

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

هزيل جلول ♦

ملخص

إن مبدأ الشفافية، يعتبر من المبادئ الأساسي التي كرسها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، من أجل استعمال أحسن للأموال العمومية، ولعل إجراء المنح المؤقت، هو آلية من آليات تحقيق هذه الشفافية، من خلال انتقاء المتعامل الأكثر قدرة (ماليا وتقنيا)، وذلك من خلال نشر منح الصفقة المؤقت للإطلاع عليه من طرف باقي المتعهدين وتمكينهم إذا اقتضى الأمر الطعن في هذا المنح أمام الجهات المختصة (الإدارية والقضائية)، لاسيما بسبب الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية.

كلمات مفتاحية: صفقة عمومية، مصلحة متعاقدة، متعامل متعاقد، منح مؤقت ،

قرار إداري، قرار منفصل، عرض مالي، عرض تقني، إعلان، نشر، طعن إداري،

Résumé

Le principe de transparence est l'un des principes fondamentaux inscrits dans le décret présidentiel n°15-247, pour une meilleure utilisation des fonds publics. Les subventions temporaires pourraient constituer parmi les mécanismes pour atteindre cette transparence, par la sélection de l'opérateur le plus fiable (financièrement et techniquement) et ce, à travers la diffusion des subventions temporaires du contrat afin d'informer les autres opérateurs.

♦ باحث دكتوراه بجامعة تلمسان

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

Cette procédure permet, le cas échéant, à ces derniers de contester ces subventions auprès des autorités compétentes aussi bien administratives que judiciaires, notamment en raison de la violation des *obligations de publicité* et de mise en *concurrence*, auxquelles sont soumises les procédures de passation des marchés publics.

Mots-clés : Contrat public, contractant, opérateur, subvention, décision administrative, offres, annonce, édition, recours, poursuite.

Abstract:

The principle of transparency is one of the fundamental principles registered in the Presidential Decree No. 15-247, for a better use of public funds. Temporary subsidies could be one of the mechanisms used to achieve this transparency, by selecting the most capable operator (financially and technically).

This can be done through the diffusion of the temporary subsidies of the contract to inform the other operators and enable them, if necessary, to dispute these subsidies before the competent authorities (administrative and judicial), especially due to the breach of obligations in advertising and competitive bidding, to which public procurement contracts are subject.

Keywords: Public contract, contracting, operator, subsidy, administrative decisions, offer, advertisement, publishing, administrative appeal.

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ممثلة في مختلف هيكلها على المستوى المركزي أو المحلي.

ونظرا 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، فقد حرص المشرع الجزائري على النص على جميع الأحكام والإجراءات

أ. هزيل جلول

الخاصة لإبرام الصفقات العمومية، وألزم جهة الإدارة (المصلحة المتعاقدة) على ضرورة إتباع هذه المراحل والإجراءات أثناء لجوءها إلى التعاقد ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية.

وما يجدر الإشارة إليه انه من بين الأحكام الجديدة التي جاء بها المرسوم الرئاسي 250/02 انه اعتمد لأول مرة مبدأ المنح المؤقت للصفقة في المادة 43 والتي أوجبت نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان الصفقة مع تحديد السعر وأجال الانجاز والمعايير التقنية والبشرية وبذلك يكون هذا الإجراء قد أضفى شفافية أكثر بإعلان الفائز مؤقتا بالصفقة مع ذكر معايير الانتقاء وما يقابلها من تنقيط وهذا لتمكين المتنافسين من تقديم طعونهم وتم تثبيت هذا الإجراء بموجب المرسوم الرئاسي 236/10 بمقتضى المادة 2/49 كما انه تم التأكيد عليه بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 الذي وسع من مجالات الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة، وذلك كله تكريسا لمبدأ الشفافية في التعامل في مجال الصفقات العمومية وهو ما سيكون محور هذا المقال من خلال الوقوف على الجوانب القانونية لإعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية ومن ثمة الآثار القانونية المترتبة على نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية.

المطلب الأول: الجوانب القانونية للمنح المؤقت للصفقة العمومية

تعتبر مرحلة إرساء الصفقة العمومية مرحلة ينجم عنها اختيار عارضا ما بالنظر لتوافر عطائه أو عرضه على مجموعة من الشروط والمواصفات مما دفع بجهة الإدارة لاختياره دون سواه عن بقية العروض.

ولقد اعترف المشرع الجزائري في المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 بحق الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفقا للمعايير المعلن عنها ووفق الشروط المحددة في دفتر الشروط، كما جاءت المادة 78 من ذات المرسوم لتركز أكثر على بعض المعايير كالضمانات التقنية والمالية، السعر النوعي وأجال التنفيذ وشروط التمويل، وهكذا حاول

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

المشرع تقييد الإدارة بمجموعة من المعايير مختلفة في طبيعتها لاختيار المتعامل المتعاقد، ومن هنا جاءت المادة 78 مكملة للمواد 53 وما يليها من قانون الصفقات العمومية والتي شدد من خلالها على ضرورة إسناد الصفقة العمومية للأقدر على التنفيذ مع الأخذ بعين الاعتبار القدرات المالية والتقنية والتجارية لتتوج هذه الخطوات في آخر المطاف بإرساء الصفقة واعتماد العرض الأكثر ملاءمة مع متطلبات الحاجيات العمومية .

وما ينبغي التنويه إليه كما سبق تبياناه انه من بين الأحكام الجديدة التي جاء بها المرسوم الرئاسي 250/02 انه اعتمد لأول مرة مبدأ المنح المؤقت للصفقة في المادة 43 والذي تم التأكيد على مضمونه بموجب المرسوم 236/10 وكذا المرسوم الحالي 247/15 في المواد 8/52، 65، 82 تدعيما لمبدأ الشفافية في منح الصفقات العمومية ولهذا فإنه يثور التساؤل حول مفهوم هذا الإجراء وكذا طبيعته القانونية ومركز الأطراف المتعاقدة في هذه المرحلة؟ وهو ما سيكون محور دراستي في المبحث الأول.

الفرع الأول: مفهوم المنح المؤقت للصفقة العمومية

سنحاول في هذه النقطة الوقوف على مدلول إجراء المنح المؤقت للصفقة من خلال التطرق إلى تعريف المنح المؤقت وكذا الإجراءات المعتمدة في ذلك من ثمة معرفة ضوابط النشر التي يخضع لها إجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية.

أولاً. - تعريف المنح المؤقت للصفقة

يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلامياً بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظراً لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المالي والتقني، وطبقاً للمادة 65 من قانون الصفقات العمومية وجب أن ينشر في الإعلان مجموعة من البيانات والعناصر كاسم ولقب الشخص العارض أو اسم المؤسسة أو الشركة أو المقابلة وموضوع الصفقة وسعرها وآجال التنفيذ وبصفة عامة كل المعلومات

أ. هزيل جلول

التي تبرر اختيار الإدارة للفائز المعلن عنه، ويفضل ذكر هذه العناصر بدقة تفاديا لأي لبس حتى يمكن لباقي المتعهدين ممارسة حقوقهم المبينة في التشريع، ولا يمكن الوصول لهذه المرحلة إلا من خلال إتباع خطوات وإجراءات محددة قانونا.

ثانيا. - إجراءات المنح المؤقت للصفقة العمومية

امتدادا إلى سلسلة القيود التي تضبط عمل المصلحة المتعاقدة في إبرامها للصفقة العمومية وضمانا لتحقيق أكبر قدر ممكن من الشفافية والمساواة بين المتعهدين تدخل الصفقة مرحلتها الثانية وقد حفها المشرع بمجموعة من الضوابط ومن أهمها الدراسة والتقييم بغية الوصول إلى إرساء أولي للصفقة العمومية.

وبعدما كانت تختص بهذه العملية في المرسوم 231/10 لجنتين يتم استحداثهما علي مستوى كل مصلحة متعاقدة هما لجنة فتح الأطرقة ولجنة تقييم العروض تم اسنادها في المرسوم 247/15 الى لجنة واحدة هي لجنة فتح الأطرقة وتقييم العروض هو ما سنحاول التطرق اليه في النقطة المالية من خلال تبيان مهام ودور هذه اللجنة في إتمام عملية التعاقد:

آ. - استحداث لجنة فتح الأطرقة وتقييم لعروض:

تستحدث على مستوى كل مصلحة متعاقدة لجنة واحدة او أكثر مكلفة بفتح الأطرقة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية تدعى لجنة فتح الأطرقة وتقييم العروض وبالتالي فإن استحداثها يعد أمرا إلزاميا على كل الهيئات التي لها صلاحية ابرام الصفقات العمومي، وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون مراعاة لكفاءاتهم، مع ضرورة مراعاة الإطار القانوني والتنظيمي الساري المفعول ويتم استحداثها بموجب مقرر أو قرار صادر عن مسئول المصلحة المتعاقدة ويجب أن تجتمع اللجنة وفقا للقرار الصادر بإحداثها و كذا القواعد القانونية التي تحكم سيرها لما في ذلك من تأثير علي علاقة قراراتها من الناحية الشكلية .

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

و تجتمع اللجنة في المقر الرسمي لها وهو المصلحة المتعاقدة وتخضع اجتماعاتها لمبدأ العلنية وذلك من خلال تمكين المتعهدين أو من ينوبهم في الحضور بالأشغال للجنة .

تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري تقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة العمومية او الاعلان عن عدم جدوى الاجراءات او الغائه او الغاء المنح المؤقت للصفقة وتصدر بذلك رأيا مبررا¹.

ب.- مراحل عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

بعد نشر اعلان طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي جريدتين يوميتين وطنيتين وكذا الصاق اعلان الطلب بالمقرات المعنية يحدد اجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة كما يمكن للمصلحة المتعاقدة تمديد الاجل ان اقتضت الضرورة ، ومهما يكن يجب ان تفتح المدة المحددة لطرح العروض مجالا واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين وتشتمل العروض على ملف الترشيح وعرض تقني وعرض مالي بعدما كان يتطلب في المرسوم الرئاسي 231/10 فقط عرض مال وتقني.

وتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام المخولة لها على مرحلتين:

1.- مرحلة فتح الأظرفة:

يوافق تاريخ واخر ساعة لايداع العروض وتاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية آخر يوم من الاجل المحدد لتحضير العروض، ويتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض المالية والتقنية. وتدعو المصلحة المتعاقدة كل المتعهدين لحضور

¹ - المواد 160، 161 من المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 50.

أ. هزيل جلول

جلسة فتح الأطراف حسب الحالة، في اعلان المنافسة او عن طريق رسالة موجهة للمتعهدين¹.

2.- صلاحيات لجنة فتح الأطراف

لقد حددت المادة 71 من المرسوم الرئاسي 247/15 مهامها علي سبيل الحصر كالتالي:

تنبيت صحة تسجيل العروض.

تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول ملفات ترشحهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.

توقع بالأحرف الأولى على وثائق الأطراف المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.

تحرر المحضر اثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع اعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب ان يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل اعضاء اللجنة.

تدعوا المتعهدين الى استكمال ملفاتهم الناقصة في اجل اقصاه 10 ايام ابتداء من تاريخ فتح الأطراف.

تقترح على المصلحة المتعاقدة عند الإقتضاء في المحضر الاعلان عن عدم جدوى الاجراء.

¹ - المادة 60 من قانون الصفقات العمومية.

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

كما تعتمد عن طريق المصلحة المتعاقدة الى ارجاع الأطراف غير المفتوحة الى اصحابها.

3.- مرحلة تقويم العروض

بعد إتمام عملية فتح الأطراف علي النحو السابق ذكره تأتي مرحلة دراسة هذه العروض وتتولى ذلك نفس اللجنة وبهذه الصفة تقوم لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض بالمهام الآتية:

اقضاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط او لموضوع الصفقة، كما تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين ن على اساس المعايير المنصوص عليها في دفتر الشرط.

اذ تقوم في مرحلة اولى بالترتيب التقني للعروض مع اقضاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

وتقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الاولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم.

وتقوم طبقا لدفتر الشروط باختيار وانتقاء احسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية المتمثل في العرض:

1/ الاقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين المختارين وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض الى معيار السعر فقط.

أ. هزيل جلول

2/ الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا، اذا تعلق الامر بالخدمات العادية وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض الى عدة معايير من بينها معيار السعر .

3/ تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول اذا ثبت ان بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل في وضعية هيمنة على السوق او قد تسبب في اختلال المنافسة بأي طريقة، كما ان من الصلاحيات المخولة لها انها ترد عند الاقتضاء عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة المالية التي تتعلق بالعروض التقنية الت تم اقصاؤها الى اصحابها دون فتحها.

وفي حالة طلب العروض المحدود يتم انتقاء احسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا الى ترجيح عدة معايير¹.

بعد قطع الصفقة لتلك الأشواط المعقدة يأتي دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تقييم العروض الحاسم في اختيار المتعامل المتعاقد معه وفق المعايير التي تم التطرق إليها على أن يتم الاختيار في حدود المرشحين المقبولين من طرف اللجنة، وبعد إتمام اللجنة لعملية فحص كل التعهدات وتقييمها يتم إرساء الصفقة ومنحها مؤقتا للمتعامل المتعاقد معه المقبول من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ويتم التصريح به في جلسة علنية وقد حسم المشرع أمر تحديد المعايير من خلال اعتماده على معيار العرض الاحسن من حيث المزايا الاقتصادية والتي اختزلها في العرض الأقل ثمنا من الناحية المالية والتقنية وبالتالي اخذ بمعيار السعر كأساس لاختيار المتعامل المتعاقد.

وبناء على النتائج التي تتوصل اليها اللجنة يتم اختيار المتعامل المتعاقد المقبول اوليا من قبل المصلحة المتعاقدة ثم يتم نشر إعلان المنح المؤقت لها ضمن نفس الجرائد

¹ - المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15.

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

والنشرات التي تم بواسطتها إعلان طلب العروض، متضمنا لكافة البيانات الموضحة للاختيار وكذا التعريف بالمتعامل المتعاقد المقبول .

ثالثا. - ضوابط نشر المنح المؤقت للصفقة العامة

بعد إرساء الصفقة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا من بين العطاءات الأخرى، كقاعدة عامة 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 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 للصفقة¹.

ويجب أن ينشر في الإعلان مجموعة من البيانات والعناصر كاسم ولقب الشخص العارض أو اسم المؤسسة أو الشركة أو المقولة وموضوع الصفقة وسعرها وآجال التنفيذ وبصفة عامة كل المعلومات التي تبرر اختيار الإدارة للفائز المعلن عنه، ويفضل ذكر هذه العناصر بدقة تفاديا لأي لبس حتى يمكن لباقي المتعهدين ممارسة حقوقهم المبينة في التشريع

ويدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي تم فيها إعلان الصفقة مع تحديد كل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة².

¹ - المادة 4/82 من تنظيم الصفقات العمومية.

² - المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمنح المؤقت والمركز القانوني للأطراف المتعاقدة في هذه المرحلة

إجراء المنح المؤقت هو إجراء جديد استحدثه المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي 250/02 وتم التأكيد عليه بموجب المرسوم الرئاسي 236/10 وتم ترسيخه كآلية لتفعل مبدأ المنافسة والشفافية بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية إلا أنه يثور التساؤل حول طبيعة هذا الإجراء المستحدث وكذا المركز القانوني للأطراف المتعاقدة في هذه المرحلة وهو ما سيكون محور دراستي في هذه النقطة.

أولاً. - الطبيعة القانونية للمنح المؤقت للصفقة العمومية

حيث يثور التساؤل حول تموقع هذا الإجراء بين الأعمال الإدارية هل هو إجراء من إجراءات العملية التعاقدية أم يدخل في خانة الأعمال الإدارية الانفرادية وبمعنى أدق القرارات الإدارية وهذا للوقوف على مدى مكنة الطعن فيه.

آ. - قرار المنح المؤقت هو قرار إداري

للقول إن كان كذلك، لا بد من تحديد مفهومه و مطابقته مع مختلف المعايير التي استعمالها الفقه والقضاء والتشريع في ذلك.¹

• تعريف القرار الإداري حسب المعيار العضوي:

لقد عرف العميد ليون دوقي القرار الإداري بأنه "كل عمل إداري يقصد تعديل الأوضاع القانونية القائمة وقت صدوره أو كما ستكون في لحظة مستقبلية معينة". أما الأستاذ

¹ إن اعتمادنا على هذا الترتيب، أي التطرق إلى ما استقر عليه الفقه ثم القضاء ثم القانون، راجع لمساهمة كل واحد من خلال المحاولات المقترحة في هذا المجال.

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

أحمد محيو فيرى أن القرارات الإدارية هي: "القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة من السلطة الإدارية"¹.

وبالرجوع إلى أحكام المادتين 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا المادة 09 من القانون العضوي² نجد أنها تبنت المعيار العضوي لتحديد القرار الإداري وهو أن يكون هذا القرار صادر عن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

فإذا طبقنا هذا المعيار على قرار المنح المؤقت نستنتج أنه قرار إداري قابلاً للإلغاء أمام القاضي الإداري على اعتبار أنه صادر عن شخص من أشخاص القانون العام.

إلا أن ما يجدر التنويه له أن قرار المنح المؤقت له نوع من الخصوصية كون أنه يندرج ضمن خانة القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية.

ب. - قرار المنح المؤقت هو قرار إداري منفصل

يسهم القرار الإداري المنفصل في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عن العقد ويختلف عنه في طبيعته، ويتحدد مفهوم القرار الإداري المنفصل انطلاقاً من مدى جوهرية وفاعلية القرارات الإدارية في تكوين العملية الإدارية المركبة، فإن كان القرار الإداري جوهرياً وفعالاً وشديداً الارتباط بالعملية الإدارية المركبة المتمثلة في الصفقة العمومية فإنه يصبح جزءاً لا يتجزأ عنها وبالتالي فإنه يكون غير قابل للانفصال عنها، أما

¹ - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 5، ص 160.

² - القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر. عدد 37 لسنة 98.

أ. هزيل جلول

إذا كان القرار الإداري غير جوهري بل مجرد عنصر مساعد لا يؤثر الطعن فيه في مجريات العملية التعاقدية، فإنه يعتبر قرارا إداريا منفصلا يقبل الطعن فيه بالإلغاء وقد أخذ القضاء الإداري بهذا العنصر لتكييف القرار كقرار إداري منفصل فاعتبر القرارات التمهيدية والسابقة على إبرام العقود الإدارية قرارات إدارية منفصلة يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

وعليه فإنه يمكن اعتبار قرار المنح المؤقت للصفة العمومية من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة الممهدة لإبرام الصفة العمومية والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء¹.

ثانيا. - المركز القانوني للأطراف المتعاقدة في هذه المرحلة

يجمع الفقه والقضاء الإداريين على أن قرار المنح المؤقت ليس هو الخطوة الأخيرة في الإبرام بل هو قرار إداري لا ينعقد به العقد فهو إجراء تمهيدي، أما إتمام عملية التعاقد فيتم في مرحلة لاحقة تختص بها جهات أخرى، وعلى هذا الأساس فإن التزامات المصلحة المتعاقدة لا تبدأ إلا من لحظة إبرام الصفة أما قبل ذلك فإن الصفة تكون في طور التكوين، وكل ما يترتب على هذه المرحلة من قرارات هو التزام المصلحة المتعاقدة بإتمام الصفة، وفقا لقرار المنح المؤقت وبالتالي فهذا القرار لا يعدو أن يكون اختيارا مؤقتا ولا يكون نهائيا إلا بعد صدور قرار باعتماده من الجهة المختصة.

وما دام أن الرابطة التعاقدية لا تتم إلا بعد المصادقة على قرار الإرساء من الجهة التي تملك إبرام العقد ،

فإن التزامات الأفراد و الإدارة لا تبدأ في ميعاد واحد ، أو كما تقول محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم صادر لها بتاريخ: 1957/02/24 ".....ويترتب على العطاء أثر

¹ - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص 242، 243.

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

قانوني هام بالنسبة لمقدمه، وهو ارتباطه بهذا العطاء ، فلا يجوز له سحبه أو تعديله طالما انه لم يبت فيه "

وفي ذلك استثناء من القواعد العامة التي تحكم العقود، والتي تقضي بأنه يجوز سحب العرض المقدم طالما انه لم يصدر قبول له ، ويزيد في ظهور هذا الاستثناء أن الرابطة العقدية لا تنشأ بالقياس إلى جهة الإدارة حتى بعد اختيار لجنة البت في العطاءات للمناقص، وإن اختيار المناقص عن طريق لجنة البت لا يعدو أن يكون اختياراً مؤقتاً، ولا يصبح نهائياً إلا بعد صدور قرار باعتماده من جهة الإدارة المختصة ، ولا تبدأ التزامات الإدارة التعاقدية إلا من تاريخ قرار هذه المصادقة¹.

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 معها.

المطلب الثاني: الآثار القانونية الناتجة عن نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية

تنص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15 على انه "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو الغائه أو اعلان عدم جدوى أو الغاء الاجراء في اطار طلب العروض او اجراء التراضي بعد الاستشارة ان يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة"

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، 199 ، ص 31.

أ. هزيل جلول

وما يلاحظ بداية على نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي الجديد انها وسعت من مجالات الطعن في القرارات الادارية المنفصلة في مجال الصفقة العمومية لتشمل زيادة على الطعن في قرار المنح المؤقت امكانية الطعن في قرار الغاء المنح المؤقت، وكذا قار عدم الجدوى وقرار الغاء الاجراء في اطار طلب العروض دون الاشارة الى امكانية الطعن في قرار الاقصاء.

ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة او في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 173، 184، أدناه وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي

من المادة المذكورة يبرز الأثر القانوني الناتج عن نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية المتمثل في نشوء ممارسة حق الطعن لكل متعهد يرغب في ذلك فالإدارة هنا لم تبرم الصفقة ولم توقع بعد، بل غاية ما في الأمر أنها أعلنت بصفة مؤقتة عن الفائز في الصفقة وزودت كل متعهد عن طريق الإعلان بكل العناصر المتعلقة بالتقييم بغرض تمكينه من ممارسة حقه في الطعن.

ويبدو أن المشرع خص المنازعات المتعلقة بمراحل إبرام الصفقات العمومية بمادة وحيدة هي المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي حلت محل المادة 114 من المرسوم الرئاسي 236/10 والتي نصت على طريقين للطعن في قرار المنح المؤقت وهما إما اللجوء إلى طرق الطعن المقررة في التشريع المعمول به وإما رفع الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة.

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

وعليه نجد أن المشرع كفل حق الطعن في قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية بشقيه الإداري والقضائي لكل متعهد وهو ما سيكون محور دراستي في هذا المطلب من خلال التطرق الطعن الإداري في إجراء المنح المؤقت ثم تبيان سبل الطعن القضائي في هذا الإجراء.

الفرع الأول: الطعن في قرار إعلان المنح المؤقت أمام لجان الصفقات المختصة

يعتبر الطعن الإداري من بين أهم الطرق الودية لتسوية النزاعات التي تنشأ بين أطراف الصفقة العمومية سواء في مرحلة إبرامها أو مرحلة تنفيذها لذا حضني بتنظيم لأحكامه في قانون الصفقات العمومية بأحكام خاصة جاعلا منه تسوية ودية للنزاع وحلا داخليا له حتى لا يصل هذا الأخير للقضاء لذا فالأمر يستدعي تحديد طابع هذا الطعن الإداري في الصفقات العمومية ثم تبيان الشروط الإجرائية الواجب إتباعها عن ممارسة الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة.

أولا- الطبيعة القانونية للطعن الإداري في قرار إعلان المنح المؤقت للصفقة

قلنا ان أول ما استحدث إجراء المنح المؤقت كان بموجب المرسوم الرئاسي 250/02 بموجب المادة 43 وتزامن ذلك مع تغير طبيعة الطعن الإداري في مجال الصفقات العمومية الذي أصبح جوازيا وأنه يتم امام لجنة الصفقات المختصة وبناء عليه فإن التظلم الإداري ضد قرار إعلان المنح المؤقت للصفقة وفقا لمقتضيات المادة 101 من المرسوم 250/02 أصبح ذو طبيعة إختيارية وهو وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ثم تم تعديل أحكام المرسوم الرئاسي 250/02 بموجب المرسوم الرئاسي 338/08 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ومن بين الأحكام التي مسها هذا التعديل أحكام المادة 101 من المرسوم السابق في فقراتها الخامس الأولى بموجب المادة 17 من المرسوم

أ. هزيل جلول

338/38 كما يلي "زيادة على حقوق الطعن النصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 121، 130.

تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل (15) يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المحددة أعلاه¹

وما يمكن ملاحظته على هذه المادة بخصوص منازعة قرار المنح المؤقت أنها أبقت على الطابع الجوازي للتظلم، وكل ما في الأمر أنها أضافت إجراء جديدا من إجراءات النشر، وهو النشر في الصحافة بعدما كان مقتصرا على النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي فقط.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا النص قد غير من طبيعة عمل اللجنة المختصة بخصوص الطعن المقدم أمامها فبعدما كانت تصدر قرارا في ظل المرسوم الرئاسي 250/02، أصبحت تقدم رأيا فقط ضمن نفس الشروط والإجراءات في ظل المرسوم الرئاسي 338/38.

أما في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 تنظيم الصفقات العمومية والذي ألغى المرسوم الرئاسي 250/02 بموجب المادة 179 منه، وفي هذا الصدد نصت المادة 114 منه على ما يلي "زيادة على حقوق الطعن النصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو

¹ المادة 101 في فقراتها الخمس الأولى من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدلة بموجب المادة 17 من المرسوم الرئاسي 338/38 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

إجراء بالتراضي بعد استشارة أن يرفع طعنا ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136، 146، 147 و 148 أدناه وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي

-يقدم الطعن في حالة المسابقة والاستشارة الانتقائية عند نهاية الإجراء.

تصدر لجنة الصفقات رأيا في أجل خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المذكورة أعلاه ويبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن..... "

وما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه ابقى على الطابع الجوازي للطعن الإداري، إلا أنه أضاف إجراء المنح المؤقت على المسابقة والاستشارة الانتقائية بعدما كان قاصرا على أسلوب المناقصة.

ثم صدر المرسوم 23/12 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية معلنا عن تعديل جديد للمرسوم الرئاسي 236/10 حيث تم الإبقاء على الطابع الجوازي لطعن في المنح المؤقت ضمن نفس الشروط، غير أنه تم استحداث المادة 125 مكرر بموجب المادة 13 من المرسوم 23/12 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي تم تعديلها بموجب المادة 08 من المرسوم الرئاسي 03/13 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أين أشارت إلى نوع من القرارات التي تصدر عند إبرام الصفقة وهو "قرار الحرمان من دخول إلى الصفقة أو كما يصطلح عليه قرار الإقصاء" والذي يمكن الطعن فيه لدى لجنة الصفقات المختصة، حيث جاء في نصها ".....ويمكن للمصلحة المتعاقدة لدى لجنة الصفقات منع هذا المتعامل الاقتصادي من التعهد في صفقاتها لمدة لا تتجاوز سنة.

أ. هزيل جلول

ويمكن الطعن في مقرر المصلحة المتعاقدة لدى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الصفقة المعنية¹.

وبصدور المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي ألغى المرسوم الرئاسي 231/10 وحلت محل المادة 114 المادة 82 من المرسوم الجديد والتي أكدت على الطابع الجوازي للطعن في قرار المنح المؤقت غير ان ما يلاحظ على نص المادة 82 انها عمدت الى التوسيع من مجال اطعن في القرارات الادارية المنفصلة وفق ما سبق توضحه.

وبناء على ما سبق إيضاحه، فإن هذا الطعن المنصوص عليه في المادة 82 من قانون الصفقات العمومية هو عبارة عن تظلم إداري ضد قرار إعلان المنح المؤقت للصفقة يبقى ذو طبيعة اختيارية وهو وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية.

ثانياً. - الشروط الإجرائية الواجب احترامها عند ممارسة الطعن أمام لجنة الصفقات.

إن الاختصاص ينعقد إما للجنة الوطنية للصفقات العمومية أو للجنة الوزارية للصفقات العمومية أو للجنة الولائية للصفقات العمومية، في حدود المبالغ المحددة قانوناً، في مجال المراقبة الخارجية للصفقات.

وبمفهوم المخالفة للمادة 82 التي تنص " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة او

¹ - المادة 25 مكرر فقرة 2 و 3 من المرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في جانفي 2012 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 04.

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

الغائه أو اعلان عدم جدوى أو الغاء الاجراء في اطار طلب العروض أو اجراء التراضي بعد الاستشارة ان يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة" " أنه:

- لا يحق لغير المتعهد- هو من قدم اقتراحا للمصلحة المتعاقدة بخصوص موضوع الصفقة- اللجوء إلى هذا الطريق، أما المتنافسين الذين لم يقدموا عروضاً فليس لهم الحق في الطعن، ولو كان سبب تخلفهم راجع للمصلحة المتعاقدة، كأن يرفض أعوانها استلام العرض أو يرفض تمكين المتنافس من الوثائق اللازمة لدخول المنافسة، أو حتى إذا لم تحترم المصلحة المتعاقدة الآجال التي حددتها من أجل تقديم العروض.

ففي هذه الحالات يكون للمتنافسين اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية.

- بالنسبة لهذه الطعون يجب أن ترفع فردية، ولا مجال لقبولها جماعية لأن المشرع استعمل صيغة المفرد عندما نص " يمكن للمتعهد" - معناها أن الطعون ترفع فردية، ولا مجال لقبول الطعون الجماعية.

- أن هذا الطريق في الطعن مفتوح في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى استعمال المناقصة بمختلف أشكالها من أجل اختيار المتعاقد معها، وكذا في حالة إجراء بالتراضي بعد الاستشارة الانتقائية وفق التعديل الأخير.

أما عن آجال رفع الطعون فقد حددت بعشرة (10) أيام تسري من تاريخ نشر قرار المنح المؤقت في نشرة الصفقات للمتعامل العمومي أو في الصحافة ويقدم الطعن في حالة المسابقة والاستشارة الانتقائية عند نهاية الإجراء¹.

¹ - المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أ. هزيل جلول

وبمجرد الطعن تجتمع اللجنة المختصة حسب التشكيلة المقررة قانوناً، بحضور ممثل عن المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري، وتصدر رأياً في أجل أقصاه 15 يوماً من تاريخ انتهاء آجال تقديم الطعون.

هذا الرأي واجب التبليغ للمتعهد الذي قدم الطعن وللمصلحة المتعاقدة.

ولتكيف الرأي الذي تصدره لجنة الصفقات المختصة لا بد من معرفة عدة نقاط هامة تأخذ بعين الاعتبار هي:

- أن غاية الرقابة الخارجية للصفقات العمومية هي التحقق من مطابقتها للتشريع والتنظيم المعمول به ، فمتى لاحظت لجان الرقابة الخارجية عند فحص الطعن المرفوع لها أن المصلحة المتعاقدة لم تحترم القانون، فسوف تصدر رأياً يبين ذلك، تقترح فيه على المصلحة المتعاقدة إعادة النظر في موقفها.

- أن لجنة الصفقات العمومية المختصة سوف يعاد عرض الصفقة عليها مرة ثانية من أجل منح التأشيرة في إطار تنفيذ الصفقة ، فإذا لم تأخذ المصلحة المتعاقدة ما جاء في رأيها، فإن لها أن ترفض منح هذه التأشيرة وتعلله بمخالفة التشريع و/أو التنظيم المعمول به.

ولذا فإن المصلحة المتعاقدة مجبرة في الواقع بأن تتبع رأي اللجنة، ولو لم ينص القانون على هذا التكيف صراحة.

وأكثر من ذلك فإن هذا الرأي سواء صدر بالاستجابة لموضوع الطعن أو رفضه فإنه دائماً يلحق الأذى، ففي حالة رفض الطعن فإنه يلحق الأذى برافع الطعن الذي سبق تبيان مصلحته، وكيف أن له اللجوء إلى دعوى الإلغاء، أما في حالة الاستجابة فإنه يلحق الضرر بمن صدر قرار المنح المؤقت لصالحه، لأنه يغير من مركزه القانوني كمتعاقّد محتمل، وبالتالي يحرمه فرصة الفوز بالصفقة، وفي هذا الاتجاه بالذات ذهب المجلس الأعلى في

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

قرار صادر عنه¹ للتأكيد على أنه " إذا كان الرأي يحدد القرار، فإنه يلحق ضررا، ويمكن مخصصته".

لذا يمكن اعتباره قابلا للخضوع لدعوى الإلغاء، التي ترفع للجهة القضائية المختصة، وهي إما المحكمة الإدارية، إذا صدر القرار عن اللجنة الولائية للصفقات العمومية، باعتباره صادرا عن الوالي أو ممثله، على أساس المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية، في أجل 4 أشهر تسري من تبليغ القرار للطاعن أمام اللجنة²، أو من تاريخ علم صاحب قرار المنح المؤقت الذي تم إلغاؤه، والذي يسري عادة من تاريخ نشر قرار التراجع عن قرار المنح الصادر لمصلحته، أو نشر قرار المنح المؤقت المعدل والصادر بناء على رأي اللجنة. أو أمام مجلس الدولة، كأول وآخر درجة، إذا ما تعلق الأمر في منازعة رأي صادر عن اللجنتين الوطنيتين للصفقات العمومية، بعد تقديم الطعن الإداري المسبق أمام نفس اللجنتين لعدم وجود سلطة إدارية تعلوها، والذي يرفع في أجل أربع أشهر (04) تسري من تبليغ القرار للطاعن أمام اللجنة، أو من تاريخ علم صاحب قرار المنح المؤقت الذي تم إلغاؤه، التي تسري من تاريخ نشر قرار التراجع عن قرار المنح الصادر لمصلحته، أو نشر قرار المنح المؤقت المعدل والصادر بناء على رأي اللجنة، على أن يرفع دعواه في أجل أربع أشهر (04) من تاريخ تلقيه رد اللجنة على تظلمه السابق، أو بعد شهرين من تقديم تظلمه المسبق في حالة سكوتها عن الرد.

¹قرار المجلس الأعلى الصادر في 06 أبريل 1977، المنشور من طرف ح. بوشهدة و ر.خلفوي، مجموعة الأحكام، معهد الحقوق بالجزائر، 1980، ص 81.

²والسبب أن المادة 114 من المرسوم الرئاسي في فقرتها 3 تنص على وجوب تبليغ صاحب الطعن برأي لجنة الصفقات الصادر بعد الطعن أمامها

أ. هزيل جلول

وما يمكن ملاحظته أن الطعن الإداري الأولي يساهم في توسيع مسالة الصفة في الطعن في قرار المنح المؤقت ويولد عدة قرارات متضاربة من حيث المصالح والمراكز القانونية والمتضررة.

الفرع الثاني: الطعن في قرار المنح المؤقت أمام القضاء الإداري

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده ينص على أنه يمكن اللجوء إلى القضاء أثناء المراحل التمهيدية لإبرام الصفة العمومية، وذلك في حالة مخالفة الأشكال والإجراءات المقررة قانونا في هذه المراحل. ولهذا يتعين التطرق في هذا الفرع إلى نقطتين هما : حالات اللجوء إلى قاضي الموضوع (قاضي الإلغاء) ثم حالات اللجوء إلى القاضي الاستعجال .

أولاً. - حالات اللجوء إلى قضاء الإلغاء.

من المقرر قانونا والمستقر عليه قضاء أنه يمكن لكل متضرر من قرار إداري أن يرفع طعنا أمام القضاء الإداري من أجل إلغائه لتجاوز السلطة، ولذلك لا بد أن ينازع قرارا إداريا . بالمعنى القانوني للمصطلح . قابلا للطعن فيه بالإلغاء، من أجل استعمال هذا الطريق، ولذا يجب تحديد مدى قابلية قرار المنح المؤقت باعتباره قرارا إداريا منفصلا للإلغاء، ثم تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعن، والإجراءات الواجب احترامها في ذلك.

آ. - قرار المنح المؤقت هو قرار قابل للطعن فيه بدعوى الإلغاء

لا يكفي أن يكون القرار إداريا كي يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء، وإنما لا بد أن يكون ملحقا بالأذى بنفسه، وهو الشرط الذي يعبر عن المصلحة في الدعوى.

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

والحاق الأذى يتمثل في عنصر مهم، يستشف من خلال الرجوع إلى الالتزامات الملقاة على المصلحة المتعاقدة عند اختيارها المتعهد الذي سوف تتعاقد معه.

وقد سبق بيان أن المناقصة تحكمها مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية، لاسيما مبدأ المساواة والعلنية والإشهار، ولذا كل مخالفة لهذه المبادئ يمكن الاعتماد عليها للقول بتوافر شرط إلحاق الأذى.

كما سبق بيان أن على المصلحة المتعاقدة أن تختار أحسن عرض من العروض التي يتبين من فحص لجنة تقويم العروض أنها جديرة بالفوز بالصفقة. ذلك أنه في ميدان المناقصات يتم اختيار أحسن العروض، وهو الحاصل على أكبر مجموع من النقاط، تمثل كل منها أحد معايير الاختيار، فقد يتحصل متنافسان أو أكثر على نفس مجموع النقاط من دون أن يكون تفصيلها متشابهاً، فيتم اختيار عرض ورفض آخر، فيتحقق شرط إلحاق الأذى.

وانطلاقاً من هذا التوضيح اعتبر القضاء الإداري قرار إعلان المنح المؤقت قراراً إدارياً منفصلاً عن الصفقة لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري، لذا يجوز لذوي الشأن الطعن فيه في حال وجود وجه من أوجه عدم المشروعية، وهذا ما أقرته المحكمة الإدارية الفرنسية في قرارها الشهير "chalon sur marne" بخصوص بطلان صفقة الدراسات لأن قرار المنح جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض لذا فلا يجوز التفاوض مع المتعهدين أثناء دراسة العروض وإلا عد قرار المنح معيباً.

ب. - الجهة المختصة بنظر النزاع والإجراءات الواجب احترامها.

لمعرفة الجهة القضائية المختصة في نظر الدعوى يتعين الرجوع إلى أحكام عدة مواد لاختيار النص الواجب التطبيق، لاسيما قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون العضوي 98-01.

أ. هزيل جلول

فقانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على اختصاص القضاء الإداري عامة في المادة 800 التي تنص: تختص المحاكم الإدارية بالفصل في:

-دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

-الولاية والمصالح غير الممركزة على مستوى الولاية،

-البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.

-المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية،

-دعاوى القضاء الكامل

-القضايا المخولة لها بموجب نصوص قانونية.

بينما المادة 9 من القانون العضوي 98-01 فتجعل من مجلس الدولة درجة التقاضي الأولى والأخيرة فيما يتعلق بدعاوى الإلغاء الصادرة عن الدولة أي عن السلطات الإدارية المركزية التي تعمل باسم ولحساب الدولة وهي رئيس الجمهورية، رئيس الحكومة، والوزراء، وبعض المصالح الخارجية التابعة لهم مباشرة¹، ويجب أن يرفع الطعن خلال 4 أشهر المقررة بنص المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تسري من

¹ ومثالها القنصليات والسفارات، كلما تعلق بقرارات التوظيف مثلا، كونها تابعة لوزارة الخارجية مباشرة، ومنازعاتها هي منازعات للدولة

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

تاريخ نشر القرار في الجرائد ، أو تعليقه، أو تبليغه¹. وهو شرط من النظام العام نثيره المحكمة من تلقاء نفسها، لتعلقه بالنظام العام.

ونظرا لأن الطعن بالإلغاء في مجال الصفقات العمومية قد لا يؤدي النتيجة المبتغاة منه بل قد يؤدي إلى فوات الأوان يمكن اللجوء إلى نفس الجهة المرفوع أمامها دعوى إلغاء قرار المنح المؤقت من أجل طلب وقف تنفيذه إلى حين الفصل في دعوى الموضوع.

ج.- دعوى وقف تنفيذ قرار المنح المؤقت

حيث تصدى المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمسألة وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري من خلال المواد 833 إلى 887 وذلك كطريق استثنائي، وعلية وبغية تفادي تنفيذ قرار المنح المؤقت من طرف المصلحة المتعاقدة طبقا للقواعد العامة للقرارات الإدارية، حيث أنه يمكن لرافع دعوى إلغاء قرار المنح المؤقت تقديم طلب وقف تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه أي قرار المنح المؤقت، ويكون للأمر بوقف التنفيذ طابع مؤقت يحول دون تنفيذ المصلحة المتعاقدة لقرار المنح المؤقت إلى حين الفصل في موضوع الدعوى.

1.- شروط وقف التنفيذ:

& لا يقبل طلب وقف تنفيذ قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع أو بعد تقديم تظلم أمام لجنة الصفقات المختصة.

¹ الأصل أن العلم بقرار المنح المؤقت يكون بنفس الطريقة التي تم بها العلم بطرح المصلحة المتعاقدة الصفقة للمناقصة.

أ. هزيل جلول

& أن يقدم طلب وقف تنفيذ قرار المنح المؤقت بدعوى مستقلة وليس بمناسبة النظر في دعوى الموضوع.

& وإن لا يكون قد تم تنفيذ قرار المنح المؤقت من طرف المصلحة المتعاقدة.

