات المتكررة لقانون الصفقات العمومية، هو محاولة المشرع وبصفة مستمرة في وضع نصوص فعالة للقضاء على التجاوزات.

الكلمات المفتاحية : صفقات، الإدارة، متعامل، اختيار، تحايل، إجراءات، تجاوزات.

♦ طالبة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان

Résumé :

Les marchés publics sont un outil efficace dans la gestion et l'utilisation parfaite des fonds publics. Le législateur algérien a réduit les voies de leur conclusion dans deux hypothèses, en l'occurrence l'appel d'offres et le compromis dans des cas exceptionnels. Ce dernier, bien que ses cas soient bien déterminés légalement, pourrait être un moyen octroyant à l'administration un pouvoir discrétionnaire de passer des marchés sans pour autant se soucier d'appliquer les différentes procédures légalement prévues à cet égard. Ce moyen va lui faciliter la tâche de choisir directement l'opérateur envisagé dans l'un des cas prévus par la loi. Or, cela peut conduire au subterfuge de l'administration en passant des marchés équivoques.

Pour ce qui est des procédures à observer dans la passation des marchés publics, le législateur a sciemment déterminé en détail ses dispositions. Mais, elles sont avérées inefficaces dans la pratique compte tenu des excès surgissant lors de leur passation, lesquels sont dus en raison, d'une part, de l'inapplication des textes légaux, et d'autre part, de l'exploitation des lacunes que comportent lesdits textes. Ce qui justifie également l'inefficacité des amendements répétés de la loi des marchés publics, le fait de chercher continuellement l'adoption de textes effectifs afin d'éliminer certains abus.

Mots-clés : marchés publics, administration, opérateur, option, subterfuge, procédures, excès.

Abstract :

Public transactions is an effective tool in the management and the perfect use of public funds. The Algerian legislature has reduced the ways of their conclusion in two cases, in this case the tender and the compromise in exceptional cases. The latter, although its cases are determined legally, might be a way giving the administration a

discretion to make deals regardless as to apply different legal procedures in this regard. This way will make it easier for him to directly choose the operator considered in one of the cases provided by law. However, this can lead to the subterfuge of the administration from the uncertain markets.

When it comes to procedures to be observed in the public procurement, the legislature knowingly determined in detail its provisions. But they proved ineffective in practice given the excess arising during their procurement, which are due because, on the one hand, of the non-application of the legal texts, and on the other hand, exploitation of the gaps that include such texts. What justifies also the ineffectiveness of the amendments repeated the Act of procurement, continually seeking the adoption of effective texts in order to eliminate some of the abuses.

Keywords: procurement, administration, operator, option, subterfuge, procedures, excess.

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية ذات أهمية كبرى في الإقتصاد الوطني، وهي من المواضيع المهمة بالنسبة للمؤسسات العمومية التي تحكمها العديد من الشروط المحددة من طرف الدولة، وهي أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ممثلة في مختلف هيكلها على المستوى المركزي أو المحلي، لذا أولاهها المشرع الجزائري أهمية خاصة و ذلك نظرا للأهمية البالغة لعقود الصفقات العمومية باعتبارها وسيلة من وسائل تجسيد فكرة استمرار المرفق العام وإشباع الحاجات العامة، وكذا باعتبارها وسيلة تضمن الحفاظ على المال العام في الدولة، وألزم المشرع المصلحة المتعاقدة على ضرورة إتباع هذه المراحل والإجراءات أثناء لجوئها إلى التعاقد ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية.

وعند العودة إلى قانون الصفقات العمومية لسنة 2013 نجده تطرق إلى العديد من الأحكام المنظمة لكيفية إبرام الصفقات العمومية وإجراءات ذلك ضمن الباب الثالث من هذا القانون.

سوف نتحصر المداخلة في طرق إبرام الصفقات العمومية والتي يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحترمها و تلتزم بها مع تحديد أهم الإجراءات التي يتم من خلالها إبرام الصفقات العمومية؛ ومدى كفاية هذه الإجراءات لتحقيق مبدأ المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين، ومن جانب آخر فعالية هذه الإجراءات في الوصول إلى إبرام صفقات عمومية غير مخالفة للقانون.