2. - إجراءات الفصل في دعوى وقف التنفيذ:

وفقا للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصريح نص المادة 835 يتم التحقيق في طلب وقف التنفيذ بصفة عاجلة ويتم تقليص الآجال الممنوحة ويتم تقليص الآجال الممنوحة للإدارة المعنية لتقديم الملاحظات حول هذا الطلب وغلا استغني عن هذه الملاحظات دون اعذار¹.

ويتم الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال أجل أربع وعشرين (24) ساعة وعند الإقتداء يبلغ بجميع الوسائل إلى الخصوم المعنيين وإلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري المطعون فيه،

ويترتب عل ذلك وقف القرار الإداري المطعون فيه ابتداء من تاريخ تبليغ أمر الوقف إلى الجهة الإدارية التي أصدرته²، وعليه يمكن اعتبار دعوى وقف التنفيذ آلية ناجعة يمكن اللجوء إليها في مجال الطعن في قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية.

ثانيا. - حالات اللجوء إلى القضاء الاستعجالي

¹ - بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، طبعة ثمانية، 2009، ص 439.

² - نفس المرجع، ص 440، 441.

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

لقد جاء المشرع بتعديلات جديدة في مجال الصفقات العمومية وذلك وفق التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في الفصل الخامس تحت عنوان الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية و الذي يتضمن مادتين وهما المادة 946 والمادة 947 و لذا ففي هذا الفرع سوف نتطرق إلى من له الصفة في اللجوء إلى القضاء الإستعجالي وذلك في نقطة أولى وإلى الإجراءات الواجب إتباعها و ذلك في نقطة ثانية.

آ. - من له الصفة في رفع الدعوى أمام القضاء الإستعجالي

لقد اوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة التي تريد إبرام صفقة عمومية أن تتخذ إجراءات معينة و ذلك سواء عند الإشهار أو المنافسة ؛ وذلك من خلا نشر إعلان الصفقة إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ب.ص.م.ع) و على الأقل جريدتين يوميتين وطنيتين محليتين أو جهويتين، وأخضع إعلان المنح المؤقت لنفس إجراءات النشر المتطلب في قرار اعلان الصفقة العمومية.

وأي إخلال بأي إجراء من هذه الإجراءات يفتح الباب لكل من له مصلحة في اللجوء إلى القضاء المستعجل للطعن في قرارا المنح المؤقت وبالصبط المتعهدين المقبولين من طرف لجنة تقييم العروض والمقبولين مبدئيا وهذا وفق ما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب. - الإجراءات الواجب إتباعها

في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالإجراءات الواجب احترامها أثناء المراحل التمهيدية لإبرام العقد السابق ذكرها وبالصبط عدم احترام إجراءات نشر إعلان المنح المؤقت المنصوص عليها بنص المادة 49 من قانون الصفقات العمومية، فإنه يمكن لأي من المترشحين وكذا لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، أن يخطر المحكمة -قاضي الاستعجال- طبقا لمقتضيات

أ. هزيل جلول

المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعريضة مكتوبة تتضمن جميع البيانات المذكورة بنص المادة 946. وقبل إبرام العقد، ينبغي على المحكمة أن تفصل في أجل 20 يوما من تاريخ إخطارها، وذلك إما بأن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتنثال للالتزاماته مع تحديد الامتنثال أو الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد أو أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات¹.

خاتمة:

وعليه يعتبر المنح المؤقت آلية قانونية جديدة، تضمنها لأول مرة المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ثبتها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في مادته 49.

ويعتبر المنح المؤقت آلية استعملها المشرع لإضفاء شفافية أكثر في طرق منح الصفقات العمومية؛ لأن مجال الطلبات العمومية جد حساس نظرا لحجم الأموال العمومية الضخمة التي تقوم الدولة بتعبئتها في مجال المصاريف العمومية، سواء تعلق الأمر بالتوريدات وانجاز الأشغال.

إن مبدأ الشفافية، يعتبر من المبادئ الأساسية التي كرسها المرسوم الرئاسي رقم 10-236، من أجل استعمال أحسن للأموال العمومية، ولعل إجراء المنح المؤقت، هو آلية من آليات تحقيق هذه الشفافية، من خلال انتقاء المتعامل الأكثر قدرة (ماليا وتقنيا) ، وذلك من خلال نشر منح الصفقة المؤقت للإطلاع عليه من طرف باقي المتعهدين وتمكينهم إذا اقتضى الأمر الطعن في هذا المنح أمام الجهات المختصة (الإدارية والقضائية)، لاسيما بسبب الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية.

¹ حسب المادة 947 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية

قائمة المراجع:

I - المؤلفات

- 1 عبد الوهاب علاق ، الرقابة علي الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بسكرة، 2004.
- 2 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011،
- 3 محمد انس قاسم جعفر، العقود الإدارية، القاهرة، (د.د.ن.ت).
- 4 محمد الصالح فنيش، القيود الواردة علي حرية الإدارة لدى تعاقدها، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986.
- 5 محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار، العقد الإداري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989
- 6 أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 5.
- 7 عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989.
- 8 سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، 1991 .
- 9 بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، طبعة ثانية، 2009.

II - النصوص القانونية :

- قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 2010، عدد 58.
- المرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 2011، عدد 14.

أ. هزيل جلول

المرسوم الرئاسي 222/11 المؤرخ في 16 جويلية 2011 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 2011، عدد 34.

المرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في جانفي 2012 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، 2012، عدد 04.

المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 2013، عدد 02.

المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 2015، عدد 50.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

♦ مدين أمال

ملخص:

إن أهمية الصفقات العمومية وحجم النفقات العامة المخصصة لها يبرر حرص المشرع على إحاطتها بأشكال وإجراءات قانونية جد معقدة ومتطلبة للوقت، إلا أن المصلحة العامة أحيانا تقتضي السرعة والبساطة وهو ما تكفله طريقة التعاقد بالتراضي بنوعيه البسيط وبعد الاستشارة.

لذلك فمن المفيد الإبقاء على التعاقد بالتراضي كطريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في حالات محددة حصرا وتقييد حرية الإدارة التعاقدية بإجراءات تضمن جدية المصلحة المتعاقدة وعدم حيادها عن المصلحة العامة، وإخضاع العقود المبرمة وفق هذا الطريق لرقابة إدارية قانونية ومالية لاحقة صارمة.

الكلمات المفتاحية: صفقات عمومية، تعاقد بالتراضي، إجراءات.

Résumé :

L'importance des marchés publics et la consistance des dépenses publiques qui leur sont allouées expliquent pourquoi le législateur tient tant à les sécuriser par des formalités et des procédures juridiques très diverses et complexes, lesquelles nécessitent beaucoup de temps. Or, Il demeure non pas moins que l'intérêt général exige parfois de la rapidité et de la simplicité et c'est justement ce que procure le contrat de gré à gré dans ses deux formes : le gré à gré simple et le gré à gré après consultation.

Pour cela, il est utile de considérer la procédure de gré à gré comme une règle exceptionnelle pour la passation des marchés publics dans des cas exclusivement limités. Il faut aussi limiter la liberté contractuelle de l'administration par des procédures à même de garantir le sérieux du service contracté et le respect de l'intérêt

♦ أستاذة مساعدة (ب)، بالمركز الجامعي لعين تموشنت.

général et enfin soumettre les contrats conclus selon cette procédure à un strict suivi administratif, juridique et financier.

Mots clés : Marchés publics, contrats gré à gré, procédures.

Abstract:

The importance of public contracts and the amount of their substantial allotted expenditures account for the legislator's insistence on securing them by legal forms and complex time-demanding formalities. Nonetheless, the general interest sometimes requires speed and simplified procedures, which are precisely afforded by the two types of mutual-agreement contracts: the simple contract and the consultancy contract.

For this reason, it is useful to keep the mutual-agreement contracts as an exceptional way to conclude public contracts in exclusively specific cases; limit the administration's freedom in contracting and make it comply with restricted formalities that would ensure the seriousness of the contracted service with consideration to the general interest. In addition, such contracts should be submitted to strict administrative, legal, and financial monitoring.

Key words: Public contracts, mutual-agreement contracts, procedure.

مقدمة:

إن الصفقات العمومية باعتبارها وسيلة الدولة لتنفيذ مخططاتها التنموية وبرامجها الاقتصادية والاجتماعية تكلف خزانة الدولة اعتمادات مالية ضخمة، لذا أخضع المشرع إبرامها لإجراءات خاصة ورقابة صارمة بهدف ترشيد الإنفاق العام والحد من هدر النفقات العامة قدر الإمكان، ووسيلته في ذلك هي المنافسة النزيهة من خلال إجراء المناقصة الذي يدفع الراغبين في التعاقد مع الإدارة إلى تقديم أفضل الخدمات بأفضل الأثمان من جهة،

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

ويلزم الإدارة بالمقارنة بين العروض المقدمة بحيادية وموضوعية تضمن تلبية احتياجاتها على أكمل وجه من جهة أخرى.

إن صيغة المناقصة رغم مزاياها إلا أنها تتطلب وقتاً طويلاً وإجراءات معقدة قد تحول في كثير من الأحيان دون تحقيق المصلحة العامة المرجوة من التعاقد، وهو ما جعل المشرع يقرر صيغة أخرى لإبرام الصفقات هي صيغة التعاقد المباشر أو التعاقد بالتراضي بنوعيه البسيط وبعد الاستشارة، لما يوفره من بساطة في الإجراءات وسرعة في تلبية الحاجات وريح للوقت كونه يقوم على الاتصال المباشر بمتعاقدين وحيد، غير أنه في الوقت نفسه يفقد الصفقة الشفافية المتوخاة فيها لأن فيه مساساً بمبدأ المساواة بين المتنافسين، كما يقلل من إمكانية الحصول على أحسن العروض المتوفرة في السوق، وهو ما يدعو للتساؤل عن مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي بدل المناقصة؟ والقيود المفروضة على هذا الطريق للتعاقد؟

للإجابة على هذين الإشكاليين تقسم هذه الدراسة إلى مطلبين: الأول بعنوان مفهوم التعاقد بالتراضي، والثاني موسوم بالتعاقد بالتراضي بين الحرية والتقييد.

المطلب الأول: مفهوم التعاقد بالتراضي

تتعدد المصطلحات المستعملة في النصوص المنظمة للصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المختلفة معبرة عن نفس طريقة التعاقد أحياناً وعن طرائق مختلفة أحياناً أخرى، فيوجد في هذا المجال مثلاً: العقد المفاوض، أو التعاقد بالتفاوض أو عقود المفاوضة، الاتفاق المباشر، الممارسة، الشراء عن طريق الكشف والفواتير، الشراء المباشر، التعاقد بالتراضي وهي كلها مسميات تتفق في خاصية واحدة هي كونها طرق استثنائية لإبرام

الصفقات العمومية توجد إلى جانب إجراء المناقصة أو المزايدة تتمتع فيها الإدارة بحرية أكبر في اختيار المتعاقد معها.¹

أما المشرع الجزائري فقد استعمل في النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية مصطلح التراضي على غرار المشرع اللبناني الذي سماه الاتفاق بالتراضي، فما المقصود بإجراء التراضي وما هي أنواعه؟

الفرع الأول: تعريف التراضي

بداية لا بد من الإشارة إلى أن التراضي في هذا الإطار يختلف عن ركن التراضي أو الرضا في التعاقد كأحد الأركان الضرورية سواء في العقود الإدارية أو الخاصة، بل المقصود هو طريق من التعاقد في الصفقات العمومية التي يبرز فيها رضا الإدارة بشكل واضح وجلي بسبب تمكينها من اختيار المتعاقد معها دون التقيد بإجراءات معقدة كما هو الحال في المناقصة والمزايدة.²

وما يؤخذ على هذه التسمية أن التراضي هو أساس كل العقود أيا كانت طريقة التعاقد ولا شك في وجوده حتى عندما يبرم العقد بطريق المناقصة و المزايدة، ويفضل استعمال مصطلح الاتفاق المباشر الذي يفيد تبادل الإيجاب والقبول بين البائع والمشتري مباشرة دون المرور بالإجراءات التي يقررها القانون بالنسبة لطرق التعاقد الأخرى، فهو أقرب لتبيان المضمون أو على أقل استعمال التعاقد بمجرد التراضي.³

¹ مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط.1، س.2005، ص.768.

² عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط.1، س.2007، ص.132.

³ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص.109.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

وعموما يمكن الحديث عن التعريفات الفقهية للتراضي (أولا) وتعريفاته التشريعية (ثانيا).

أولا. - التعريفات الفقهية للتعاقد بالتراضي

الاتفاق بالتراضي هو عقد خاص تجربيه الإدارة مع من تختاره من العارضين أو الموردين دونما حاجة إلى عرض الصفقة على العموم أو على فئة محصورة من العارضين ودونما حاجة إلى الاستحصال على عدد من العروض لاختيار الأفضل من بينها، ففي هذا النوع من التعاقد لا يكون من حيث المبدأ - سوى عرض واحد من عارض واحد تختاره الإدارة¹، أو هو إجراء يجيز القانون للإدارة أن تتعاقد بناء عليه في الحالات العاجلة التي لا تحتل تأخيرا مع من تشاء من الموردين أو المقاولين فيما لا تزيد قيمته عن حدود معينة دون التقيد بإجراءات المناقصات التي تشمل توجيه الدعوة لتقديم العروض².

أو هو أسلوب للتعاقد الإداري تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد بأسلوب المناقصة أو المزايدة، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتنافسين في العمل موضوع الاتفاق المباشر الطعن على ما اتخذته الإدارة من إجراءات خلال المراحل السابقة على إتمام العقد طالما أن هذه الإجراءات هي مجرد قواعد مصلحية داخلية وضعت لصالح الإدارة فقط³، فبموجب هذه الطريقة يتم الاتفاق بين الإدارة والمتعهد

¹ عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط.2، 2013، ص.197.

² محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتها التعاقد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، مصر، س.2011، ص.108.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، مصر، ص.181.

أ. مدين أمال

معها بواسطة الاختيار المباشر، ولا تنقيد الإدارة بإجراءات التعاقد بالمناقصات ولا المزايدات وبذلك هي تتجنب مشاكل آلية الإرساء في المناقصات وتعطيها مرونة كبيرة في إبرام العقود من خلال صلاحياتها التقديرية في اختيار من يتعاقد معها على أساس الثقة والأمانة¹.

وفي تعريف مبسط للاتفاق المباشر هو طريق استثنائي للتعاقد بموجبه تتوجه الإدارة مباشرة إلى من ترغب في التعاقد معه وتختاره بحريتها دون اتباع أي إجراءات مسبقة².

ثانياً. - التعريف التشريعي للتعاقد بالتراضي

تعرض المشرع الجزائري لتعريف التعاقد بالتراضي في النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية، حيث عرفه في الأمر رقم 67-90 بالنص: "تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنح الصفقات لمن تختاره منهم"³ وأخذ على هذا التعريف ركازة الأسلوب حيث أن صياغة المادة توحي بأن الإدارة تتنافس مع الموردين في حين الواقع أن الإدارة هي التي تختار المتعاقد معها من بين المتعاملين المتنافسين، كما يتضح أن المشرع في هذه المادة أكد على ضرورة توافر مبدأ المنافسة حتى في التعاقد بالتراضي وهو ما يستفاد من خلال تعدد المتعاملين الذين تتم استشارتهم⁴.

أما مرسوم 1982 فقد عرف التراضي بالنص: "هو إجراء يخصص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ولا يستبعد فيه الاستشارة"⁵. وقد ذهب بعض

¹ محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط.1، 2010، ص.99.

² شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، ط.1، س.20، ص.153.

³ م.60 من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 7 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

⁴ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص.133.

⁵ م.27 من المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

الباحثين إلى أن هذه المادة تحمل تناقضا لذاتها فهي من جهة تحرر الإدارة من الخضوع للإجراءات الشكلية ومن جهة أخرى فرضت عليها الاستشارة، لكن يذهب آخرون إلى أن تحرير الإدارة من الإجراءات الشكلية لا يمنع تقييد إرادتها نسبيا من خلال إلزامها باللجوء للاستشارة ولو وفق نمط أقل تعقيدا من إجراءات الدعوة للمنافسة¹.

أما المرسوم التنفيذي رقم 91-434 فقد عرف التراضي بالنص: "هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة"²، وحافظ المشرع على نفس التعريف في كل من مرسوم 2002³ ومرسوم 2010، هو تعريف تلافى كل الانتقادات السابقة.⁴

الفرع الثاني: أشكال التراضي

أشار المشرع الجزائري في مرسوم 1982 إلى إمكانية الاستشارة في التراضي لكنه لم يفصل ذلك، غير أنه بموجب مرسوم لاحق فصل في التراضي وقسمه إلى شكلين هما: التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة⁵ وأكد على موقفه في مرسوم 1991 بالنص: "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة..." وكذلك

¹ عما ر بوضياف، مرجع سابق، ص.134.

² م"23 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى.

³ م.22 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 أوت 2002 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى.

⁴ لمعلومات أوفى حول التعريفات المتعاقبة للتراضي، قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د.م.ج، الجزائر، س.2004.

⁵ المرسوم رقم 84-151 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 82-145.

في مرسومي 2002 و 2010. يلتقي شكلا التراضي في كونهما صيغ تفاوضية موجهة إلى شخص أو مجموعة أشخاص معروفين بذواتهم مع عدم اشتراط أي شكلية معينة للاتصال بالمتنافسين لدى القيام بكل من الإجراءات الاتصال بكل الوسائل المكتوبة¹، فما الفرق بين الصيغتين؟

أولاً. - التراضي البسيط

يتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره ويوفر اللجوء إلى هذه الصيغة بساطة الإجراءات وبالتالي سرعة في تلبية الحاجات وربح للوقت². ففي التراضي البسيط تكون للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها دون إلزامها بالخضوع لإجراءات الإعلان بل ودون إلزامها حتى باللجوء للاستشارة³، وعليه يفهم أن التراضي البسيط هو إبرام الصفقة بدون إقامة أية منافسة، غير أن البعض فسّر عبارة "دون الدعوة الشكلية للمنافسة" على أنها لا تهدف إلى الإعفاء التام من إقامة المنافسة بل فقط الإعفاء من الإجراءات الشكلية للمنافسة أي الإشهار، وبالتالي ضرورة تحقق مبدأ المنافسة حتى في التراضي البسيط⁴، وهذا في محاولة للتخفيف من حدة العيوب التي تكتنف التراضي البسيط كونه يفقد لصفة الشفافية المتوخاة في مثل هذه الإجراءات، وهو ما ينجر عنه المساس بمبدأ العدالة بين المتنافسين والتقليل من إمكانية الحصول على أحسن العروض المتوفرة في السوق⁵. لكن هذا الطرح غير صحيح لأن في التراضي البسيط ينعدم مبدأ المنافسة كلياً بسبب اللجوء مباشرة لمتعاقد واحد دون غيره وإبرام الصفقة معه.

¹ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص.165.

² خرشي النوي، مرجع سابق، ص.165.

³ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص.136.

⁴ قدوج حمامة، مرجع سابق، ص.117.

⁵ خرشي النوي، مرجع سابق، ص.165.

هو إبرام الصفقة بإقامة المنافسة عن طريق الاستشارة المسبقة التي تتم بكافة الوسائل المكتوبة ودون اللجوء للإجراءات الشكلية المعقدة للإشهار¹.

يختلف التراضي بعد الاستشارة عن التراضي البسيط في كونه يتضمن قدراً ولو ضئيلاً من المنافسة التي تتعدى نهائياً في التراضي البسيط، ففي حين يتم التفاوض في التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره فإن التفاوض بعنوان التراضي بعد الاستشارة يتوجه إلى مجموعة أشخاص يتم اختيارهم من بطاقة المتعاملين يفترض أن يكونوا مؤهلين للغرض المطلوب إنجازه، وبالتالي تقع هذه الصيغة في موقف وسط بين صيغ المناقصات المعقدة وبين التراضي البسيط، كونها تكفل حداً أدنى من المنافسة من جهة وتوفر بساطة في الإجراءات من جهة أخرى. غير أن ما يؤخذ على هذه الصيغة هو محدودية المنافسة التي تضمنها لأن المؤسسات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة تكون معروفة مسبقاً بذواتها، كما أن دعوة هذه المؤسسات للمنافسة لا يلزم فيها اتباع شكلية معينة غير الكتابة².

إن التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أو التراضي يعطي للإدارة حرية واسعة في التعاقد مع من تريد، فهي تتمتع بحرية قريبة من التي يتمتع بها الأفراد في القانون الخاص بسبب عدم وجود القواعد الإجرائية التي تحكم الصور الأخرى للتعاقد³، غير أنه لا حرية من غير مخاطر وتزداد حدة هذه المخاطر متى كانت أموال الخزينة العامة التي هي في الأصل ضماناً لرفاهية الشعب على المحك وعرضة للسلب والنهب والهدر تحت عنوان الصفقات العمومية، وإذا كان من غير الممكن تقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها في أسلوب التعاقد بالتراضي، فهل هناك مجال لتقييد حريتها في اللجوء إلى هذا الطريق للتعاقد؟

¹ قدوج حمادة، مرجع سابق، ص. 117.

² خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 170.

³ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص. 104.

المطلب الثاني: التعاقد بالتراضي بين الحرية والتقييد

إذا كان من غير الممكن تصور استغناء الأفراد العاديين عن العلاقات التعاقدية فإن الأمر سيان بالنسبة لأشخاص القانون العام التي لا يمكنها توفير احتياجاتها ولا خدمة الجمهور والنهوض بأعباء السلطة العامة بغير طريق التعاقد¹، والعقد في كلتي الحاليتين هو عمل قانوني مبني على ثلاثة أركان هي الرضا والمحل والسبب، وتعد الرضائية جوهره². وإذا كان من المسلم به أن العقود المدنية تقوم كلها على مبدأ الحرية التعاقدية التي تكفل للفرد اختيار موضوع العقد والطرف المتعاقد بحرية تامة دون قيد أو شرط إلا ما تعلق بالنظام العام، فهل يسري مبدأ الحرية التعاقدية في العقود الإدارية وبالتالي يخول الإدارة اختيار طريق التعاقد والمتعاقد معها بحرية تامة؟ أم أن خصوصية العقد الإداري خففت من حدة المبدأ وبالتالي تتيح الفرصة لتقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها؟

الفرع الأول: مبدأ حرية الإدارة في التعاقد

إن الحرية التعاقدية تتشكل جوهريا من مقولة أن تكوين العقد يجب أن يترك بشكل كامل لإرادة أطرافه، وهذه الحرية يجب أن تكون حاضرة في كل لحظة وفي كل مرحلة من هذا التكوين ويتجلى ذلك خصوصا من حيث حرية التعاقد من عدمه، حرية اختيار المتعاقد والتفاوض معه وحرية تحديد محتوى العقد³.

يشكل مبدأ حرية التعاقد أحد المبادئ الأساسية التي تسود العلاقات التعاقدية في مجال القانون الخاص يعود إلى فكرة الإرادة الفردية باعتبارها صاحبة السلطان الأكبر في

¹ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص.6.

² علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج.1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بنان، ط.1، 2011، ص.69.

³ مهدي مختار نوح، مرجع سابق، ص.33.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

إنشاء العقود، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه على إطلاقه وبكل محاوره على العقود الإدارية التي تدخل في إطار القانون العام وتستهدف الإدارة من ورائها تحقيق المصالح الجماعية باعتبارها طرف يمثل المجموع، فالإدارة لا تمثل ذاتها ولا تسعى إلى تحقيق مصالح خاصة، لذلك فإنه بخلاف ما هو عليه الحال في العقود الخاصة من اعتبار حرية التعاقد أصلاً عاماً، فإن الأصل في العقود الإدارية هو تقييد الإدارة بضوابط المشروعية الإدارية وتمتعها بسلطة تقديرية وليس بالحرية لتمكينها من الحركة والتصرف لمواجهة الواقع والتغيرات ضمن الضوابط التشريعية والقضائية¹.

ذلك أنه إذا كانت الحرية التعاقدية في علاقات القانون الخاص مسلم بها فقها وقضاء وتشريعاً فإن الحرية التعاقدية للأشخاص العامة لم تكن إلى اليوم محل إقرار تشريعي ولا محل إجماع فقهي وقضائي، فبالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي اعترف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة باعتبارها من المبادئ العامة للقانون، إلا أنه قرن هذه الحرية في معظم الأحيان بالنصوص القانونية والتنظيمية، أي أنها تتحقق في غياب نص يمنع أو يحظر التعاقد فقط، لأن الحرية التعاقدية لا تلبس ثوب الحق والسلطة والمكنة كما هي عليه في القانون الخاص بل هي لا تعدو كونها هامشاً من التقدير والملائمة يخول للشخص العام في معرض ممارسته لاختصاصه.

وبالتالي فهي مجرد حرية إدارية مخولة بموجب النصوص التشريعية محكومة بالغائية والموضوعية بخلاف الحرية التعاقدية الحقيقية التي تعتبر حقاً دستورياً لا يمنح وإنما يحمى ويضمن ويحدد مضمونها ومداهَا وغاياتها ذاتياً وليس موضوعياً². وعليه، فإن الحرية التعاقدية للإدارة لا تتعلق في الحقيقة إلا بالإمكانات الممنوحة للسلطات المختصة ضمن

¹ شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص.5.

² مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص.33 وما بعدها.

أ. مدين أمال

الشخص العام في تقرير التعاقد، وفي اختيار التعاقد وتحديد شروط التعاقد على أساس السلطة التقديرية ذات هامش واسع وليس على أساس الحرية الحقيقية.

وعلى الرغم من ذلك يذهب البعض إلى أن المبدأ العام في فرنسا رغم كثرة التشريعات التي تنظم تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة لا يزال هو حرية الإدارة في التعاقد إذا لم يوجد نص يلزم الإدارة بالتعاقد عن طريق المناقصة، وكذلك الحال في مصر حيث لا تلتزم الإدارة باللجوء إلى المناقصة أو المزايدة إلا إذا وجد نص تشريعي يلزمها بذلك وفي حالات محددة¹، لكن الواقع هو عكس ذلك تماما فالمتفق عليه أن التعاقد بالتراضي هو الاستثناء على الأصل وهو المناقصة أو المزايدة.

والنتيجة أن مبدأ حرية الإدارة في التعاقد لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يشكل سندا للجوء الإدارة إلى التعاقد بالتراضي بدل المناقصة أو المزايدة لأن هذه الحرية محدودة بالنصوص التشريعية والرقابة القضائية.

الفرع الثاني: القيود التشريعية الواردة على حرية التعاقد بالتراضي

إن الحرية التعاقدية للأشخاص العامة هي ذات طابع نسبي فهي تختلف ضيقا واتساعا بالنظر إلى مدى اختصاصات وسلطات الشخص العام المتعاقد وكذلك باختلاف الأزمان والعقود لأن هذه الحرية مرتبطة بالدرجة الأولى بالنصوص القانونية التي اعترفت للشخص العام بحق التعاقد²، لذلك فهذه الحرية مقيدة بالنصوص التشريعية من جهة وبالرقابة القضائية من جهة أخرى.

أولا. - القيود التشريعية الواردة على حرية التعاقد بالتراضي

¹ علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص. 117 وما بعدها.

² مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 38.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

من خلال استقراء نصوص قانون الصفقات العمومية يمكن استنتاج أنه رغم اعترافه بالتراضي كطريق لإبرام الصفقات العمومية إلا أنه أخضع لعدد القيود الموضوعية والإجرائية.

آ. - التراضي هو استثناء على القاعدة

بخلاف ما كان يذهب إليه البعض في ظل قانوني الصفقات العمومية لسنتي 1982 و1991 من اعتبار التراضي هو الأصل والقاعدة في إبرام الصفقات العمومية على أساس ذكره قبل طريقة المناقصة في سرد المشرع لطرق إبرام الصفقات وكذا تمكين المتعامل العمومي من اللجوء إليه كلما رأى أنه أكثر نفعاً ومبررات أخرى، بعكس ما كان عليه الحال في قانون 1967 الذي اعتبر التراضي إجراء استثنائياً. فصل المشرع الجزائري في هذا الخلاف بداية من قانون 2002 وأكد عليه في قانون 2010 حيث اعتبر التراضي الطريق الاستثنائي لإبرام الصفقات العمومية إلى جانب الطريق الأصلي وهو المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة¹.

إذن أقر المشرع صراحة أن المناقصة هي القاعدة والتراضي هو الاستثناء لكنه لم يتدخل صراحة لإلزام الإدارة المتعاقدة باللجوء إلى صيغة من صيغ الإبرام دون أخرى وترك الاختيار في ذلك للمصلحة المتعاقدة لا لشيء إلا لأن إلزام المصلحة المتعاقدة بصيغة معينة يصعب من أدائها لمهامها لأنه إذا كانت صيغة معينة ملائمة لوضع ما فقد لا تكون كذلك في وضع آخر بسبب تعدد المتغيرات التي تحدد الصيغة الأمثل والتي قد تتعلق بطبيعة

¹ م. 20 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، وم. 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمنان قانون الصفقات العمومية السابق والحالي.

أ. مدين أمال

المصلحة المتعاقدة وأحوالها المالية، أو طبيعة موضوع الصفقة أو السلعة أو الخدمة المراد اقتناؤها وغيرها من الظروف والأحوال¹.

وعلى الرغم من كون التراضي هو الاستثناء إلا أن الواقع أثبت في كل من فرنسا وبعض الدول العربية أن الإدارة كانت تتوسع في استعمال الاستثناء بدل القاعدة حتى أن الإحصاءات الحديثة تشير إلى أن أكثر من نصف الصفقات تبرم في فرنسا على أساس الاتفاق المباشر² ما أدى للخروج عن المعادلة التي تربط القاعدة بالاستثناء بشكل يقلبها كلياً ليصبح الاتفاق بالتراضي هو القاعدة والمناقصة هي الاستثناء مع ما تتطوي عليه هذه الممارسة من مخاطر تعود على خزينة الدولة والمال العام بأفدح الأضرار³. إلا أنه من بين المبادئ المستقرة فقها وقضاء في القانون الإداري ضرورة تسبب الإدارة لقراراتها متى لجأت إلى تطبيق الاستثناء بدل القاعدة، وعليه فالمنطق القانوني السليم يفرض ضرورة تبرير الإدارة لاختيارها طريق التراضي بدل المناقصة، لكن المشرع قد توسع أكثر في تطبيق هذا المبدأ حيث ألزم الإدارة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة مهما كانت الصيغة المتبعة في التعاقد⁴، وهو ما يمثل ضماناً للحد من سلطة الإدارة في اختيار التعاقد بالتراضي وقيدها عليها.

ب.- ضرورة تحقيق المصلحة العامة والخاصة

إن المصلحة العامة هي الهدف المباشر وغير المباشر لكل الأعمال الإدارية المادية والقانونية المنفردة والرضائية، وإلى جانبها يمكن أن توجد مصالح أو أهداف خاصة لا بد أن تسعى الإدارة إلى تحقيقها من خلال تصرفاتها بما فيها الصفقات العمومية التي يجب أن

¹ خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 163.

² مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 771.

³ عبد اللطيف قطيس، مرجع سابق، ص. 198.

⁴ م. 42 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم المتضمن قانون الصفقات العمومية.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

تسعى المصلحة المتعاقدة من خلالها إلى الإشباع الأمثل لاحتياجاتها بأفضل الأثمان وأعلى معايير الجودة والنوعية، ولأن اختيار صيغة التعاقد يدخل ضمن اختصاصات الإدارة المتعاقدة دون غيرها فإن المشرع قد قيد هذه الصلاحية بضرورة البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة الملقة على عاتق المصلحة المتعاقدة في إطار مهامها بصريح نص المادة 41 من قانون الصفقات العمومية ويؤكد هذا الطرح ما ذهب إليه المشرع في معرض نصه على تأهيل المرشحين من ضرورة تخصيص الصفقة للمؤسسة التي يعتقد أنها قادرة على تنفيذها مهما كانت كيفية الإبرام المقررة وكذا إلزامه المصلحة المتعاقدة بالتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية بموجب المادتين 35 و36 من قانون الصفقات العمومية¹، وكذا ما نصت عليه المادة 44 من ضرورة سهر الإدارة على أن يكون العرض المختار مستجيباً لمتطلبات النوعية والآجال والسعر.

ت.- تحديد حالات اللجوء إلى التراضي

نصت الفقرة الثانية من المادة 27 من قانون الصفقات العمومية على: "التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43" وهو ما أكدته هذه الأخيرة بالنص: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..." وهو ما يدل على أن حالات التراضي البسيط هي واردة على سبيل الحصر ولا يجوز القياس عليها وهذه الحالات هي:

- حالة البدء في التنفيذ بسبب خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي.

- ضرورة تنفيذ خدمات بصفة استعجالية لا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات الصفقات.

¹ خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 164.

أ. مدين أمال

- حالة احتكار الخدمة من طرف متعامل واحد.

- حالة الاستعجال الملح المعل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات.

- حالة التمويل المستعجل المخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية.

- الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية.

عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.

وقد قيد المشرع كل الحالات الاستعجال بعدم إمكانية توقع الظروف الاستعجالية من طرف المصلحة المتعاقدة وأن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها، لضمان جدية هذه الظروف.

أما التراضي بعد الاستشارة فقد حددت حالاته بموجب المادة 44 من قانون الصفقات العمومية ويمكن إجمالها في:

- عندما تكون الدعوة للمنافسة غير مجدية بسبب استلام أو تأهيل عرض واحد أو عدم استلام أو تأهيل أي عرض.

- صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

-صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.

-صفقات الدراسات واللوازم والخدمات التي كانت محل منح ثم تم فسخها وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة.

-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 هذه الاتفاقات على ذلك.

الملاحظ أن الحالات المذكورة لا يمكن تقديرها موضوعيا وتجريديا وبالتالي للإدارة السلطة الواسعة في تقدير عناصر استخدام هذه الصيغة، فبعض شروط الاستخدام تبدو مشددة إلا أن البعض الآخر هي مرنة بدرجة تسمح للإدارة بإعطائها تفسيراً موسعاً يسمح لها بالتوسع في استخدام طريقة التراضي¹، رغم أن الواقع أن معظم هذه الشروط قليلاً ما تتحقق إذا عملت الإدارة بأبسط مبادئ التنبؤ والاحتياط والبرمجة المبنية على دقة الجرد وحسن تسيير المخزون وقامت بأدنى أعمال مراقبة وفحص المنشآت والمخزونات وحسن تسييرها².

ث. - القيود الإجرائية والشكلية للتعاقد بالتراضي

بالرغم من أن إجراء التراضي يفترض فيه أن يعفي الإدارة من الأشكال والإجراءات المعقدة لإبرام الصفقات إلا أن هذا ليس مطلقاً ولا كلياً، فقد أخضع اللجوء إلى التراضي البسيط في تنفيذ الخدمات الاستيعالية للموافقة المسبقة في اجتماع الحكومة، كما فرض ضرورة أن تكون الخدمات موضوع التراضي البسيط بسبب عدم إمكانية تنفيذ الصفقة إلا من طرف متعامل واحد نتيجة لاعتبارات فنية أو ثقافية واردة ضمن القائمة التي يتم تحديدها

¹قدوج حمامة، مرجع سابق، ص.55.

²خرشي النوي، مرجع سابق، ص.169.

أ. مدين أمال

بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية وكذلك الحال بالنسبة للصفقات مع المؤسسات العمومية التي تملك حقا حصريا للقيام بالخدمة العمومية والتي يجب أن تكون واردة ضمن القائمة التي تحدد بقرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني. وأخضع الصفقات المتعلقة بمشروع ذي أولوية وأهمية وطنية وكذا تلك المتعلقة بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج إلى الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء متى كانت قيمتها تساوي أو تفوق عشرة ملايين دينار وللموافقة المسبقة في مجلس الحكومة متى كانت قيمتها أقل من ذلك.

أما فيما يتعلق بحالات التراضي بعد الاستشارة فقد أكد القانون على شرط الكتابة في الاستشارة وإضافة لذلك اشترط في حالة عدم الجدوى أن تتم الاستشارة بنفس عناصر دفتر الشروط المعد بصدد المناقصة، كما أوجب استشارة ثلاثة متعاملين مؤهلين على الأقل فضلا عن استشارة جميع المتعهدين الذين قدموا عروضاً في ظل المناقصة التي أعلن عن عدم جدواها.

وفرض القانون أيضا أن تكون الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي تستلزم طبيعتها اللجوء على المناقصة وكذا الأشغال التابعة للمؤسسات الوطنية السيادية محل تحديد في قائمة توضع بموجب قرار مشترك بين مسؤول المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية. كما اشترط أن يكون لجوء الإدارة المتعاقدة إلى كل حالات التراضي بعد الاستشارة باستثناء حالة عدم الجدوى على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الاستشارة لتأشير لجنة الصفقات المختصة¹.

ثانيا. - الرقابة القضائية قيد على حرية الإدارة في التعاقد بالتراضي

¹ خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 174.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

تشمل الرقابة في هذا الإطار التأكد من أن لجوء الإدارة إلى التعاقد بالتراضي كان بقرار مسبب في الحالات وضمن الحدود ووفق الأشكال والإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، وكذا التحقق من أن التراضي يحقق الأهداف المسطرة من الإدارة المتعاقدة، والبحث ما إذا كانت الإدارة قد تأكدت من قدرة المتعامل المتعاقد على تنفيذ الصفقة على أكمل وجه بما يحقق المصلحة العامة والأهداف الخاصة.

وفي صدد رقابتها على هذه النقطة قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد قراراتها: "أولا الأصل في التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر هو حرية الإدارة في اختيار من يتعاقد معها وإن كانت هذه الحرية لا ينفى معها إخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين.

وقد التقى الفقه والقضاء الإداري على أنه مهما بلغت دقة النظام المقرر لإحدى طرق التعاقد فإنه ليس ثمة أسلوب واحد تلتزم به جهة الإدارة لاختيار متعاقد معين وعلى هذا الأساس تتميز طرق التعاقد عن طريق الممارسة عن طريق التعاقد عن طريق المناقصات العامة. وإذ أنه من المسلم في مجال التفسير أن نصوص التشريع الواحد يجب ألا تتناسخ بل يتعين تفسيرها باعتبارها وحدة متكاملة يفسر بعضها بعضا على النحو الذي يحقق أعمال جميع النصوص لا إهمال البعض منها".

وعليه، فإن إخضاع طريق الممارسة والتعاقد بالاتفاق المباشر لبعض الاشتراطات العامة المتعلقة بالمناقصات ليس الغرض منه تحويل الممارسة أو الاتفاق المباشر إلى مناقصة وإنما الهدف هو اتباع هذه الاشتراطات ضمانا لجدية العطاءات وتنفيذا للعقد على أحسن وجه بما لا يتعارض مع حرية الإدارة في اختيار المتعاقد التي تتمتع بها في هذه الطرق¹.

¹ محمد بن سعيد بن حمد المعمري، مرجع سابق، ص 206 وما بعدها.

أ. مدين أمال

في إطار تعليقهم على هذا القرار ذهب بعض الفقه إلى القول أنه طالما أن المشرع أخضع عقودا بعينها لتنظيمات خاصة فإن الإدارة تكون حرة في اختيار طريقة التعاقد فيما عداها وبالتالي فإن هذه التنظيمات تلزم الإدارة في مجال تطبيقها فحسب أما خارجه فتسترد الإدارة حريتها كاملة، لكن هذه الحرية تخضع لقيدين كبيرين:

الأول هو قيد عام ملزم للإدارة في كافة تصرفاتها وهو عدم تعسف الإدارة وانحرافها لأن سلطات الإدارة التقديرية ليست لا تحكمية ولا تعسفية وبالتالي فإن للإدارة اختيار المتعاقد معها في حدود الصالح العام وهي في ذلك تخضع للرقابة الإدارية والقضائية.

والثاني هو الرقابة الذاتية التي تفرضها الإدارة مختارة على نفسها، ذلك أن عدم تنظيم طريقة معينة للتعاقد بالنسبة لجميع العقود لا يمنع الإدارة من أن تلجأ مختارة إلى الطرق التي نظمها المشرع مثل المناقصة أو المزايدة لتضمن الوصول إلى أفضل الشروط المالية أو الفنية، وهذا معناه أن الإدارة تلتزم باحترام الإجراءات المحددة للطريقة التي تتبعها مع بقاء حريتها النهائية في اختيار المتعاقد من بين الذين تسفر عنهم المناقصة أو المزايدة، فالإدارة تكون مقيدة في الإجراءات وحررة في الاختيار¹.

خاتمة:

إذن إن أهمية الصفقات العمومية وحجم النفقات العامة المخصصة لها برر ولا شك البحث في مدى حرية الإدارة في اللجوء التعاقد بالتراضي بدل المناقصة على الرغم من أنه يهدر كل الضمانات التي حرص المشرع على وضعها لضمان حماية المال العام لأنه في الواقع بخصوصيته يكون الوسيلة الوحيدة لتحقيق المصلحة العامة في بعض الأحيان، والنتيجة

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص.313 وما بعدها.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

التي يمكن الخلوص إليها أنه لا بد من الإبقاء على التراضي كطريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في حالات محددة حصرا وبإجراءات تضمن جدية المصلحة المتعاقدة وعدم حيادها عن هدفها الأسمى وهو المصلحة العامة، وإخضاع الصفقات المبرمة وفقا لهذه الصيغة لرقابة إدارية قانونية ومالية لاحقة صارمة، والاعتراف للقاضي الإداري بسلطات واسعة تخوله فرض رقابته الموضوعية والحيادية على هذه الصفقات باعتباره الحامي الأخير للمال العام بعد استنفاد كل وسائل الحماية الأخرى.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

بن عودة صليحة♦

الملخص:

لقد سعى المشرع الجزائري من خلال التعديلات المتتالية لقانون الصفقات العمومية، وآخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، إلى مواكبة التطورات والمستجدات التي فرضتها ظاهرة العولمة والتطور التكنولوجي تمخضت عنها طرقا جديدة في إبرام العقود بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة، تمثلت في استخدام طرق التكنولوجيا الحديثة في إبرام الصفقات العمومية والتي أظهرت مصطلحا جديدا تبنته بعض التشريعات وهو مصطلح "تجريد الصفقات العمومية من صبغتها المادية" وذلك بإدخال وسائط إلكترونية في إبرامها بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية. هذا ما نص عليه المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه من خلال مادتين فقط. وتطبيقا لهما صدر القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 الذي يحدد محتوى البوابة وكيفية تسييرها وتبادل المعلومات عبرها.

الكلمات المفتاحية: صفقات لعمومية، تعاقد، بوابة إلكترونية، تبادل المعلومات.

Résumé :

Le législateur algérien, par des amendements successifs du droit des marchés publics jusqu'au décret présidentiel n°15-247, s'est montré actif en embrassant les développements tant technologiques que numériques et les évolutions imposés par le phénomène de la

♦ طالبة السنة الرابعة دكتوراه، تخصص القانون الجنائي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.

mondialisation. D'où, l'apport de nouvelles façons de conclure des contrats d'ordre administratif et ce, en particulier, l'utilisation des moyens modernes quant à la passation des marchés publics.

Ceci est à l'origine de la naissance d'une nouvelle procédure dite "dématérialisation des marchés publics", que certaines législations ont embrassée donnant lieu à l'introduction d'intermédiaires d'ordre électronique dans la passation desdits marchés tout en tenant compte des intérêts des différents intervenants. Cette démarche résulte explicitement du décret présidentiel mentionné ci-dessus à travers deux articles seulement. Néanmoins, les modalités d'application de ces deux articles ont été auparavant fixées par arrêté du 17 Novembre 2013, lequel définit à travers le portail son contenu ses modes de conduite et l'échange d'informations.

Mots clés: marchés publics, passation, portail électronique, échange d'informations.

Abstract:

The Algerian legislator has sought through amendments to the public marches of law to Presidential Decree N° 15-247, on the regulation of public markets and delegation of public services, to keep abreast of developments and changes imposed by the phenomenon of globalization and technological development, provided new ways to conclude contracts in general and administrative contracts, in particular, was the use of modern technology means the conclusion of public contracts.

Which showed a new mandate adopted by some of the legislation is a term "dematerialization of public markets "and that the introduction of electronic media in the agreement between the contracting interests and traders through the portal of public procurement. This is what the text of the presidential decree mentioned above through two articles, and Example of use terms of both items are set by order of 17 November 2013, which defines the portal content and modes of conduct and the exchange of information through.

Key words: public procurement, contracting, electronic gate, the exchange of information.

مقدمة :

إن ما يكتنف الصفقات العمومية من إجراءات عديدة، جعلتها وسيلة في يد الإدارة من أجل تنفيذ مشاريعها، وذلك عن طريق اتباع أساليب محددة قانونا من أجل إبرام الصفقات العمومية مهما كان نوعها. فبعد طرح المصلحة المتعاقدة الصفقة للتنافس، وذلك عن طريق الإعلان عنها إجباريا في حالات المناقصة المفتوحة والمحدودة، والدعوة إلى الانتقاء الأولي، والمسابقة والمزايدة، الذي يوجه لمن يرغب في الاشتراك في الصفقة، يقوم بتحضير عرضه التقني والمالي ويوضع كل واحد منهما في ظرف منفصل ومقفّل ومختوم و يوضع الطرفان في ظرف آخر مغفل يحمل عبارة " لا يفتح- مناقصة رقم ويتم تحديد موضوع المناقصة" ويتم إيداع هذا الظرف لدى المصلحة المتعاقدة.

إلا أنه و في ظل الثورة التكنولوجية الحديثة التي مسّت مختلف القطاعات، و سعيًا من الإدارة الجزائرية لمواكبة التطورات الحاصلة في مجال المعلوماتية تم استحداث ما يسمى بالبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية بموجب المرسوم رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق⁽¹⁾، لاسيما الفصل السادس منه والمعنون بالاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية. هذا الأخير الذي ترك مجال تطبيقهما لقرار لاحق من الوزير المكلف بالمالية.

على أن هذا القرار صدر بتاريخ 17 نوفمبر 2013⁽²⁾، وحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وتبادل المعلومات عبرها. وهكذا تعتبر بوابة

⁽¹⁾ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج عدد 50، المؤرخة في 25 سبتمبر 2015.

⁽²⁾ القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج عدد 21، مؤرخة في 09 أبريل 2014، ص 27.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

الصفقات العمومية من بين أهم تطبيقات الإدارة الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، حيث تقوم بتوفير معظم المعلومات والوثائق المتعلقة بالدعوة إلى المنافسة لجميع المهتمين في هذا الميدان، مما يؤدي إلى تعزيز المنافسة الحرة فيما بينهم وخلق نوع من تكافؤ الفرص وتكريس الشفافية والمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين. وبإدخال وسائل إلكترونية في إبرام الصفقات العمومية ظهرت مفاهيم جديدة، كالمحركات الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني التوثيق الإلكتروني، مما أدى إلى نزع الصفة المادية للصفقات العمومية، هذا ما اصطلح عنه في بعض التشريعات وكل هذا يجعلنا نطرح التساؤل التاليين:

ما مدى استفادة الأطراف المتعاقدة من إبرام الصفقات العمومية عبر البوابة الإلكترونية؟ وما هي المزايا التي يوفرها هذا التعاقد؟

للإجابة على هذين التساؤلين، سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى مطلبين: يتضمن الطلب الأول منه محتوى البوابة الإلكترونية وكيفية تسييرها، واحترام مبادئ نظام المعلوماتية للصفقات العمومية. أما المطلب الثاني فيتم التعرض إلى كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين أطراف الصفقة العمومية.

المطلب الأول: محتوى البوابة الإلكترونية و كيفية تسييرها والمبادئ التي تقوم عليها أنظمة المعلوماتية للصفقة العمومية .

لم يعرف المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية معنى البوابة الإلكترونية وحذا حذوه القرار الصادر عن الوزير المكلف بالمالية في عدم إعطاء تعريف قانوني للبوابة الإلكترونية، واكتفى فقط بذكر محتواها وكيفية تسييرها، حتى أن الدراسات السابقة في هذا الصدد أجمعت على ذلك. وبالتالي يمكن تعريفها بالاتفاق مع أغلب الدارسين في هذا المجال على أنها عبارة عن موقع متخصص للصفقات العمومية وفضاء يربط بين المصلحة المتعاقدة و

أ. بن عودة صليحة

المتعامل الاقتصادي، إلا أن القرار لم يغفل المسائل المتعلقة بمحتوى البوابة الإلكترونية (الفرع الأول) والمبادئ التي تحكمها (الفرع الثاني).

الرفع الأول: محتوى البوابة الإلكترونية و كيفية تسييرها

تطبيقا لأحكام المواد 203، و204، و205 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، صدر القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، الذي يحدد البوابة الإلكترونية، التي تسمح بنشر وتبادل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وإبرامها بالطريقة الإلكترونية.

فبموجب هذا القرار تتكفل البوابة عموما بنشر النصوص التشريعية والتنظيمية والاستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، وقائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين⁽¹⁾ والمقصين من المشاركة في الصفقات العمومية⁽²⁾، وكذا البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة، وقوائم الصفقات المبرمة والمؤسسات المستفيدة منها .

وتقوم أيضا بنشر تقارير المصالح المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقات وقائمة المؤسسات التي سحبت منها شهادة التصنيف و الكفاءة والأرقام الاستدلالية للأسعار⁽³⁾.

كما تضمن البوابة وظائف متعددة تتمثل في تسجيل المصالح المتعاقدة و المتعاملين الاقتصاديين وتسيير تبادل المعلومات فيما بينهم و كذا ترميز الوثائق و تاريخها و توقيتها و تسهيل تحميلها، بالإضافة إلى التمرن على التعهد الإلكتروني والإمضاء الإلكتروني للوثائق

⁽¹⁾ القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.ج. عدد 24، مؤرخة في 20 أبريل 2011.

⁽²⁾ القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، الذي يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.ج. عدد 24، مؤرخة في 20 أبريل 2011.

⁽³⁾ المادة 03 من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، سالف الذكر.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

الذي يعتبر الطريقة المثالية للتعامل بين الأطراف المتعاقدة، لذلك أولته معظم التشريعات أهمية بالغة. لأن من خلاله يتم التعرف على هوية الموقع⁽¹⁾.

وقد نص القرار على إحداث قاعدة بيانات (أولا)، ومن أجل تسيير البوابة لا بد من إيلاء البنية التحتية المعلوماتية وذلك لصيانة البوابة من خلال ضمان مستوى أمن مناسب ضد التهديدات الإلكترونية وبالنتيجة ديمومة واستمرارية وإمكانية الدخول للخدمات المقدمة من طرف البوابة (ثانيا).

أولا. - إحداث قاعدة بيانات:

إن هذه القاعدة تسمح بجمع (عن طريق البوابة) المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية والمصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين وملفاتهم الإدارية، والوثائق والمعلومات فيما بينهم، وأيضا المعلومات المتعلقة ببطاقات الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، ومنشورات البوابة.

ويمكن تعريف قاعدة البيانات على أنها الشكل الإلكتروني لسلة من المعلومات التي تخص بعضها البعض، ويقوم المستخدم بجمعها مع بعضها في قاعدة بيانات واحدة. ومن ثم ضمان وصول المستخدم إلى بياناته بسرعة وأمان، فهي تؤمن حماية للمعلومات من الوصول الخارجي (l'accès des étrangers) ومن ضياع المعلومات نتيجة خلل تقني ما.

⁽¹⁾ عرف قانون الأونسترال النموذجي لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني على أنه: " عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني تستخدم لتعيين هوية الموقع." أما المشرع المصري فقد عرفه في القانون الخاص بالتوقيع الإلكتروني على أنه: " ما يوضع على المحرر الإلكتروني و يتخذ شكل حروف وأرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، و يكون له طابع التفرد، يسمح بتحديد الشخص الموقع و يميزه عن غيره. أما المشرع الجزائري فقد اعترف من خلال المادة 327 فقرة 02 المعدلة بالقانون 10-05 المعدل و المتمم للأمر 58-75، المتضمن القانون المدني بالتوقيع الإلكتروني، واعتبر أن له حجية في المحررات الإلكترونية.

أ. بن عودة صليحة

وتتكون قاعدة البيانات من جدول أو أكثر، و الجدول يتكون بدوره من سجل (base) de données أو أكثر ويتكون السجل من حقل (champ) أو أكثر⁽¹⁾، ومثاله الجدول الخاص بالصفقات العمومية، فيتكون من عدة حقول فجدول طلبات العروض مثلا يحتوي عدة سجلات، كالمكان، طريقة الإبرام، المشتري العمومي، طبيعة الصفقة، الصنف، طريقة التمويل وآخر أجل لقبول العروض. وعند النقر على أحدها، يظهر لدينا حقل أو عدة حقول.

هذه المعلومات مخزنة في جهاز الحاسوب على نحو منظم، حيث يقوم برنامج يسمى محرك قاعدة البيانات (moteur de base de données) بتسهيل التعامل معها و البحث ضمن هذه البيانات، وتمكين المستخدم من الإضافة والتعديل فيها.

إن الهدف الأساسي من قواعد البيانات هو التركيز على طريقة تنظيم البيانات، حيث يخلو من التكرار، ويمكن استرجاعها و تعديلها، والإضافة عليها دون المشاكل التي يمكن أن تحدث وجود التكرار فيها.

آ. - إيواء البنية التحتية المعلوماتية :

تعرف البنية التحتية لتقنية المعلومات بأنها مجموعة الوسائل و القدرات التي يتم تنسيقها بواسطة منظمة مركزية للمعلومات، وهي تعتمد على منتجات التقنية المستمرة التطور مثل الهواتف، آلات البريد المصور (الفاكس)، الحواسيب، الاسطوانات المضغوطة، الأشرطة المرئية والمسموعة، والأقمار الاصطناعية وخطوط الاتصال البصرية، وشبكات الموجات

¹ DANCHALD Gille, GONIE Jean, GREGOIRE Stéphane, Recommandation, la conservation électronique des documents, en ligne , Disponible sur : www.Abhatoo.com, consulté le 08/03/2010.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

الدقيقة، وأجهزة الاستقبال، والماسحات، وآلات التصوير والطابعات، إضافة إلى التقدم في عمليات الحوسبة والمعلومات وتقنيات الشبكات⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى إيواء البنية التحتية المعلوماتية، فإن تسيير البوابة يتطلب تسيير الأنظمة والشبكات وقاعدة البيانات وكذا تسيير التطورات التقنية بإدراج الوظائف الجديدة والتي تشمل على كل المعلومات والوثائق التي يتم نشرها عبر البوابة. ومن أجل ديمومة واستمرارية وإمكانية الدخول إلى الخدمات المقدمة من طرف البوابة يجب صيانتها وتوفير مستوى أمن مناسب ضد التهديدات الإلكترونية لاسيما تلك التي تهدد أمن المعلومات، وهي تنتوع من تهديدات طبيعية، إنسانية وأخرى غير مقصودة⁽²⁾.

وتتمثل المهددات الطبيعية في الزلازل التي تؤدي إلى قطع الاتصالات بالشبكة، أما الإنسانية فهي ما يقوم به المتسللون الذين يخترقون المواقع، ومنهم المراكز الذين يكتشفون كل الثغرات وخاصة في الحواسيب الشخصية على مستوى خطوط الاتصال التي هي معرضة للمراقبة بالإشعاعات أو التصنت والتجسس، وخاصة الثغرات الموجودة في برامج البريد الإلكتروني e-mail فتقوم البرامج الخبيثة كالفيروسات بتغيير محتوى الرسالة. لهذا وجب وضع برامج للحماية من الفيروسات وذلك بمراسيم تنظيمية، ويمكن للدولة أن تدعم هذه العملية بتخفيض أسعار هذه البرامج⁽³⁾.

ب. - المبادئ التي تقوم عليها أنظمة المعلوماتية للصفقات العمومية

⁽¹⁾ محمد أبو القاسم الرتيمي، البنية التحتية لتقنية المعلومات و مستقبل التعليم، جامعة السابع من أبريل، مقال منشور على الموقع: act@ltnet.net

⁽²⁾ المادة 6 من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، سالف الذكر.

⁽³⁾ محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 201.

أ. بن عودة صليحة

من أجل إيواء البنية التحتية المعلوماتية، نص القرار المتعلق بإنشاء البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية من خلال مادته السابعة على أنه يجب أن تصمم نظام المعلوماتية للصفقات العمومية، وذلك في إطار احترام عدة مبادئ من أجل إضفاء الثقة لدى المتعاملين الاقتصاديين في حالة ولوجهم لإبرام الصفقة عبر البوابة الإلكترونية وبالتالي ضمان الأمان اللازم في التعاملات الإلكترونية بين أطراف الصفقة. وسيتم التفصيل في هذه المبادئ كالتالي:

1.- سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية

تعتبر وقاية الملفات الإلكترونية مسألة ذات أهمية قصوى، بالاعتماد على تقنيين متخصصين في مجال الحاسوب والبرمجة المعلوماتية من خلال استخدام جدار للحماية " fire well " ويسمى جدار النار فوجوده ضروري في أي جهاز كمبيوتر وذلك لحمايته من التهديدات والهجمات التي تصيبه. فاتصال الكمبيوتر بالإنترنت يتيح الفرصة للقراصنة والمتطفلين الوصول إلى نظامه وسرقة المعلومات والبيانات الشخصية بسهولة، وترك النظام مفتوحاً من غير أي حماية يتيح فرصة إصابة جهاز الكمبيوتر بالبرامج الضارة مثل ملفات التجسس و الفيروسات، فهذا الجدار يمنع المتطفلين والبرامج الضارة من الوصول إلى الكمبيوتر من خلال شبكات الإنترنت، إن وظيفة جدار النار هو مشابه إلى أبواب الحريق في تركيب المباني فهو يقوم بفحص المعلومات سواء في حالة دخولها أو خروجها، ولا يسمح لها بالدخول إلا إذا كانت مطابقة للمواصفات.

كما يعتمد على تقنية التشفير وذلك بوضع رموز وإشارات تحول النص الإلكتروني من واضح إلى غير مفهوم ولا يمكن فك شفرته إلا من طرف القائمين بعملية التشفير.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

يتم التشفير باستخدام مفاتيح سرية و طرق حسابية معقدة، تتحول بواسطتها المعاملة من رسالة مقروءة ومفهومة إلى رسالة رقمية غير مقروءة و غير مفهومة، ما لم يتم فك تشفيرتها ممن يملك مفتاح ذلك التشفير .

وهناك نوعان من المفاتيح المستخدمة، المفتاح الخاص يوضع للتشفير، والثاني لفك التشفير ويسمى المفتاح العام⁽¹⁾.

والتشفير بهذا المفهوم هو كتابة رقمية التي يتم بواسطتها التوقيع الرقمي الذي هو أحد صور التوقيع الإلكتروني، هذا الأخير الذي يعطي إمكانية التعرف على الشخص الذي صدرت عنه الوثيقة، فلا يتأتى ذلك إلا بواسطة تقنية التوقيع الإلكتروني، فهو علامة مميزة لشخص الموقع ويرتبط به ارتباطا وثيقا بشكل لا لبس فيه ولا غموض، فيحدد هويته⁽²⁾.

2- سرية الوثائق و المعلومات المتبادلة بالطريقة الإلكترونية

تتم حماية الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية عن طريق نظام ترميز الوثائق.و تعتبر السرية عاملا مهما في إبرام الصفقات العمومية، لهذا ينبغي على المشرع تنظيم إجراءات المناقصة كما يتناسب مع الطريقة أو الأسلوب في إجراءاتها لضمان سلامتها و تحقيقها للهدف منها وهي كفالة سرية المعلومات و العقود.

ويلعب التشفير دورا كبيرا في الاحتفاظ بسرية مراسلات كل مستخدم لشبكة المعلومات ومنع الآخرين الإطلاع عليها، فهو يستخدم أرقام معينة يختارها لفتح الموقع

⁽¹⁾ نجوى أبوهيبة، التوقيع الإلكتروني، تعريفه ومدى حجيته في الإثبات، منشور في بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية بين التشريع والقانون، المجلد الأول، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات المتحدة، يومي 10-12 ماي 2003، ص 427.

⁽²⁾ المختار بن أحمد عطار، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010، ص 58.

أ. بن عودة صليحة

الخاص به على الشبكة والإطلاع على ما وصله من رسائل، وهذه الأرقام تعتبر كلمة السر أو المفتاح السري الذي بدونه لا يمكن دخول الموقع لمعرفة ما فيه ويقوم أصحاب العروض بإرسال عروضهم على موقع الإدارة المعلنة عن المناقصة، وتضع الإدارة تنظيماً لا يسمح لأحد حتى موظفي نفس الإدارة بالإطلاع عليها.

(1) تتبع الأحداث:

وذلك بإنشاء صحيفة للأحداث تسمح بتعقب تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، من أجل تتبع تاريخ وتوقيت الوثائق المتبادلة إلكترونياً عن طريق منح وصل استلام يبين تاريخ و توقيت استلام العروض لكل عرض يرسل بالطريقة الإلكترونية أو على حامل مادي إلكتروني.

(2) توافقية الأنظمة المعلوماتية:

يعتمد هذا المبدأ على معايير و مقاييس تسمح لأنظمة معلوماتية مختلفة بالتواصل من أجل تبادل المعطيات.

(3) تأمين أرشفة الوثائق الرقمية بالطريقة الإلكترونية:

لقد ظهرت أساليب جديدة غير الأساليب التقليدية لحفظ المستندات والوثائق الضرورية وأرشفتها، وتطور هذا الأسلوب الجديد مع تطور ميكنة الحفظ وسعة الذاكرة الرقمية، وتطور برمجيات اختزال وحفظ واسترجاع المعلومات والوثائق والمستندات، تطور معها الحفظ الرقمي للأرشيف حتى أصبح ضرورة لا بد منها وذلك من

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

أجل تخفيف مخاطر التعرض للضياع أو التلف والتكاليف، والحفاظ على الوصول السهل إلى الوثائق المهمة⁽¹⁾.

فالأرشيف هو بمثابة بنك للوثائق و المعلومات، حيث تتم من خلاله عملية الأرشفة الإلكترونية تحويل المستندات الورقية بكافة أنواعها وحالتها إلى مستندات إلكترونية يسهل استرجاعها و التعامل معها بطريقة إلكترونية.

من خلال دراسة هذه المبادئ تظهر الحماية الوقائية التي يمكن أن يوفرها التعاقد عبر البوابة للمعاملات والرسائل التي يتم إرسالها عبر البوابة الإلكترونية.

المطلب الثاني: تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية:

إن إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية وفق برامج حاسوبية مصممة لاستقبال العروض وفحصها وفرزها وتصنيفها إلكترونياً، يضمن المساواة بين المتعاقدين، حيث أن هذه البرامج لا تعرف التمييز والمحاباة كالأشخاص الطبيعيين، وادعاء عدم وجود مخزون كاف، أو استبعاد شركات بعروض أفضل دون أسباب، أو الإعلان عن المناقصات في الصحف بعد طرح المناقصة أصلاً، أو إلغاء المناقصات التي تم الرسو فيها على

⁽¹⁾ من أجل إثبات العقد الإداري الإلكتروني، احتاط المشرع الفرنسي لذلك عندما ألزم السلطات المتعاقدة حفظ كل الوثائق والمستندات الخاصة بإبرام العقد عن طريق ما يسمى بالأرشيف الإداري الإلكتروني، كما ألزم المرشحين حفظ دفتر الشروط ونظام الاستشارة وكل المستندات الخاصة بالعقد من أجل تقديمها للقضاء من خلال المرسوم رقم 692-2002 الخاص بإبرام العقود الإدارية بالوسائط الإلكترونية. ذلك أن التكوين المادي والكميائي للأقراص الممغنطة المستعملة في التعاقد عن طريق الأنترنت يتميز بقدر من الحساسية بما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي، أو الاختلاف الشديد في درجة تخزين هذه الوسائط، وهي بذلك تعد أقل قدرة من الأوراق على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة. أنظر في ذلك، فيصل عبد الحافظ الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني، يونيو 2013، ص354.

أ. بن عودة صليحة

متعاقدين لا يرغبون فيها بحجة عدم الاستقرار السياسي، ومما لا شك فيه أن نظام المناقصات الإلكترونية ستغلب على كافة مظاهر الفساد هذه، إذا ما تم اتباعه وفق برامج مصممة خصيصا لذلك باستخدام تقنيات متطورة في هذا المجال .

فقد ساهم إدخال الوسائل الإلكترونية الحديثة كالأنترنت وأدواتها بشكل فعال في تطوير المبادئ العامة لإجراءات إبرام الصفقات (الفرع الأول)، وفي كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، (الفرع الثاني) وأيضا في الإجراءات التي يتم اتباعها لإبرام صفقة عمومية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تأثير الوسائل الحديثة الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام الصفقات العمومية

من أجل تحقيق المصلحة العامة و حفاظا على المال العام، تعمل كل مصلحة متعاقدة على اختيار أفضل العروض من أجل تحقيق المصلحة العامة، وضع المشرع عدة مبادئ يجب احترامها، وهي مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة (أولا)، ومبدأ الشفافية والسرية (ثانيا).

أولا. - مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة

يقصد به إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه شروط الصفقة مهما كان نوعها لكي يتقدم بعطاءه، فيمكنها استبعاد غير الأكفاء وغير الصالحين للتعاقد، ويكون ذلك في جميع مراحل العملية التعاقدية، على أن يكون هذا الاستبعاد مستندا على أساس قانوني. وكان لإدخال الوسائط الإلكترونية في إبرام الصفقات العمومية التأثير الإيجابي على مبدأ الدخول إلى المنافسة، فأصبحت هذه الأخيرة ذات بعد دولي. هذا ما يؤدي إلى فعالية المنافسة، حيث تشارك فيها المؤسسات الصغيرة والكبيرة سواء الدولية منها أو الداخلية.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

كما أن ارتباط هذا المبدأ بمبدأ العلانية الذي يبين الشروط والإجراءات التي تمكن المتنافسين التعاقد مع المصلحة المتعاقدة على أساسها، من شأنه أن يحقق الهدف الذي تسعى المصلحة المتعاقدة تحقيقه وهي العروض الأفضل⁽¹⁾.

باعتبار أن شبكة الأنترنت حاليا هي أوسع وسائل الإعلام انتشارا في العالم، ولكنها لا تكفي وحدها، إنما يضاف إليها الإعلان في الصحف، هذا ما نص عليه القرار المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها. وذلك إدراكا من المشرع أن كثيرا من المترشحين للتعاقد مع الإدارة لم يتعودوا بعد على استخدام الأنترنت من جهة، وعدم اكتمال البنية التحتية التقنية في معظم الدوائر الحكومية لإبرام مثل هذا النوع من العقود من ناحية ثانية.

آ. - مبدأ الشفافية والسرية في العقود الإدارية الإلكترونية

يعتبر مبدأ الشفافية من أهم المبادئ العامة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، فهو الذي يحقق المساواة بين المتعاقدين، ويوفر تكافؤ الفرص بينهم، وذلك عن طريق معاملة المترشحين على قدم المساواة فيما يخص الإجراءات والمواعيد من ناحية، ومن ناحية أخرى عن طريق تقديم المتعاقدين عطاءاتهم في أظرفة مغلقة يظل محتواها مجهولا إلى غاية موعد فتح الأظرفة عن طريق اللجنة المختصة، وهذا كله يمثل ضمانا هامة لمنع أي تحايل أو اتفاق جانبي لرفع الأسعار أو إبعاد أحد المترشحين من المنافسة بدون سند قانوني، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾.

⁽¹⁾ قيدر عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 37، 2008، ص 149.

⁽²⁾ ماجد راغب الحلو، رحمة الصغير النميلي، العقد الإلكتروني، -دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 69-70.

أ. بن عودة صليحة

وتحقيقاً لمبدأ الشفافية والسرية في إجراءات إبرام العقود الإدارية بالطريقة الإلكترونية، على السلطات المتعاقدة توفير الحماية للمعلومات والبيانات، وذلك عن طريق التوقيع الإلكتروني. هذا ما تم تدعيمه من خلال أحكام التوجيه الأوروبي رقم 1999 الخاص بالتوقيع الإلكتروني وفي فرنسا من خلال قانون العقود الإدارية ونصوصه التطبيقية وقانون التوقيع الإلكتروني⁽¹⁾.

الفرع الثاني : كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية

يتم تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية عبر البوابة التي تكون مزودة بنظام ملائم لحماية البيانات وضمان أمنها في ظل احترام أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام. فيتم إبرام الصفقات العمومية

⁽¹⁾ هذا ما أكدت عليه المادة 37 من التوجيه الأوروبي رقم 93/1999، حيث أكدت على أن إجراءات إبرام العقود الإدارية تخضع لنظام الأمن والحماية القانونية المنصوص عليها في هذا التوجيه الخاص بالتوقيع الإلكتروني، كما أن القانون الفرنسي الخاص بالعقود الإدارية أكد على مبدأ السرية والشفافية في إجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، حيث نصت المادة السابعة من المرسوم رقم 2002-692 والصادر في 2002/04/30، الخاص بإبرام العقود الإدارية عن طريق وسيط إلكتروني على أن: " الشخص المعنوي العام يضمن أمن الصفقات على شبكة المعلومات المتاحة لجميع المترشحين بدون أي تمييز.....".

-l'article 07 du décret 2002-692 : « La personne publique assure la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façons discriminatoire (JO du 03/05/2002.

كما أن المادة الرابعة من المرسوم رقم 2001-846 المؤرخ في 2001/09/18، الخاص بتطبيق الفقرة 3 من المادة 56، والخاصة بإبرام العقود الإدارية عن طريق وسيط إلكتروني، أكدت على أن الشخص المعنوي العام يوفر الأمن والحماية للمعاملات حتى نهاية المدة التي يوجب فيها القانون إرسال العروض من طرف المترشحين.

-L'article 04 du décret 2001-846 du l'application du 3°paragraphe de l'article 56 de la dématérialisation des procédures des marchés publics (JO DU 19/09/2001).

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

باستعمال وسائل معينة (أولا) ويكون تبادل الوثائق والمعلومات بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين (ثانيا).

أولا. - وسائل إبرام الصفقات العمومية

بإمكان الإدارة المتعاقدة أن تتعاقد عبر شبكة الأنترنت من خلال طريقتين هما ذاتهما المتعارف عليهما في مجال التجارة الإلكترونية. وإذا ما اتبعت الإدارة إحدى هاتين الطريقتين فإن عقودها تكون قريبة من عقود التجارة الإلكترونية الخاصة، إلا أن ذلك لا يمنع الإدارة من تطوير تقنيات معينة، والاستفادة من مزايا التعاقد الإلكتروني مع المحافظة على خصوصية العقود الإدارية وتمييزها عن العقود المدنية أو التجارية.

ويتمثل الطريقتان في البريد الإلكتروني E.mail (أ. -) و الموقع الإلكتروني website (ب. -).

آ. - البريد الإلكتروني (E.mail)

إن للبريد الإلكتروني عدة مزايا تميزه عن الهاتف والفاكس من ضمنها أن جهاز الشخص المطلوب الإتصال به لا يستعد لإستقبال الرسالة كما أنه لا يضطر لمراعاة فروق التوقيت والأبعاد الجغرافية . فهي طريقة سهلة لإرسال الإيجاب والقبول على الأنترنت إضافة إلى كونه مجانيا، وهو نظام قادر على قبول المراسلات ذات الأحجام المتعددة ويسهل المراسلة لمستلميه في فترة زمنية قصيرة⁽¹⁾.

من خلال هذه الطريقة تستطيع المصلحة المتعاقدة ارسال و استقبال المراسلات الخاصة بالعقد عبر بريدها الإلكتروني الخاص بها أو بالمتعاملين معها.

⁽¹⁾ خلفان المسروري، ماهو البريد الإلكتروني؟ مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.boosla.com

أ. بن عودة صليحة

ب. - الموقع الإلكتروني (website):

يعرف الموقع الإلكتروني على أنه تلك المساحة المحجوزة ضمن خادم ما وتحت نطاق معين في الشبكة العنكبوتية الأنترنت. وهو عبارة عن مواد معلوماتية يمكن أن تحتوي نصوصا أو صورا أو رسومات أو مواد سمعية وبصرية ثابتة و متحركة . ويتم إنشاء وتصميم الموقع الإلكتروني بلغات برمجية وتصميمية خاصة بفهمها الكمبيوتر ويتم رفعها بعد ذلك وتحميله على شبكة الأنترنت باستخدام برامج خاصة و تطبيقات معينة.

يمكن للإدارة المتعاقدة الاستفادة من المواقع الإلكترونية سواء من خلال طرح العطاءات وإعلانها على موقعها الإلكتروني أو من خلال استعراض المواقع الإلكترونية للموردين مثلا.

والموقع الإلكتروني هو عبارة عن شاشات عرض للمنتجات أو الخدمات، والمتعاقد يستطيع التعاقد مع المصلحة المتعاقدة طبقا لإجراء محدد.

وفي هذه الحالة يقوم المتعاقد بإعلان إرادته في إبرام العقد عبر الموقع وذلك بإرسال البيانات المطلوبة عن طريق البريد الإلكتروني⁽¹⁾.

ثالثا: الإجراءات المتبعة لإبرام صفقة عمومية عبر البوابة الإلكترونية:

إن إبرام أية صفقة عمومية يتطلب اتباع إجراءات معينة سواء الإبرام بالطريقة التقليدية أو الإلكترونية غير أن هذه الأخيرة تختلف عن الطريقة التقليدية وذلك لوجود وسيط يتمثل في وسائل إلكترونية يتم عن طريقها إبرام الصفقة، وتتعلق خاصة بالتسجيل وكيفية الإعلان عن الصفقة عبر البوابة الإلكترونية (أ.-) وأخرى تتعلق بكيفية طرح ملفات الترشيح

⁽¹⁾ عبد الله الكسواني، ماهو الموقع الإلكتروني؟، مقال منشور يوم 2014/08/27 على الموقع الإلكتروني: www.mawdooz.com

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

لطلب العروض (ب.-). ومن أجل الحفاظ على البيانات والمعلومات المتبادلة بين أطراف الصفقة خاصة من أخطار الفيروسات لابد من حمايتها وذلك باتباع عدة إجراءات (ج.-).

آ.- الإجراءات المتعلقة بالتسجيل وكيفية الإعلان عن الصفقة عبر البوابة الإلكترونية:

إن دخول المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين إلى الوظائف المخصصة لهم متوقف على تسجيلهم في البوابة، ويتم التسجيل بعد ملئ وإمضاء الاستمارة⁽¹⁾ وإيداعها لدى مسير البوابة عن طريق البريد الإلكتروني، وقد ألزم القرار المتعلق بإنشاء البوابة الإلكترونية الأطراف المتعاقدة بتعيين شخص طبيعي يكون مزود بعنوان إلكتروني ومرخص له بالدخول للوظائف المخصصة لهم. كما يمكن إيداع الاستمارات مباشرة لدى مسير البوابة⁽²⁾.

أما فيما يخص الإعلان عن المنافسة، فإن توقيت الإعلانات عن المناقصات والدعوات إلى الانتقاء الأولي أو رسائل الاستشارة على البوابة يتزامن مع إرسال الإعلانات للنشر في الجرائد وفي النشرة الرسمية المتعامل العمومي أو إرسال رسائل الاستشارة للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين⁽³⁾. وتقوم المصالح المتعاقدة بتحديد عنوان تحميل وثائق الإعلان عن المنافسة عند وضعها في متناول المتعهدين المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية في الإعلان الصحفي⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ يوجد نموذجين من استمارة التسجيل عبر البوابة الإلكترونية، تتعلق الأولى بالمصالح المتعاقدة أما الثانية تتعلق بالمتعاملين الإقتصاديين.

⁽²⁾ المادة 10 من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، سالف الذكر.

⁽³⁾ المادة 15 من القرار، السالف الذكر.

⁽⁴⁾ أما في فرنسا فإن العقد الإداري الإلكتروني فإنه طبقا بنص المادة 02 من المرسوم رقم 2002-692، يتم الإعلان عن المناقصة في موقع النشرة الرسمية لإعلانات العقود الإدارية، وفي موقع الشخص المعنوي المسؤول عن العقد، أنظر في ذلك :

أ. بن عودة صليحة

وعليه يمكن تسجيل الملاحظة التالية، جاء في المادة 15 من القرار المتعلق بإنشاء البوابة الصفقات العمومية أن نشر الإعلان في البوابة يكون في نفس الوقت مع إرسال الإعلان في الجرائد والنشرة الرسمية للمتعاقل العمومي، وعليه فالإرسال الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة هو الذي يتزامن مع إرسال النشر في الجرائد. أما صدور النشر في البوابة يكون هو الأول في الوصول إلى المتعاملين الاقتصاديين، ذلك أن النشر في الجرائد والنشرة الرسمية للمتعاقل العمومية يأخذ وقت أطول من النشر في البوابة، إذن فوصول النشر لا يكون في وقت واحد بالنظر إلى الفارق الزمني بين الإرسال ووقت النشر.

وعليه، فالإعلان عن الصفقة في البوابة يصل إلى علم المتعاقدين الاقتصاديين قبل نشره في الجرائد والنشرة الرسمية للمتعاقل العمومي لأن ذلك يتطلب وقت طويل لنشره، ومن هنا تظهر ميزة السرعة في التعاقد الإلكتروني في نشر الإعلانات في وقت وجيز، ويستطيع أي مهتم في هذا الميدان الإطلاع على هذه الإعلانات حتى أيام العطل وخارج ساعات العمل.

وتجدر الإشارة أيضا أن هذا القرار أشار إلى الإعلان عن طلب العروض والدعوات إلى الانتقاء الأولي، ورسائل الاستشارة فقط، ولم يدرج المسابقة، مع العلم أن هذه الأخيرة يكون فيها الإعلان إجباريا حسب ما نصت عليه المادة 47 من المرسوم المتضمن الصفقات العمومية⁽¹⁾.

Delphine Kessler, Le Contrat administratif face à l'électronique, D.E.S.S, droit de l'internet, université du Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2002, p. 63

⁽¹⁾ نصت المادة 61 من المرسوم 15-247، المتضمن الصفقات العمومية، سابق الإشارة إليه على أنه: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:
طلب العروض المفتوح،
طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
طلب العروض المحدود،

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

أما فيما يخص نشر وثائق الإعلان عن المنافسة الخاصة بتجمع الطلبات⁽¹⁾، فيتم النشر بإسم التجمع ومن طرف المصلحة المتعاقدة المنسقة، وفي حالة تجمع مؤسسات يتم تحميل دفتر الشروط والتعهد الإلكتروني بإسم التجمع ومن طرف رئيس التجمع⁽²⁾.

وعليه يجب أن تكون هناك فترة كافية بين الإعلان عن الصفقة وموعد إيداع العروض تكفي لإعداد العروض، فبالنسبة للتاريخ الذي يؤخذ بعين الاعتبار لحساب مدة تحضير العروض، فقد أحال القرار المتعلق بإنشاء البوابة الإلكترونية، إلى الإجراءات المتبعة بالنسبة للحامل الورقي المنصوص عليها في المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، وعليه يتم تحديد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة، مثل تعقيد موضوع الصفقة المعترزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات. ويمكن للمصلحة أن تمدد الأجل لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك على أن تبلغ ذلك للمترشحين.

ب. - الإجراءات المتعلقة بكيفية طرح ملفات الترشح لطلب العروض عبر البوابة:

بعد الإعلان الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة عبر البوابة، والتي كانت حددت من خلالها عنوان إلكتروني لتحميل الوثائق، حتى يتسنى لكل من يريد الترشح للصفقة إيداع كل الوثائق، وفق ما هو منصوص عليه في القرار المتعلق بالبوابة الإلكترونية وكذا المرسوم

المسابقة،

التراضي مع الاستشارة عند الاقتضاء.

⁽¹⁾ يمكن تجمع الطلبات فيما يخص المصالح المتعاقدة، و هي مكنة منحها المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية لهذه الأخيرة بأن تنسق إبرام صفقاتها عبر تشكيل مجموعات طلبات فيما بينها في شكل اتفاقية يوقع عليها الأعضاء، وتكلف هذه المصالح واحدة منها بصفتها مصلحة متعاقدة منسقة، بالتوقيع على الصفقة و تبليغها، وتعتبر كل مصلحة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعينها، أنظر في ذلك، المادة 36 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، سياق الإشارة إليه، ولأكثر تفصيل أنظر، القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، المتعلق بكيفية تشكيل وسير مجموعات الطلبات.

⁽²⁾ المادة 17 من القرار المتعلق بإنشاء البوابة الإلكترونية، سابق الإشارة إليه.

أ. بن عودة صليحة

المتضمن الصفقات العمومية. ففي حالة رد المتعهدين على الإعلان الخاص بصفقة معينة عبر البوابة، يقومون بالإضافة إلى ذلك بإعداد نسخة من العرض على حامل ورقي أو إلكتروني ويوضع ذلك العرض في ظرف مختوم يحمل عبارة " نسخة بديلة ". ويتم إيصال هذه الأخيرة إلى المصالح المتعاقدة في الآجال القانونية. على ألا يتم فتح هذه النسخة إلا في وجود حالات ثلاث تتمثل في:

- إذا كان العرض المرسل إلكترونيا يحمل فيروسا، أو لم يصل في الآجال القانونية والحالة الأخيرة إذا لم يتمكن من فتحه.

بمفهوم المخالفة إذا كان العرض المرسل إلكترونيا يتضمن حالة من هاته الحالات الثلاث يتم فتح النسخة البديلة، أما إذا كان هذا العرض سليما سيتم إتلاف النسخة البديلة، هذا ما جاء في نص المادة 12 من القرار في فقرتها الخامسة.

ويتفحص المادة 14 من نفس القرار، فنجدها تتحدث عن حالة إكتشاف فيروس في الوثائق المعلقة بالملف الإداري فإن المصلحة المتعاقدة تطلب من المتعهد ارسال آخر. مع العلم أن القرار يحدد المدة التي يتم فيها إرسال العرض الثاني في حالة وجود فيروس في الإرسال الأول⁽¹⁾.