فما هي طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية؟ وهل وفق المشرع الجزائري في إرساء أحكام قانونية تضمن إبرام صفقات عمومية غير مخالفة للقانون؟ هذا ما سنتطرق من خلال النقاط التالية :

المبحث الأول : طرق إبرام الصفقات العمومية

المبحث الثاني: إجراءات إبرام الصفقات العمومية

المبحث الأول : طرق إبرام الصفقات العمومية

إن الصفقات العمومية تكتسي أهمية كبيرة في تنمية اقتصاد الدولة ، الأمر الذي دفع المشرع لوضع

منظومة قوانين لتنظيم الصفقات العمومية بداية من 1967 حتى عام 2013 ، و في كل مرة اجتهد المشرع في ضبط التعريفات و الكيفيات لتفادي الثغرات والأخطاء الموجودة في القانون السابق ، ونظرا لإجراءات الصفقات العمومية المعقدة فقد تحرى المشرع بشرح و توضيح كل نقطة مهما كانت بسيطة ، بما فيها كيفيات و إجراءات إبرام الصفقات العمومية و

الصفقات العمومية

التي حصرتها في كيفية المناقصة و كيفية التراضي كاستثناء في حالة عدم جدوى المناقصة و حالات أخرى محددة حصريا بموجب القانون، بحيث سمح للمصلحة المتعاقدة باللجوء للتراضي بنوعيه سواء كان بسيطا أو تراضي بعد الاستشارة حسب الحالة و للمصلحة المتعاقدة الحق في اختيار طريقة الإبرام المناسبة . أما عن المناقصة فهي القاعدة الأصلية في الإبرام و التي قد تكون مناقصة مفتوحة أو محدودة أو استشارة انتقائية أو مزيدة أو مسابقة.

إن إبرام الصفقات العمومية تفرض الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا و التي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية كذلك من أهدافها تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة و المحافظة على توازن مصالح الطرفين.

و تنص المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 على مايلي :

" تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي . " نستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري تبني كيفيتين لإبرام الصفقات العمومية هي:

1-إجراء المناقصة التي اعتبرها كقاعدة عامة.

2-إجراء التراضي التي اعتبره كاستثناء لا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالات المحددة في المادة 43 من هذا المرسوم و هذا طبقا للمادة 27 من المرسوم المذكور أعلاه.

يملك المتعاقد في ظل القانون الخاص إبرام العقود التي يريدتها ضمن مبدأ سلطان الإرادة وأهلية

التعاقد وبشرط عدم مخالفة محل التعاقد للنظام العام والآداب، بيد أن حرية الاختيار في ظل القانون العام

ولاسيما العقود الإدارية تضيق، ذلك أن رجل الإدارة مرتبط في أدائه لحركته ومهامه بالقوانين والأنظمة التي تقيد، وكل ذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة واختيار أكفأ المتعاقدين وبأفضل عرض¹

المطلب الأول: المناقصة

تعتبر المناقصة من أحد الأساليب التي تتبعها الإدارة في التعاقد.

الفرع الأول: تعريف المناقصة والمبادئ التي تقوم عليها

نتناول في هذا الفرع مختلف التعاريف التي قيلت بشأن المناقصة ثم مجموعة المبادئ التي تقوم عليها المناقصة.

أولاً: تعريف المناقصة

تعرف المناقصة على أنها الطريقة التي تلجأ إليها الإدارة العامة في إبرام عقودها الإدارية ذات النمط الاعتيادي والبسيط مثل: توريد الاحتياجات الاعتيادية والمتكررة، أو عقد نقل إداري لنقل أجهزة وأدوات تابعة للإدارة، وقوام هذه الطريقة وأساسها إنما هو الاعتبار المالي الاقتصادي، حيث تلجأ الإدارة إلى المناقصة باختيار المتقدم بأقل عطاء وذلك في حالة لجوء وطلب الإدارة لخدمات وتدخل الغير سدا لاحتياجاتها في مجال معين².

¹ محمد جمال مطلق الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري ، 2003، ص. 261.

² بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ، ص . 26 ؛أيضا منصور القاضي، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001، ص339

الصفقات العمومية

وتعرف أيضا على أنها الطريقة أو الإجراء الذي تلتزم الإدارة بمقتضاه باختيار الطرف المتعاقد الذي

يقدم أقل عطاء ممكن ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كما هو الحال في عقود

الأشغال العامة، أو القيام بالشراء أو التوريد أو النقل مثلا¹.

ولقد عرف المشرع الجزائري المناقصة في نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية معدل ومتمم كما يلي :

"المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض"².

ما نلاحظه من خلال التعريف الفقهي والتعريف القانوني للصفقة أن التعريف الفقهي للمناقصة ارتكز

على اختيار الإدارة المتعاقد الذي يقدم أقل عرض ممكن أي المتعاقد الذي يقدم أقل ثمن، بينما التعريف القانوني للصفقة ارتكز على ضرورة اختيار الإدارة المتعاقد الذي يقدم أفضل عرض أي أفضل عرض مالي وتقني، فالأصل أن طريقة المناقصات تهتم بكل من

¹. عوايدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 203.

². المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 58، معدل ومتمم.

⁵. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 62.

الاعتبارات المالية والفنية، بحيث تقيم التوازن بين السعر والجودة، إلا أن التطبيقات العملية لهذه الطريقة كثيرا ما تؤدي - مع الأسف - إلى التضحية بالكيف في سبيل الكم، بتركيز الاهتمام على المسائل المالية دون اعتبار كاف بمسألة الجودة والمواصفات الواردة فعلا بقائمة شروط

ثانيا :المبادئ التي تقوم عليها المناقصة

تقوم عملية المناقصة على مجموعة من المبادئ يتعين على الإدارة القائمة بالتعاقد ضرورة إتباعها وتمثل هذه المبادئ فيما يلي:

أ_ مبدأ العلانية في التعاقد :

معنى ذلك يجب أن لا يكون إبرام العقد الإداري سريا، ونقصد بالعلنية معرفة كافة بأن الدولة سوف تبيع أو تشتري أو تؤجر أو سوف تقوم بشغل عام، إلخ، والغاية من ذلك لكي لا تهرم العقود الإدارية في أجواء تشويها الريبة ويحوم حولها الشك، لأن سرية التعاقد سوف لا تتيح الفرصة لمن يرغب بالتعاقد كي يتنافس مع غيره وسوف تؤول قيمة الأشياء أو منافعها إلى النقصان بدلا من الزيادة، كما سوف تحال مشاريع حكومية بمبالغ خيالية لا تتناسب مع تكلفتها الحقيقية¹.

فإعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد، تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها².

يظهر أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في نص المادة 45 من المرسوم الرئاسي /236
10 المتضمن الصفقات العمومية .

¹ . محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010 ، ص 62 .

² . عبد الفتاح حسن، القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية، 1969 ، ص 481 .

ب_ مبدأ حرية المنافسة :

يقضي هذا المبدأ الهام في نطاق إجراءات المناقصات إفراح المجال إلى جميع الأفراد والأشخاص الذين يهتمهم أمر المناقصات، والذين تتحقق فيهم وتنطبق عليهم شروط المناقصات، ويساعد على تحقيق مبدأ المنافسة الحرة هذا مبدأ إعلانية المناقصات¹.

فهذا المبدأ يقضي بإعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي.

ولا يجوز للإدارة أن تبعد أيا من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الاشتراك في المناقصة، ويقوم أساس المنافسة الحرة على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة².

بالإضافة أن هذا المبدأ يقوم على أساس وقوف الإدارة موقفا حياديا إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المقاولين التي تدعوها وتلك التي تبعدها³.

وقد أكدت المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10/ 236 هذا المبدأ بنصها : (لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية...) .

¹ . عوابدي عمار، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 572 .

² . الشواربي عبد الحميد، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، 2003، ص 88.

³ . مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، دون سنة النشر، ص

ج _ مبدأ المساواة بين المتنافسين :

المقصود بالمساواة بين المتنافسين إيجاد نفس الفرصة لكل من يتقدم إلا المناقصة أو المزايدة دون تمييز بين واحد وآخر، وذلك بأن لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر، أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض الآخر¹، حيث يجب معاملة جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانونا وفعلا².