عندما تكتشف المصلحة المتعاقدة فيروسا في الوثائق المتعلقة بالعرض، يتم فتح النسخة البديلة إذا تم إرسالها. فما هي النسخة البديلة التي يتم فتحها في هذه الحالة؟ فإذا كانت النسخة التي نصت عليها المادة 12 فإن تلك النسخة تم إتلافها حسب الفقرة الخامسة من المادة 12. أما إذا كان يقصد بالنسخة البديلة تلك المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 14، فتلك النسخة تتعلق بالملف الإداري وليس ملف العرض. وإذا كان يقصد

⁽¹⁾ لقد أعطى المشرع الفرنسي الحرية للمتعاقد في إرسال عطاءاتهم على مرحلتين، على ألا تتجاوز المدة بينهما أربعاً وعشرين ساعة، وإلا كانت عروضهم مرفوضة.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

واضعي القرار من عبارة الوثائق المتعلقة بالملف الإداري هي نفس الوثائق المتعلقة بملف العرض، فلا بد من إعادة النظر في هذه المادة.

أما إذا تم إرسال النسخة البديلة وكانت تحتوي فيروس، تقوم المصلحة المتعاقدة بمحاولة إصلاح العرض أو النسخة البديلة، وتواصل تقييم العروض إذا نجح الإصلاح. وفي حالة فشل محاولة الإصلاح، فتعتبر الملفات التي كانت تحمل فيروسا وكانت محل إصلاح ملغاة ويتم الاحتفاظ بأثر الفيروس، ويبلغ المتعامل المعني بذلك. هذا ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي: لما يتم الاحتفاظ بأثر الفيروس لم يتم الاحتفاظ بالنسخة البديلة التي تم إيداعها لدى المصلحة المتعاقدة؟ والتي نصت عليها المادة 12 من القرار السالف الذكر، مع العلم أن هذه المادة كانت واضحة وذكرت ثلاث حالات أين يتم فيها فتح النسخة البديلة ومن بينها الحالة المذكورة في المادة 14 من نفس القرار .

بالإضافة إلى ذلك فإن القرار قد سكت عن كيفية فتح أظرفة العروض التي ترسل عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، هذا ما يدل على أن العملية تتم بالطرق المتبعة في الإبرام العادي للصفقات العمومية هذا ما أكدته المادة 14 من نفس القرار والتي أحالت إلى المادة 122 من المرسوم الرئاسي 10-236، هذه الأخيرة المتعلقة بإجراءات فتح الأظرفة من قبل لجنة فتح الأظرفة ⁽¹⁾.

بالرجوع إلى المادة 122 من المرسوم السالف الذكر، نجدها قد نصت على دعوة المتعهدين كتابيا إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة وذلك خلال أجل أقصاه 10 أيام، تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض. وعليه هل يفهم من

¹ - بما أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 قد تم إلغاؤه، فإن المادة 122 منه، والتي أحال إليها القرار المتعلق بالبوابة الإلكترونية، قد استبدلت بالمادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الجديد . وعليه لا بد من تعديل هذا القرار، لاسيما المواد التي تتضمن الإحالة إلى المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، وتغيير المصطلحات.

أ. بن عودة صليحة

نص المادة 14 أن المدة التي يتم فيها إرسال العرض الثاني هي 10 أيام على الأقل؟. ولكن بالرجوع إلى طبيعة التعاملات الإلكترونية وما تتميز به من سرعة في التعامل فإن مدة 10 أيام تبدو مدة طويلة إذا ما أردنا الاستفادة من مزايا التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وبالتالي يكون ضمان لعدم تعطيل المشاريع التي تعزم الإدارة إنجازها. وعليه يجب إعادة النظر في هذه المادة وتحديد أجل بصريح العبارة.

أما بالنسبة لما جاء في المادة 13 من نفس القرار، أنه في حالة ما إذا كانت الوثائق ذات الحجم الكبير أو ذات طابع سري، فيمكن للمصالح المتعاقدة تبليغها للمتعاملين الاقتصاديين على حامل مادي ورقي أو إلكتروني مع تحديد عنوان لاستخراج هذه الوثائق.

ملاحظة : يبدو للوهلة الأولى من قراءة المادة أن هناك غموض، فكيف من جهة تبلغ المصالح المتعاقدة المتعاقدين الاقتصاديين الوثائق ذات الطابع السري بواسطة حامل ورقي أو إلكتروني، ومن جهة ثانية ألزمها القرار بتحديد عنوان لاستخراج هذه الوثائق عند الإعلان عن المناقصة أو الدعوة إلى اللانتهاء الأولي أو رسالة الاستشارة. وهذا ما يطرح مجال للتلاعب من قبل المصلحة المتعاقدة وذلك بتبليغ المتعاقدين الذين تريد التعاقد معهم قبل طرح المناقصة للمنافسة، ثم تقوم بتقليص أجل تحضير العروض فلا يتمكن الكثير من المتعاقدين تحضير عروضهم في الأجل المحدد، وبالتالي تكون طلباتهم ناقصة مما يؤدي إلى رفض عروضهم بحجة عدم احترام الأجل أو لنقص ملفاتهم.

وبالنتيجة فإن الطابع الإلكتروني للمناقصة لا يتعدى مرحلتي الإعلان عنها وتقديم العطاءات من المترشحين وتبقى مسألة البت في العروض من فتح للأظرفة وتقييم العروض خاضعة للأساليب التقليدية⁽¹⁾.

⁽¹⁾ هذا ما نصت عليه المادة 56 من قانون العقود الإدارية الفرنسي في فقرتها الأخيرة : " نصوص القانون الحالي قابلة للتطبيق على المعاملات التي تتم عبر وسيط إلكتروني." وعليه فإنه طبقا لأحكام قانون العقود

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

أما بالنسبة لإجراءات البت في المناقصة المحدودة، فإنه بعد الإعلان وتقديم العطاءات عبر البوابة الإلكترونية يقوم الشخص المعنوي العام بنشر قائمة المرشحين المقبولة عروضهم على شبكة الأنترنت ثم التفاوض معهم للوصول إلى أفضل العروض فنيا وماليا. ويتم هذا التفاوض إما عن طريق شبكة الويب أو عن طريق الهاتفو بأي وسيلة أخرى، وهذا التفاوض بين الإدارة والمتعهدين يؤكد الطابع الإلكتروني للعقد الإداري الإلكتروني⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك، يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل اختيار أحسن عرض من حيث الامتيازات الاقتصادية وخاصة صفقات اللوازم وتقديم الخدمات العادية، أن تلجأ إلى إجراء المزاد الإلكتروني العكسي، وذلك بالسماح للمتعهدين بمراجعة أسعارهم أو عناصر أخرى من عروضهم القابلة للقياس الكمي.

ويقصد بالمزاد الإلكتروني العكسي أحد عمليات المناقصة التي تشهد رواجاً متزايداً من أجل شراء المنتجات أو القيام بالأشغال، والخدمات التي تتاح فيها للمورد معلومات عن العروض الأخرى المقدمة، ويتسنى له فيها تعديل عرضه بشكل مستمر على سبيل منافسة العروض الأخرى، دون معرفة هويات الموردين الآخرين عادة . ويتم تقديم العروض إلكترونياً عن طريق موقع المزاد الإلكتروني، مستخدمين المعلومات الخاصة بالترتيب، أو المبلغ المطلوب للتفوق على عروض الموردين الآخرين. ويستطيع الموردون أن يطلعوا

الفرنسي، فإن الممارسة بالنسبة لعقود الدولة، أو الجماعات الإقليمية تعقد جلسة علنية يحضرها مقدمو العروض أو مندوبيهم، حيث تقوم بفتح الأطراف الفنية ودراسة العروض المقدمة للتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية، وبعد اختيارها لأفضل العروض، ثم ترفع اللجنة تقرير السلطة المختصة يتضمن توصياتها بشأن قبول أو رفض أي من هذه العروض وأسباب ذلك، كما أن المرشحين غير المقبولين يتم إعلامهم بذلك عن طريق وسيط إلكتروني، وفقاً لنص المادة 06 من المرسوم رقم 2002-692.

-L'article 06 du Décret 2002-692: "En cas d'appel d'offre ouvert, si une candidature n'est pas admise, l'offre correspondante est éliminée des fichiers de la personne publique sans avoir été lue, le candidat en est informé".

¹) Delphine Kassler, op. cit., p. 64.

أ. بن عودة صليحة

إلكترونيا على سير العروض خلال المزاد وأن يدخلوا تعديلات على عروضهم تبعا لذلك. وتستخدم المزادات العكسية على الأكثر في المنتجات والخدمات القياسية التي يشكل السعر فيها المعيار الوحيد أو الأساسي على الأقل لمنح العقد⁽¹⁾.

وأیضا اللجوء إلى الفهارس الإلكترونية للمتعهدين في إطار اقتناء دائم، تنفيذا لعقد برنامج، أو عقد طلبات. فقد تكون هذه الفهارس نسخا إلكترونية من فهارس ورقية تقليدية أو تتضمن مرافق لإرسال الطلبات إلكترونيا. وعلى المستوى العملي تستطيع جهة مشتري أن تستخدم ترتيب الفهرس الإلكتروني كوسيلة لاستبيان الموردين من أجل الحصول على بيانات الأسعار.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذين الإجرائين لم يتم النص عليهما في أحكام المرسوم رقم 10-236، الملغى، ومن أجل عصرنه التعامل الإلكتروني في طلب العروض، تم إدراج هذا النوع من التعامل من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الجديد، بالنظر لما يحققه من شفافية إذا ما توفرت للمشاركين معلومات عن العروض الأخرى، مما يضمن تحسين الميزة التنافسية.

ج. - الإجراءات المتبعة للحماية من الفيروسات:

إن الحماية من الفيروسات تتطلب إجراءات عديدة، وليس إجراء واحدا، حيث تتمثل في الحماية القبلية (1)، وحماية بعدية (2).

1. - إجراءات الحماية القبلية :

¹ - مذكرة الأمانة العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأعمال الممكنة مستقبلا في مجال الإشتراء العمومي، البند (9)، من جدول الأعمال المؤقت، الدورة السابعة والثلاثون، نيويورك، 14 جوان، 02 جويلية 2004، منشور على الموقع: repository.un.org/biststream/.../ACN.9_553-AR يوم 14 مارس 2004، على الساعة 13.45.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

إن الفيروس سهل الانتشار بين أجهزة الحاسب الآلي التي تستخدم من عدة مستخدمين، وذلك لوجود أقراص متداولة يجري استخدامها ونسخها و تبادلها. لذلك يجب اتخاذ الاحتياطات الآتية:

- شراء برامج أصلية وتعرف عن طريق غلافها، حيث تكون مغلفة بغلاف الشركة المنتجة أو تحمل بصمة الوكيل المعتمد أو مورد هذه الأقراص الذي يكون ذا سمعة طيبة.
- عدم نسخ البرامج المحملة على القرص والتي تكون مجهولة المصدر على جهاز الحاسب الآلي إلا بعد التأكد منه.
- عدم تداول الأقراص إلا بعد معرفة الجهة التي أصدرتها، لأن ذلك يشكل خطرا على الجهاز والبرامج التي يحملها.
- إذا تحتم تبادل الأقراص بين الأشخاص فيجب عند استعادتها القيام بالتأكد من أن القرص لم يصب بفيروس .
- قبل تحميل أي برنامج مضاد للفيروس على القرص الصلب في جهاز الحاسب الآلي، يجب استخدام برامج مسح الفيروس للتأكد من سلامة هذه البرامج.
- عدم فتح الملفات التي لا تعرف مصدرها خاصة عندما تلاحظ انتشارها حتى لو كانت ملفات البريد الإلكتروني، وبالتالي يجب القيام بمراجعة الملفات ومسحها بمضادات قبل فتحها.
- تحميل الحاسب الآلي بأحدث البرامج المدمرة للفيروسات، لأن الفيروسات في تجدد وتطور بصفة دائمة، لذلك وجب البحث عن حلول مستمرة.
- القيام بمراجعة نظام التشغيل بشكل دوري وعدم إغفال مراجعة الجهاز من وقت لآخر.

- القيام بتخزين على الأقراص المضغوطة، حيث تخزن المعلومات بطريقة مستدامة ولا يمكن الكتابة عليها مرة أخرى⁽¹⁾.

2. - إجراءات الحماية البعدية:

- مشاهد القرص: وهو برنامج مقاوم للفيروسات، يستخدم لمساعدة تنفيذ بعض العمليات الخاصة بالملفات والأقراص.
- المصل: وهو برنامج يحتوي على ثلاث ملفات، تقوم بالكشف عن الفيروس في ملفات تنفيذ الأوامر، وهو برنامج وقائي كفؤ.
- كلب الحراسة: يقوم بتعديل طريقة التعامل مع الملفات، حيث يمنع أطراف مختلفة من التعامل مع الملفات. فيقوم بإحداث أصوات تحذيرية مميزة للإعلان على أن الشخص الذي يستعمل الملف لا يملك المفتاح الذي هو خاص بصاحب الملفات.
- قاتل الفيروس: يعتبر هذا الملف مبيد للفيروسات، فهو يقاومها ويقوم بمسحها من النظام بصفة نهائية ويحاول منع العدوى إلى باقي البرامج⁽²⁾.

الخاتمة:

على الرغم من صدور القرار الذي يحدد محتوى البوابة وكيفية تسييرها بعد 3 سنوات من صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الذي نص على ذلك، ثم إلغاؤه وصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. إلا

⁽¹⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 62.

⁽²⁾ علاء نقشبدي، التوقيع الإلكتروني - خطوة إلى الأمام-، تحقيق منشور بجريدة الإتحاد، العدد الصادر في 2001/08/21.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

أنه لم يتم تطبيق ذلك على أرض الواقع، ولعل ذلك راجع إلى عدم تجهيز البنية التحتية المعلوماتية، وأيضاً مسألة التخوف من انعدام الأمن المعلوماتي، بالإضافة إلى مشكلة الأمية الإلكترونية.

وعليه، فإن تفعيل هذه الآلية يتطلب الوعي والتأقلم مع مستجدات التطور التكنولوجي، وتتطلب منتديات وملتقيات من أجل إشراك ذوي الاختصاص في هذا المجال، والفاعلين (الإدارات المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين) وذلك لحثهم على ضرورة اللجوء إلى التعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية، بالنظر إلى ما يضمنه التعاقد عبر البوابة الإلكترونية من سرعة وشفافية في إبرام الصفقة. وبالتالي تحقيق الأهداف المتوخاة من هذه الصفقات بما فيها خدمة المصلحة العامة وحماية للمال العام.

ومن النتائج المستخلصة من هذه الدراسة، يمكن تحديد ما يلي :

- عدم وجود آليات تقنية لتفعيل عمل البوابة الإلكترونية على أرض الواقع على غرار الكثير من الدول، وذلك من أجل الشفافية في هذا المجال الحساس.
- التعاقد عبر البوابة الإلكترونية يوسع في مجال المنافسة، وبالتالي الحصول على عروض كثيرة في ظرف زمني قصير.
- تسهيل إجراءات الإشهار و تسريع ونيرة الإجراءات و التدقيق في العمليات بواسطة برامج معدة لذلك وبالتالي الابتعاد عن تدخل العنصر البشري في هذه العمليات، وبالنتيجة القضاء على المحاباة والمحسوبية والرشوة ويتحقق بذلك المال العام.
- إن إعلان ونشر قائمة المقصين والممنوعين من الصفقات عبر البوابة الإلكترونية بسبب حالة من حالات الإقصاء المنصوص عليها ضمن المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، يحقق وظيفتين نفعيتين وهما، الأولى ضمان عدم فسح المجال لأولئك الأشخاص

أ. بن عودة صليحة

في المشاركة. والثانية هي اتعاض المتعاقدين الآخرين كي لا يقعوا فيما وقع فيه المنشور أسماءهم من أخطاء وترتب عنها إما إقصائهم أو منعهم بصفة مؤقتة أو نهائية.

ولذلك ينبغي :

- الإسراع في تفعيل البوابة على أرض الواقع من أجل الإستفادة من مزايا التعاقد الإلكتروني.

- توفير الحماية القانونية للتعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية من أجل زرع الثقة بين المتعاقدين، وبالتالي التقليل من التخوف من المعاملات الإلكترونية في هذا المجال.

- إعادة النظر في المادة 12 من القرار المتعلق بإنشاء البوابة الإلكترونية، وذلك بحذف الفقرة الخامسة " ويتم إتلاف النسخة البديلة " .

- تحديد المدة التي يتم فيها الإرسال الثاني المنصوص عليه في المادة 14 من نفس القرار، كما فعل ذلك المشرع الفرنسي حيث حدد المدة بدقة .

قائمة المراجع:

• الكتب و المؤلفات باللغة العربية:

- محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

- المختار بن أحمد عطار، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010.

أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

- ماجد راغب الحلو، رحيمة الصغير النمديلي، العقد الإلكتروني، -دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

• المقالات والمجلات:

- قیدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 37، 2008.

- نجوى أبوهيبة، التوقيع الإلكتروني، تعريفه ومدى حجته في الإثبات، منشور في بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية بين التشريع والقانون، المجلد الأول، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات المتحدة، يومي 10-12 ماي 2003.

- فيصل عبد الحافظ الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني، يونيو 2013.

• المراجع باللغة الفرنسية :

- Delphine Kessler, Le Contrat administratif face à l'électronique, Mém. D.E.S.S, droit de L'internet, université du Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2002.

* النصوص القانونية:

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج عدد 50، المؤرخة في 25 سبتمبر 2015.

أ. بن عودة صليحة

- القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج.ر.ج. عدد 21، مؤرخة في 09 أفريل 2014.

- القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين باقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.ج. عدد 24، مؤرخة في 20 أبريل 2011.

- القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، الذي يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.ج. عدد 24، مؤرخة في 20 أبريل 2011.

- l'article 07 du décret 2002-692 : « La personne publique assure la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façons discriminatoire (JO du 03/05/2002.

- L'article 04 du décret 2001-846 du l'application du 3°paragraphe de l'article 56 de la dématérialisation des procédures des marchés publics (JO DU 19/09/2001).

* مواقع الأنترنت:

-DANCHALD Gille ,GONIE Jean, GREGOIRE Stéphane, Recommandation, la conservation électronique des documents, en ligne, disponible sur : www.Abhatoo.com, consulté le 08/03/2010.

- خلفان المسروقي، ماهو البريد الإلكتروني؟ مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.boosla.com

- عبد الله الكسواني، ماهو الموقع الإلكتروني؟، مقال منشور يوم 2014/08/27 على الموقع الإلكتروني: www.mawdooz.com

- محمد أبو القاسم الرتيمي، البنية التحتية لتقنية المعلومات و مستقبل التعليم، جامعة السابع من أبريل مقال منشور على الموقع: act@ltnet.net

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية
(وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن
تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي)

♦ غلاب عبد الحق

ملخص:

يعد الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية أحد الطرق العملية لتمويلها، حيث تقتضي مسألة تنفيذ الصفقة توفير ضمان الأموال الكافية، لذلك كانت الحاجة إلى خدمات البنوك أو المؤسسات المالية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية ضرورة في حالات معينة، من أجل الحصول على قروض قصد تمويل الصفقات العمومية وإتمام عملية تنفيذها. ولأن هذه المؤسسات المالية تحتاج إلى ضمانات تكفل الخطر المحتمل من عدم تسديد القروض وذلك في الفترة بين منح القرض وإلى حين حلول أجل استرداد هذه القروض، يعد الرهن الحيازي للصفقة العمومية من الضمانات التي أوجدها تنظيم الصفقات العمومية واستعارها من القانون الخاص، حيث تعد هذه الآلية أحد أدوات الضمان في العلاقات الخاصة فقد تناولته المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد 948 إلى 950 منه.

الكلمات المفتاحية: رهن حيازي، صفقات عمومية، صندوق ضمان الصفقات العمومية، ضمانات تمويل الصفقات العمومية، العمومية.

Résumé

Le nantissement des marchés publics est l'un des moyens pratiques pour leur financement, ainsi que pour leur exécution, car il est indispensable de garantir les fonds suffisants. Par conséquent, le recours aux banques, aux institutions financières et à la caisse de

♦ باحث في القانون العام

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

garantie des marchés publics, est, dans certains cas, inévitable pour avoir des crédits permettant de financer lesdits marchés.

Or, l'exécution des projets implique, généralement, la mobilisation des ressources énormes qui dépassent les capacités des opérateurs économiques détenteurs de marchés publics; d'où la facilité à l'accès au crédit par le biais de l'institution du régime du nantissement des marchés publics, que ces entités financières doivent garantir pour s'assurer du risque potentiel de non-paiement de prêt. Ce mécanisme, prévu par les articles 948 à 950 du code civil, est l'un des outils de sûreté et de garantie qui régit ces relations.

Mots clés : nantissement, caisse de garantie des marchés publics.

Abstract:

The pledge of public procurement is one of the practical ways of financing, and for their implementation is essential to ensure sufficient funds. Therefore, the use of banks, financial services institutions or guarantee fund procurement, in some cases, is inevitable for their financing through bank loans.

And because the project implementation involves generally mobilizing huge resources that exceed the capacity of economic operators holders of public procurement; the system of procurement pledge was established to facilitate access to credit because these financial institutions must be safeguards to ensure that potential risks of non-payment of loan. This mechanism is a safety and guarantee tools in private law relationships that the Algerian legislature took the Civil Code in Articles 948-950.

مقدمة:

تعد الصفقات العمومية أحد الأدوات القانونية المثلى للإدارة التي تسعى من خلالها لتحقيق برامج تنموية وتلبية حاجات عامة، وفق الأساليب والإجراءات الصارمة التي تتماشى ومقتضيات المصلحة العامة والحاجات العامة وكذا الحفاظ على المال العام. وبعد موضوع الصفقات مجالا تلقي فيه جوانب كثيرة تتعلق بالوظائف الأساسية للإدارة والدولة،

أ. غلاب عبد الحق

هذا ما جعل المشرع يكيّف المنظومة القانونية للصفقات العمومية وفق المبادئ الأساسية التي تبنتها الدولة من أجل التنمية الشاملة وفي ظلّ التفتح الاقتصاديّ المنتهج. لذلك تعد الصفقات العمومية أكثر المجالات التي تخصص لها أرصدة مالية كبيرة كبر المشروعات والأهداف المسطرة.

ومن المعلوم أن عملية تنفيذ الصفقة العمومية ترتكز أساساً على الجانب التقني والجاني المالي لها، وذلك من خلال العروض المقدمة من المترشحين لإبرام الصفقات العمومية، غير أنه أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قد لا تتوفر لدى حائز الصفقة المال الكافي لإكمال تنفيذها، والناتج عن عدة أسباب قد يكون تماطل الإدارة في تسديد حقوقه من أهمها، لهذا أوجد المشرع عدة طرق لتمويل الصفقات من أجل تسهيل تنفيذها، وذلك سواء عن طريق آليات قانونية تسمح للمصلحة المتعاقدة بتمويل الصفقة مباشرة أو تمويلها عن طريق آليات أخرى تتدخل المؤسسات المصرفية فيها.

وفي هذه الحالة الأخيرة يلجأ حائزي الصفقات العمومية إلى المؤسسات المصرفية من أجل تمويل الصفقة عن طريق قروض في مقابل تقديم ضمانات معينة، ويعد الرهن الحيازي للصفقة من أهم الضمانات التي تلجأ لها المؤسسات المصرفية من أجل استرداد قيمة الديون والقروض الممنوحة لحائزي الصفقات العمومية.

ويعد الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية أحد الطرق العملية لتمويلها وإتمام عملية تنفيذها، حيث تتمتع المؤسسات المالية قروضاً لتمويل الصفقات، غير أن هذه المؤسسات المالية تحتاج إلى ضمانات تكفل الخطر المحتمل من عدم تسديد هذه القروض خاصة في الفترة بين منح القرض وإلى حين حلول أجل استردادها.

وعليه، يعد الرهن الحيازي للصفقة العمومية من أهم هذه الضمانات التي أوجدها تنظيم الصفقات العمومية، ومن المعلوم أنه حسب فقهاء القانون الخاص يعد الرهن الحيازي

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

أحد أهم التأمينات العينية، التي تقوم على فكرة تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام، وهي تحقق حماية الدائن من خطر تصرف مدينه في هذا المال، وتخول للدائن حق تتبع هذا المال والتنفيذ عليه في أي يد ينتقل إليه. كما تقي الدائن من خطر مزاحمة بقية الدائنين بما يخوله من حق التقدم عليهم في استيفاء حقه من ثمن العين الوارد عليها التأمين¹.

ونظرا لأهمية هذه الوسيلة التأمينية، فقد تناوله المشرع الجزائري في المواد 948 إلى 968 من القانون المدني، لذلك أفرد له العديد من الباحثين في مجال القانون الخاص أجزاء كبيرة من بحوثهم، وتأسيسا على كل ما تقدم تتجسد أهمية الموضوع.

وتبعا لذلك ارتأينا البحث في هذا الموضوع رغبة منا في الإحاطة بموضوع الرهن بشكل عام وانطلاقا من المدارك السابقة التي اكتسبناها فيه، وفي محاولة متواضعة الوقوف على خصوصية الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية، هذا النظام المقتبس من أحكام القانون الخاص.

وتأسيسا على كل ما سبق نحاول الإجابة على الاشكال الذي مؤداه، إلى أي مدى يمكن اعتبار نظام الرهن الحيازي في الصفقات العمومية نظاما خاصا ومستقلا عن الرهن الحيازي في القانون المدني؟

ويقتضي منا الموضوع أن نحيب على أسئلة فرعية، من ذلك إلى كيف نظم المشرع الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية (شروط وإجراءات وأطراف وأثار الرهن الحيازي)؟ وما هي خصوصية الرهن الحيازي في الصفقات العمومية؟

1 محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، ط1، دار هومة، الجزائر 2009، ص 11 وما بعدها.

وسنعمد للإجابة على هذه الإشكالات على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، والمنهج الوصفي في تبين الأحكام العملية التي تحكم الموضوع، وكذا المنهج التاريخي من خلال تتبع مراحل تنظيم الصفقات العمومية لموضوع الرهن الحيازي، على أن نعتمد على المنهج الاستدلالي في مواضع استدعاها الموضوع ولم تكن محلاً لتنظيم المشرع.

ولقد قسمنا الموضوع إلى مبحثين تناولنا في الأول تحديد مفهوم للرهن الحيازي في الصفقات العمومية، وخصصنا الثاني للتطرق إلى أحكام الرهن الحيازي في الصفقات العمومية.

المبحث الأول: مفهوم الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

يعتبر الرهن الحيازي أحد أشكال تمويل الصفقة العمومية، حيث يتلجأ بمقتضاه المتعامل المتعاقد مقابل مبلغ مالي، سواء أكان شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين وسواء كانوا خاضعين للقانون الجزائري أم لا⁽¹⁾، إلى مؤسسة مصرفية أو مجموع مؤسسات مصرفية أو إلى صندوق ضمان الصفقات العمومية من أجل تغطية نقص في خزينته للحصول على قرض في مقابل رهن الصفقة حيازيا كضمان لهذا القرض، لذلك اقتضى الموضوع نتطرق إلى كيفية تنظيم المشرع للرهن الحيازي في مختلف قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية المتعاقبة وأن نبحت في تعريف الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية (المطلب الأول)، ثم نبحت في حالات اللجوء إلى رهن الصفقة العمومية حيازيا (المطلب الثاني).

(1) المواد من 21 إلى 24 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: التطور التشريعي للرهن الحيازي وتعريفه في الصفقات العمومية.

عرف تنظيم الصفقات العمومية عدة تعديلات متعاقبة تماشيا مع التطورات الحاصلة في مختلف المجالات لذا سنحاول إبراز كيفية تنظيم المشرع للرهن الحيازي في مختلف قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية (الفرع الأول)، ثم يقتضي منا الموضوع أن نبث في تعريف الرهن الحيازي في الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التطور التشريعي للرهن الحيازي في الصفقات العمومية

بالرجوع للأمر 67-90⁽¹⁾ المتضمن قانون الصفقات العمومية، نجده تناول موضوع الرهن الحيازي في 13 مادة، وذلك في المواد من 98 إلى 110، في القسم الأول تحت عنوان الرهن الحيازي، من الفصل الثاني المعنون بتدابير لتسيير التمويل المصرفي للصفقات، من الباب الرابع والذي جاء تحت عنوان التسديد والتمويل.

أما بالنسبة للمرسوم 82-145⁽²⁾، نجده تناول موضوع الرهن في مادة وحيدة هي المادة 101⁽³⁾ منه، والتي جاءت في الفرع الأول المعنون بالرهن من القسم السابع تحت عنوان أحكام تعاقدية مختلفة، وذلك من الباب الرابع المعنون بأحكام تعاقدية، حيث أحالت هذه المادة إلى التشريع المعمول به وهو القانون المدني⁽⁴⁾ ولم ينظم هذا المرسوم الرهن

(1) الأمر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر ع 52، المؤرخة في 27 يونيو 1967، ص 718.

(2) المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر ع 15، المؤرخة في 13 أبريل 1982، ص 740.

(3) تنص المادة 101 من المرسوم 82-145 على "الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي قابلة للرهن حسب الشروط المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

(4) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 990، المعدل والمتمم.

أ. غلاب عبد الحق

الحيازي بأحكام خاصة، ولم يحدد حتى نوع الرهن المقصود، وهو نفس الحكم بالنسبة للمرسوم التنفيذي 91-434⁽¹⁾ حيث تناولته المادة 97 منه وتم تغيير فقط مصطلح المتعامل العمومي، بمصطلح المصلحة المتعاقدة.

إلا أنه بصدر المرسوم الرئاسي 02-250⁽²⁾، تم تنظيم موضوع الرهن الحيازي في المادة 97 منه، والتي جاءت مقسمة الى 12 فقرة، تناولت تقريبا نفس الأحكام التي وردت في المواد السابقة الذكر من الأمر 67-90، مع مراعاة التغييرات الواردة خاصة بعد انشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية⁽³⁾.

أما بالنسبة للمرسوم الرئاسي 10-236⁽⁴⁾ الملغى، فقد تناول الرهن الحيازي في المادتين 110 و 111 منه حيث جاءتا في القسم الفرعي الأول من القسم السابع المعنون بأحكام تعاقدية مختلفة، تحت الباب الرابع بعنوان أحكام تعاقدية. ويرى البعض أنه إذا كان المرسوم 82-145، والمرسوم التنفيذي 91-434، قد أخضعا رهن الصفقات العمومية لأحكام القانون المدني عن طريق الإحالة الى التشريع المعمول به، فإن الأمر 67-90

(1) مرسوم تنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 57، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991، ص 2211.

(2) المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 52، المؤرخة في 28 يوليو 2002، ص 3.

(3) أنشئ بموجب المرسوم التنفيذي 98-67 المؤرخ في 21 فبراير 1998، المتضمن انشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج ر ع 11، المؤرخة في 01 مارس 1998، ص 15.

(4) المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج ر ع 58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، ص 3.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

والمرسوم الرئاسي 02-250 قد اخضعوا رهن الصفقات العمومية حيازيا لأحكام خاصة في تنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾ وهو نفس الأمر في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى .

وبالرجوع الى المرسوم الرئاسي 15-247⁽²⁾ الجديد، فنلاحظ انه تناول الرهن الحيازي في القسم السابع من الفصل الرابع الذي جاء تحت عنوان تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية، وذلك من خلال أحكام خاصة وردت في المادتين 145 و 146 منه وهو ما سنوضحه وسيكون محل دراستنا.

الفرع الثاني: تعريف الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

لم يورد المشرع تعريفا للرهن الحيازي للصفقات العمومية في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية سابقة الذكر، وبالعودة إلى القانون المدني، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد عرف الرهن الحيازي في المادة 948 منه بقولها : **الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم الى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حق حبس الشيء إلى أن يستوفي دينه وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون .**

وما يمكن ملاحظته من هذا النص ان المشرع استخدم اصطلاح الرهن الحيازي للدلالة على الحق العيني التبعية المقرر للدائن ضمانا لاستيفاء حقه، وللدلالة على العقد كمصدر له. ويلاحظ أن المشرع قصر التقدم على ثمن الشيء مع ان التقدم قد يكون أيضا

(1) حماية قذوج، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1، ص 170.

(2) المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج ر ع 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص 3.

أ. غلاب عبد الحق

على ما يقابل ثمنه ⁽¹⁾، كمبلغ التعويض اذا كان الشيء قد هلك بخطأ من الغير، أو مقابل الثمن إذا كان الشيء قد نزع ملكيته للمنفعة العامة، أو قد يكون مبلغ التأمين اذا كان الشيء مؤمنا عليه ضد خطر وتحقق هذا الخطر ⁽²⁾، ويرد الرهن الحيازي على عقار او منقول، وهو ما قررته المادة 949 ق م ج ⁽³⁾، والمنقول الذي يرد عليه الرهن الحيازي قد يكون ماديا أو معنويا كالديون ⁽⁴⁾، أو كالمحل التجاري الذي يعد مال منقول معنوي وقد نظمته المشرع في المواد من 118 إلى 168 من القانون التجاري ⁽⁵⁾.

إلا ان هذا الرهن لا يؤدي الى نقل حيازة المحل الى يد الدائن المرتهن، وغاية ذلك حتى لا يحرم التاجر من استغلال المحل ⁽⁶⁾. كما أنه يمكن شهر التصرفات التي ترد على المحل دون الحاجة لنقل حيازته، وذلك من خلال قيد الرهن في السجل التجاري، وهو شرط

(1) محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها

(2) أنظر منصوري محمد العروسي، نظام الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر-1، 2012/2013، ص 14 وما بعدها.

(3) نصت المادة 949 ق م ج على: "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار".

(4) نصت المادة 977 ق م ج على: "إذا كان الدين غير قابل للحالة أو الحجز فلا يجوز رهنه..."، نظم المشرع رهن الديون في 07 مواد، للمزيد أنظر محمد سعدي الصبري، المرجع نفسه، ص 236، وص 322 وما بعدها.

(5) الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج ر ع 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، ص 1306.

(6) سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 510.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

لوجود حق الامتياز المترتب على الرهن وفق ما قضت به المادة 120 من القانون التجاري، ويثبت الرهن الحيازي للمحل التجاري بعقد رسمي وبذلك يقترب من عقد الرهن الرسمي⁽¹⁾.

وفهم من النص أيضا، ان الرهن الحيازي عقد رضائي، وان انتقال الشيء المرهون للدائن المرتهن او الغير المختار من جانبهما ليس ركنا للانعقاد، بمعنى انه ليس عقدا عينيا، وإنما يعد التزاما ناتج بعد تمام العقد في ذمة المدين⁽²⁾، وينحصر دور هذا الالتزام في نفاذ الرهن في مواجهة الغير، ويتوقف الاحتجاج بميزتي التتبع والتقدم قبل الدائنين العاديين والممتازين من تاريخ انتقال الحيازة للمال المرهون.

كما ان الفائدة العملية في انشاء حق الرهن الحيازي كحق تباعي، تتمثل في تقرير ضمان خاص للدائن المرتهن، يخوله حبس الشيء المرهون عن الناس كافة لحين استيفاء حقه والتفويض عليه في أي يد كان، وبالأسبقية على غيره. وعلق المشرع على تمتع المرتهن بهذا الحق على نفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير⁽³⁾.

وقد حاول الفقه تعريف الرهن الحيازي بشكل عام ونورد مثالا لذلك تعريف الأستاذ علي علي سليمان حيث عرف الرهن الحيازي على أنه: حق عيني تباعي ينشأ عن عقد رضائي، ويقع على منقول أو على عقار يقدمه المدين أو غيره وتنتقل فيه حيازة العين المرهونة الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان، ويكون للدائن بمقتضاه الحق في

(1) نصت المادة 120 ق ت ج على: " يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي. ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري.....".

(2) محمد العروسي منصوري، نظام الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر-1، 2012/2013، ص 14.

(3) همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1997، ص 343 ، وص 384 وما بعدها.

أ. غلاب عبد الحق

حبس العين المرهونة، وفي تتبعها في أي يد تكون، حتى يستوفي منها حقه بطريق الأولوية على غيره من الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة⁽¹⁾.

وتبعاً لذلك وتأسيساً على الأحكام العامة سنعتمد على فرضية ونحاول تعريف الرهن الحيازي في الصفقات العمومية ابتداءً حتى نحدد إطاراً للدراسة ثم نحلل التعريف لاحقاً.

الرهن الحيازي في الصفقات العمومية هو ذلك العقد الذي بموجبه يرصد المتعامل المتعاقد حقوقه أو ديونه الناتجة عن تنفيذ الصفقة من أجل ضمان التزام لدى مؤسسة أو عدة مؤسسات مصرفية أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية، قصد الاستفادة من تمويل هذه الصفقة عن طريق القروض، ويخول للمؤسسات المذكورة حق استرداد أموالها من مبلغ هذه الحقوق أو الديون المترتبة عن تنفيذ الصفقة وذلك بالأفضلية على جميع الدائنين الآخرين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وقد عرفه البعض على أنه:

« le nantissement des marchés publics est « l'acte par lequel le débiteur, en occurrence le titulaire du marché, affecte sa créance provenant de l'exécution dudit marché à la garantie d'une obligation contractée à l'égard d'un tiers, le créancier nanti, et confère à celui-ci le droit de se faire payer sur cette créance par préférence à tous les autres créanciers, sauf ceux bénéficiant d'un privilège primant celui du créancier nanti »⁽²⁾.

(1) أنظر محمد العروسي منصور، المذكرة السابقة، ص 15.

(2) Sayon COULIBALY, Nantissement des marches publics, publié, sur le site univ-jurisocial.over-blog.com, date de visité : 11/03/2015 à 15 :00.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

المطلب الثاني: حالات الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

نتطرق في هذا المطلب الى حالات الرهن الحيازي ويتعين علينا ان نفكك بعض المصطلحات ذات الطابع الاقتصادي، حيث يتبين من خلال استقراء المادة 146⁽¹⁾ من المرسوم الرئاسي 15-247 أن المشرع تدخل في تحديد الحالات التي من الممكن أن تكون فيها الصفقة قابلة للرهن حيازياً، لذا ينبغي تبيان هذه الحالات والتي وردت على سبيل المثال لا الحصر وسنقتصر على شرح الحالتين الأوليين فقط على اعتبار الحالات الأخرى واضحة.

فقد جاء في نص المادة 146 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن رهن الصفقات العمومية يتم على أحد الأسباب التي ذكرتها المادة على سبيل المثال حيث نصت بقولها أنه يمكن لصندوق ضمان الصفقات العمومية تمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها، لاسيما تسديد منها كشوف و/ أو فواتير في إطار رصد ديون المؤسسات الحائزة الصفقات العمومية وكذلك

1- في إطار التمويل المسبق لتحسين خزانة صاحب الصفقة قبل أن تعترف له المصلحة المتعاقدة بحقوقه في التسديد.

2- في إطار القرض مقابل الحقوق المكتسبة.

3- في إطار الضمان على التسبيقات الاستثنائية الممنوحة مقابل الرهون الحيازية لمختلف الصفقات المبرمة من قبل الهيئات المذكورة في المادة 6 من هذا المرسوم

(1) تقابلها المادة 111 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى بموجب المادة 215 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

أ. غلاب عبد الحق

وفهم من نص المادة أن هذه الحالات الواردة عل سبيل المثال يمكن من خلالها رهن الصفقة حيازيا من اجل تسهيل تنفيذها، وبلاحظ ان هذه المادة ذكرت صندوق ضمان لصفقات العمومية فقط، دون ان تذكر المؤسسات المصرفية الأخرى، مما يعني أن هناك حالات أخرى يمكن لحائز الصفقة رهنها حيازيا لدى مؤسسات مصرفية بغرض تمويلها كما سنبين ذلك لاحقا.

ومن خلال المادة أيضا يتضح أنه يمكن اللجوء الى رهن الصفقة لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية، في حالة تسديد كشوف و/ أو فواتير في إطار رصد ديون المؤسسات الحائزة على الصفقات العمومية، وهي عبارة عن تسبيقات مالية تمنح على أساس تسديد كشوف و/ أو فواتير أو ديون مستحقة الدفع بمناسبة انجاز خدمات موضوع الصفقة.

ونشير أن عملية رصد ديون المؤسسات الحائزة الصفقات العمومية كانت تسمى بعملية تعبئة ديون المؤسسات حائزة الصفقات العمومية، في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 بموجب المادة 98 منه. وبالرجوع إلى المادة 04 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي 98-67⁽¹⁾ المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، فإنه يمكن ملاحظة أن صندوق ضمان الصفقات العمومية يمكن الحاصلين على صفقات عمومية من تعبئة الديون الناشئة بمناسبة انجاز الصفقات العمومية، وذلك خلال أو عند الانتهاء من التنفيذ، وفي مقابل رهن الصفقة موضوع الدين لصالح الصندوق.