ويقضي مبدأ المساواة بين المتنافسين في العطاءات عدم جواز استبعاد أي متقدم لأسباب غير قانونية، ومن ثم يجوز الطعن بقرار الاستبعاد لدى القضاء الإداري³.

د _ مبدأ سرية العطاءات :

وهو ما يتحقق بوضع جميع العطاءات في ظروف مغلقة، بحيث لا تعلم الإدارة والمتقدمين بعطاءاتهم بمضمون العطاءات قبل وقت فض هذه المظاريف⁴.

الفرع الثاني: أشكال المناقصة

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236، على أنه يمكن أن تكون المناقصة وطنية أو دولية، فالمناقصة الوطنية أو المحلية هي التي يتبع فيها إجراء المناقصة العامة ذاتها من حيث وجوب المساواة بين المتقدمين وحرية المنافسة فضلا عن

¹. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 63.

². عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 205.

³. محمد جمال مطلق الذنبيات، مرجع سابق، ص 265.

⁴. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص

الصفقات العمومية

الإجراءات الأخرى لكن المناقصة تختلف في أن المشاركة فيها تقتصر على الشركات المحلية والمقاولين المحليين الذين يختارون من بين المقيدة أسماؤهم في السجلات المعدة لذلك¹، ويعلن عنها بالنشر في وسائل الإعلام المحلية.

في حين يعلن عن المناقصة الدولية عن طريق النشر في وسائل الإعلام المحلية والدولية، ويتعلق هذا النوع من المناقصات ببعض العقود المهمة التي تتطلب قدرا عاليا من الخبرة، التي لا تتوفر في الشركات المحلية فيسمح باشتراك الأفراد والشركات الأجنبية².

وقد ذكر المشرع الأشكال التي يمكن أن تتم حسبها المناقصة على سبيل الحصر لا المثال وهي كما يلي: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الاستشارة الانتقائية، المزايدة، المسابقة.

أولا. - المناقصة المفتوحة : هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا .

ثانيا. - المناقصة المحدودة : هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا .

ثالثا. - الاستشارة الانتقائية : هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي .

رابعا. - المزايدة : هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري .

¹. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 66.

². الشواربي عبد الحميد، مرجع سابق، 89 ، أيضا بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص 31 .

ما نلاحظه من خلال هذا التعريف الذي قدمه المشرع الجزائري للمزايدة أن المشرع وقع في خطأ عندما نص على أن المزايدة تمنح للمتعاقد الذي قدم أقل ثمن، بحيث أخلط بين المناقصة والمزايدة إذ يقتصر الفرق بينهما على الهدف من كل منهما، فهو في المناقصة الحصول على أفضل سعر (أي أقل عطاء) بغير مساس بجودة محل العقد أي الجمع بين أفضل الشروط المالية والفنية التي تتحقق بها مصلحة المرفق العام، وهو في المزايدة الحصول على أفضل عرض يتمثل في أعلى سعر أو عطاء لما تبيعه أو تؤجره الإدارة¹.

خامسا. - المسابقة : هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة.

المطلب الثاني : التراضي

إضافة إلى طريقة المناقصة التي تتبعها الإدارة عند رغبتها في التعاقد فتوجد طريقة أخرى تتمثل في طريقة التراضي.

الفرع الأول : تعريف التراضي

هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.

نستنتج من خلال هذا التعريف أن إتباع الإدارة لأسلوب التراضي يعتبر استثناء عن الأصل العام المتمثل في المناقصة إذ هذا الأسلوب يعفي الإدارة من الخضوع للإجراءات الطويلة التي تفرضها طريقة المناقصة.

¹ الشواربي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 742، أيضا بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص 31 .

الصفقات العمومية

حسب نص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10/ 236، فإن للتراضي شكلان هما :
التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

أولا :التراضي البسيط

يعتبر التراضي البسيط طريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومية، وتلجأ إليه الإدارة في حالات مقيدة بشروط ومحددة حصرا في نص المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10/ 236 وهي
كما يلي:

أ _الخطر الداهم :

أي في حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي.

ب _حالة الاستعجال :

أي عندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجالية ولا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات

إبرام الصفقات، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال هذه، وأن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها .

ج _الاحتكار :

عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو
ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة أو لاعتبارات ثقافية و/أو
فنية .

د _التموين المستعجل:

في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها¹.

هـ _الأهمية الوطنية :

عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية ، وعندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج. وعندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

ثانيا :التراضي بعد الاستشارة

هو إجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية يسمح للإدارة باختيار الطرف المتعاقد إذا توفرت الحالات المنصوص عليها حصرا في نص المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 والمتمثلة في:

أ _عدم جدوى اللجوء إلى المنافسة :ونكون أمام هذه الحالة إذا تم استلام عرض واحد فقط أو لم يتم استلام أي عرض، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط أو لم يتم تأهيل أي عرض، بعد تقييم العروض المستلمة.

ب _حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة .

¹. المادة 3/43 من المرسوم الرئاسي 236/10.

ج_ في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.

د_ في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة.

هـ_ في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك. وفي هذه الحالة، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

المبحث الثاني : إجراءات إبرام الصفقات العمومية

إذا كانت إجراءات إبرام العقود الخاصة في القانون المدني تمتاز ببساطة الإجراءات وسهولتها، فإنه في مجال العقود الإدارية . الصفقات العمومية - الأمر يختلف عن ذلك، بحيث يجب على الإدارة المتعاقدة إتباع مجموعة من الإجراءات الشكلية المعقدة.

المطلب الأول :مرحلة الإعلان عن الصفقة وإيداع العروض

ولضمان مبادئ المناقصة تقوم الإدارة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد وتمنح الفرص لكل المتنافسين لإيداع عروضهم.

الفرع الأول :مرحلة الإعلان عن الصفقة

تعتبر مرحلة الإعلان عن الصفقة أول إجراء تقوم به الإدارة من أجل إعلام الغير بإرادتها أو رغبتها في التعاقد من أجل حصولها أفضل عرض.

أولاً. - مفهوم الإعلان ومحتواه

ويقصد بالإعلان إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة ، ومكان وزمان إجراء المناقصة¹ .

وقد أوجب المشرع الجزائري ضرورة استيفاء الإدارة إجراء الإعلان إذا ما رغبت في التعاقد ، وذلك وفقاً لنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236.

و يجب أن يحتوي إعلان المناقصة على مجموعة البيانات الإلزامية المتمثلة في:

- تسمية المصلحة المتعاقدة ، وعنوانها ، ورقم تعريفها الجبائي .
- كيفية المناقصة.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
- موضوع العملية،
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض.
- صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر.

¹. محمود خلف الجبوري ،مرجع سابق،ص 67.

- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة " لا يفتح " ومراجع المناقصة.

- ثمن الوثائق عند الاقتضاء¹.

ثانية : وسائل الإعلان

تتمثل وسائل الإعلان التي يجب على الإدارة نشر الإعلان فيها فيما يلي:

- النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن . ر . ص . م . ع).

- على الأقل جريدتين يوميتين وطنيتين ، موزعتين على المستوى الوطني².

- الإشهار المحلي : بحيث يمكن إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي ، خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) أو يقل عنها حسب الكيفيات الآتية:

• نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين.

• إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية:

- للولاية.

- لكافة بلديات الولاية.

¹. المادة 46 من المرسوم الرئاسي 236/10.

². المادة 1/49 من المرسوم الرئاسي 236/10.

- لغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة.

- للمديرية التقنية المعنية في الولاية.

الفرع الثاني: مرحلة إيداع العروض

بعد إعلان الإدارة عن الصفقة في مختلف الوسائل القانونية التي اشترط المشرع ضرورة الإعلان فيها يأتي إجراء آخر يتمثل في إيداع المتنافسين الراغبين في الحصول على الصفقة بإيداع عروضهم.

أولاً: المقصود بإيداع العروض ومضمونه (تقديم العطاءات)

هي العروض التي يتقدم بها الأفراد في المناقصة ، والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقاً للمواصفات المطروحة في المناقصة ، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه المناقص والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه المناقصة¹.