وتأسيسا على ذلك يمكن القول أن رصد الديون يقصد به كل تسبيق مالي يمنح إلى المتعامل المتعاقد من أجل تغطية دين أو مجموع ديون ناتجة عن تنفيذ موضوع الصفقة وتمت معاينتها، غير أنها لم تحرر من طرف المصلحة المتعاقدة، وذلك في مقابل رهن

(1) المرسوم التنفيذي 98-67 المؤرخ في 21 فبراير 1998 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج ر ع 11، المؤرخة في 01 مارس 1998، ص 15.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

الصفقة حيازيا موضوع الدين لصالح الصندوق. ويتم منح التسبيقات على شكل قروض من أجل رصد هذه الديون وفق الشروط الآتية:

1. ضرورة تقديم طلب قرض من طرف المتعامل المتعاقد حائز الصفقة.
2. أن يكون موضوع القرض هو دفع مبالغ مالية مستحقة الدفع والمتولدة عن ديون الى المتعامل المتعاقد.
3. أن تكون هذه الديون ناتجة خلال تنفيذ الصفقة أو الانتهاء من تنفيذها.
4. أن ينقضي الأجل المحدد لصرف الدفعات من قبل المصلحة المتعاقدة والمحدد في المادة 122⁽¹⁾ من المرسوم الرئاسي 15-247 ب (30) يوما، تحسب ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، مع مراعاة الاستثناء الوارد في المادة.
5. استظهار المتعامل المتعاقد شهادة الحق في الدفع الصادرة عن الأمر بالصرف صاحب المشروع.
6. أن تكون الصفقة العمومية المتولد عن تنفيذها الدين موضوع القرض، قابلة لرهنها حيازيا أو غير مرهونة لمؤسسة مالية أخرى.
7. تعهد طالب القرض بالتنازل عن فوائد التأخير لحساب الصندوق والمقدرة وفق المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي صرحت بأن صندوق

(1) تقابلها المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى.

أ. غلاب عبد الحق

ضمان الصفقات العمومية يمكنه الاستفادة من الفوائد المؤجلة والناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية، محل الرهن⁽¹⁾.

وقد تساءل البعض عن السبب الذي يدفع المتعامل المتعاقد حائز الصفقة من طلب قرض في شكل تسبيقات مالية لرصد الديون، مادام أنه يحق له الحصول على دفعات على الحساب من طرف المصلحة المتعاقدة بموجب بنود الصفقة؟

ولاحظ أصحاب هذا التساؤل ان الدافع من استحداث هذا النوع من القروض لرصد هذه الديون، أنه قد يعود الى الأجل الممنوح للإدارة من اجل صرف الدفعات على الحساب والمذكورة في المادة 122 وفق ما أشرنا له، مما قد يشكل ضغطا على خزينة المتعامل المتعاقد، وبالتالي يؤثر ذلك على تنفيذ الصفقة. كما ان الهدف المرجو من القروض الخاصة برصد الديون هو تسوية الخلل الوظيفي المعين لدي مختلف المصالح المتعاقدة المتسببة في التأخر في دفع المبالغ المستحقة الأداء إلى حائز الصفقة من جهة، وتخفيف الصعوبات المالية التي تصيب خزينتها من جهة أخرى⁽²⁾.

أما الحالة الأخرى التي يمكن رهن الصفقة فيها، فتكون في مقابل تسبيق على ديون الأشغال و/او الفواتير⁽³⁾، ولم يتم تعريف هذه الآلية في تنظيم الصفقات العمومية بل تولت

(1) وتطبيقا للتعليمية رقم 88 المؤرخة في 19 مارس 2005 المتخذة طبقا للمادة 63 من القانون رقم 21-04 المؤرخ في 2004/12/29 المتعلق بقانون المالية لسنة 2005، ج ر ع 85، المؤرخة في 30 ديسمبر 2004، ص 3.

(2) انظر، عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ص 133 وما بعدها.

(3) انظر، موقع صندوق ضمان الصفقات العمومية <http://www.cgmp.dz/arabi>، تم تصفح الموقع يوم 2015/03/08، على الساعة 12:00.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

التعليمة رقم PGE/10/A الصادرة عن صندوق ضمان الصفقات العمومية المؤرخة في 18 ماي 2006 تنظيم هذه الآلية.

والتسبيق على ديون الأشغال و/أو الفواتير، عبارة عن تسبيق مالي يتم منحه الى حائز الصفقة العمومية أثناء القيام بتنفيذ الصفقة و قبل نهاية الأجل التعاقدية للدفع على الحساب المشار لها في المادة 122 سابقة الذكر، وتثبت عن طريق تقديم وضعيات الأشغال و/أو الفواتير في مقابل رهن الصفقة حيازيا لصالح الصندوق وبعمولة تحدد من الإدارة المركزية للصندوق بعد أخذ رأي مصلحة الالتزامات على مستوى الصندوق⁽¹⁾.

ونشير أيضا أن المادة 146 من المرسوم الرئاسي 15-247 أشارت إلى إمكانية رهن الصفقة في إطار تحسين خزانة صاحب الصفقة أو رهن الصفقة في إطار الحقوق المكتسبة لصالح المتعامل المتعاقد، كما يمكن أيضا رهن الصفقة في مقابل التسبيقات الاستثنائية لأي طارئ أو سبب كان، ويتم ذلك سواء لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية أو أي مؤسسة مالية أخرى.

المبحث الثاني: أحكام عقد الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

أورد تنظيم الصفقات العمومية الجديد الرهن الحيازي في القسم السابع من الفصل الرابع الذي جاء تحت عنوان تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية، وهو نفس التوجه الذي كان في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، والذي اورد الرهن الحيازي ضمن القسم السابع المعنون بأحكام تعاقدية مختلفة وذلك في الباب الرابع منه الذي جاء تحت عنوان الأحكام التعاقدية، ويعد هذا تصريح من المشرع على ان الرهن الحيازي في الصفقات العمومية هو عقد، لهذا يقتضي المنطق أن نتطرق الى شروط انعقاد عقد الرهن الحيازي في الصفقات العمومية (المطلب الأول)، وأن نتطرق الى إجراءات إبرام عقد الرهن الحيازي في

(1) للتفصيل أكثر أنظر عبد الغني بن زمام، المذكرة السابقة، ص 139 وما بعدها.

أ. غلاب عبد الحق

الصفقات العمومية (المطلب الثاني)، ثم يكون لزاما ان نتكلم عن كيفية تنفيذ وانقضاء الرهن الحيازي في الصفقات العمومية (المطلب الثالث).

كما أشرنا له سابقا أن المشرع لم يحدد تعريفا للرهن الحيازي للصفقات العمومية، غير أنه باستقراء المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد، يلاحظ ان المشرع أورد شروطا وبعض الاجراءات الخاصة لانعقاد الرهن الحيازي في الصفقات العمومية، هذا على عكس القواعد العامة والتي لا تخضع الى أي شكل خاص على اعتباره عقد رضائي، يلزم لإبرامه أن تكون إرادة كل من طرفيه مبرأة من العيوب، وأن يكون كل من الراهن والمرتهن أهلا للالتزام بهذا العقد، ويكفي أن تتوفر فيه جميع الشروط العامة الشكلية والموضوعية لإبرامه⁽¹⁾، فهل يتوافق ذلك مع الرهن الحيازي المتعلق بالصفقات العمومية؟

لذلك نحاول الإجابة على هذا التساؤل باستقراء الأحكام المتعلقة بالموضوع والواردة في تنظيم الصفقات العمومية الجديد ومقارنتها بالأحكام العامة.

المطلب الأول: شروط ابرام عقد الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

من خلال استقراء المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 يمكن ملاحظة أنها قسمت شروط ابرام الرهن الحيازي في الصفقات العمومية إلى شروط موضوعية (الفرع الاول)، وإلى شروط شكلية (الفرع الثاني)، ننطريق لها تباعا.

(1) انظر، محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 239 وما بعدها.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإبرام عقد الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

نصت المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 على شروط موضوعية لانعقاد الرهن الحيازي في الصفقات العمومية نذكرها تباعا

أولا. - أن تكون الصفقة المراد رهنها قابلة للرهن حيازيا:

جاء في نص المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-245 أن الصفقات العمومية وملاحقها قابلة للرهن الحيازي، أضافت هذه الفقرة من المادة قابلية ملاحق⁽¹⁾ الصفقة للرهن الحيازي إن وجدت على عكس الفقرة الأولى من المادة 110 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى والتي نصت على أن: "الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة قابلة للرهن الحيازي"، دون أن تشير إلى قابلية ملاحق الصفقة العمومية إلى الرهن الحيازي، على اعتبار أن الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، وفق ما نصت عليه المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، وعلى اعتبار أن من خصائص الرهن الحيازي أنه عقد غير قابل للتجزئة أي أن كل جزء من الدين مضمون بكل الرهن وبأن كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين⁽²⁾.

(1) والملحق عرفته المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه : يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

(2) انظر، عباس علي محمد الحسيني، قاعدة عدم تجزئة الرهن، مقال منشور، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، 2009، ص 18.

أ. غلاب عبد الحق

وبالرجوع الى الفقرة 12 من ذات المادة 103 سابقة الذكر، نلاحظ أنها صرحت بأن تسلم لكل موص ثانوي أو متعامل ثانوي النسخة المصادق عليها والمطابقة لأصل الصفقة وعند الاقتضاء للملحق، وهو حكم خاص بما ذكرته المادة فقط ولا يمكن تعميمه الى المتعامل المتعاقد، غير أنه قد يفهم من ذلك أن هذه المسألة تخضع لإرادة طرفي عقد الرهن الحيازي. ولتفادي هذا اللبس لجأ المشرع إلى إضافة قابلية الملحق الى الرهن الحيازي في الفقرة الأولى 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 على النحو الذي أشرنا له، غير أن ذلك إن كان يجيب على تساؤل مدى إمكانية امتداد الرهن الحيازي إلى ملحق الصفقة. إلا أنه قد يثير إشكالا آخر هو مدى قابلية رهن ملحق الصفقة بشكل مستقل عن رهن الصفقة العمومية والذي يفهم من سياق المادة الفقرة الأول من المادة 145 سابقة الذكر، غير أن ذلك غير ممكن لأن الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ولا يمكن التعامل معها بشكل مستقل وإن كان وجودها من عدمه يؤثر في محل عقد الرهن الحيازي كما سنوضح ذلك.

هذا ويفهم من سياق الفقرة الأولى من المادة 145 أيضا أن هناك بعض الصفقات العمومية وملاحقها غير قابلة للرهن الحيازي، أي أن الصفقات العمومية وملاحقها ليست كلها قابلة للرهن الحيازي فقد تكون بعض الصفقات أو الملاحق لا تقبل الرهن الحيازي نظرا لطبيعتها أو لسريتها أو لأجل تنفيذها أو لقيمتها...الخ.

وما يؤكد ذلك أيضا أن المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 جعلت بيان الرهن الحيازي من البيانات التكميلية التي من الممكن أن تتضمنها الصفقة، غير أن هذا البيان يكون بيانًا إلزاميًا إن كان مطلوبًا، ويفهم ذلك من أن المادة 95 جاءت في القسم الأول من الفصل الرابع تحت عنوان البيانات الإلزامية، على عكس المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى والتي تقابل المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي جاءت في القسم الأول من الباب الرابع تحت عنوان بيانات الصفقات.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

أما عن مسألة تحديد أنواع الصفقات التي قد تكون محل لرهنها حيازيا فبالرجوع الى نص المادة 145 يمكن ملاحظة أن المشرع ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تقدير كل صفقة على حدى.

غير أنه يمكننا التساؤل عن مدى إمكانية رهن الصفقة العمومية المبرمة مع متعامل أجنبي؟ إن صيغة العموم الواردة في المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 قد تجيب على هذا التساؤل بالإيجاب إلا أنه في ظل غياب نص صريح يؤسس لذلك لا يمكن الجزم برأي محدد في هذه المسألة نظرا للإشكالات المتعلقة بهذا والتي سنوضحها لاحقا.

ثانيا. - محل عقد الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

انطلاقا من التعريف الافتراضي الذي سقناه لتعريف الرهن الحيازي في الصفقة العمومية على أنه ذلك العقد الذي بموجبه يرصد المتعامل المتعاقد حقوقه أو ديونه الناتجة عن تنفيذ الصفقة من أجل ضمان التزام لدى مؤسسة أو عدة مؤسسات مصرفية أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية، قصد الاستفادة من تمويل هذه الصفقة عن طريق القروض، ويخول للمؤسسات المذكورة حق استرداد أموالها من مبلغ هذه الحقوق أو الديون المترتبة عن تنفيذ الصفقة وذلك بالأفضلية على جميع الدائنين الآخرين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يمكن ملاحظة ان محل عقد الرهن الحيازي هي الديون المتولدة أو التي ستتولد عن تنفيذ الصفقة أو هي الحقوق المكتسبة أو التي ستكتسب والمثبتة عن طريق الأمر بالصرف، وتعد الصفقة وسيلة لإثبات الرهن الحيازي لهذه الديون أو الحقوق⁽¹⁾، وهو ما يستشف من قراءة الفقرة 12 من المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي جاء فيها: " ... أن

(1) عبد الغني بن زمام، المذكرة السابقة، ص 146.

أ. غلاب عبد الحق

يرهنوا حيازيا جميع ديونهم، أو جزءا منها..."، والمدين في هذه العلاقة هي المصلحة المتعاقدة، والدائن هو المتعامل المتعاقد أو المناول⁽¹⁾ أو الموصى الثانوي.

ومن الناحية العملية يحرر عقد الرهن الحيازي في وثيقة يتم التوقيع عليها من طرف المتعامل المتعاقد وصندوق ضمان الصفقات أو مؤسسة مالية⁽²⁾ صاحبة التمويل حسب الحال، حيث يتم تحرير كل المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد أو المناول أو الموصى الثانوي بين يدي صندوق ضمان الصفقات أو احد لمؤسسات المالية مقابل قرض أو ضمان أو رصد الديون على النحو المشار إليه سابقا.

وبالرجوع الى القواعد العامة التي تحكم الرهن الحيازي نلاحظ ان المادة 891 ق م ج أجازت ضمان الديون وسواء أكانت معلقة على شرط أو لم تكن كذلك كما أجازت الرهن الحيازي لدين مستقبلي أو دين احتمالي⁽³⁾.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإبرام عقد الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

بالرجوع الى الشروط الشكلية الواردة في المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العمومي، يمكن تقسيم الشروط الشكلية على النحو التالي:

(1) نصت الفقرة الاولى من المادة 140 من المرسوم الرئاسي 15-247 على انه : "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم".

(2) انظر، الملحق رقم (01) نموذج للوثيقة التي يبرم من خلالها عقد الرهن الحيازي للصفقة لدى بنك التنمية المحلية.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 239.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

أولاً - شروط متعلقة بأطراف عقد الرهن الحيازي

حدد تنظيم الصفقات العمومية أطراف الرهن الحيازي في الصفقات العمومية على سبيل الحصر نذكرهم تباعاً.

أ - الدائن المرتهن :

وهي الجهة التي يتم رهن الصنف العمومية أمامها، وبالرجوع الى البند الأول من المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247، نلاحظ أنها حددت هذه الجهة على سبيل الحصر حيث نصت على أن الرهن الحيازي لا يتم إلا لدى مؤسسة أو مجموعة مؤسسات مصرفية أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية.

أما في حالة إذا أنشئ الرهن الحيازي لصالح عدة مستفيدين، فإنه يجب على هؤلاء أن يكونوا فيما بينهم تجمعاً يعين له رئيس، وهو ما نص عليه البند الثامن من المادة 145⁽¹⁾ سابقة الذكر.

ب - المدين الراهن :

في الأصل يكون الدائن الراهن هو المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع⁽²⁾، غير أن المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 في البند رقم 12 أجازت للمناولين والموصين الثانويين أن يرهنوا رهناً حيازياً جميع ديونهم، أو جزءاً منها وفي حدود قيمة الخدمات التي ينفذونها، وذلك ضمن الشروط المبينة في نفس المادة، ولهذا الغرض

(1) بنص البند الثامن من 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: إذا أنشئ الرهن الحيازي لصالح عدة مستفيدين، فإنه يجب على هؤلاء أن يكونوا فيما بينهم تجمعاً يعين له رئيس.

(2) عبد الغني بن زمام، المذكرة السابقة، ص 146.

أ. غلاب عبد الحق

يجب أن تسلم لكل موصل ثانوي أو متعامل ثانوي النسخة المصادق عليها والمطابقة لأصل الصفقة وعند الاقتضاء للملحق.

ت. - الغير في الرهن الحيازي للصفقة :

حدد تنظيم الصفقات العمومية الغير في الرهن الحيازي على أنه المحاسب المكلف بالوفاء بالدين المخصص لضمان الدائن المرتين (المؤسسة المالية أو مجموع مؤسسات مالية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية)، والذي يتم تعيينه في الصفقة العمومية⁽¹⁾.

أما الغير وفق الأحكام العامة للرهن الحيازي فقد عرفه الفقه على أنه كل شخص يضار من وجود الرهن الحيازي، ويشمل كل شخص له حق عيني تبقي على المال المرهون كدائن آخر له حق رهن حيازة، وأيضا الدائن العادي ويشمل أيضا كل شخص له حق عيني أصلي على المال المرهون⁽²⁾.

ثانيا. - شروط شكلية خاصة بالرهن الحيازي في الصفقات العمومية

آ. - النص على بند الرهن الحيازي في الصفقة :

جعلت المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247، بيان الرهن الحيازي من البيانات التكميلية التي من الممكن أن تتضمنها الصفقة، ويفهم من ذلك أنه ليست كل الصفقات العمومية قابلة للرهن الحيازي مثلما وضعنا ذلك سابقا، وما يمكن ملاحظته أيضا في هذا الإطار، انه متى طلب بند الرهن الحيازي وأدرج في الصفقة كبند من بنودها، فإنه لا يكون نافذا إلا بعد موافقة السلطة المختصة، على اعتبار أن الصفقة

(1) نص الفقرة الثانية من البند 4 من المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 على... المحاسب المكلف بالوفاء الذي يعتبر بمثابة الغير الحائز للرهن إزاء المستفيدين منه.

(2) محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 280.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

بأكملها يتوقف نفاذها على ذلك. فمجرد التوقيع على الصفقة لا يجعلها منتجة لأثارها، وإنما أوجب المشرع في المادة 04⁽¹⁾ من المرسوم الرئاسي 15-247 موافقة السلطات المختصة، أو المسؤولين المكلفين عن طريق التفويض من هذه السلطات المختصة، حتى تصبح الصفقة نافذة ونهائية، وتأسيسا على ذلك فإن بند الرهن الحيازي إن ورد في الصفقة فإنه لا يكون نافذا إلا بعد موافقة السلطات المختصة.

ب. - تحرير عقد الرهن في وثيقة

لم يحدد المرسوم الرئاسي 15-247 شكلا معيناً لإبرام عقد الرهن الحيازي وإنما ترك ذلك لإرادة الأطراف، غير أنه جرى التعامل في الواقع العملي بالعقود الرسمية المحررة من الموثقين، ولا يوجد ما يمنع من تحرير العقد عرفياً وفقاً للقواعد العامة، وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن العقد يشمل كل بيانات الصفقة المراد رهنها حيازياً خاصة أسماء أطراف الصفقة وتاريخها وموضوعها ومبلغها... الخ⁽²⁾.

(1) تنص المادة 04 من المرسوم 15-247 على أنه: لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة

- مسؤول الهيئة العمومية

- الوزير

- الوالي

- رئيس المجلس الشعبي البلدي

- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية

ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال، بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

(2) انظر، الملحق رقم (01) نموذج للوثيقة التي يبرم من خلالها عقد الرهن الحيازي للصفقة لدى بنك التنمية المحلية

أ. غلاب عبد الحق

أيضا ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن المشرع ألزم إخضاع عقود الرهن الحيازي لإجراءات التسجيل، وفق

ما نصت عليه البند رقم 6 المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247، وتخضع عقود الرهن الحيازي لإجراءات التسجيل المنصوص عليها في الأمر 76-105⁽¹⁾، ولعل الحكمة من ذلك أنه متى حرر العقد عرفيا صار يحمل تاريخا ثابتا بهذا الاجراء. ومن الناحية العملية فإن عقد الرهن الحيازي للصفقة⁽²⁾ يخضع أيضا لقانون الطابع⁽³⁾.

المطلب الثاني: إجراءات إبرام عقد الرهن الحيازي للصفقات العمومية وآثاره

تمر عملية إبرام عقد رهن الصفقة حيازيا بعدة إجراءات لذا سنتناول هذه الإجراءات تباعا (الفرع الأول)، ثم يقتضي الموضوع أن نتطرق الى آثار عقد الرهن الحيازي للصفقة العمومية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إجراءات إبرام الرهن الحيازي في الصفقات العمومية

تمر مراحل إبرام عقد رهن الصفقات العمومية بعدة إجراءات:

(1) الأمر 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، ج ر ع 81، المؤرخة في 18 ديسمبر 1977، ص 1212 المعدل والمتمم.

(2) أنظر الملحق رقم 1.

(3) الأمر 76-103، المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الطابع، ج ر ع 39، المؤرخة في 15 مايو 1977، ص 680، المعدل والمتمم.

آ. - ضرورة تقديم النسخة الوحيدة للصفقة:

تسلم المصلحة المتعاقدة للمتعاقل للصفقة نسخة من الصفقة تتضمن بياناً خاصاً يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سنداً في حالة الرهن الحيازي⁽¹⁾، وتتمثل أساساً في نسخة من العقد الذي التزم بمقتضاه بتنفيذ موضوع الصفقة والذي يشمل أيضاً حقوق المتعاقل المتعاقد وخاصة المالية منها، وقد نص القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة في الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه على أنه " في حالة رهن الصفقة، يسلم المهندس الرئيس كذلك للمقاول ودون نفقة نسخة خاصة أو موجزا رسمياً من عقد الصفقة يتضمن عبارة "نسخة فريدة"، مسلمة بمثابة سند"⁽²⁾.

ومن الناحية العملية فإن المؤسسات المصرفية تطلب من المتعاقل المتعاقد نسخة أصلية من الصفقة العمومية، تمنحها المصلحة المتعاقدة وتحتوي على بيان " نسخة وحيدة"، "exemplaire unique" يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سنداً في حالة الرهن الحيازي⁽³⁾.

ويرى البعض أن تسليم هذه النسخة الخاصة من المصلحة المتعاقدة هو إقرار بمسؤوليتها لحماية المؤسسات التي هي بصدد تمويل الصفقة، وحتى لا يتمكن المتعاقل المتعاقد أو المناول أو الموصى الثانوي من رهن الصفقة العمومية لدى أكثر من مرة واحدة

(1) نص البند الثاني من المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن: تسلم المصلحة المتعاقدة المتعاقل المتعاقد نسخة من الصفقة تتضمن بياناً خاصاً يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سنداً في حالة الرهن الحيازي.

(2) القرار الوزاري الصادر في 1964/11/21، المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة، ج ر ع 6، لسنة 1965، ص 36.

(3) Réclamation de l'exemplaire unique. Réclamer au titulaire du marché (entrepreneur ou fournisseur) l'exemplaire "original" du marché remis par l'administration contractante et revêtu de la mention spéciale "exemplaire unique" indiquant que le marché formera titre en cas de nantissement. Voir Fascicule juridique de la banque de BDL, p. 82 (annexe n 1).

أ. غلاب عبد الحق

سواء لدى مؤسسة أو مجموع مؤسسات مصرفية⁽¹⁾، كما أن التعامل بمحل الرهن الحيازي يتم وفق هذه النسخة الوحيدة.

هذا ونشير الى أنه إذا تعذر تسليم النسخة من الصفقة والحاملة للبيان الخص المشار له سابقا، حفاظا على السر المطلوب، فإنه يجوز للمعني أن يطلب من السلطة التي تعاقدها، أن تمنحه مستخرجا من تلك الصفقة، موقعا عليه من قبلها ومتضمنا بيان "نسخة وحيدة"، وكذا البيانات الملائمة للسر المطلوب. وتعاذل هذه الوثيقة بالنسبة لإنشاء الرهن الحيازي تسليم النسخة بكاملها، وهذا ما قضت به المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 في البند رقم 3 منها.

غير أنه يمكن التساؤل عن إمكانية حصول المناول على هذه النسخة الوحيدة، وذلك في حالة ما إذا تحققت شروط المناولة⁽²⁾ للصفقة العمومية؟ كما أنه يمكن أن نتساءل عن الحالة التي يكون فيها المتعامل المتعاقد عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤسسات وفق ما نصت عليه المادة 37 من المرسوم الرئاسي 15-247، فهل تقدم نسخة واحدة للتجمع ككل تحمل البيان المشار إليه أم تقدم إلى كل شخ أو مؤسسة من التجمع نسخة؟

وما يمكن ملاحظته في هذا الإطار من خلال الرجوع الى المادة 81 من المرسوم 15-247، انه يمكن تقديم عرض في إطار تجمع مؤقت مؤسسات متى نص دفتر الشروط على هذه الإمكانية. غير أنه يجب أن تتضمن الصفقة في هذه الحالة بند يشير الى نوع التجمع، إما تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة عندما يلتزم فيه كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة، وإما تجمع مؤقت لمؤسسات مشاركة عندما يلتزم كل عضو

(1) عبد الغني بن زمام، المذكرة السابقة، ص 146.

(2) راجع بشأن شروط التعامل الثانوي (المناولة)، عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط.4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص 245 وما بعدها.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمات التي وضعت على عاتقه. ويعين أعضاء التجمع وكيلًا يمثل الأعضاء إزاء المصلحة المتعاقدة وينسق انجاز الخدمات، على أن يكون هذا الوكيل متضامنا وجوبا لتنفيذ الصفقة مع كل عضو من أعضاء تجمع مؤسسات مشاركة تجاه المصلحة المتعاقدة.

وتبعا لذلك يتم الدفع في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة في حساب مشترك مفتوح باسم التجمع، وتعد الكافلات باسم الوكيل، غدى كان التجمع مختلطا يتكون من شركات خاضعة للقانون الجزائري وشركات اجنبية فغنه يمكن استثناء دون المساس بطبيعة التجمع أن تعد الكافلات باسم كل عضو.

وفي هذه الحالة حسب رأينا تكون النسخة الوحيدة كافية بالنسبة لكل التجمع تأسيسا على التضامن والمسؤولية والكفالة، وطريقة الدفع في حساب واحد.

أما في حالة تجمع مؤقت لمؤسسات مشاركة فإنه يتم الدفع في حسابات كل عضو من التجمع إلا إذا اتفق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع، وتعد الكافلات باسم كل عضو من التجمع، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع. وفي هذه الحالة لا تكفي النسخة الوحيدة لرهن الصفقة العمومية حيازيا للأسباب التي أوردناها، وفي ظل غياب نص صريح يؤسس لذلك لا يكمن الجزم برأي محدد في المسألة⁽¹⁾، ونشير إلى المادة 81 إحالت إلى كيفية تطبيقها إلى قرار يصدر من وزير المالية.

(1) وما يمكن الإشارة إليه تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي قد عالج هذه المسألة في الفقرة الثامنة من المادة 106 والتي نصت على أنه :

« Dans le cas d'un marché exécuté par un groupement conjoint, il est délivré à chaque entreprise un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées ». Art. 6 du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics, J.O.R.F., du 4 août 2006, p. 20.

ثانياً. - إعلام المصلحة المتعاقدة بالرهن الحيازي للصفقة العمومية

جاء في نص المادة 975 ق م ج، أن الرهن الحيازي للديون لا يكون نافذا إلا بإعلانه و قبوله من المدين، ويلاحظ أن هذا الحكم ورد أيضاً في الفقرة الرابعة من المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث نصت على أنه **يجب على المتنازل له، أن يبلغ المحاسب المعين في الصفقة بالرهون الحيازية، والمتنازل له هو الدائن المرتهن وفق ما وضعنا سابقاً.**

وحتى يكون الرهن نافذا في مواجهة المصلحة المتعاقدة وفي مواجهة الغير، لابد من أن يعلم الدائن المرتهن (مؤسسة مصرفية أو صندوق ضمان الصفقات)، المحاسب المكلف بالقيام بعمليات الدفع والمذكور في النسخة الخاصة بالرهن عن الدين موضوع الرهن⁽¹⁾. ومن الناحية العملية، يتم ذلك عن طريق رسالة موصى عليها، ترسل من الدائن المرتهن الى المحاسب المكلف بالدفع الخاص بعقد الرهن الحيازي، مرفوقاً بنسختين أصليتين لعقد الرهن الحيازي، ونسخة مطابقة للأصل، حيث يطلب المرتهن من المحاسب التأشير والتصديق على الأصلين وإرجاعهما إليه⁽²⁾.

ويمكن في هذه الحالة أن يدفع المحاسب المكلف قيمة الدين المرهون الوارد إما في شكل تسبيقات أو دفعات على الحساب أو تسوية على رصيد الحساب الى الدائن المرتهن.

وفي الواقع العملي تمر إجراءات إبرام الرهن الحيازي للصفقات بعدة مراحل ففي حالة طلب قروض مثلاً، يتم تقديم طلب قروض من المتعامل المتعاقد أو المناول أو الموصى الثانوي الى المؤسسة المالية مرفوقاً بالنسخة الوحيدة للصفقة المشار إليها أعلاه، مرفوقاً بشهادة تثبت الحق صادرة من الأمر بالصرف إضافة الى التصريح بالتنازل عن فوائد

(1) عبد الغني بن زمام، المذكرة السابقة، ص 151 وما بعدها.

(2) انظر، الملحق رقم (02) نموذج رسالة من بنك التتمية المحلية الى المحاسب المكلف بالدفع.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

التأخير للمؤسسة المالية مانحة القرض، ثم يتم تحرير عقد الرهن وفق النموذج المخصص بكل مؤسسة مالية والخاضعة لتنظيمات وتعليمات البنك المركزي، ثم يتم اعلام المحاسب المكلف بالرهن الحيازي عن طريق رسالة موصى عليها من الدائن المرتهن، ثم يقوم المحاسب بتحرير وثيقة تبين قيمة المبالغ المستحقة الدفع للمتعاقل المتعاقد أو الثانوي أو الموصى الثانوي حسب الحال، ويرسلها الى للمؤسسة المالية مانحة القرض.

وبعد أن تتحصل المؤسسة المالية على هذه الشهادة المثبتة للمبالغ المستحقة الدفع للمتعاقل يتم التوقيع على عقد الرهن مع طالب القرض المخصص لتمويل الصفقة⁽¹⁾، ويصبح نافذا بين طرفيه بمجرد التوقيع عليه وفق الأحكام العامة بينما يصبح نافذا تجاه المحاسب العمومي المكلف بالوفاء بإعلامه على اعتباره الغير في هذه العقد ويتم ذلك بواسطة رسالة موصى عليها أيضا.

الفرع الثاني: أثار عقد الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

إن من أثار عقد الرهن الحيازي في الصفقات العمومية هو انتقال الحيازة الى الدائن المرتهن، وكذا حقه في قبض مبلغ الدين المخصص لضمان حقوقه، إضافة الى حقه مع المدين الراهن في الاستعلام عن محل الرهن من المصلحة المتعاقدة، وأيضا التزامه بإعلام الدين الراهن أو المتعاقل المتعاقد

أولا- انتقال الحيازة الى الدائن المرتهن:

من المعلوم انه يشترط لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير، انتقال الحيازة من المدين الراهن الى الدائن المرتهن أو الى شخص آخر يتفق عليه المتعاقدان، والحكمة من ذلك هو تحقيق اعلام الغير بتعلق حق الدائن المرتهن بالشئ المرهون، رغم بقاء ملكية

(1) انظر، الملحق رقم 01، سالف الذكر.

أ. غلاب عبد الحق

الشيء المرهون على ملكية الراهن⁽¹⁾، وتبعاً لذلك تساءلنا على مدى إمكانية انتقال حيازة محل الرهن في مجال الصفقات العمومية؟

ومما تقدم لاحظنا ان محل عقد الرهن في الصفقات العمومية هو مال منقول معنوي، وأيضاً من خلال تتبع مراحل إبرام عقد رهن الصفقة، وجدنا أنه يتم عن طريق تسليم النسخة الوحيدة الى الدائن المرتهن والتي تعد سنداً مثبتاً، وهو في تقديرنا تسليم حكمي، لأنه لا يشترط في التسليم الحكمي لانتقال الحيازة تسليم الشيء (ويقصد هنا الديون أو الحقوق المكتسبة التي تكون محلاً للرهن الحيازي) تسليمها مادياً بل يكفي أن يكون التسليم باتفاق الطرفين على اعتبار الشيء تحت تصرف الدائن المرتهن⁽²⁾، فنتنقل حيازته عن طريق هذا التسليم الحكمي اليه.

ثانياً. - حق الدائن المرتهن في قبض مبلغ الدين المخصص لضمان حقوقه :

جاء في البند السابع من المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247، أن " يقبض المستفيد من الرهن الحيازي بمفرده، إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك، مبلغ الدين المخصص لضمان حقوقه "، ويترتب على ذلك زوال الحيازة الحكيمة للرهن عن طريق تسليم النسخة الوحيدة للصفقة أو الوثيقة التي في حكمها والتي تحتوي على البيان سابق الذكر، الى المحاسب المكلف بالوفاء والمعين في الصفقة . على أن يتم هذا الاجراء بطلب من الدائن المرتهن بواسطة رسالة موصي عليها.

ونشير أن هذا القبض يتم بالرغم من المعارضات والرهن الحيازية التي لم يجر الإشعار بها في أجل أقصاه اليوم الأخير من أيام العمل السابق لليوم الذي يجري فيه

(1) محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 281 وما بعدها؛ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 408 وما بعدها.

(2) انظر، أنور طلبية، الحيازة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 35.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

الإشعار بالرهن الحيازي المعني وفق ما أشارت له الفقرة الثانية من البند السابع من المادة 145 سابقة الذكر.

ويتم القبض شرط ألا يطالب المدعون بأحد الامتيازات التي تقدم على حقوق المستفيدين من الرهن الحيازي بقوة القانون وهي كالآتي:

- امتياز المصاريف القضائية.
- امتياز متعلق بأداء الأجور وتعويض العطل المدفوعة الأجر، في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية كما ينص عليه القانون المتعلق بعلاقات العمل.
- امتياز أجور المقاولين القائمين بالأشغال أو المناولين أو الموصين الثانويين المعتمدين من المصلحة المتعاقدة.
- امتياز الخزينة.
- امتياز ملاك الأراضي التي تم شغلها بسبب المنفعة العمومية.

وهذا وفق ما نص عليه البند 11 من المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ثالثا. - حق الدائن المرتهن والمدين الراهن في الاستعلام عن محل الرهن من المصلحة المتعاقدة

نص البند التاسع من المادة 110 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه يجوز لصاحب الصفقة والمستفيدين من الرهن الحيازي أن يطلبوا أثناء تنفيذ العقد من المصلحة المتعاقدة إما كشفا موجزا للخدمات المنجزة، وإما بيانا تفصيليا للحقوق المثبتة لصالح المتعامل المتعاقد. كما يجوز لهم أن يطلبوا كشفا للدفعات على الحساب قدمت

أ. غلاب عبد الحق

للدفع، وبعين في الصفقة الموظف المكلف بتقديم هذه المعلومات، ويتم هذا الإجراء بواسطة رسالة موصى عليها من طرف الدائن المرتهن⁽¹⁾.

وما يمكن ملاحظته حول هذا النص انه تدارك الاخطاء التي كانت واردة في الصياغة في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى والتي جاءت في الفقرة 9 من المادة 110 حيث جاء فيها لفظ **في التسبيقات المدفوعة**، والأصح يكون **عن التسبيقات المدفوعة**، كما صار النص العربي في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 منسجما مع النص الفرنسي، حيث كان النص الفرنسي سابقا يشير الى الدفعات على الحساب (acomptes)، بينما يشير النص العربي الى التسبيقات المدفوعة، وهو ما كان يخالف ما جاء في المادة 74⁽²⁾ من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى والتي صرحت أن التسبيق يختلف عن الدفع على الحساب ولكل شروطه الخاصة.

وتعد الغاية من إقرار تنظيم الصفقات العمومية الجديد لهذا الحق للدائن المرتهن هو مراقبة الدين الضامن للرهن ومدى استحقاقه، كما أنه إذا طلب الدائن إعلامه بجميع التعديلات المدخلة على عقد الصفقة والتي تمس بالضمان الناتج عن الكفالة، فإنه يجب على الموظف المكلف بتقديم المعلومات والمعين في الصفقة مسبقا، أن يعلمه بهذه المعلومات في نفس الوقت الذي يعلم فيه صاحب الصفقة، وهذا ما قضى البند العاشر من المادة 145 سابقة الذكر.

(1) انظر، الملحق رقم (03) نموذج من الرسالة، سالفه الذكر.

(2) عرفت المادة 74 من المرسوم الرئاسي 10-236 التسبيق على أنه "كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ موضوع العقد، ويدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، كما عرفت الدفع على الحساب على أنه كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة، كما عرفت التسوية على رصيد الحساب على أنه الدفع المؤقت أو الهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها".

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

كما أنه حسب رأينا هناك غاية أخرى من الحق في الاستعلام، هو أن وعاء الرهن قد يتأثر أيضا بالجزاءات المالية التي توقعها الإدارة بما لها من سلطات، كالغرامات مثلا والتي تؤثر في حقوق المتعامل المتعاقد من جهة وتؤثر في وعاء الرهن الحيازي من جهة أخرى والذي يعد ضمانا لاستيفاء الدائن المرتهن حقوقه.

رابعاً. - التزام الدائن المرتهن بإعلام المتعامل المتعاقد:

يرتبط التزام الدائن المرتهن بإعلام المتعامل المتعاقد بحق الدائن المرتهن في قبضه حقوقه وحده على النحو الذي أشرنا إليه، حيث أوجبت الفقرة السابعة من المادة 110 المذكورة سابقاً على الدائن المرتهن أن يعلم المدين الراهن متى تم الاتفاق على ذلك في عقد الرهن الحيازي، ويتم ذلك وفقاً لقواعد الوكالة⁽¹⁾.

ويفهم من ذلك أنه متى نص عقد الرهن الحيازي على أن يقبض الدائن المرتهن مبلغ الدين المخصص لضمان حقوقه لوحده وبمفرده دون الرجوع إلى المدين الراهن، فإن ذلك يعد هو الأصل في هذا العقد، بينما متى نص العقد على أن يتم إعلام المدين

(1) أشار بعض الباحثين، أن المشرع استعمل عبارة "إطلاع منشئ الرهن" في الفقرة السابعة من المادة 110 من المرسوم الرئاسي 10-236، وتقابلها في النص الفرنسي "le gage qui constitue"، وبالرجوع إلى القانون المدني لا يوجد مصطلح منشئ الرهن، وإنما استعمل المشرع في المادة 951 ق م ج مصطلح "الراهن"، ويقابله في النص الفرنسي "le constituant de nantissement"، وأقترح أن تعاد صياغة الفقرة السابعة من المادة 110 كالآتي: "... في الحالة التي ينص فيها إطلاع الراهن"، واقترح استبدال مصطلح "gage" بمصطلح "nantissement" في النص الفرنسي. أنظر المذكرة نفسها، الهامش من ص 155-156. ونشير أنه نفس الأمر استمر في ظل البند السابع من المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد.

أ. غلاب عبد الحق

الراهن فإن ذلك يجعل التزاما على عاتقه بإعلام المدين الراهن عن كل المعلومات المتعلقة بتنفيذ عقد الرهن الحيازي⁽¹⁾.

حيث ينفذ هذا الالتزام طبقا لقواعد الوكالة ومؤدى ذلك أن الدائن المرتهن يعد بمثابة وكيل عن المدين الراهن في قبض الدين المستحق أصلا للمدين الراهن، ويكون ذلك في حدود مبلغ الدين المضمون بالرهن، وذلك لأن الرهن الحيازي بشكل عام وتأسيسا على القواعد العامة التي تحكمه فإنه يترتب حقا عينيا على ديون المتعامل المتعاقد ولا يترتب حقا للتملك⁽²⁾، كما أن الرهن الحيازي لا يشكل وسيلة من وسائل اكتساب الملكية ولا يمكن اعتباره سندا للملكية⁽³⁾. ولم يحدد تنظيم الصفقات العمومية تاريخ إطلاع المدين الراهن، وأيضا بالرجوع إلى الأحكام العامة التي تحكم الوكالة نجدها لم تنص على أجل الاعلام أيضا⁽⁴⁾، لهذا حسب رأي البعض فإن ميعاد إطلاع المدين الراهن يكون بعد تنفيذ عقد الوكالة أي بعد أن يتم قبض مبالغ الدين المضمون بواسطة الرهن⁽⁵⁾.

المطلب الثالث: تنفيذ وانقضاء الرهن الحيازي للصفقات العمومية

نتناول في هذا المطلب كيفية تنفيذ الرهن الحيازي وانقضائه حيث انه بالرجوع الى المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد يلاحظ أن الدائن المرتهن،

(1) عبد الغني بن زمام، المذكرة نفسها، ص 156.

(2) أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ، في قرارها رقم 338803، المؤرخ في 21 نوفمبر 2007، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 2، ص 151.

(3) انظر، قرار المحكمة العليا رقم 182410، المؤرخ في 25 نوفمبر 1998، الغرفة العقارية، المجلة القضائية، 1999، العدد 1، ص 85.

(4) نصت المادة 577 ق م ج: "على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها".

(5) عبد الغني بن زمام، المذكرة السابقة، ص 157.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

يطلب من المحاسب المعين في الصفقة والحائز على النسخة الخاصة المشار لها سابقاً، رفع اليد عن الرهن الحيازي سواء بشكل جزئي أو بشكل كلي حسب الحال، ويتم ذلك بواسطة رسالة موصى عليها مع اشعار بالاستلام، وبعد هذا الاجراء ينقضي الرهن الحيازي المنقل لحقوق المتعامل المتعاقد او المناول او الموصي الثانوي حسب الحال، وبالتالي تصبح حقوقهم بعد ذلك خالصة ومستحقة الأداء.

وكما هو معلوم أن الرهن الحيازي حق عيني تبقي، يترتب عليه مثل حقوق الضمان الأخرى انه يتبع الالتزام الأصلي وجوداً وصحة وزوالاً، وهذا ما نصت عليه المادة 893 ق م ج بقولها: لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وبالرجوع الى الاحكام العامة يلاحظ ان الرهن الحيازي ينقضي بصفة تبعية أي تبعا لانقضاء الدين المضمون وهذا ما نصت عليه المادة 964 ق م ج، غير انه يلاحظ في الرهن الحيازي تعد حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون مانعا لسقوط الدين بالتقادم، لان ترك المدين للشيء المرهون رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين يكون بمثابة إقرار مستمر بمديونيته، والإقرار يقطع التقادم وفق نص المادة 318 ق م ج .

وينقضي أيضا الرهن الحيازي بصفة أصلية لأي سبب دون ان ينقضي الدين المضمون وذلك لأحد الأسباب المذكورة في المادة 965 ق م ج ولذلك نحيل في ذلك الى الأحكام العامة لانقضاء الرهن الحيازي⁽¹⁾.

أما بالرجوع الى تنظيم الصفقات العمومية الجديد فيلاحظ أن الرهن الحيازي ينقضي متى قبض الدائن المرتهن (مؤسسة أو مجموع مؤسسات المصرفية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية)، مبلغ الدين المضمون بواسطة الرهن الحيازي، ويتم ذلك

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 299 وما بعدها.

أ. غلاب عبد الحق

من خلال طرق التسوية المالية للصفقة إما على شكل تسبيقات أو دفع على الحساب أو تسوية على رصيد الحساب وفق ما نصت عليه المادة 108⁽¹⁾ من المرسوم الرئاسي 247-15 الجديد.

وقد أشار البعض إلى أنه يمكن للمستفيد من الرهن الحيازي أن ينهي أثر الرهن الحيازي إما جزئيا أو نهائيا بواسطة عقد محرر⁽²⁾.

خاتمة

من خلال ما تقدم اتضح لنا ان هدف الرهن الحيازي للصفقة العمومية هو تمويلها، ويعد احد الضمانات العملية في هذا المجال لذلك نظمته المشرع بداية بأحكام خاصة، ثم عدل عن ذلك عن طريق الإحالة الى القواعد العامة التي تحكم الرهن الحيازي في القانون المدني، ليعود مجددا لتنظيمه بأحكام خاصة مرة أخرى بعد أن تأكد أن طبيعة الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية هو عبارة عن رهن حيازي من نوع خاص، له عدة خصوصيات ينفرد بها عن نظام الرهن الحيازي وفق القواعد العامة الواردة في القانون المدني، حيث تدخل المشرع في تحديد الهدف من الرهن، والذي جعله أساسا في تمويل الصفقات العمومية. كما تدخل أيضا في تحديد أطرافه على وجه الدقة، من خلال تحديد صفة المستفيد من التمويل بموجب هذا الرهن الحيازي للصفقة، وكذا تحديد وحصر الدائن المرتهن فلا يكون خارج المؤسسات المالية الجزائرية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.

أيضا يلاحظ أن المشرع لما أقر بمبدأ تخصيص محل الرهن، اما في رصد ديون حائز الصفقات أو تمويل على أساس أشغال و/أو فواتير، أو منح قروض على أساس

(1) تنص الفقرة الأولى المادة 108 من المرسوم الرئاسي 247-15 على أن: "تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب، وبالتسويات على رصيد الحساب".

(2) عبد الغني بن زمام، المذكرة السابقة، ص 161.

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

الحقوق المكتسبة الخ، وهذا المبدأ معروف في الرهن الرسمي. غير أن هذا المبدأ في الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية أوسع حيث خصص محل الرهن (الديون أو الحقوق المكتسبة والفوائد التأخيرية المحتملة)، ليس فقط لضمان استرداد الدائن المرتهن حقوقه بل لضمان تنفيذ الصفقات العمومية في حد ذاتها.

واعتبارا لكل ذلك يمكن القول أن المشرع جعل الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية نظاما قانونيا قائما بحد ذاته وله غايات معينة تبرز استقلاليتها عن باقي أنواع الرهن، وذلك بتنظيمه خارج اطار الاحكام العامة للرهن الحيازي في القانون المدني، وجعله ذو طبيعة تعاقدية أي أنه عقد ويستشف ذلك من المصطلحات الواردة في تنظيم الصفقات العمومية الجديد، كما أن الواقع العملي اثبت ذلك.

غير انه رغم هذا التنظيم الدقيق من المشرع لموضوع الرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية، إلا أن هناك بعض المآخذ في ذلك، فمن حيث الشكل تناول المشرع موضوع الرهن الحيازي في مادتين فقط أحدهما مادة طويلة تضمنت 12 بند وبعضها تضمن فقرتين لذا جاءت الاحكام متفرقة ومتداخلة وهو عيب في تحرير النصوص القانونية، رغم التعديلات التي جعلت التناسق بين النصوص الفرنسية والنصوص العربية في المصطلحات القانونية المستعملة إلا أن وجود بعض المصطلحات الغير دقيقة قد يؤثر من الناحية العملية في تطبيق هذه النصوص.

أما من حيث الموضوع، فما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يحدد الطبيعة القانونية للرهن الحيازي للصفقات، من حيث أنه يعد عقدا تجاريا أم عقدا مدنيا، ومدى تأثير ذلك على قواعد الاختصاص القضائي وقواعد الإثبات، وهل هذا أمر مقصود ليتم معالجة كل حالة على حدى؟ أم أن ذلك يتم بتطبيق القواعد العامة؟ رغم تحديده الى الجهات التي تكون

أ. غلاب عبد الحق

طرفا في الرهن الحيازي والتي من ضمنها صندوق ضمان الصفقات العمومية والذي يعد مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري⁽¹⁾ .

ولاحظنا ان المشرع لم يحدد أنواع الصفقات العمومية التي يمكن ان ترهن حيازيا مما جعلنا نتساءل عن إمكانية رهن الصفقة العمومية المبرمة مع متعامل أجنبي خاصة في ظل غياب نص يسمح أو يمنع ذلك؟

كما أن المشرع لم يشر الى منازعات هذا العقد، وخاصة في حالة إدخال الإدارة في الخصام، فهل يعد ذلك من الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي المطبق في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

إضافة إلى أنه إذا كانت الصفقة تعد سنداً للإثبات في حالة الرهن الحيازي على حسب تعبير المشرع، فالسؤال الذي يمكن طرحه في هذا المجال ما علاقة الصفقة بعقد الرهن؟ أو بمعنى آخر، ما أثر فسخ الصفقة (فسخ اتفاقي أو فسخ قضائي) على عقد الرهن؟ وما مدى إمكانية فسخ الصفقة إتفاقيا في حالة وجود الرهن الحيازي؟ وهل هناك إمكانية للمتعامل المتعاقد التخلي عن تنفيذ الصفقة موضوع الرهن الحيازي خاصة إذا كان وعاء الرهن سينقص في هذه الحالة جراء العقوبات المالية التي تفرضها الإدارة؟ وإن سلمنا باختصاص القضاء العادي وتطبيق القواعد للعامة فيما لو طرأت منازعات هذا ما يجعل هذه الآلية التي جاءت الى تمويل الصفقة دون جدوى.

كما لاحظنا أن وعاء الرهن هو دين مستقبلي واحتمالي غير محقق الوقوع مما أمكننا القول انه مال منقول معنوي، ويتوقف نفاذه على اعلام المدين (المصلحة المتعاقدة

(1) تنص المادة الاولى من المرسوم التنفيذي 67-98 على أنه : "تتأ تحت تسمية "صندوق ضمان الصفقات العمومية مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتدعى في صلب النص "الصندوق".

النظام القانوني للرهن الحيازي في مجال الصفقات العمومية

عن طريق المحاسب العمومي) بذلك وقبوله. وهذا وفق الأحكام العامة التي تحكم رهن الديون كما وضحناء، وما يمكن التساؤل في هذا الإطار عن كيفية تعبير الإدارة عن ارادتها، هل يعد ذلك قرارا إداريا أم ماذا؟

وتأسيسا على كل ما سبق يمكن أن نقترح إدخال التعديلات التالية :

ضرورة تعديل المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 وتقسيم الأحكام المختلفة في مواد أخرى مثلما كان عليه الحال في ظل الأمر 67-90؛

ضرورة استعمال مصطلحات قانونية دقيقة لها دلالات في التشريع الجزائري في النصين بالعربية والفرنسية وتقادي استعمال مصطلحات لها دلالات مختلفة في أنظمة قانونية أخرى. خاصة في البند السابع من المادة 145 سابقة الذكر؛

ضرورة تحديد طبيعة الرهن الحيازي من طرف المشرع لتحديد قواعد الاختصاص في حالة النزاع وكذا القانون الواجب التطبيق على النزاع، وعدم إحالة المسألة للقواعد العامة والتي قد تثير عدة إشكالات؛

؛ضرورة الإشارة الى العلاقة التي تربط عقد الصفقة بعقد الرهن الحيازي في الصفقة خاصة أنها تعد سندا لإثبات الرهن والإشارة الى كيفية تنفيذ هذا العقد في حالة فسخ الصفقة.

ضرورة تحديد طبيعة ردود الإدارة عن الرسائل المرسلة من الدائن المرتهن هل تعد مجرد اجراءات ادارية أم ماذا؟

ضرورة تحديد أنواع الصفقات العمومية التي يمكن رهنها حيازيا، وتنظيم مسألة أمكانية رهن الصفقات العمومية المبرمة مع متعامل أجنبي خاصة في الصفقات العمومية ذات الطابع الدولي وذات التمويل الخارجي.

جزاء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية

♦ عامر نجيم

ملخص :

تعتبر الإدارة الجهة الوحيدة المخولة قانونا بالسهر على تنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية تماشيا مع دورها الأساسي المتمثل في القيام بأعباء الخدمات العامة، وتحقيق حاجيات الجمهور، عن طريق إبرامها لصفقات مع مجموعة من المؤسسات أو المقاولات بغرض تنفيذ المخططات والمشاريع العمومية.

مع العلم بأن الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، حيث تم الاعتراف لها بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية على كل متعاقد معه أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، حرصا على حسن سير المرافق العامة، وحفاظا على المال العام، وذلك دون السماح لها بالتعسف في استعمال حقها هذا الذي يخضع لرقابة القضاء الإداري.

الكلمات المفتاحية: إدارة، متعامل، متعاقد معه، جزاء إداري، رقابة، قضاء إداري .

Résumé

L'administration est légalement la seule partie habilitée à assurer la mise en œuvre les plans de développement nationaux et locaux, ainsi que son rôle fondamental est de bien gérer les services publics et d'atteindre les besoins du public, par la conclusion des accords avec une gamme d'entreprises, et ce, pour cela, elle doit exécuter légalement les projets rentrant dans le cadre desdits accords.

♦ أستاذ مساعد صنف "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان

A cette fin, l'administration dispose des privilèges de l'autorité publique, en lui reconnaissant le pouvoir de sanctionner l'entrepreneur qui ne respecte pas les obligations contractuelles et ce, afin d'assurer le bon fonctionnement des services publics et la préservation des fonds publics par des moyens empêchant toutes sortes de l'oppression en usant de son droit par soumission au contrôle de la gestion de la juridiction.

Mots-clés: administration, entrepreneurs, contrôle, compétence gestion.

Summary

The management is considered the only legal and lawful part or sector to execute national as well as local plannings of development along with its essential role to afford public services and realize people's needs through deals with a group of firms and enterprises to fulfil and execute the public projects and planning.

For the record, management has the quality of public authority for it is given approval and power to sign managing penalties on every contractor who disrespects Contractual obligations so as to make sure the good functioning of public utilities and preserving public funds by means preventing any kinds of oppression in using its right via submission to the control of managing jurisdiction.

Keywords: management, contractor, control, managing jurisdiction.

مقدمة

لقد اعترف المشرع الجزائري للإدارة بأهلية التعاقد من أجل السهر على تنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية، وذلك عن طريق تمكينها من إنشاء روابط تعاقدية عديدة

جزء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية

بهدف تحقيق الأهداف المنوطة بها والمتمثلة أساسا في القيام بأعباء الخدمات العامة، وتلبية حاجات الجمهور، خاصة وأن تنفيذ أغلبية البرامج والمخططات الاستثمارية يقع على عاتق الإدارة بموجب إبرامها لصفقات عمومية مع مجموعة من المؤسسات أو المقاولات لتنفيذ محتوى هاته الصفقات.

مع العلم أن تنفيذ الصفقات العمومية مرتبط باستمرارية المرفق العام من جهة، وبالمال العام من جهة أخرى، وهذا ما جعل الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين الذين أخلوا بتنفيذ هاته الصفقات، وذلك من أجل الحفاظ على استمرارية المرفق العام المرتبط بالعقد، و تقاديا لإضعاف مردوده.

وعلى هذا الأساس توصلنا إلى طرح الإشكالية التالية: ما هو جزء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية؟

وللإجابة على هاته الإشكالية قسّمنا دراستنا هاته إلى مطلبين، الأول نتناول فيه صور الجزاءات الإدارية المترتبة على الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية، في حين سنخصص المطلب الثاني للقيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ورقابة القضاء الإداري عليها.

المطلب الأول: صور الجزاءات الإدارية المترتبة على الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية

إن عقود الصفقات العمومية شأنها شأن باقي العقود الأخرى، يترتب على انعقادها صحيحة ومستوفية لجميع أركانها مجموعة من الالتزامات أهمها التزام المتعامل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ محتوى العقد الذي تتمحور حوله الصفقة بكل تفاصيله خلال الأجل المتفق عليه، وبالتالي فإن إخلاله بإحدى التزاماته التعاقدية سيُعرّضه لإحدى الجزاءات الإدارية

المُخَوَّل للإدارة تسليطها عليه بإرادتها المنفردة¹. مع العلم أن صور هذه الجزاءات تختلف باختلاف درجة جسامه خطأ المتعامل المتعاقد، بحيث قد تلجأ الإدارة إلى الغرامة المالية إذا اتضح لها أن هذا النوع من الجزاءات من شأنه أن يحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية (الفرع الأول)، وفي حالة العكس يجوز لها اللجوء إلى التنفيذ على حسابه (الفرع الثاني)، أما في حالة الخطأ الجسيم فانه يجوز لها فسخ العقد الذي يربطها مع المتعامل المتعاقد معه (الفرع الثالث)².

الفرع الأول: العقوبات المالية

قد يقوم المتعامل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد الذي يربطه بها في الأجل المحدد وبنفس الشروط و التفاصيل المتفق عليها، وهذا لا يطرح أي إشكال من الناحية القانونية، أما إذا أخل هذا المتعاقد بالعقد الذي يربطه بالمصلحة المتعاقدة فإن المشرع الجزائري قد أعطاها الحق في اللجوء إلى توقيع جزاء مالي على المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته. وهذا طبقاً للمادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي نصت على أنه "يمكن أن ينجر على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به..."، مع العلم أن قيمة هذه الغرامات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها يتم تحديدها في العقد³.

¹ - انظر، قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 103 و ما يليها.

² - انظر، جمال عباس عثمان، النظرية العامة و تطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 406-407.

³ انظر، الفقرة الأولى من المادة (147) من المرسوم الرئاسي رقم (15-247)، المؤرخ 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

جزء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية

وعليه، من حيث تطبيق الغرامات المالية في الصفقات العمومية، يستخلص من خلال استقراء الفقرة الأولى من نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق ذكرها، أن المشرع الجزائري قد حصر سلطة الإدارة في توقيع عقوبات مالية على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية في حالتين:

الحالة الأولى: حالة عدم احترام المتعاقد للأجل المتفق عليه.

الحالة الثانية: حالة التنفيذ غير المطابق¹.

أولاً. - حالة عدم احترام المتعاقد للأجل المتفق عليه

إن عنصر الزمن هو عنصر أساسي و جوهري في العقود الإدارية، و ذلك لأن الإدارة عند تعاقدها مع متعامل ما بغرض تنفيذ عقد يحتوي على صفقة عمومية تتفق معه على أجل محدد يجب إتمام الصفقة خلاله حتى تتفادى تماطل هذا المتعامل في تنفيذ التزاماته، لأن الأمر يتعلق باستمرارية المرفق العام².

وبالتالي فإنه يجوز للإدارة تسليط عقوبات مالية على كل متعاقد ثبت إخلاله بعنصر الزمن، لأنه هو من اتفق مع الإدارة على تنفيذ العقد الذي يتضمن صفقة عمومية في أجل معين، ثم أخلّ بهذا الالتزام، بحيث تماطل في تنفيذ التزاماته في المدة المتفق عليها، وهذا ما يسمح للإدارة بإمكانية تسليط العقوبات المالية المحددة في العقد عليه كجزاء عن تأخره في تنفيذ التزاماته³.

¹ - أنظر، عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص 211-212.

² - أنظر، عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 152-153.

لقد أعطى المشرع الجزائري للإدارة سلطة توقيع العقوبات المالية كذلك في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه المتمثل في وجوب تنفيذه للعقد وفقاً للشروط والمعايير المتفق عليها، بحيث يجوز لها اللجوء إلى فرض جزاءات مالية في حق المتعامل المتعاقد معه في حالة ثبوت أنه قد تحايل على الإدارة وقام بتنفيذ العقد دون احترام المقاييس خاصة في ما يتعلق بمعايير الجودة ونوعية العمل المنجز.

وللإشارة أن تحصيل هاته الغرامات يتم غالباً عن طريق اقتطاع الإدارة لمبلغ الغرامة المالية المفروضة على المتعامل الذي أخل بتنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه من مبلغ ضمان حسن التنفيذ الموجود تحت تصرفها أو تحت أمرها¹، لأن المشرع الجزائري ألزم المتعاقد الذي أسندت له صفقة عمومية ما بتقديم كفالة حسن التنفيذ، وذلك كضمان منه على التزامه بحسن تنفيذ العقد الذي يحتوي على الصفقة المسندة له، باستثناء بعض صفقات الدراسات والخدمات التي يُمكن للمصلحة المتعاقدة التأكد من حسن تنفيذها قبل دفع مستحققاتها، وبعض الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط، إضافة إلى بعض الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية، والصفقات التي لا يتجاوز أجل تنفيذها مدة ثلاثة أشهر، و التي قامت المصلحة المتعاقدة فيها بإعفاء المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ².

³ - قد يتم الاتفاق أثناء التعاقد على أن يتم تقدير العقوبات المالية تقديراً جزافياً، أو عن طريق فرض نسب محددة عن كل يوم تأخير مثلاً، وهذا الطرح الأخير هو المعمول به في معظم الأحيان.

¹ - انظر، محمد الصغير بعللي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 76 و ما يليها.

الفرع الثاني: التنفيذ على حساب المتعاقد:

إضافة إلى جزاء الغرامة المالية الذي سمح المشرع الجزائري للإدارة بتسليطه على المتعامل المتعاقد معها الذي أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فقد أجاز كل من القضاء والفقه للمصلحة المتعاقدة باعتماد طريقة التنفيذ على حساب هذا المتعامل، وذلك إما عن طريق إسناد تنفيذ الصفقة إلى متعامل آخر على نفقة المتعامل المتعاقد الذي أخل بتنفيذ هاته الصفقة، بغرض استمرارية المرفق العام و خدمة للجمهور، لأنه لا يمكن تصور توقف نشاط أحد المرافق العامة أو ضعف مردوده بسبب تقصير المتعاقد في أداء التزاماته التعاقدية. وإما عن طريق حلول الإدارة محل المتعامل الذي أخل بتنفيذ العقد، وإشرافها على تنفيذ هذا العقد بنفسها مباشرة مستعينة في ذلك بعمالها و موظفيها، ويتحقق ذلك على وجه الخصوص في حالة الاستعجال التي لا يُحتمل فيها انتظار البحث عن متعامل آخر لتنفيذ العقد الذي يربطها بالمتعامل المتعاقد الأصلي، ومثال ذلك أن تقوم المصلحة المتعاقدة بالقيام بالتوريدات المطلوبة لمرفق آخر مع تحمل المورد المتعهد للفارق في السعر، إضافة إلى تحميله للنفقات الإضافية كذلك¹.

¹ - تنص المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه "زيادة على كفالة رد التسيبقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة.

بالنسبة لبعض صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، قبل دفع مستحققاتها، يُعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة. وتكون صفقات الإشراف على إنجاز الأشغال غير معنية بهذا الإعفاء.

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (03) أشهر . يُمكن للمصلحة المتعاقدة أن تُعفى المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، بالنسبة للصفقات المؤبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط، وبالنسبة للصفقات المؤبرمة مع المؤسسات العمومية ..".

² - انظر، بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2010، الجزائر، ص 113.

الفرع الثالث: فسخ العقد:

إن الإدارة تتمتع بحرية اختيار الجزاء الذي تراه مناسباً لتوقعه على المتعامل المتعاقد الذي أحل بتنفيذ التزاماته، وبالتالي فإنه يمكنها فسخ العقد الذي يربطها بهذا المتعامل الذي يفترض فيه أنه قد ارتكب

خطأ جسيماً، كتقصيره عمداً في تنفيذ التزاماته في الأجل الذي حدّدته المصلحة المتعاقدة في الإعذار الذي وجهته له قبل قيامها بفسخ هذا العقد¹.

مع العلم أن فسخ العقد الإداري يتم إما من جانب واحد - أي من جانب الإدارة وحدها - ودون اللجوء إلى استصدار حكم قضائي، وهذا مظهر آخر من مظاهر امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة حفاظاً على استمرارية المرفق العام، وذلك من أجل استمرارية الخدمات التي ينفع منها الجمهور².

وفي هذا الصدد منع المشرع الجزائري الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة متى استندت الإدارة في قرارها هذا على بنود هاته الصفقة، بمعنى أنه حصّن قرار الإدارة بفسخ الصفقة متى تم الاتفاق بينها وبين المتعامل المتعاقد أثناء إبرام العقد على أنه في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية فإنه يحق لها فسخ هذا العقد الذي يربطهما³.

¹ - الفقرتين الأولى والثانية من نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 156 و ما يليها.

³ - الفقرة الأولى من المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ - المادة 150، والفقرة الثانية من نص المادة 152 من نفس المرسوم.

⁵ - انظر، مازن ليلو رضا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،

2011، ص 144.

جزاء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية

وإلى جانب الفسخ الأحادي يمكن كذلك فسخ الصفقة عن طريق التراضي، أي بواسطة الفسخ التعاقدي - الإتفاقي - حسب الشروط المدرجة في الصفقة، وهذا يتطلب من طرفي العقد التوقيع على وثيقة الفسخ التي تحتوي على كشف الحسابات الذي يتضمن ما تم إنجازه من الصفقة متى كانت جارية التنفيذ، وما بقي منها⁴.

المطلب الثاني: القيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية و رقابة القضاء عليها

لقد تم الاعتراف للإدارة بسلطتها في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد معه في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية في مجال الصفقات العمومية حرصا على حسن سير المرافق العامة وحفاظا على المال العام، وذلك دون السماح لها بالتعسف في استعمال هذا الحق⁵، بمعنى أن هاته السلطات التي تتمتع بها الإدارة هي سلطات مقيدة من جهة (الفرع الأول)، وخاضعة لرقابة القضاء الإداري من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية

إن تمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة، وإعطائها الحق في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته لا يعني إطلاق يدها في توقيع هاته الجزاءات، بل إنها ملزمة قبل توقيعها للجزاءات الإدارية بإعداد المتعاقد المُخل بالتزاماته، إضافة إلى وجوب التزامها كذلك باحترام الجزاءات المتفق عليها في العقد قبل اللجوء إلى سلطتها التقديرية في اختيار الجزاء الأنسب.

أ- إعدار المدين:

لقد ألزم المشرع الجزائري الإدارة بإعدار المتعاقد الذي تماطل في تنفيذ التزاماته قبل إقدامها على فسخ العقد، و ذلك بهدف الوفاء بالتزاماته خلال أجل معين يتم تحديده في هذا الإعدار¹.

مع العلم أن الإعدار يتم بموجب رسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام، ينشر وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي²، و بالتالي فإنه لا يمكن للإدارة القيام بفسخ الصفقة قبل إعدار المدين بذلك وإلا عدّ قرارها غير مشروع.

ب- وجوب تقيد الإدارة بالجزاءات المالية المتفق عليها في العقد

يستخلص من خلال استقراء الفقرة الثانية من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 أن المشرع الجزائري ألزم الإدارة بالتقيد بنسبة الغرامات المالية المتفق عليها في الصفقة، كما ألزمها كذلك بوجوب احترام كفاءات فرضها وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد الذي يربطها بالمتعامل المتعاقد الذي أخلّ بالتزاماته اتجاهها³.

وعلى هذا الأساس فإنه يتعين على الإدارة في حالة إخلال هذا المتعاقد بتنفيذ العقد الاحتكام إلى بنود هذا العقد، وبالتالي فرض الغرامة المالية المتفق عليها على المتعاقد

¹ - جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 398-399.

² - أنظر، الفقرة الأولى من نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15.

جزاء الإخلال بتنفيذ الصفقات العمومية

المخل بالتزاماته التعاقدية، وهذا دون المساس بحقها في توقيع الجزاءات الأخرى المنصوص عليها قانوناً¹.

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية

من المسلم به أن قرارات الإدارة القاضية بتوقيع الجزاءات الإدارية على المتعاملين المتعاقدين الذين أخلوا بتنفيذ الصفقات العمومية تخضع لرقابة القضاء الإداري، وذلك بغرض منع تعسفها في استعمال حقها في توقيع هذه الجزاءات، مع العلم أن رقابة القضاء تشمل رقابة مشروعية القرار الإداري القاضي بتوقيع الجزاء سواء من حيث الشكل، أو من جانب الاختصاص، أو فيما يتعلق بمخالفته للنصوص القانونية...إلخ.

كما تشمل كذلك رقابة ملاءمة هذا القرار للخطأ العقدي الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد، بمعنى بحث مدى تناسب الجزاء الإداري مع الخطأ المرتكب، وبالتالي فإنه يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض عن القرار الإداري المطعون فيه القاضي بفسخ الصفقة، أو التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد إذا تبين له عدم سلامته وترتب عليه ضرراً أصاب هذا المتعامل، وذلك دون إلغائه نظراً لعدم انفصاله عن العقد الإداري في هاتين الحالتين، عكس القرارات الإدارية السابقة عن إبرام العقد والمُهددة لانعقاده مثل قرارات لجان فحص العطاءات، أو قرارات لجان البت في العطاءات، الخ...، التي يجوز للقاضي الإداري إلغاؤها

³ - أنظر المادة 04 من قرار وزير المالية الصادر بتاريخ 28 مارس 2011، الجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 2011.

⁴ - أنظر الفقرة الثانية من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁵ - أنظر، الفقرة الأولى من نص المادة 147 السابقة الذكر.

إذا تبين له عدم سلامتها، وهذا طبقا لنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة¹، أما فيما يتعلق بالجزاءات المالية فإنه يمكن للقاضي الحكم بتخفيضها أو الإعفاء منها².

خاتمة :

يعتبر حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية المناسبة على المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته من أهم المبادئ العامة التي استقر عليها الرأي لدى رجال القانون، بحيث أصبح من المسلم به فقها وقضاء وحتى تشريعا بأن للإدارة الحق في توقيع ما تراه مناسبا من جزاءات إدارية على المتعامل المتعاقد معها، وذلك لأن إخلال هذا المتعاقد بتنفيذ الصفقة لا يقتصر على إخلاله بالتزام تعاقدية، بل يعتبر أيضا مساسا بحسن سير المرفق العام المتصل بالعقد.

وبالتالي فإن إعطاء الإدارة صلاحية توقيع الجزاءات على المتعامل لا يتم بغرض إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة الناشئة عن العقد الإداري، وإنما يتم بهدف تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام، مع العلم أن توقيع الإدارة لهاته الجزاءات يتم تحت رقابة القضاء وهذا من أجل منع تعسفها في استعمال حقها

غير أنه ورغم تعدد هاته السلطات التي تتمتع بها الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد، فإنها تبقى غير كافية لضمان تنفيذ الصفقات العمومية على أحسن وجه، وذلك لأن أغلبية المتعاملين المتعاقدين يتحايلون على المصلحة المتعاقدة من خلال تنفيذ محتوى الصفقات العمومية، وخاصة في مجال الأشغال العمومية وفقا لمعايير غير سليمة تظهر عيوبها بعد مرور مدة زمنية وجيزة، وهذا يتطلب من المشرع اشتراط ضمان عيوب الانجاز مع وجوب تحديد مدة لهذا الضمان وذلك بغرض حماية المال العام من هاته الفئة من المتعاملين.

¹ - أنظر ، مجلة نقابة المحامين ،العدد 117 ، الثاني ، 2002، ص 117.

² - جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 405.

الإشكاليات القانونية والعملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية 15-247 في
مجال الشفافية و سرعة الإجراءات (دراسة نقدية)

بوزيدي خالد♦

ملخص:

خضعت عملية إبرام الصفقات العمومية في الجزائر لأطر تشريعية وتنظيمية مختلفة تنوعت بين نصوص فرنسية في مرحلة transitoire ونصوص جزائرية في مرحلة لاحقة. بل إن النصوص الجزائرية ذاتها تعاقبت واختلفت مضامينها وأحكامها بين مرحلة وأخرى استجابة لجملة من الظروف السياسية والاقتصادية التي ميزت كل مرحلة.

يعتبر المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم الإطار التشريعي لتنظيم الصفقات العمومية في المرحلة الراهنة المفترض أنها تكون - أي المرحلة - الأهم في تاريخ الجزائر المستقلة، باعتباره وضع تماشيا والظروف الاقتصادية التي شهدتها الجزائر ابتداء من النصف الثاني لسنة 2015 بفعل التراجع الرهيب لأسعار النفط، التي أفرزت نسب تضخم جد عالية، دون أن نهمل كذلك الجانب الآخر لاعتماد هذا التغيير في التنظيم القانوني للصفقات العمومية، والمتمثل في صعوبة التطبيق لعدد النصوص القانونية التي تضمنها المرسوم الرئاسي 10-236، كحالة المادة 33 المتعلقة بالمزايدة، و غيرها من النصوص التي كان لها نصيب كبير من الانتقادات. فماذا عن المرسوم الرئاسي الصادر في عام 2015؟

الكلمات المفتاحية: شفافية، سرعة الإجراءات، إشهار، مستحقات مالية، رقابة.

♦ أستاذ مساعد مؤقت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان.

Résumé

La conclusion des marchés publics en Algérie a été soumise à des lois différentes, allant des textes juridiques français dans une période transitoire jusqu'à l'adoption postérieurement de textes de résonance algérienne, lesquels ont connu certaines fluctuations pour des raisons politiques et économiques.

Dans ce contexte, le décret présidentiel n° 15-247 du 16 Septembre 2015 régissant les marchés publics vient de mettre un terme à cette panoplie réglementaire. Ce texte est adopté dans un contexte très particuliers, d'une part le déclin des prix du pétrole et, d'autre part, la difficulté issue de l'application des nombreuses dispositions contenues dans le décret présidentiel n°10-236. Ainsi en est-il de l'article 33 inhérent à l'offre, et des autres textes faisant l'objet de nombreuses critiques tant par les praticiens que par les théoriciens. Quid du décret présidentiel de 2015 ?

Mots clés: transparence, égalité, publicité, créances financières, censure.

Abstract :

Underwent the conclusion of public contracts in Algeria to different laws, ranging from French legal texts in the stage and as well as the Algerian legal texts in another phase. Indeed, the legal texts of the Algerian varied and different provisions between the stage and the other for a number of political and economic reasons.

The Presidential Decree No. 10-236 dated October 7, 2010 amended and supplemented, the law governing public procurements in Algeria currently, which is the most important stage in the history of independent Algeria, Because it came because of economic conditions in Algeria starting from the second half of 2015 because of the terrible decline in oil prices, which produced a very high inflation rates, and also because of the difficulty of the application of many legal texts contained in the Presidential Decree 10-236, such as Article 33, and other texts that have had a large share of criticism. What about the Presidential Decree of 2015?

Key words: transparency, equality, publicity, financial receivables, censorship.

مقدمة :

يكتسي موضوع نظام الصفقات العمومية أهمية بالغة، وتتبع هذه الأهمية من كون الصفقة العمومية الطريقة القانونية التي تستخدمها الإدارات العمومية (المصلحة المتعاقدة) لتنفيذ مختلف مشاريعها وتجسيد برامجها، وذلك باللجوء إلى التعاقد مع مختلف المتعاملين لإنجاز المشاريع بأعلى جودة ممكنة، وبأقل التكاليف وفي أقصر الأجل الممكنة.

ونظرا 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، فقد حرص المشرع الجزائري على النص على جميع الأحكام والإجراءات الخاصة لإبرام الصفقات العمومية، وألزم المصلحة المتعاقدة على ضرورة إتباع هذه المراحل والإجراءات أثناء لجوئها إلى التعاقد ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية. وإذا عدنا إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، نجد أنه قد تطرق إلى العديد من الأحكام المنظمة لكيفية إبرام الصفقات العمومية وإجراءات ذلك ضمن الفصل الثالث من هذا القانون.

وبالتالي فإن فعالية أداء المتعاملين المتعاقدين من جهة، وحماية المال العام من جهة أخرى مقرونان بفعالية نظام الصفقات العمومية، وهذا الأخير الذي يركز وفق مدى استجابة نظام الصفقات لكل من عنصر الشفافية والسرعة التي تعد إحدى أهم الركائز الرئيسية لإدارة الصفقة العمومية بشكل ناجح.

على أن عملية إبرام الصفقات العمومية في الجزائر قد خضعت لأطر تشريعية وتنظيمية مختلفة تنوعت بين نصوص فرنسية في مرحلة ونصوص جزائرية في مرحلة لاحقة. بل إن النصوص الجزائرية ذاتها تعاقبت واختلفت مضامينها وأحكامها بين مرحلة

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

وأخرى استجابة لجملة من الظروف السياسية و الاقتصادية التي ميزت كل مرحلة. يعتبر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الإطار التشريعي لتنظيم الصفقات العمومية في المرحلة الراهنة، المفترض أنها تكون المرحلة الأهم في تاريخ الجزائر المستقلة، باعتباره وضع تماشيا والظروف الاقتصادية التي شهدتها الجزائر ابتداء من النصف الثاني لسنة 2015 بفعل التراجع الرهيب لأسعار النفط، التي أفرزت نسب تضخم جد عالية¹، دون أن نهمل كذلك الجانب الآخر لاعتماد هذا التغيير في التنظيم القانوني للصفقات العمومية، والمتمثل في صعوبة التطبيق لعديد النصوص القانونية التي تضمنها المرسوم الرئاسي 10-236 كحالة المادة 33 المتعلقة بالمزايدة، وغيرها من النصوص التي كان لها نصيب كبير من الانتقادات².

لذلك ستركز دراستنا على نقد وتمحيص هذا النص التنظيمي وكذا النصوص المعدلة و المتممة له، وعليه ارتأينا تخصيص هذه المداخلة للدراسة التقنية النقدية للإطار التنظيمي للصفقات العمومية وذلك من زاوية الشفافية وسرعة الإجراءات؟ فما هي الإشكاليات القانونية والعملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية الحالي رقم 15-247 في مجال الشفافية و سرعة الإجراءات؟

1- للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر عبد الحميد مرغيت، تداعيات انخفاض أسعار النفط على الاقتصاد الجزائري، 17 ديسمبر 2015

مقالة منشورة على الموقع التالي: <http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2015/12>

2- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58 مؤرخة في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18/01/2012، الجريدة الرسمية الجريدة الرسمية عدد 4 مؤرخة في 26 يناير 2012 والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13/03 المؤرخ في 13/01/2013، الجريدة الرسمية عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 2013

أولاً. - عنصر الشفافية في منح الصفة العمومية

يعد عنصر الشفافية من أهم الأسس والمبادئ التي يقوم عليها نظام للصفقات العمومية بصفة عامة، ويبنى عليه منح الصفة العمومية بصفة خاصة، ذلك أن الشفافية هي أساس المنافسة بين المتعاملين التي تؤدي بدورها إلى الحصول على أحسن العروض من حيث الجودة والتكلفة. لهذا الغرض نجد المرسوم الرئاسي 15-247¹ على غرار النصوص السابقة له قد أكد على ضرورة احترام مبدأ الشفافية، وهو ما نستشفه باضطلاعنا لنص المادة 5 منه، حيث نصت على وجوب احترام مبادئ الحرية والمساواة والشفافية في إجراءات منح الصفة العمومية بقولها "ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات تضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

وإذا بحثنا عن العامل الحاسم للحكم على مدى وجود الشفافية من عدمها لوجدناه يتمثل في المعلومة، فهذه الأخيرة يجب أن تكون متاحة لجميع المتعاملين وفي الوقت الحقيقي، حتى تسمح لهم بمعرفة وجود الصفة وإجراءات المشاركة فيها .

ويتوقف مدى توفر المعلومة لدى المتعاملين على نظام الإشهار الذي ينص عليه القانون.

3- مرسوم رئاسي رقم 15-274 مؤرخ في 2 ذي الحجة لسنة 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويض المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50 مؤرخة في 6 ذو الحجة عام 1436 هـ الموافق ل 20 سبتمبر 2015 .

آ. - نظام الإشهار في ظل المرسوم الرئاسي 15-247:

لقد تم التطرق إلى مسألة إشهار إعلان الصفقة في المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247¹، حيث نصت المادة على إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي في الحالات التالية:

- طلب العروض المفتوح؛

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا؛

- طلب العروض المحدود؛

- المسابقة؛

- التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء.

ونصت المادة 65 على أن يحزر إعلان باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، كما نصت على أن إعلان المنح المؤقت للصفقة يدرج في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر، وأجال الإنجاز و كل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية.

4- ويقصد بالإشهار اخطار ذوي الشأن بالمناقصة وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد وكيفية الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار. للمزيد حول هذا الموضوع راجع فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 114.

غير أن المادة نفسها (المادة 65) في الفقرة الثالثة منها قد منحت تسهيلات في مجال اشهار مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي 100.000.000 دج (مائة مليون دينار جزائري) أو يقل عنها، و50.000.000 (خمسون مليون دينار جزائري) أو يقل عنها، حيث يمكن أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفية التالية:

-نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين

-إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية (الولاية ،كافة بلديات الولاية ،غرف التجارة و الصناعة والحرف والفلاحة ،المديرية التقنية المعنية في الولاية).

وعليه ومن خلال النص القانوني المشار إليهما أعلاه يبدوا جليا أن المشرع الجزائري قد أراد من خلال هذا الاستثناء تسهيل وتسريع إجراءات منح الصفقة العمومية، ولكنه في الوقت نفسه نقول أنه وبشكل ضمني يمكن أن نفسر هذا الاستثناء الذي وضعه المشرع الجزائري بموجب المادة 65 أعلاه هو اعتراف منه كذلك بثقل وطول الاجراءات العادية للإشهار التي نصت عليها المادة 61 التي سبق وأن أشرنا إليها في الفقرات أعلاه¹.

وعلى ذلك فإن الإدارة ملزمة بالشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان ،فيتعين عليها احترام أوضاع الإعلان من حيث المدة وكيفية إجرائه، وعدد مراته وإلا ترتب على ذلك

5- ولإشارة كذلك فإن التنظيم الجديد للصفقات العمومية لم يبين تاريخ الإعلان، في حين نجد أول تنظيم قانوني لها الأمر رقم 67-90 وضح بأن الإعلان ينشر قبل 20 يوما على الأقل من التاريخ المحدد لاستلام العروض ،مع إمكانية تخفيض المدة على 10 أيام عند الاستعجال، أمر رقم 67-90 ممضي في 17 يونيو 1967 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 27 يونيو 1967.

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

بطلان المناقصة، وعلى هذا يسير قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فقد حكم ببطلان المزاد إذا لم يتم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون وهي اللصق على اللوحات المعدة لذلك¹.

على أننا في صدد بطلان المناقصة يجب أن نفرق بين الأشكال الجوهرية و الأشكال غير الجوهرية، فلا يترتب عليها البطلان إلا إذا خالفت الإدارة إجراء جوهريا مقرر أساسا لمصلحة الأفراد، أما الإجراءات غير الجوهرية فلا يترتب عليها البطلان كحالة حدوث خطأ في الأرقام أو الأخطاء الحسابية من السهل أن ينتبه إليه المتقدم².

ب.- الإشكاليات التي تطرحها الصفقات المستثناة من عملية الإشهار

إن الوقوف على الإشكاليات التي تطرحها الصفقات المستثناة من عملية الإشهار يفرض علينا تحليل نص المادة 13 من قانون الصفقات العمومية، والتي تنص في فقرتها الأولى على أن (كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم ستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات لا تقتضي وجوبا برام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب).

وبالتالي وحسب الفقرة أعلاه يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري وفقا لهذا المعيار المالي قد استثنى العقود التي يساوي مبلغها أو يقل عن اثني عشر مليون دينار جزائري بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم وعن ستة ملايين دينار جزائري بالنسبة لخدمات الدراسات وألخدمات من إلزامية الإشهار الصحفي لها والمنصوص عليها في المادة 61، وسبب ذلك

6- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، 1991، ص 321.

7- محمد انس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية، الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1992، ص 56.

واضح كذلك وهو عدم اعتبار المشرع لهذه العقود صفقات عمومية، حيث حددت المادة 13 السقف المالي الذي يستوجب إبرام صفقة عمومية، وهو اثني عشر مليون دينار جزائري بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم وستة ملايين دينار جزائري بالنسبة لخدمات الدراسات أو الخدمات.

ومثل هذه العقود (التي يقل مبلغها عن السقف المالي المحدد في الفقرة الأولى من المادة 13) يجب أن تكون محل استشارة بين ثالث متعهدين مؤهلين على الأقل لانتقاء أحسن عرض من حيث الجودة والسعر، ويجب أن يكون هذا النوع من الطلبات محل عقود تحدد حقوق الأطراف وواجباتهم، وتنظم المصلحة المتعاقدة إجراء الاستشارة حسب طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الذي بإمكانهم الاستجابة لها، مع مراعاة المادة 14 من قانون الصفقات العمومية، هذا من جهة¹.

لكن و من جهة أخرى وفي ذات السياق، نجد المادة 21 قد نصت على أن طلبات الأشغال أو اللوازم التي يقل مبلغها عن 1.000.000 دج وطلبات الدراسات أو الخدمات التي يقل مبلغها عن 500.000 دج لا تكون وجوبا محل استشارة لاسيما في حالة الاستعجال. وفي ذات السياق كذلك نجدها قد أكدت على ضرورة تفادي تجزئة الطلبات بهدف تفادي الاستشارة التي تنطبق كما سبق و أن ذكرنا على العقود التي يقل مبلغها عن ذلك المحدد بموجب من المادة 13 من قانون الصفقات العمومية.

ولم يكن هذا المنع الذي يصب بهدف تفادي تجزئة الطلبات عفويا من المشرع الجزائري، وإنما كان لإدراك منه بالخطورة الكبيرة التي يفرضها الاستثناء الذي وضعه بموجب المادة 13 على مبدأ الشفافية التي يقوم عليها تنظيم الصفقة العمومية، وبالتالي

8- تنص المادة 3 من قانون الصفقات العمومية على أنه "ضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين و شفافية الاجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

على العملية التنافسية النزاهة ككل بين المتعاملين، وكذا على المال العام، ذلك أن المشرع ترك هامش حرية كبير للمصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد، حيث يمكن التواطؤ مع المقاول والقيام باستشارة شكلية بني ثالث متنافسين ومهنيين، ويسند العقد لمقاول محدد سلفا ويسعر أعلى بكثير من السعر الذي كان يمكن الحصول عليه لو كانت المنافسة نزاهة وفعالية.

ورغم أن المشرع الجزائري قد على "منع تجزئة الطلبات بهدف تفادي الاستشارة"، إلا أن الواقع يكشف عن ممارسات إدارية خطيرة تقوم فيها الإدارة بالتهرب من الصفقات بتقسيم المشروع الواحد إلى عدة حصص ليكون مبلغ كل منها أقل من السقف القانوني للصفقة كما حددته المادة 13 (اثني عشر مليون دينار جزائري بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم وعن ستة ملايين دينار جزائري بالنسبة لخدمات الدراسات أو الخدمات)، وبالتالي تكون كل حصة محل استشارة فقط، وبالتالي التهرب من إجبارية الإشهار وإجبارية المرور على القنوات الرقابية للصفقة، مما يتيح لأعوان الإدارة التلاعب بمنح المشاريع عن طريق الاستشارة وتوزيعها بمعايير الرشوة و المحاباة دون أن يتركوا أي أثر يستدل به على وجود مخالفة للقانون.

وكان من الممكن تفادي كل مظاهر الفساد هذه وغلق كل الثغرات والأبواب أمام هذه الممارسات المضرة بالخزينة العمومية وبالتنمية الوطنية، لو كانت عملية الإشهار إلزامية في كل العمليات والمشاريع التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة مهما كانت مبالغها، إلا أن ذلك من جهة أخرى سيكون عائقا أمام السير العادي للمشاريع بالنظر إلى طول المدة الزمنية التي يستغرقها صدور الإعلان في الجرائد وكذا "النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي".

والحل الأمثل لهذه المشكلة "ضرورة الإشهار لكل العمليات" وحل مشكلة تعقيدات إجراءات الإشهار لا بد من الاستفادة من محاسن "الإشهار الإلكتروني" كما هو معمول به

في العديد من الدول -ومن بينها تونس والمغرب - وذلك من خلال ما يعرف بـ "بوابة الصفقات العمومية"⁹.

ت.- ضرورة الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية في مجال الصفقات العمومية و الصعوبات التي تكتنفها :

يعتبر المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أول إطار قانوني للصفقات العمومية ينص على الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية ،حيث خلى المرسوم السابق الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 02-250) من أية مادة تتناول هذا العنصر².

وقد تناول المرسوم الرئاسي الحالي رقم 15-247 ذلك بدوره في الفصل السادس المعنون ب: الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، هذا الأخير الذي يتضمن قسمين:

القسم الأول والمعنون ب: الاتصال بالطريقة الالكترونية، وتضمن مادة وحيدة وهي المادة 203 التي نصت على أنه "تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال كل فيما يخصه ويحدد في هذا المجال قرار مشترك بين

9- يقصد ببوابة الصفقات العمومية موقع متخصص في الصفقات العمومية ،فهو إن صح التعبير فضاء واسع لجميع المتعاملين العموميين في مجال الصفقات العمومية ولكل المهتمين بها. للمزيد حول هذا الموضوع راجع خيرة مقتطف، المعاملات الالكترونية في مجال الصفقات العمومية ،مداخلة ألفت خلال الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام ،جامعة د يحي فارس المدية ،كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013 ،ص 2-4.

10- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 ممضي في 24 يوليو 2002، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 28 يوليو 2002.

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيات الإعلام والاتصال صلاحيات كل دائرة وزاري.

يحدد محتوى البوابة و كيفية تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

أما القسم الثاني، فقد جاء تحت عنوان: تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، وتضمن ثلاثة مواد وهي المادة 204 و 205 و 206، نصت على أنه يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الالكترونية. ويمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الالكترونية. وتحدد كيفية تطبيق هذه المادة بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

لكن وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد جاء بالجديد بتقرير آلية الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية في مجال الصفقات العمومية، إلا أن واقع الحال يدل على صعوبات كبيرة تكتنف تطبيق هذه الآلية على المستوى العملي، فلا يخفى على الجميع على مدى التأخر والتخلف الذي تعرفه الجزائر في مجال استعمال الانترنت في الإدارة بصفة عامة و إدارة الصفقات العمومية بصفة خاصة، وذلك مقارنة ببقية الدول التي خطت خطوات عملاقة في هذا المضمار¹.

فرغم صدور النص القانوني المتضمن إنشاء بوابة الكترونية للصفقات العمومية في الجزائر سنة 2010، ومرور أكثر من 5 سنوات على صدور المرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية الذي سبق المرسوم الحالي (15-247)، إلا أن طريقة تسيير

11- يكفي لإثبات ذلك البحث في شبكة الانترنت عن مواقع الصفقات العمومية لمختلف الدول، ومنها الكثير من الدول العربية لمعرفة واقع الاتصال وتبادل المعلومات في مجال الصفقات العمومية في هذه الدول و ما توفره من شفافية عالية و معلومات وافية في الزمن الحقيقي.

الصفقات العمومية ما زالت تتم بطريقة بدائية جدا ،تميزها ضبابية المعلومة وصعوبة الوصول إليها، ولا وجود لحد الآن لأي تطبيق عملي لهذا النص القانوني.

ثانيا. - الإشكاليات المتعلقة بالرقابة و السرعة في مجال الصفقات العمومية:

حرصا من المشرع الجزائري على ضمان و احترام مبدأ الشفافية على غرار الأسس الأخرى كذلك التي يقوم عليها نظام الصفقات العمومية بوجه عام ،فقد أخضع المشرع الجزائري الصفقات العمومية لرقابة متشددة بهدف الحصول على أكبر فعالية ممكنة في هذا المجال ،وجعلها رقابة داخلية ،ورقابة خارجية.

وعلى هذا الأساس تحتل عملية الرقابة في مجال الصفقات العمومية مكانة حيوية في الحرص على الإدارة النزيهة للصفقات العمومية من جهة، وحماية المال العام من مختلف جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية من جهة أخرى¹.

على غرار النصوص القانونية السابقة ،حدد المرسوم الحالي آليات الرقابة على الصفقات العمومية ومستوياتها، وجاء الفصل الخامس من المرسوم الرئاسي 15-247 بأحكام جديدة تتعلق بمكافحة الفساد ،حيث نصت المادة 88 على استحداث مدونة أدبيات و أخلاقيات المهنة في مجال الصفقات العمومية تحدد فيها حقوق وواجبات الأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام ،يوافق عليها الوزير المكلف بالمالية.

أما المادة 89 فنصت على المتابعة الجزائية و إمكانية إلغاء الصفقة أو الملحق واتخاذ تدابير ردعية قد تصل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من

12- فاطمة الزهراء فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة للحصول على شهادة 1 الماجستير فرع الدولة والمؤسسات العمومية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007 ، ص 1

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

تقديم عروض للصفقات العمومية و فسخ الصفقة ،كل ذلك في حق كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى رشوة الأعوان العموميين.

وطالما أن جل حديثنا سينصب في هذا الجزء الأول على أشكال الرقابة المفروضة على الصفقات العمومية ،فينبغي الإشارة أولا هنا على أن أول ما يعاب على منظومة رقابة الصفقات العمومية في الجزائر هو أن أجهزة الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم (15-247) لا تشمل العمليات التي تقل مبالغها المالية عن الحدود القانونية الدنيا حيث لا تعتبرها المادة 13 من قانون الصفقات العمومية صفقة ،وقد سبق لنا و أن أشرنا إلى ذلك عند حديثنا إشكالية الإشهار للعقود التي تقل مبالغها عن سقف الصفقة¹.

آ- الإشكاليات المتعلقة بالرقابة في مجال الصفقات العمومية:

أ- الرقابة الداخلية:

تمارس الرقابة القبلية الداخلية من قبل لجان فتح الأطراف أو العروض ولجان التقييم والتنقيط وهي لجان دائمة تختارها المصالح المتعاقدة من بين عناصرها المؤهلة لذلك، وتعد مسألة فتح العروض والتقييم من أكثر المسائل التي تعرض إليها المشرع عبر مختلف مراحل تنظيم الصفقات العمومية²، وسوف نتطرق إلى هذه اللجان فيما يلي:

13- راجع ما سبق الإشارة إليه ص 4 و 5

14- نصت المادة 159 فقرة 1 على أنه (تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية ،دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية)

1. - لجنة فتح الأطراف:

تدخل عملية فتح الأطراف ضمن مهام الرقابة الداخلية حيث تستمد أساسها التنظيمي من المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي جاء فيها (تحدث في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة أو أكثر مكلفة بفتح الأطراف لدى كل مصلحة متعاقدة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض". وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم..

يحدد مسئول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية و التنظيمية المعمول بها)¹.

وبصدور هذا المرسوم الجديد لسنة 2015 اكتسبت لجنة الفتح صفة الديمومة فأصبحت تنشأ على مستوى كل مصلحة متعاقدة بموجب مقرر صادر عن المسئول الأول الإداري حيث تتشكل من أشخاص لم يبين التنظيم الشروط الواجب توافرها فيهم حسب المادة 160 بل ترك ذلك لإدارة المصلحة المتعاقدة ولم يحدد المشرع عدد أعضائها ولم يشترط أي

15- بالرجوع إلى المرسوم 82-145 فإن تحديد تشكيلة اللجنة يرجع للمتعاقل العمومي ، لكنه لم يبين الطريقة التي يتم بها تحديد تشكيلة هذه اللجنة ، ونفس الأمر بالنسبة للمرسوم التنفيذي 91-434. إلا أنه بصدور المرسوم الرئاسي 02-250 وضح الكيفية التي يتم بها تشكيل هذه اللجنة وذلك بمقرر صادر عن مسئول المصلحة المتعاقدة. أما بعد صدور المرسوم الرئاسي 10-236 و كذا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فقد اكتسبت هذه اللجنة صفة الديمومة فهي ليست باللجنة العابرة أو المؤقتة أو الظرفية ، ولا يمنع ذلك أن تتغير تشكيلتها بين الحين والآخر . وتنشأ أيضا بموجب مقرر صادر عن مسئول المصلحة المتعاقدة. للمزيد حول هذا الموضوع راجع عبد الرحمن طويرات، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري ،مداخلة ألقى خلال الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام ،جامعة د يحي فارس المدية ،كلية الحقوق ،يوم 20 ماي 2013 ،ص 4

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

نصاب معين لعقد اجتماعاتها. حيث سمح التنظيم للمتافسين العارضين حضور الجلسات العلنية مع أعضاء اللجنة، وسمح التنظيم أيضا بإدراج ضمن قائمة أعضاء اللجنة أو مقرر التشكيل إضافة أعضاء آخرين يمثلون هيئات أخرى من غير ممثلي المصلحة المتعاقدة وهذا إضافة لمبدأ الشفافية والنزاهة والمصادقية.

في حين حددت المادة 71 مهمة لجنة فتح الأطراف و تقييم العروض ب:

- تثبت تسجيل العروض على سجل خاص.
- تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أطرفة عروضهم عم توضيح محتوى و مبالغ المقترحات و التخفيضات المحتملة.
- تعد وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، و الذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- دعوة المتعهدين عند الاقتضاء، كتابيا، إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة، باستثناء التصريح بالاككتاب وكفالة التعهد، عندما يكون منصوبا عليها، والعرض التقني بحصر المعنى، في أجل أقصاه 10 أيام، تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض.
- تحرر لجنة فتح الأطراف، عند الاقتضاء، محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون، عندما يتم استلام عرض واحد أو في حالة عدم استلام أي عرض.

وفي سياق آخر فقد ألغى المشرع الجزائري مضمون وأحكام المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 و التي كانت تتضمن أحكاما خاصة بعملية فتح الأطراف من حيث الكيفية و التوقيت و إعداد المحاضر ،حيث كانت الفقرة الرابعة من نص المادة 34 من قانون الصفقات العمومية تطرح العديد من الإشكالات على المستوى الميداني، هذه الأخيرة التي نصت على ما يلي: (بعد فتح أطرفة العروض التقنية وتقييمها ،طبقا لأحكام المواد من 121 إلى 125 من هذا المرسوم، لا يدعى إلى تقديم أطرفة الخدمات والعرض المالي إلا المرشحون الذين جرى انتقاؤهم الأولي و الذين يجب أن لا يكون عددهم أدنى من ثلاثة (3)). و في الحالة التي يكون فيها عدد المرشحين ،الذين جرى انتقاؤهم الأولي ،أدنى من ثلاثة (3) ،يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعيد الإجراء).

ومن مضمون هذه الفقرة يبدو اغفال المشرع الجزائري عن ذكر حالة ما إذا تم عدد المرشحين الذي جرى انتقاؤهم ثلاثة (3) أشخاص، وفي هذا المثال لا يطرح أي إشكال، و بالتالي فإن هذا المصাব يستدعي وفقا للفقرة الرابعة أعلاه الانتقال من العرض التقني الأولي إلى المرحلة الثانية، والتي تشمل العرض المالي. لكن لم تبين لنا هذه الفقرة حالة ما إذا انسحب شخص واحد من هؤلاء الأشخاص الثلاثة الذين يشكلون النصاب القانوني المنصوص في عليه في هذه المادة، فهل يتم اكمال الإجراءات القانونية بطريقة عادية في مثل هذه الحالة، أو على العكس من ذلك ينبغي هنا على المصلحة المتعاقدة أن تعيد الإجراء، و هو الأمر الذي أغفل المشرع الجزائري ذكره و تبيانه، و إن كنا نميل في هذا المثال إلى الطرح الأخير والمتمثل في إعادة الاجراء من قبل المصلحة المتعاقدة في حالة انسحاب أحد الأشخاص.

2.- لجنة تقييم العروض:

لجنة تقييم العروض هي الشق الثاني من الرقابة الإدارية القائمة داخل المصالح المتعاقدة ،كونها تنصب على المرحلة الإجرائية لإبرام الصفقة العمومية الموالية لاختتام فترة

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

تقديم العروض¹، وهذه اللجنة نصت عليها التشريعات والقوانين الخاصة بالصفقات العمومية، فالمشرع الجزائري استحدثها بموجب المادة 125 المعدلة في المرسوم الرئاسي 23-12 حيث جاء فيها (تحدث لدى كل مصالح متعاقدة استحدثها لجنة دائمة لتقييم العروض)²، ونص عليها في المادة 160 من المرسوم الرئاسي مع احتفاظه بنفس الأحكام.

وقد بينت المادة 72 في فقراتها المتتالية أحكاما تتعلق بكيفية عمل هذه اللجنة من أجل الوصول إلى اختيار المتعامل الأحسن لإنجاز موضوع الصفقة، وبعدها "تبلغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت للصفقة".

لتحقيق رقابة فعالة على الصفقة العمومية، يفترض المشرع أن اللجنتين سالفتي الذكر - باعتبار كل لجنة مكونة من مجموعة من الأعضاء تمنع عملية التلاعب في عملية فتح الأطراف- وتقييم العروض، حيث يكون العمل جماعيا بين الأعضاء ويكون رأيهم في النهاية محل إجماع بين الأعضاء على أساس أنه القرار الأمثل.

إلا أن ذلك لا يعني غلق جميع المنافذ أمام التلاعب بمنح الصفقات العمومية، فقد يكون هناك تحالف بين أعضاء اللجنتين لمنح المشروع لطرف معين مقابل امتيازات غير شرعية يقدمها هذا المتعامل لأعضاء اللجنتين.

16- تدخل أعمال تقييم العروض التقنية والمالية ضمن صلاحيات لجنة تقييم العروض وتتشكل من أشخاص آخرين لم يعهد إليهم من قبل تولي وهو الشرط الذي أبقاه التنظيم الحالي. للمزيد حول هذا الموضوع راجع النوى خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2011، ص 377.

17- المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 23-12 مؤرخ في 18 يناير 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 4 مؤرخة في 26 يناير 2012.

II. - الرقابة الخارجية:

لتفعيل 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 مسؤوليتها، حيث تتم الرقابة الخارجية من طرف أشخاص لا علاقة لهم بالمصالح المتعاقدة يتدرجون من المستوى المحلي إلى المستوى المركزي، فهي رقابة قبلية خارجية، ونجد أن المشرع الجزائري نص على الرقابة الخارجية في المرسوم رقم 15-247.

ولقد نصت المادة 163 من المرسوم 15-274 على إخضاع الصفقات المبرمة من قبل المصالح المتعاقدة إلى الرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ، ونص أيضا في المادة على أن "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية للصفقات العمومية في حدود ومستويات الاختصاص المحددة في المواد 173 و184 من هذا المرسوم".

أما المادة 168 فنصت على أنه "يختص بالمراقبة الخارجية القبلية للصفقات التي تبرمها وزارة الدفاع الوطني، حصريا، لجنة أو لجان موضوعة لدى وزارة الدفاع الوطني التي تحدد تشكيلها وصلاحياتها"¹.

ب. - السرعة في إتمام الصفقة العمومية

يعتبر عامل السرعة في إنجاز مختلف المشاريع من صميم المعايير التي تحدد مدى فعالية نظام الصفقات العمومية، فلا يعقل أن يكون هذا النظام سببا في تأخر إتمام المنشآت في حدود الآجال المخطط لها، وبالتالي إعاقه البرامج التنموية الحكومية، وتراكم التأخرات وتداخل المخططات المتعاقبة.

18- المواد 163 و164 و168 من قانون الصفقات العمومية 15-247

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

حسب وجهة نظرنا، نتوقف خاصية السرعة في إنجاز موضوع الصفقة العمومية على مجموعة من العوامل وهي: توفر وانتقال المعلومة، سرعة الإجراءات الرقابية، نظام تسديد المستحقات المالية للمتعاملين المتعاقدين...

فبالنسبة للعامل الأول المعلومة فقد أسلفنا تحليل كيفية نشرها وانتقاله، حيث أن نظام الإشهار كما رأينا مازال كلاسيكيا يعتمد على نظام الإشهار عن طريق الجريدة، والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وكلتاها تعتبر قناة بطيئة في نشر المعلومة، كما أنها غير متاحة لجميع المتعاملين، إذ من المستحيل أن يتصفح المتعامل يوميا كل الجرائد الوطنية والجهوية والمحلية بحثا عن إعلان عن صفقة في مجال تخصصه. فهذه الطريقة تؤدي دوما إلى تأخر منح الصفقة، وكذلك في أحيان كثيرة إلى عدم جدوى العملية بسبب عدم تلقي أي عرض يذكر أو استقبال عرض وحيد مما يؤدي إلى ضرورة إعادة الإشهار للصفقة مرة ثانية وربما الثالثة...¹.

وقد أشرنا سلفا إلى أن هذا العائق يختفي تماما لو كانت الإدارات العمومية تنشر المعلومات حول الصفقات عن طريق مواقعها الإلكترونية وكذا عن طريق بوابة الصفقات العمومية².

1- سرعة الإجراءات الرقابية

من بين أهم العراقيل التي تشكو منها المصالح المتعاقدة هي طول فترة التأشير على دفاتر الشروط والصفقات عند عرضها على لجان الصفقات.

19- راجع ما سبق الإشارة إليه في ص 3 و 4

20- راجع ما سبق الإشارة إليه في ص 6 و 7

يضاف إلى تلك المدة التأخر في التأشير على الصفقات العمومية من طرف المراقب المالي (CF)، والتي بدونها لا تعتبر الصفقة مبرمة بصفة رسمية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تصدر أمرا للطرف الثاني بالانطلاق في الأشغال أمر بالخدمة.

II. - سرعة تسديد المستحقات المالية

تناولت المادة 96 كيفية دفع المستحقات المالية للمتعامل المتعاقد، حيث نصت على أنه (يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفية الآتية:

-بالسعر الإجمالي والجزافي ؛

-بناء على قائمة سعر الوحدة ؛

-بناء على النفقات المراقبة ؛

-بسعر مختلط.

وبالرغم من أن القانون واضح وصارم في مسألة تسديد المستحقات حيث يمكن للمقاول تقديم وضعيات الأشغال شهريا إلى المصلحة المتعاقدة، وعلى أساسها يتم تسديد قيمة الأشغال المنجزة خلال الشهر، ويحدد أجل الدفع بمدة أقصاها ثلاثون (30) يوما من تاريخ إيداع وضعية الأشغال إلا أن واقع القطاع يثبت أن المقاولات تعاني من الناحية المالية جراء التأخر المستمر في تسديد الإدارات العمومية للمستحقات المالية للمتعاملين المتعاقدين وتراكم هذه التأخرات، ما يؤدي بدوره إلى الوقوع في ضائقة مالية، وبالتالي تجبر المقاولات إما على توقيف الأشغال أو فسخ الصفقة أو الدخول في نزاع مع الإدارة أو في أحسن الأحوال إلى تخفيض وتيرة الإنجاز، وفي النهاية وكنتيجة حتمية يعرف المشروع تأخرا كبيرا في الإنجاز.

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

هذا بالنسبة للأشغال التي تنص عليها الصفقة ،أما الأشغال الإضافية والتكميلية الضرورية لإنجاز المشروع وهي غير مذكورة في بنود الصفقة فهي تستدعي إعداد ملحق للصفقة حتى يتم تسديد قيمته المالية للمقاوله ،و يعتبر الملحق واحدا من أهم العوائق التي تحول دون إتمام المشروع في الآجال التعاقدية كما سيتم بيانه في العنصر الموالي.

ج.- إشكالية ملحق الصفقة

تناول القسم الخامس من الفصل الرابع المعنون (تنفيذ الصفقات العمومية و أحكام تعاقدية) موضوع (الملحق) حيث نصت المادة 135 على أنه (يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم)¹.

وعرفت المادة 136 الملحق بأنه (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).

كما يمكن أن يتضمن عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي ،ومهما يكن من أمر ،فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة إلا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إدارة الأطراف.

وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة، بالنسبة للعمليات الجديدة الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء، إذ نصت المادة 139 على أنه لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 136 أعلاه إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية

21- لقد اعترف المشرع الجزائري للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية في إطار ما يعرف بالملحق، وهذا من خلال التنظيم المقرر للصفقات العمومية عبر مراحله وينصوص قانونية مختلفة تفاوتت في قوتها القانونية، بداية بالأمر إلى المرسوم التنفيذي إلى القرارات الوزارية وصولا إلى المرسوم الرئاسي مما يثبت الأهمية البالغة لهذا الموضوع، أنظر، سهام شقطني، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2011، ص 2-3.

أ. بوزيدي خالد

القبليّة إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنيّة والماليّة وأجل التعاقد وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة عشرة في المائة (10 %) من المبلغ الأصلي للصفقة. ويخضع الملحق لهيئة الرقابة الخارجية في حالة ما إذا تضمن خدمات تكميلية في مفهوم المادة 136 أعلاه تتجاوز مبالغها النسبة المحددة أعلاه. بينما كان يستثنى في وقت سابق خضوع الملحق لهيئة الرقابة الخارجية في الحالات الآتية:

- عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدى أو أكثر، غير البنود المتعلقة بأجل التنفيذ؛

- إذا ترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة، وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً معتبراً و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي؛

- إذا كان الغرض من الملحق، بصفة استثنائية، إقفال الصفقة نهائياً.

كما نصت على وجوب عرض الملاحق المنصوص عليها في المادتين 2 و 3 وليس الفقرتين كما ورد في النص، على هيئة الرقابة الخارجية للجنة الصفقات المختصة.

على أن الملحق لا يخضع إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبليّة إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنيّة والماليّة وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز، زيادة أو نقصانا، النسب المبينة في المادة 136 أعلاه¹.

22- المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

لكن إشكالية الملحق تكمن في التناقض الواقع بين النص التشريعي ومتطلبات الواقع العملي، فالنص يؤكد على أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة إعداد أكثر من ملحق للصفقة، و يجب أن يكون داخل الأجل التعاقدي للصفقة (خلال مدة إنجاز المشروع)، إلا أن التناقض الحاصل هو أنه لا يمكن إعداد ملحق للصفقة إلا بعد إكمال المشروع وتعيين الأشغال التي تدرج ضمن الملحق وتحسب كمياتها وبالمقابل، لا يمكن للمقولة الشروع في إنجاز الأشغال الملحقة إلا إذا تم إعداد ملحق وتمت المصدقة عليه من طرف اللجان المختصة وكذلك المراقب المالي، و بعدها يتم إصدار أمر بالخدمة إلى المقاول للشروع في إنجاز تلك الأشغال.

ولتجاوز هذه المعضلة، نجد أنه يتم التضحية بالمتعامل المتعاقد الذي يباشر الأشغال الإضافية والتكميلية والتي قد تكون مبالغها كبيرة نسبيا مقارنة بمبلغ الصفقة الأصلية دون أن يملك أي وثيقة رسمية تسمح له بفوترة مبالغ تلك الأشغال، وبعد انتهاء المشروع تبدأ عملية إعداد الملحق من طرف المتعامل المكلف بالدراسة والمتابعة، ليمر على العديد من المصالح والهيئات الرقابية، ليتم في النهاية المصادقة عليه ومنح أمر شكلي للمقولة بالانطلاق في أشغال الملحق (أمر بالخدمة). كل هذه الخطوات والمراحل قد تستغرق أشهرا عديدة وربما سنوات مما يحرم المقولة من مبالغ هامة لفترة زمنية طويلة وهو ما يؤثر على توازنها المالي.

وما يزيد الأمر سوء وتعقيدا هو أن التأخر في المصادقة على الملحق سيؤدي ضمنا إلى تأخر الاستلام المؤقت للمشروع رغم انتهاء أشغاله كلها، و بالتبعية تأخر الاستلام النهائي للمشروع والذي يكون عادة بعد سنة واحدة من تاريخ الاستلام المؤقت¹.

23- شقراطي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة باجي مختار عنابة، كلية الحقوق، 2010-2011، ص 47-50.

الخاتمة

من خلال تطرقنا للإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية 15-247 في مجال الشفافية و سرعة الإجراءات ،يمكن أن نشير إلى النتائج التي توصلنا إليها في النقاط التالية:

-نظام إشهار الصفقات العمومية في الجزائر مازال نظاما بدائيا يعتمد على النشر الصحفي الورقي الذي يتميز بمحدوديته وقصوره في نشر المعلومة بين المتعاملين المتنافسين؛

-الغياب التام لاستخدام التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال وخاصة شبكة الإنترنت في الإدارات العمومية لنقل ونشر المعلومة حول صفقاتها؛

-عدم وجود بوابة وطنية للصفقات العمومية على غرار الكثير من الدول يقلل من مدى الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية؛

-استثناء العقود التي تقل مبالغها عن الحدود الدنيا المطلوبة في نظر القانون لاعتبارها صفقة عمومية يعد ثغرة قانونية خطيرة تسهل انتشار ممارسات الفساد في مجال الصفقات العمومية بالنظر إلى صعوبة مراقبتها من طرف الأجهزة الرقابية المختلفة؛

-آليات الرقابة المنصوص عليها لا يمكنها قمع جميع مظاهر الفساد في الصفقة العمومية، حيث لا يمكنها مثلا التأكد من الكميات الفعلية المنجزة وتكلفتها الحقيقية؛

-بطء إجراءات الإشهار والرقابة وتسديد المستحقات المالية للمتعاملين المتعاقدين كلها عوامل تساهم في تأخر إنجاز المشاريع وبالتالي تأخر تنفيذ

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

المخططات التنموية للحكومة وتراكمها وتداخلها، وبالتالي على السياسة الحكومية العامة الرامية إلى تحسين معدلات النمو ومؤشرات التنمية في المجتمع؛

-يعتبر ملحق الصفقة من أهم المشاكل التي تعرقل عمل المصالح المتعاقدة و المتعاملين المتعاقدين على وجه الخصوص، و ذلك بسبب التناقضات الصارخة بين نصوص القانون و واقع و متطلبات الميدان.

I. - قائمة المراجع:

عبد الحميد مرغيت، تداعيات انخفاض أسعار النفط على الاقتصاد الجزائري، 17 ديسمبر 2015، مقالة منشورة على الموقع التالي :

<http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2015/12>

النوى خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

خيرة مقطف، المعاملات الالكترونية في مجال الصفقات العمومية ،مداخلة أقيمت خلال الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د يحي فارس المدية، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

فاطمة الزهراء فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير فرع الدولة والمؤسسات العمومية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2006

فيصل نسيغة، النظام القانون للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر ، بسكرة.

سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، 1991.

سهام شقطني، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2011.

عبد الرحمن طويرات، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت خلال الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د يحي فارس المدية، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013. محمد انس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

II. - النصوص القانونية :

أمر رقم 67-90 ممضي في 17 يونيو 1967 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 27 يونيو 1967. مرسوم رئاسي رقم 02-250 ممضي في 24 يوليو 2002 ، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 28 يوليو 2002 .

4- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58 مؤرخة في 07 أكتوبر 2010 ، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18/01/2012 ، الجريدة الرسمية الجريدة الرسمية عدد 4 مؤرخة في 26 يناير 2012 و المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13/03 المؤرخ في 13/01/2013 ، الجريدة الرسمية عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 2013 .

مرسوم رئاسي رقم 15-274 مؤرخ في 2 ذي الحجة لسنة 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام ، الجريدة الرسمية العدد 50 مؤرخة في 6 ذو الحجة عام 1436 هـ الموافق ل 20 سبتمبر 2015 .

الإشكاليات القانونية و العملية التي يثيرها تطبيق قانون الصفقات العمومية...

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية

- بين تناقضات النص التشريعي و متطلبات الواقع الميداني و العملي -

♦ هداية بوعزة

الملخص:

اعترف المشرع الجزائري للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية في إطار ما يعرف بالملحق، وذلك من خلال التنظيم المقرر للصفقات العمومية. ولذلك، إن موضوع الملحق في الصفقة العمومية يكتسي أهمية بالغة في الواقع العملي، حيث أنه ونظرا لما أثير من فضائح مالية لعدد هام من الجهات الإدارية والتي مرد أكثرها التجاوز الصادر من الإدارة المتعاقدة من جراء استعمالها سلطتها في تعديل صفقاتها بإبرام ملاحق تابعة لها، استوجب الأمر هنا تدخل المشرع للحد من سلطة الإدارة. فسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية وإن كانت سلطة أصيلة توجد حتى في حالة سكوت العقد ودفائر الشروط إلا أنها ليست مطلقة.

وعليه، قمنا بتسليط الضوء على أهم أحكام وقواعد الرقابة المقررة على آلية الملحق في الصفقة العمومية، والذي يطرح مجموعة من التساؤلات، منها خاصة: ما هي اللجان المختصة بالرقابة على الملحق؟ وما هو الأثر المترتب على هذه الرقابة؟ ما مدى فعالية سلطة الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية وما مدى تأثير ذلك على المتعامل المتعاقد مع الإدارة في ظل غياب نظام قانوني واضح المعالم يضبط هذه الآلية ؟

كلمات مفتاحية : صفقات عمومية، لجنة، رقابة، ملحق.

♦ - أستاذة مساعدة قسم ب،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد - وهران 2 -

Résumé:

Le législateur algérien reconnaît, en vertu de la réglementation en vigueur, à l'administration la prérogative de modifier ses contrats administratifs par le biais de l'avenant, lequel renferme en matière des marchés publics une importance capitale dans la pratique, et ce, après les scandales financiers d'un nombre important des administrations. Ces scandales sont dus souvent aux dépassements commis par l'administration contractante à la suite de l'utilisation de son pouvoir de modifier ses marchés par la conclusion des avenants. D'où, l'importance de l'intervention du législateur afin non pas de mettre un terme auxdits dépassements, néanmoins de limiter le pouvoir exorbitant de l'administration à cet égard, encore que ce pouvoir peut être exercé par l'administration même s'il ne figure pas dans le cahier de charge, mais non pas d'une façon absolue.

En réalité, le mécanisme d'avenant aux marchés publics pose un ensemble de questions : Quelles sont les commissions compétentes du contrôle d'avenant ? Quelle est l'impact de l'effet de ce contrôle ? Qu'elle est l'efficacité de l'autorité du contrôle des avenants aux marchés publics?

Mots clés : Marchés publics, commission, contrôle, avenant.

Abstract :

The Algerian legislature accepted for administration to change its administrative contracts by the amendment, in accordance with regulations in force. The theme of the amendment to the public procurement is of paramount importance in practice, especially after the financial scandals of a large number of administrations, most are due to overruns issued by the Contracting Authority after the use of its power to amend its markets by concluding additional agreements related to these. In this case it became necessary here; legislative intervention to end to limit the authority of government; because despite that this authority is exercised by the same administration

when it is not provided for in the specifications and initial markets; but it is not absolute.

The theme of endorsement, which we chose, presents a set of problems we will try to answer through this article that can be summarized in the following question: What are the relevant committees of the rider control? What is the impact of the effect of this control? What is the effectiveness of the control authority of the riders to public procurement?

Keywords: Public procurement, commission, control, rider.

المقدمة :

اعترف المشرع الجزائري للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية في إطار ما يعرف بالملحق، وذلك من خلال التنظيم المقرر للصفقات العمومية.

حيث تناول القسم الخامس من المرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام موضوع الملحق¹، فنصت المادة 135 منه على أنه : "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"².

وبالنسبة لتعريف الملحق فقد تناولته الفقرة الأولى من المادة 136 من نفس المرسوم بأنه : "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".

¹ - المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، جريدة رسمية رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015 .

² - وهو نفس مضمون المادة 102 من المرسوم السابق الملغى 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية 2010/58 المعدل و المتمم.

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية...

إن موضوع الملحق في الصفقة العمومية يكتسي أهمية بالغة في الواقع العملي، حيث أنه ونظرا لما أثير من فضائح مالية لعدد هام من الجهات الإدارية و التي مرد أكثرها التجاوز الصادر من الإدارة المتعاقدة من جراء استعمالها سلطتها في تعديل صفقاتها بإبرام ملاحق تابعة لها ، استوجب الأمر هنا تدخل المشرع للحد من سلطة الإدارة . فسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية و إن كانت سلطة أصيلة توجد حتى في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط إلا أنها ليست مطلقة.

غير أن الملاحظ على المشرع الجزائري إضفاؤه نوعا من المرونة على سلطة الإدارة في تعديل عقودها ، وذلك من خلال تقريره عدم إخضاع الملحق لفحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة إلا في حالات استثنائية حددتها المادة 139 من المرسوم المشار إليه أعلاه، وتتمثل تلك الحالات فيما يلي :

- إذا عدل الملحق تسمية الأطراف المتعاقدة ،و أجل التعاقد.

- إذا كان الغرض من الملحق إقفال الصفقة نهائيا.

- إذا كان مبلغ الملحق ، أو المبالغ الإجمالية لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة¹ :

¹ - لقد كانت المادة 106 من المرسوم السابق 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ...، تنص على نسبتين مختلفتين، هما :
20 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي تكون من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة .
10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي تكون من اختصاص اللجان الوطنية للصفقات.

- إذا تضمن الملحق عمليات جديدة في مفهوم المادة 136 تتجاوز مبالغها النسبة المحددة أعلاه .

إن موضوع الملحق، و الذي اخترناه محلا للدراسة، يطرح مجموعة من الإشكالات و التي يمكن اختصارها في التساؤلات التالية:

ما هي اللجان المختصة بالرقابة على الملحق ؟ و ما هو الأثر المترتب على هذه الرقابة ؟ ما مدى فعالية سلطة الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية و ما مدى تأثير ذلك على المتعامل المتعاقد مع الإدارة وهل استطاع تنظيم الصفقات العمومية الحالي توفير نظام قانوني واضح المعالم يضبط هذه الآلية ؟

سنحاول فيما يلي تسليط الضوء على أهم أحكام وقواعد الرقابة المقررة على آلية الملحق في الصفقة العمومية، خاصة وأن الملحق اليوم أصبح يشكل دائرة من دوائر الفساد الإداري. مما يتطلب منا الأمر تقسيم هذه الورقة البحثية إلى ثلاثة مطالب، بحيث نتطرق في **المطلب الأول** إلى رقابة لجان الصفقات. أما **المطلب الثاني** فنخصصه إلى الأثر المترتب على رقابة لجان الصفقات للملحق، و**المطلب الثالث** سنتطرق فيه إلى أهم الإشكالات التي يطرحها الملحق وكذا الرقابة عليه وذلك على الصعيد والواقع العملي.

وقد حسن بالمشروع أن خفض النسبة و جعلها نسبة واحدة أي 10 بالمائة فقط ، للحد من التلاعب بالمال العام و تضخيم تكاليف الصفقات.(مع الإشارة إلى أن اللجان الوطنية للصفقات قد تم الاستغناء عنها من خلال التنظيم الجديد للصفقات العمومية وهو ما سنبينه عند حديثنا عن رقابة اللجان).

المطلب الأول : رقابة لجان الصفقات (الرقابة الخارجية القبلية)

أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغا بموضوع الرقابة على الصفقات، حيث خصص له كلا من المواد 156 إلى 202 من المرسوم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، فنظم الرقابة الداخلية بموجب المواد 156 إلى 162 في حين خصص المواد 163 إلى 190 للرقابة القبلية الخارجية .

والملاحظ على المشرع من خلال هذا التنظيم الجديد للصفقات ،و برجعنا إلى الأحكام القانونية المتعلقة بالرقابة على الصفقات العمومية أنه استهدف إعادة هيكلة اللجان المكلفة بالرقابة بما يضمن النجاعة، الفعالية والتخفيف من بيروقراطية إجراءات الرقابة وسد بعض الثغرات القانونية التي عرفها القانون الملغى الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم .

و بالنسبة للملحق في الصفقات العمومية، فإنه لا يخضع للرقابة الخارجية القبلية إلا في حالات استثنائية محددة بموجب المرسوم 15-247 سالف الذكر، و معنى ذلك أن الملحق لا يخضع كأصل عام لمثل هذه الرقابة .

نشير في هذا الصدد إلى أن هذا النوع من الرقابة يهدف و حسب مضمون المادة 163 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر إلى التحقق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع و التنظيم المعمول بهما والتحقق من مطابقة المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بطريقة نظامية .

و بتفحص الأحكام الجديدة للرقابة الخارجية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر، نجد أن المشرع قد ألغى بموجب المرسوم الجديد نهائيا اللجان الوطنية للصفقات العمومية، وهي اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم واللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات، كما ألغى العمل كذلك بنظام اللجان الوزارية .

أ. بوعزة هداية

وعليه، سنحاول من خلال هذا المبحث إلقاء الضوء على هيئات الرقابة الخارجية القبلية المكلفة بممارسة الرقابة على آلية الملحق، حيث قسمها القانون الجديد إلى لجنتين هما لجان الصفقات للمصالح المتعاقدة (الفرع الأول) واللجنة القطاعية للصفقات العمومية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : رقابة لجان المصلحة المتعاقدة

قرر المشرع الجزائري بأن تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة صفقات تختص بالرقابة الخارجية القبلية للصفقات،¹ وقد بينت المادة 169 من المرسوم الرئاسي 15-247 بأن لجنة الصفقات تختص بتقديم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيبها، ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون.

وبالنسبة لتشكيلة لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة، فنشير في هذا الصدد إلى أن التنظيم الجديد للصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 15-247) قد استحدث لجنة جديدة للرقابة تتمثل في اللجنة الجهوية للصفقات و ألغى العمل بكل من اللجنة الوزارية ولجنة الهيئة الوطنية المستقلة المنصوص عليهما في التنظيم السابق للصفقات العمومية.²

¹ - المادة 165 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.
² - ونشير في هذا الصدد إلى أن المرسوم الرئاسي 10-236 الذي تم إلغاؤه، كان قد استحدث لجنة جديدة للرقابة تتمثل في لجنة الهيئة الوطنية المستقلة مع إبقائه على اللجان السابقة التي أقرها كل من المرسومين 02-250 و 08-338. حيث أن المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم جاء بثلاث لجان، وتتمثل في كل من اللجنة الوزارية للصفقات، اللجنة الولائية للصفقات، اللجنة البلدية للصفقات. أما بالنسبة للمرسوم الرئاسي 08-338 المعدل و المتمم للمرسوم 02-250 فقد جاء بلجنيتين

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية...

وعليه فقد نص التشريع الجديد للصفقات العمومية على كل من اللجنة البلدية للصفقات العمومية، اللجنة الولائية للصفقات العمومية، اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الاداري .

كما أنه و من بين الأحكام و التدابير القانونية الجديدة التي خص بها المشرع الجزائري لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة بموجب المرسوم الجديد المنظم للصفقات العمومية، هي أن أعضاء لجان الصفقات ومستخلفيهم يعينون من طرف إدارتهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد باستثناء المعيّنين بحكم الوظيفة، زيادة على منح المسؤول الأول للمصلحة المتعاقدة سلطة تعيين عضو مستخلف من خارج المصلحة لاستخلاف رئيس اللجنة في حالة الغياب والإعلان عن حضور ممثلي المصلحة المتعاقدة والمصلحة المستفيدة من خدمات الاجتماعات بصوت استشاري. على أن يكلف مسؤول المصلحة المتعاقدة بتزويد أعضاء اللجنة بكل المعلومات اللازمة والضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة¹.

أولاً. - اللجنة البلدية للصفقات العمومية

تتشكل اللجنة البلدية للصفقات من² :

جديدين للصفقات العمومية و تتمثل في لجنة صفقات المؤسسة العمومية و مراكز البحث والتنمية، ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية.

¹ - المادة 176 من المرسوم 15-247 المؤرخ في 16/09/ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ، ج ر 50/2015 2015.

² - المادة 174 من المرسوم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 سالف الذكر.

أ. بوعزة هداية

-رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة .

-منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي .

- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية(مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

-ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة .

أما بالنسبة لاختصاص اللجنة البلدية ، ¹ فقد قرر المرسوم الرئاسي 15-247 بأن هذه اللجنة تختص بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية و التي تقل قيمتها المالية عن :

*مائتي مليون دينار 200.000.000 بالنسبة لصفقات انجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم.

*خمسين مليون دينار 50.000.000 بالنسبة لصفقات الدراسات.

*عشرين مليون دينار 20.000.000 بالنسبة لصفقات الخدمات.

و نلاحظ أن المرسوم الجديد 15-247 قد تماشى مع ما أتى به المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى ، بشأن تقرير الاختصاص لهذه اللجنة فيما يتعلق فقط بصفقات البلدية ونزع عنها الاختصاص الذي كان مقررا لها في السابق بموجب المرسومين 02-250 و 08-338 و المتعلق بالنظر في مشاريع صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

¹ - المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر .

ثانيا. - اللجنة الولائية للصفقات

لقد تم التقليص نوعا ما في تشكيلة اللجنة الولائية للصفقات بموجب المرسوم الجديد 15-247 مقارنة مع ما كانت عليه في ظل المرسوم الملغى 10-236 المعدل والمتمم، فأصبحت تتشكل فقط من¹ :

-الوالي أو ممثله، رئيسا.

-ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.

- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

-مدير التجارة للولاية .

- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة.

أما بالنسبة لاختصاص هذه اللجنة ، فقد حدد المرسوم الرئاسي 15-247 أهم اختصاصاتها و صلاحياتها . حيث تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة :

- مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تيرمها الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للدارات المركزية غير المذكورة بموجب المادة 172. التي يساوي مبلغها أو يقل عن :

* مليار دينار 1.000.000.000 بالنسبة لصفقات الأشغال.

* ثلاثمائة مائة مليون دينار 300.000.000 بالنسبة لصفقات اللوازم .

¹ - المادة 173 من المرسوم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 .

أ. بوعزة هداية

* مائتي مليون دينار 200.000.000 بالنسبة لصفقة الخدمات.

* مائة مليون 1.000.000 دينار بالنسبة لصفقة الدراسات.

- مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية و التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الاداري للحاجات أو الصفقة :

* مائتي مليون دينار 200.000.000 بالنسبة لصفقات انجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم.

* خمسين مليون دينار 50.000.000 بالنسبة لصفقات الخدمات.

* عشرين مليون دينار 20.000.000 بالنسبة لصفقات الدراسات.

- مشاريع الملاحق التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من المرسوم 15-247 .

ثالثا. - اللجنة الجهوية للصفقات

تعتبر اللجنة الجهوية للصفقات لجنة جديدة مستحدثة بموجب التشريع الجديد للصفقات، وهي تختص بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية .

و قد حددت تشكيلتها المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247 كآلاتي :

-الوزير المعني أو ممثله ، رئيسا .

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية...

-ممثل المصلحة المتعاقدة .

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة).

-ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة .

رابعاً. - لجان صفقات المؤسسات العمومية

أحدث التنظيم الحالي للصفقات العمومية لجنتين لصفقات المؤسسات العمومية¹،
هما كالآتي :

آ. - لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة
العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري

تتضمن تشكيلة هذه اللجنة ما يلي² :

-ممثل السلطة الوصية ،رئيساً .

-المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.

¹ - لقد كان التنظيم السابق الملغى المنظم للصفقات العمومية والمتمثل في المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية معدل ومتمم، ينص هو الآخر على لجنتين للمؤسسة العمومية ،وهما : لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

² -المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015.

أ. بوعزة هداية

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية و المديرية العامة للمحاسبة)

--ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة .

-ممثل عن الوزير المعني بالخدمة.

وقد نص التشريع على أن تحديد قائمة الهياكل غير الممركزة للمؤسسات العمومية تتم بموجب قرار من الوزير المعني¹.

وتختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ضمن الحدود المرسومة في الفقرات 01 إلى 04 من المادة 184 والمادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر.

ب.- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري

تتكون هذه اللجنة مما يلي²:

--ممثل السلطة الوصية ،رئيسا .

-المدير العام أو مدير المؤسسة .

-ممثل منتخب يمثل مجلس الجماعة الإقليمية المعنية.

¹ - الفقرة الأخيرة من المادة 172 من المرسوم 15-247، سالف الذكر .

² - المادة 175 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015.

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية...

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

-ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية.

تختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات و **الملاحق** الخاصة بالمؤسسة ضمن الحدود المرسومة في المادتين 139 و 173 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16.

ونشير إلى أنه في حالة ما إذا كان عدد المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد كبيرا، قد منح المشرع بموجب نص المادة 175 من المرسوم 15-247 سالف الذكر للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني حسب الحالة صلاحية تجميع هذه المؤسسات في لجنة واحدة أو أكثر للصفقات العمومية .

الفرع الثالث : اللجنة القطاعية للصفقات

تمت الإشارة فيما سبق إلى أن المشرع الجزائري و بموجب التنظيم الجديد للصفقات العمومية قد ألغى نهائيا العمل بنظام اللجان الوطنية للصفقات وكذا اللجان الوزارية و ذلك رغبة منه في القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية. غير أننا نجد بأن المشرع الجزائري قد أبقى في نفس الوقت على نظام اللجان القطاعية للصفقات العمومية. ويعتبر ذلك بادرة حسنة من المشرع الجزائري خاصة وأن اللجان القطاعية تتسم بسرعة المرور أمامها على عكس اللجان الوطنية التي كانت تستغرق في السابق آجالا طويلة، مما قد يتسبب في تعطيل المرفق العام وتعطيل كذلك تحقيق المنفعة العامة.

أ. بوعزة هداية

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن اللجنة القطاعية تعد حديثة النشأة ، حيث أحدثت بموجب المرسوم الرئاسي 12-23¹ المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، لاسيما المادة 138 مكرر منه. وقد كان تنصيب اللجنة القطاعية بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 مانعا لاختصاص اللجنة الوطنية للصفقات المختصة، وهو ما أقرته المادة 148 مكرر من نفس المرسوم، وذلك نظرا للاختصاص المزدوج للجان القطاعية. فإلى جانب الاختصاص المخول للجان الوطنية فهي تنظر في النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات. وهذا ما أقرته المادة 148 مكرر 1 من نفس المرسوم.

أولاً. - صلاحيات واختصاصات اللجنة القطاعية للصفقات العمومية

طبقا للتنظيم الجديد للصفقات العمومية²، فإنه تحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات العمومية³. وقد منح المشرع بموجب التنظيم الجديد للصفقات اللجنة القطاعية مجموعة من الصلاحيات الهامة، حيث تتكفل بمراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية، و تقوم بمساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية و إتمام تراتيبها، وتساهم في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءات إبرام

¹- المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18/01/2012، جريدة رسمية رقم 04/2012 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 .

²- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر رقم 50/2015 .

³- المادة 179 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية...

الصفقات العمومية¹. كما تختص اللجنة القطاعية كذلك بدراسة الملفات التابعة لقطاع آخر عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية، في إطار صلاحياتها، لحساب دائرة وزارية أخرى².

وفي مجال الرقابة، فإن اللجنة القطاعية للصفقات تختص بدراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و الملحق والطعون المتعلقة بكل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني³. أما في مجال التنظيم⁴، فتختص اللجنة القطاعية للصفقات باقتراح أي تدبير من شأنه تحسين ظروف مراقبة صحة إبرام الصفقات العمومية. كما بإمكانها اقتراح النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم عمل لجان الصفقات المشار إليه في المادتين 177 و 190 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وتتولى اللجنة القطاعية مهمة الفصل في مجال الرقابة في كل مشروع⁵:

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة،
مليار دينار 1.000.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى
المبين في المادة 139 المرسوم الرئاسي 15-247.

- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة
،ثلاثمائة دينار دينار 300.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود
المستوى المبين في المادة 139 المرسوم الرئاسي 15-247.

¹ - المادة 180 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

² - المادة 181 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

³ - المادة 182 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

⁴ - المادة 183 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

⁵ - المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

أ. بوعزة هداية

-دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ،مائتي مليون دينار 200.000.000 دج و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 المرسوم الرئاسي 15-247.

-دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ،مائة مليون دينار 100.000.000 دج و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 المرسوم الرئاسي 15-247.

-دفتر شروط أو صفقة أشغال أو لوازم للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ،اثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 المرسوم الرئاسي 15-247.

-دفتر شروط أو صفقة دراسة أو خدمات للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ستة ملايين دينار 6.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 المرسوم الرئاسي 15-247.

-صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 139 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي الى مقدار المبالغ المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك.

-ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستويات المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك في حدود المستويات المبينة في المادة 139 المرسوم الرئاسي 15-247 .

ثانيا. - تشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية

تكفلت المادة 185 من المرسوم الرئاسي 15-247 بتحديد تشكيلة اللجنة القطاعية، حيث أنها تضم كلا من :

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية...

-الوزير المعني أو ممثله، رئيسا.

- ممثل الوزير المعني، نائبا للرئيس.

- ممثل المصلحة المتعاقدة.

- ممثلان عن القطاع المعني.

- ممثلان عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

وقد أوجب المشرع أن يترأس اللجنة القطاعية رئيسها، وأتاح في ذات الوقت أن يتولى الرئاسة نائب الرئيس و ذلك في حالة غياب رئيس اللجنة أو حدوث مانع له¹.

ويتم تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات و مستخلفيهم بأسمائهم بموجب قرار من الوزير المعني بناء على اقتراح من الوزير الذي يخضعون لسلطته. ويختارون لذلك نظرا لكفاءتهم.و باستثناء الرئيس و نائبه يتم تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات ومستخلفوهم من قبل إدارتهم بأسمائهم بهذه الصفة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

المطلب الثاني : الأثر المترتب على رقابة لجان الصفقات على الملحق

إن الرقابة التي تمارسها مختلف لجان الصفقات تتوج إما بإصدار و منح التأشيرة (الفرع الأول)، أو برفضها (الفرع الثاني) .

¹ - المادة 186 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

الفرع الأول : منح التأشيرة

يدخل منح التأشيرة في المسعى الرامي إلى توسيع دائرة الرقابة على استعمال الأموال العمومية حفاظا على المصلحة العامة، وعدم استفحال الفساد الاداري.

يشترط في منح التأشيرة، باعتبارها تصرفا قانونيا يتمتع بجميع خصائص القرار الاداري ، مجموعة من الأركان والشروط، تتمثل فيما يأتي :

أولاً. - السبب

يتمثل سبب منح التأشيرة من طرف لجان الصفقات المختصة في الطلب المقدم من المصلحة المتعاقدة وهو تصرف و حالة قانونية نصت عليه المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها : " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا التأشيرة " .

ثانياً. - الاختصاص

يشترط لشرعية التأشيرة، مراعاة قواعد الاختصاص التالية :

آ. - الاختصاص الشخصي

تسلم اللجنة المختصة فيما يخص رقابة الصفقات و ملاحقها الداخلية ضمن اختصاصها تأشيرة في إطار تنفيذ الصفقة أو ملاحقها¹ ، ويؤول هذا الاختصاص في منح التأشيرة تبعا للقواعد التي أشرنا إليها فيما سبق بالنسبة لكل لجنة ، و نشير في هذا الصدد إلى أن الأثر المترتب عن صدور التأشيرة عن لجنة غير مختصة يكون البطلان و عدم

¹ - المادة 164 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية...

المشروعية¹ ، فالأصل في الاختصاص أنه شخصي بمعنى أنه يلزم صاحبه بأن يمارسه بنفسه و ليس له الحق في أن يعهد به إلى سواه².

ب.- الاختصاص الزمني

يحدد الاختصاص الزمني لمنح التأشيرة بمدة عشرين يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة لجنة الصفقات المصلحة المتعاقدة³، كما يحدد الاختصاص الزمني بالنسبة للجنة القطاعية للصفقات⁴ بخمسة وأربعين يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابات هذه اللجان.

وفي حالة عدم صدور التأشيرة في الآجال المحددة، تخطر المصلحة المتعاقدة للرئيس، الذي يجمع لجنة الصفقات المختصة في غضون الثمانية أيام المالية لهذا الإخطار، ويجب على هذه اللجنة البث في الأمر حال انعقاد الجلسة بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين⁵.

ثالثا.- المحل

إن الأثر القانوني المترتب على منح التأشيرة هو وجوب تنفيذ الصفقة أو الملحق المؤشرين من قبل اللجنة المختصة. حيث أن التأشيرة الشاملة التي تمنحها اللجنة تفرض

¹- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004، ص 65 .

²- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسر، الجزائر، 2007، ص 114.

³- المادة 178 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

⁴- المادة 189 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

⁵- المادة 198 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

أ. بوعزة هداية

على المصلحة المتعاقدة وعلى المراقب المالي و المحاسب المكلف، إلا في حالة معاينة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية¹.

كما تلتزم المصلحة المتعاقدة بإيداع نسخة من مقرر التأشير على الصفقة أو على الملحق، وجوبا مقابل وصل استلام في غضون الخمسة عشر يوما لإصدارها، لدى المصالح المختصة إقليميا في الإدارة الجبائية والضمان الاجتماعي التي تتبعها المصلحة المتعاقدة².

رابعاً. - الشكل والإجراءات

لقد أجاز المشرع منح التأشير مرفقة بتحفظات، موقفة أو غير موقفة³ وتكون التحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع مشروع دفتر الشروط أو الصفقة أو الملحق. وتكون التحفظات غير موقفة عندما تتصل بالشكل.

يتعين على المصلحة المتعاقدة عرض مشروع الصفقة أو الملحق بعد رفعها للتحفظات المحتملة المرافقة للتأشير التي تسلمها هيئة الرقابة الخارجية القبلية المختصة، على الهيئات المالية لكي تلتزم بالنفقات قبل موافقة السلطة المختصة عليها والبدء في تنفيذها. وبالنسبة للبلديات، فإن مشروعا الصفقة والملحق يخضعان لمداولة المجلس الشعبي البلدي و مراقبة الشرعية للدولة قبل إرسالهما إلى لجنة الصفقات المختصة.

كما اشترط المشرع إفراغ التأشير في شكل كتابي، بقرار مسبب من رئيس اللجنة المختصة. كما يجب تبليغ هذا القرار إلى المصلحة المتعاقدة المعنية خلال 08 أيام الموالية لتاريخ انعقاد اللجنة¹.

¹ - الفقرة الأولى من المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

² - الفقرة الرابعة من المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

³ - الفقرة الرابعة من المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

الفرع الثاني : رفض التأشيرة

كما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة، فإن رفض التأشيرة يقوم على مجموعة من الأركان والشروط ،تتمثل فيما يلي :

أولاً. - السبب

سبب رفض منح التأشيرة، مرده قيام حالة قانونية تعاينها اللجنة من حيث وجود مخالفة للتشريع أو التنظيم المعمول بهما، كصدور الملحق مخالفا لقواعد المشروعية .

ثانياً. - الاختصاص

يشترط حتى يكون رفض التأشيرة مؤسسا، مراعاته قواعد الاختصاص التالية :

أ. - الاختصاص الشخصي

كما هو الشأن بالنسبة لقرار منح التأشيرة ينبغي أن يصدر الرفض عن اللجنة المختصة ويؤول هذا الاختصاص في رفض التأشيرة تبعا للقواعد التي أشرنا إليها فيما سبق بالنسبة لكل لجنة، ويعد باطلا قرار رفض منح التأشيرة الصادر عن سلطة غير مختصة.

ب. - الاختصاص الزمني

يعد الاختصاص الزمني لمنح التأشيرة نفسه بالنسبة لحالة رفض منح التأشيرة فلا يجوز تجاوز المدة الزمنية المحددة لذلك.

¹ - الفقرة السابعة من المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه

ثالثاً. - المحل

يترتب على رفض منح التأشيرة عدم تنفيذ الصفقة أو ملحقها. غير أن المشرع أجاز ومنح حق "تجاوز رفض التأشيرة" بمقرر معلل في حالة رفض منحها سواء من قبل لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة أو لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية، وذلك إذا أملت اعتبارات وضرورات المصلحة العامة و التسيير الإداري الحسن¹. و يتم ذلك على النحو التالي :

آ. - حالة رفض لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة منح التأشيرة

-يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعني، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل.

-يمكن للوالي، في حدود صلاحياته و بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم وزير الداخلية والجماعات المحلية بذلك.

-يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي، في حدود صلاحياته و بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بموجب مقرر معلل ويعلم الوالي المختص بذلك.

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 69 .

ب.- حالة رفض لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات
منح التأشيرة

يجوز في هذه الحالة أيضا لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معل.

ت.- القيود الواردة على مقرر تجاوز التأشيرة

لقد قيد المشرع الجزائري مقرر تجاوز التأشيرة بمجموعة من القيود، وذلك لخطورة هذا الأخير على مبدأ المشروعية، نتلخص فيما يلي:

1- عدم اللجوء إلى التجاوز إلا في حال رفض التأشيرة المعل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية،¹ وفي هذه الحال فان تجاوز التأشيرة بالنسبة للملحق لا يكون إلا في حالة عدم مطابقة الملحق للأحكام التنظيمية.

2 - يشترط لصحة مقرر التجاوز أن ينبني على تقرير من المصلحة المتعاقدة و أن يكون معللا و مسببا،² إذ يجب أن يذكر في صلب المقرر السبب الدافع إلى عدم الاعتداد بقرار رفض التأشيرة ومن ثم الانتقال إلى مرحلة تنفيذ الملحق .

3- لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز إلا بعد تسعين يوما ابتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة.³

¹ - المادة 202 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه

² - المادتين 200 و 201 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

³ - الفقرة الثانية من المادة 202 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

أ. بوعزة هداية

4- ضرورة إعلام الجهات المعنية و ذات العلاقة المبينة أعلاه ، فضلا على وجوب إرسال نسخة من مقرر التجاوز ،إلى مجلس المحاسبة و إلى الوزير المكلف بالمالية ،سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و المفتشية العامة للمالية ،و إلى لجنة الصفقات المعنية .

رابعاً. - الشكل و الإجراءات

قياسا على منح التأشيرة الذي يجب أن يكون مكتوبا، فان رفضها كذلك يستلزم إفراغه في شكل مكتوب، بقرار مسبب ومعلل من اللجنة المختصة يتضمن الأسباب التي يقوم عليها الرفض، حيث يجب إعداده طبقا للشروط المنصوص عليها في التنظيم والتشريع المعمول بهما. وهو الآخر يستلزم تبليغه للمصلحة المتعاقدة في أجل 08 أيام من تاريخ انعقاد الجلسة.

المطلب الثالث : الإشكالات التي تطرحها الرقابة على الملحق على الصعيد الميداني .

سننظر من خلال هذا المطلب إلى أهم الإشكالات التي يطرحها الملحق على الصعيد العملي، والذي ينم عن تجربتنا الشخصية بمكتب الصفقات العمومية ونفقات التجهيز لمصالح المراقبة المالية وذلك من خلال نقطتين أساسيتين .

الفرع الأول : إشكالية مبلغ الملحق وضرورة عرضه خلال الأجل التعاقدي للصفقة

إن التنظيم السابق للصفقات العمومية الممثل بالمرسوم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل والمتمم كان يطرح إشكالات هامة خاصة فيما يتعلق بالملحق. وكانت إشكالية الملحق تكمن في التناقض الواقع بين النص التشريعي ومتطلبات الواقع العملي، فكان النص التشريعي مثلا يؤكد على أنه ينبغي أن يعرض الملحق داخل الأجل

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية...

التعاقد للصفقة أي خلال مدة انجاز المشروع. إلا أن التناقض الحاصل هو أنه لا يمكن إعداد الملحق للصفقة إلا بعد إكمال المشروع لضبط الكميات النهائية للصفقة الأصلية وبالتالي تعين الأشغال التي تدرج ضمن الملحق وتحسب كمياتها. وبالمقابل لا يمكن قانونا للمتعاقد المتعاقد الشروع في انجاز الأشغال الملحقة إلا إذا تم إعداد ملحق وتمت المصادقة عليه من طرف اللجان المختصة للرقابة و كذا مصالح المراقبة المالية. وبعدها يتم تسليم أمر بالخدمة إلى المتعامل المتعاقد للشروع في انجاز تلك الأشغال .

غير أنه عمليا، و لتجاوز هذه المعضلة، نجد أنه كان يتم التوضحية بالمتعامل المتعاقد الذي يباشر الأشغال الإضافية والتكميلية دون أن يملك أية وثيقة رسمية تسمح له بفوترة مبالغ تلك الأشغال، وبعد انتهاء المشروع تبدأ عملية إعداد الملحق من طرف المتعامل المكلف بالدراسة والمتابعة، ليمر على العديد من المصالح والهيئات الرقابية ليتم في النهاية المصادقة عليه ومنح أمر شكلي للمقاولة للانطلاق في أشغال الملحق .

كل تلك الخطوات و المراحل قد تستغرق أشهرا عديدة وربما سنوات ،مما يحرم المتعامل المتعاقد من مبالغ هامة لفترة زمنية طويلة مما يؤثر على توازنه المالي. وما يزيد الأمر تعقيدا هو أن التأخر في المصادقة على الملحق يؤدي ضمنا إلى التأخر في الاستلام المؤقت للمشروع رغم انتهاء أشغاله كلها، وبالتالي تأخر الاستلام النهائي للمشروع.

غير أن المشرع قد حاول تدارك الأمر ليقضي على ذلك التناقض الحاصل، فأصبح التشريع الحالي أقرب للواقع العملي وأكثر مراعاة لمتطلبات الواقع الميداني مما كان عليه التشريع الملغى.حيث خص المشرع موضوع الملحق بأحكام قانونية جديدة من المواد135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 15-247. غير أن ما يعاب عليه هو تعدد الفقرات بالنسبة لبعض المواد ،مما قد يؤدي إلى لبس الفهم و سوء التفسير أحيانا.

أ. بوعزة هداية

ومن بين الأحكام القانونية التي لم يغيرها المشرع بموجب التشريع الجديد هي ضرورة إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات خلال الآجال التعاقدية للصفقة¹. إلا أنه أورد بموجب المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247 بعض الحالات الاستثنائية التي يمكن فيها عرض الملحق خارج الآجال التعاقدية. وتعد الحالة الثالثة المشار إليها بهذه المادة حالة جديدة لم ينص على مثلها بموجب التشريع الملغى و يتعلق الأمر بالحالة التي لا يمكن فيها بصفة استثنائية إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة، في الآجال التعاقدية. حيث سمح المشرع بإبرام هذا الملحق حتى بعد الاستلام المؤقت للصفقة، ولكن ومهما كان الأمر قبل إمضاء الحساب العام والنهائي.

ومن بين الأحكام الجديدة ، نجد أن المشرع أعطى للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم تمكن الكميات المحددة بالصفقة الأصلية من تحقيق موضوعها، إمكانية إصدار الأمر بخدمات إضافية و أو تكميلية و ذلك في انتظار إنهاء الملحق².

ومن الجديد كذلك، ما نص عليه المشرع من إمكانية إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها، لأداء خدمات أو اقتناء لوازم، للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل. واشترط المشرع أن يتم ذلك قبل الاستلام النهائي للصفقة، وأن يقرر مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني ذلك، كما اشترط أن تكون الظروف التي استدعت ذلك التمديد غير متوقعة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة و ألا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها. وقد أوجب المشرع في هذه الحالة ألا تتجاوز مدة الملحق ثلاثة أشهر وألا تتجاوز كذلك الكميات بالزيادة نسبة 10 في المائة. وهي النسبة المذكورة بالمادة 139 من نفس المرسوم و التي تخضع الملحق استثناء إلى فحص الرقابة الخارجية القبلية.

¹ - الفقرة الأولى من المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المذكور أعلاه.

² - الفقرة الرابعة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المشار إليه أعلاه.

الفرع الثاني : إشكالية خصوصية ملحق الغلق

كذلك من بين الإشكالات نجد ملحق الغلق، هذا الأخير الذي كان من المفترض أن يخصه المشرع بأحكام خاصة تميزه عن الملحق بصفة عامة. إذ و لغاية صدور التشريع الحالي نجد أن ملحق الغلق يشترك في جميع الأحكام القانونية مع الملحق بصفة عامة، ما عدا تلك المتعلقة بإمكانية إبرامه وعرضه حتى خارج الآجال التعاقدية و كذا ضرورة خضوعه لفحص لجنة الرقابة الخارجية للصفقات¹.

إن الإشكال الذي يطرح بخصوص ملحق الغلق في الواقع، هو أنه قد يتضمن أحيانا في موضوعه على أشغال جديدة غير مدرجة في إطار الصفقة الأصلية تعرف بالأشغال أو الخدمات التكميلية، وهو مما لا يمكن تصوره في ملحق الغلق. لأن هذا الأخير يهدف إلى الغلق النهائي للصفقة الأصلية و إلى التسوية المالية في شكل : "حساب عام وشامل للأشغال". Un DGD - مما لا يتصور معه إدراج أشغال جديدة.

فعندما نتكلم عن ملحق الغلق نكون بصدد مرحلة : "التسليم المؤقت للمشروع". La (réception provisoire des travaux.)

لكن وللأسف على الصعيد العملي تمت المصادقة عل العديد من ملاحق الغلق والتي تتضمن أشغالا إضافية جديدة وبأسعار جديدة يتم التفاوض عليها لم تؤخذ بعين الاعتبار في موضوع الصفقة الأصلية، وذلك لعدم وجود أي نص قانوني يمنع ذلك. مما نعتبره ثغرة قانونية هامة لا بد على المشرع الجزائري تداركها بغية حماية المال العام وتوسيع دائرة الرقابة على مشروعية الملحق وذلك بمنع الأشغال الإضافية الجديدة في ملحق الغلق والسماح فقط بالزيادة في كميات الأشغال موضوع الصفقة الأصلية.

¹ - المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المشار إليه أعلاه.

الخاتمة

من خلال تحليلنا لنظام الملحق في الصفقة العمومية و الرقابة عليه، توصلنا إلى نتيجة عامة مفادها عدم خضوع الملحق كأصل لفحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، بل يكفي المصادقة عليه من طرف المصالح المالية، وذلك حتى يبعث المشرع مرونة على سلطة تعديل الصفقات العمومية. غير أنه واستثناءا أوجب المشرع إخضاع الملحق للرقابة الخارجية للصفقات العمومية وهذا للحد من تجاوزات الإدارة في استعمالها لسلطتها في التعديل.

كما أن هذه الرقابة القبلية قد تتوج بمنح التأشيرة فينفذ الملحق، كما قد تتوج برفض منحها فلا ينفذ الملحق، أو ينفذ عملا بحق تجاوز رفض التأشيرة .

ومن أهم الاقتراحات التي توصلنا إليها في ختام هذه الورقة البحثية ما يلي :

1- ضرورة إعطاء أهمية و مدة زمنية أطول لمرحلة الدراسة حتى يتم ضبط الأشغال المطلوبة والكميات التي ستنتج فعلا، وبالتالي تقليل الأهمية المالية بالنسبة للملحق، مع البحث عن صيغ أكثر مرونة وواقعية في إعداد الملحق .

2-مقرر تجاوز المصلحة المتعاقدة لتأشيرة لجان الصفقات بالرغم من إحاطته بقيود تشريعية، قد يؤدي إلى المساس بمصادقية الرقابة الخارجية القبلية على ملحق الصفقة.

3-لابد من توسيع دائرة الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية، وذلك بفرض الرقابة الخارجية القبلية على كل ملاحق الصفقات وإن لم تتعدى النسب القانونية المقررة، حفاظا على المصلحة العامة وعدم استفحال الفساد الإداري وإهدار المال العام ،فعدم خضوع الملحق للرقابة من شأنه أن يشكل ميدانا خصبا للرشوة والرشاء غير المشروع .

إشكالية الملحق و الرقابة عليه في الصفقات العمومية...

4-تدعيم آليات الرقابة الحالية ب "مراقبي الميدان المستقلين"، الذين يتابعون الحجم الحقيقي للأشغال المنجزة للحد من ظاهرة تضخيم تكلفة المشاريع المنجزة والتي قد تحصل بتواطؤ من بعض الأعوان الإداريين غير المسؤولين .

قائمة المراجع

أولا : النصوص القانونية

- 1- المرسوم الرئاسي 250-02 المؤرخ في 24 -07-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،الجريدة الرسمية رقم 2002/52 .
- 2- المرسوم الرئاسي 338-08 المؤرخ في 26/10/2008 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 250-02 ،الجريدة الرسمية رقم 2008/62 .
- 3- المرسوم الرئاسي 236-10 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية رقم 2010/58 .
- 4- المرسوم الرئاسي 23-12 المؤرخ في 18/01/2012 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 236-10 ،الجريدة الرسمية رقم 2012/04.
- 5- المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 13/01/2013 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 236-10 ،الجريدة الرسمية رقم 2013/02.
- 6- المرسوم الرئاسي 247-15 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية 2015/50 .

ثانيا : المؤلفات الفقهية

- 1- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسر، الجزائر، 2007.

أ. بوعزة هداية

2- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004 .

الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية

لعلام محمد مهدي ♦

ملخص

يرغب المشرع الجزائري وقبله الفرنسي في تأمين أكبر قدر من الحماية لقواعد ومبادئ إبرام الصفقات العمومية كقواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي يفرضها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام. أوجد بديلا أكثر فعالية من خلال استحداثه دعوى جديدة لمواجهة المنازعات الناشئة عن خرق تلك المبادئ، وحماية حقوق الغير المتولدة عنها (المرشحين المستبعدين).

هذا البديل تم النص عنه في المواد 946 و 947 من ق. إ. م. وإ. وجعلها منازعة من منازعات القضاء الاستعجالي الذي يتم من خلاله حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال ومستعجل قبل إبرام الصفقة العمومية، ومنح قاضي الاستعجال سلطات واسعة غير مألوفة في المنازعات العادية.

كلمات مفتاحية: منازعات الصفقات العمومية، المنافسة، إشهار، سلطات قاضي الاستعجال.

Résumé :

Le législateur algérien, à l'instar de son homologue français, veut consolider le plus possible l'application effective des règles et des principes de la passation des marchés publics, telles que les règles

♦ أستاذ مؤقت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان.

de publicité, de concurrence et d'égalité édictées par le décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public. A cet effet, il a mis en œuvre un nouveau mécanisme, lequel est prévu par les articles 946 et 947 du C.P.C.A donnant droit à l'intéressé d'opter pour une action en référé à travers laquelle l'application des règles de publicité et de concurrence peut être protégée efficacement bien avant la passation du marché public. De par ces règles, il est reconnu au juge de référé des prérogatives qu'il ne peut en avoir dans les litiges normaux.

Mots-clés : Contentieux, des marchés publics, concurrence, publicité, prérogatives, magistrat, référé.

Summary:

Algerian legislator and before him the French one, wished ensure the greatest possible protection rules and principles of public acts signing, such as advertising rules, competition and equality enacted by presidential decree No. 15-247 on the organization of public contracts and delegation of public services, has found an alternative way by creating a new action to address disputes arising from the violation of its principles and the protection of third party rights (excluded candidates).

This lean was enacted by sections 946 and 947 of A.C.P.L and can be subject to a special hearing by which the rules of public nature and competition can be effectively protected before the acts signing and assigns to the special hearing judge prerogatives than it can be in normal cases.

Keywords: litigation of public contracts, competition, advertising, prerogatives of the special hearing judge.

كما هو معلوم، فإن المصلحة المتعاقدة كأصل عام ليست حرة في اختيار المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية les marchés publics، وإنما لابد لها أن تتقيد بالشروط والاجراءات التي يفرضها عليها قانون الصفقات العمومية المنصوص عنها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹. وذلك تكريسا للشفافية وخضوعا لمبدأ المشروعية le principe de légalité، ومع ذلك يبقى لها مجال من الحرية تستعمل فيه سلطتها التقديرية لاختيار الأفضل من بين العروض المقدمة أمامها تحت رقابة القضاء.

وبما أن الصفقات العمومية تعد قسما مهما من أقسام العقود الإدارية، فإنها تستحق فرض نظام قانوني خاص يكفل احترام قواعد الشفافية المنافسة، خاصة لتعلقها بالمال العام للدولة وسير المرفق العام Le service public. ومن أهم المبادئ التي يفرضها قانون الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعاقد معها من أجل ضمان منع التمييز والمحاباة والاحياز هما مبدأي المنافسة والإعلان.

ويقصد بمبدأ المنافسة فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة، والمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي أن تتعامل المصلحة المتعاقدة مع كل المتنافسين المترشحين على قدم المساواة وألا تعطي ميزة تفضيلية لأحدهم على حساب الآخرين من أقرانه². أما مبدأ العلانية فيتجسد في الدعوة إلى التعاقد من خلال الاعلان عن الصفقة في وسائل الاعلام المختلفة -بذلك تكون العلانية كمقدمة لفتح باب المنافسة العادلة-.

¹ جريدة رسمية، عدد 50، مؤرخة في 20-09-2015.

² أنظر، مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص496.

هذان المبدآن تبناهما المشرع الجزائري من خلال المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي ألغى سابقه¹. غير أن النص على هذه المبادئ وتركها من دون وسائل تكفل احترامها يجعلها في حكم العدم، وهو ما عمل عليه المشرع من خلال التنصيص على مجموعة من الوسائل القانونية التي تكفل احترامها ومنها ما هو غير قضائي وما هو قضائي يهم هذه الدراسة.

ونظرا لعدم فعالية الوسائل القضائية التقليدية كدعوى الإلغاء التي توجه ضد القرارات المنفصلة المستوحاة من نظرية الأعمال المنفصلة *Théorie de l'acte détachable*، بحكم أن القاضي يبت فيها غالبا بعد إبرام الصفقة وفي بعض الأحيان بعد تنفيذها، لتنتفي أي مصلحة عملية يحققها هذا الإلغاء بالنسبة للمترشح المقصي.

ولذلك تدارك المشرع الجزائري وقبله الفرنسي هذا الوضع وأوجد بديلا أكثر فعالية باستحداثه دعوى جديدة لمواجهة المنازعات الناشئة عن خرق تلك المبادئ في التوقيت المناسب من خلال المادتان 946 و 947 من القانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية². ومن هنا تظهر أهمية الوسيلة المستحدثة والمتمثلة في الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية. ليتم التساؤل عن النظام القانوني الذي يحكمها؟ والإجابة على هذا التساؤل تكون من خلال مطلبين: - أولهما يبحث في ماهية الدعوى أو القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد في مجال الصفقات العمومية؛ والثاني سيهتم بنظامها القضائي.

¹ وكرسهما سابقا في المواد 03 و 45 و 49 من المرسوم الرئاسي الملغى 10-236 الصادر في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم؛ جريدة رسمية، عدد 58، مؤرخة في 07-10-2010.

² جريدة رسمية، العدد 21، مؤرخة في 23-04-2008.

Article L551-1-2 du code de justice administrative (CJA),
<https://www.legifrance.gouv.fr>. 11/02/2016.

المطلب الأول: ماهية القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد في مجال الصفقات العمومية

يُشكل القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد [Référé précontractuel](#) حاليا جزءا مهما من منازعات الصفقات العمومية، ولتسليط الضوء على هذه المنازعة بخصوصياتها لابد من التطرق لمفهوم القضاء الاستعجالي، ثم شروط قيامه أو بالأحرى شروط قبول الدعوى الاستعجالية.

الفرع الأول : مفهوم القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

يستلزم البحث في مفهوم القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية بيان الدعوى الاستعجالية من خلال التطرق لتعريف القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية وتطوره التاريخي.

أولاً. - تعريفه

لقد أغفل المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي وضع تعريف للقضاء الاستعجالي، وثُركت المسألة للفقهاء والقضاء الإداريين، وعرفه الأستاذ Merignhac على أنه: الاجراء الذي يكون الهدف منه الفصل وبأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، لكن فقط بطريقة مؤقتة ومن دون المساس بأصل الحق¹.

¹ أنظر، لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هوم، الجزائر، 2007، ص12؛ وعرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والاستعجال الذي يبرر التدخل لإصدار قرار وقتي يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت". نقلا عن، بزاحي سلوى زوجة بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بجاية، السنة 03، 2012، المجلد 05، العدد 01، ص 31.

أما القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد في مجال الصفقات العمومية فيُعرف على أنه: "إجراء قضائي مستعجل من نوع خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعل قبل اتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"¹.

والنصوص النازمة لهذه الدعوى أُسست على فكرة السرعة وبصيغة الاستعجال، إذ يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق للمدعي يُخشى على ضياعه إن تَمَّت الصفقة أو البدء في تنفيذها.

ثانياً. - تطوره التاريخي أو مصدره

يرجع الفضل لهذا النوع من القضاء للمشرع الأوروبي حرصاً منه على إيجاد دعوى قضائية فعالة تضمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة والعلانية، وفي سبيل ذلك أصدر التعليمات 89-665 التي وردت تحت مُسمى طعن ورقابة في مجال الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال سعياً منه لتكريس التجانس التشريعي بين دول الاتحاد². وتبعاً لذلك رضح المشرع الفرنسي لهذه التعليمات بموجب القانون رقم 92-10 المؤرخ في 04

¹ مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص 841.