وأما من حيث المضمون، تنص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 على أنه يجب أن تشتمل العروض على عرض تقني وعرض مالي ، ويجب أن يوضع كل من العرض التقني والعرض المالي في ظرف منفصل ومقفّل ومختوم يبين كل منهما مرجع المناقصة وموضوعها ، ويتضمنان عبارة " تقني " و "مالي" ، حسب الحالة .

أ- العرض التقني :

يتضمن العرض التقني ما يلي:

¹. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 68.

- تصريح بالاكنتاب.

- كفالة تعهد تفوق واحد في المائة (1%) من مبلغ العرض ، فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات ولجان الصفقات القطاعية ، والواجب ذكرها في دفاتر الشروط المتعلقة بالمناقصات ، طبقا لأحكام المادة 132 .

- لا تصدر كفالة تعهد المتعهدين الجزائريين من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان

الصفقات العمومية .ويجب أن تصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

- في حالة إجراء الاستشارة الانتقائية ، فإنه يجب إدراج كفالة التعهد المذكور أعلاه، إذا اقتضى الأمر ، في ظرف مقفل يحمل عبارة " كفالة تعهد لا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية."

- كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد في المجال المعني شهادة التأهيل والتصنيف بالنسبة لصفقات الأشغال والاعتماد بالنسبة لصفقات الدراسات وكذا المراجع المهنية.

- كل الوثائق الأخرى التي تطلبها المصلحة المتعاقدة ، مثل القانون الأساسي للمؤسسة المتعقدة ومستخرج من سجل الصناعة التقليدية والحرف فيما يخص الحرفيين الفنيين.

- الشهادات الجبائية وشهادات هيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين الجزائريين والمتعهدين الأجانب الذين سبق لهم العمل بالجزائر.

غير أنه يمكن، في حالة تنفيذ عمليات إنجاز الأشغال، تقديم هذه الشهادات بعد تسليم العروض مع موافقة المصلحة المتعاقدة، ومهما يكن من أمر قبل التوقيع على الصفقة.

- مستخرج من صحيفة السوابق القضائية للمتعهد عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي، وللمسير أو المدير العام للمؤسسة عندما يتعلق الأمر بشركة. لا يطبق هذا الحكم على المؤسسات الأجنبية غير المقيمة في الجزائر.

- شهادة الإيداع القانوني لحسابات الشركة، فيما يخص الشركات التجارية، الخاضعة للقانون الجزائري.

- تصريح بالنزاهة.

- رقم التعريف الجبائي بالنسبة للمتعهدين الجزائريين والمتعهدين الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر.

- دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على عبارة "قرئ وقبل" ويجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المتعهد أو من طرف ممثله المعين لذلك. ويجب أن يسحب دفتر الشروط، في إطار تجمع، من طرف الوكيل أو من طرف ممثله المعين لذلك، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع.

وفي حالة إجراء المسابقة، يجب أن تتضمن العروض، بالإضافة إلى الأطراف المتعلقة بالعروض التقنية والمالية، طرفا يتعلق بالخدمات، بديلا للعرض التقني بحصر المعنى المذكور في المطة الثالثة من الفقرة الأولى من هذه المادة.

ويجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ التعهد في أطراف الخدمات، في إطار المسابقة، ولا في الأطراف التقنية المتعلقة بإجراءات المسابقة والاستشارة الانتقائية، تحت طائلة رفض هذه العروض.

عندما يتحتم على المصلحة المتعاقدة طلب وثائق أصلية، فإنه يجب أن يقتصر ذلك على المتعهد الحاصل على الصفقة¹.

ب- العرض المالي

يتضمن العرض المالي ما يلي:

- رسالة تعهد،
- جدول الأسعار بالوحدة،
- تفصيل تقديري وكمي .

المطلب الثاني: مرحلة فحص العطاءات واعتماد الصفقة

بعد انتهاء المدة المحددة في الإعلان لتقديم العطاءات تأتي مرحلة أخرى تتمثل في مرحلة فحص هذه العطاءات، أين يتم فتح المظاريف المقدمة من طرف المتنافسين مع إرساء الصفقة على المتنافس الذي يقدم أحسن عرض.

الفرع الأول: مرحلة فحص العطاءات

يتكون لدى كل إدارة لجنتين لجنة أولى تختص بفتح المظاريف ولجنة ثانية تختص بتقييم العطاءات .

¹. المادة 1/51 من المرسوم الرئاسي 236/10.

أولاً: لجنة فحص العطاءات (العروض)

يتم استحداث لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة، كما يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها ، وتتمثل مهام لجنة فتح الأظرفة فيما يأتي:

- تثبيت صحة تسجيل العروض على سجل خاص .
- تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- تعد وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- توقع بالحروف الأولى على كل وثائق الأظرفة المفتوحة.
- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- دعوة المتعهدين، عند الاقتضاء، كتابيا، إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة، باستثناء، التصريح بالاكنتاب وكفالة التعهد، عندما يكون منصوصا عليها، والعرض التقني بحصر المعنى، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام، تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض.
- إرجاع الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، عند الاقتضاء، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.

الصفقات العمومية

تحرر لجنة فتح الأظرفة، عند الاقتضاء، محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون¹، يتم فتح الأظرفة التقنية والمالية، في جلسة علنية، بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا، خلال نفس الجلسة، في تاريخ وساعة فتح الأظرفة، المنصوص عليها في المادة 50 وفي حالة إجراء الاستشارة الانتقائية، يتم فتح الأظرفة النهائية والمالية على مرحلتين.

وفي حالة إجراء المسابقة، يتم فتح الأظرفة التقنية وأظرفة الخدمات والأظرفة المالية على ثلاث 3 مراحل ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية، ولا يتم فتح الأظرفة المالية للمسابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة تحكيم، كما هو منصوص عليه في المادة 34 من هذا المرسوم.

ويتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها، الأظرفة المالية إلى غاية فتحها.

ثانيا :لجنة تقييم العروض

تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض وتتولى هذه اللجنة، التي يعين أعضاؤها بمقرر من مسؤول المصلحة المتعاقدة، والتي تتكون من أعضاء مؤهلين يختارون نظرا لكفاءتهم، تحليل العروض، والبدايل والأسعار الاختيارية المنصوص عليها في المادة 11 ، عند الاقتضاء، من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة تتنأى العضوية في لجنة تقييم العروض مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة.

يمكن أن تستعين المصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، بكل كفاءة تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحاجات لجنة تقييم العروض.

¹ . حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و 34 و 44 من هذا المرسوم.

تقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.

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

وتتم في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم، للقيام طبقا لدفتر الشروط، بانتقاء إما العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وإما أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

غير أنه، يمكن لجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا أثبت أنه تترتب على منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. وفي حالة إجراء المسابقة، تقترح لجنة تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة قائمة بالفائزين المعتمدين. وتدرس عروضهم المالية، فيما بعد، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، طبقا لدفتر الشروط¹.

الفرع الثاني: مرحلة اعتماد الصفقة

تتميز هذه المرحلة في أنها تظهر عمل لجنة فتح المظاريف وتقييمها وذلك بإرساء الصفقة على أحد المتنافسين التصديق على ذلك الإرساء.

¹. فيصل نسيغة ،النظام القانوني للصفقات العمومية و البات حمايتها ، مجلة الاجتهاد القضائي،العدد الخامس،ص 120.

أولاً: إرساء الصفقة (المنح المؤقت للصفقة)

بعد التأكد من مطابقة العطاءات لشروط المناقصة ومواصفاتها تستبعد اللجنة العطاءات غير المستوفية للشروط، ويدون كل إجراء تقوم به اللجنة في محضرها مع بيان الوسائل التي استعانت بها في إجراء المراجعة والفحص لهذه العطاءات.

بعد ذلك يجري إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً وأقل سعراً من بين العطاءات الأخرى، كقاعدة عامة. ومع ذلك يجوز للجنة أن ترسي المناقصة على مقدم أنسب العروض ولو لم يكن أقلها سعراً لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، مع ضرورة أن تتمثل هذه الأسباب بعوامل جدية تتعلق بطبيعة الأعمال موضوع المناقصة قيمتها ومواصفاتها، على أن لا يكون الفارق في بين أنسب العروض المقدمة وأقلها سعراً كبيراً، ويجب أن يكون قرار اللجنة باعتماد هذا العرض مسبباً .

تبلغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت للصفقة ، ولا تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لمنح الصفقة مؤقتاً ، أما فيما يخص المتعهدين الآخرين ، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الإعلان أولئك الراغبين منهم في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية ، بالاتصال بمصالحها ، في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة.

ويجب أن توضح المصلحة المتعاقدة في إعلان المنح المؤقت للصفقة ، رقم تعريفها الجبائي وعند الاقتضاء رقم التعريف الجبائي للمستفيد من الصفقة .

ثانيا :التصديق

تعتبر هذه المرحلة من أهم مراحل المناقصة من الناحية القانونية ، فبعد انتهاء المراحل السابقة يجري رسو المناقصة على أفضل العطاءات من قبل لجنة البت النهائي ولكن ذلك الرسو لا يعدو أن يكون اختيارا مؤقتا ولا يكون نهائيا إلا بعد صدور قرار باعتماده من الجهة المختصة.

معنى ذلك أن مقدم العطاء يبقى في مركز غير تعاقدى قبل صدور قرار الاعتماد وإنما هو على إيجابه الملزم وتصديق العقد يتم بقرار إداري تنشأ من تاريخ صدوره التزامات على عاتق الإدارة ، ومن تاريخ تبليغ من يحال عليه العقد بالنسبة للمتعاقد معها¹ .

تنص المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 على أنه لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة على النحو التالي:

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة.
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.
- الوالي فيما يخص صفقات الولاية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية.
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

¹.. محمود خلف الجبوري ،مرجع سابق،ص75 .

الصفقات العمومية

- مدير مركز البحث والتنمية.
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.
- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.
- الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال، بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

خاتمة:

تعتبر الصفقات العمومية أداة فعالة في التسيير والاستعمال الأمثل للأموال العمومية، وقد حصر المشرع الجزائري طرق إبرام الصفقات العمومية في طريقتين: المناقصة كأصل عام وقد حددها حصراً في قانون الصفقات العمومية ، والتراضي كاستثناء فبالرغم من تحديد حالاته إلا أنه قد يكون وسيلة لمنح السلطة التقديرية للإدارة لإبرام الصفقات دون إتباع مختلف الإجراءات و الشروع مباشرة في اختيار المتعامل الذي تتوفر فيه إحدى الحالات المنصوص عليها قانوناً، هذا ما قد يؤدي إلى تحايل الإدارة و إبرامها صفقات مشبوهة .

أما بالنسبة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية فقد عمد المشرع لتيان مختلفها بنوع من التفصيل ، إلا أنه أثبت عدم فعاليتها في الواقع العملي وعدم كفايتها لما يلاحظ من تجاوزات أثناء إبرامها بسبب عدم تطبيق النصوص القانونية؛ وكذا استغلال الفراغات الموجودة في هذه النصوص لإبرام الصفقات غير المشروعة.

وما يبرر أيضا عدم الكفاية التعديلات المستمرة لقانون الصفقات العمومية والذي يتم تعديل أحكامه تقريبا كل سنة ، وذلك بسبب التجاوزات التي يقوم بها بعض الإداريين أثناء إبرامهم لهذه الصفقات ، ما يجعل المشرع يحاول كل مرة إيجاد أحكام فعالة للقضاء على التجاوزات. وعموما يجب أن يواكب قانون الصفقات العمومية التحولات السياسية واقتصاد السوق.

النصوص القانونية:

المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم.

المراجع:

. الشواربي عبد الحميد ، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع ، منشأة المعارف، 2003 .

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

. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1996 .

. عبد الفتاح حسن ، القانون الإداري الكويتي ، دار النهضة العربية، 1969 .

. عوايدي عمار ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، النشاط الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2000.

. منصور القاضي ، القانون الإداري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان، 2001 .

. مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، دار المطبوعات الجامعية ، دون سنة النشر .

. محمد جمال مطلق الذنبيات ، الوجيز في القانون الإداري ، 2003.

. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010.

. منصور القاضي ، القانون الإداري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان، 2001 .

. فيصل نسيغة ، النظام القانوني للصفقات العمومية و اليات حمايتها ، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس .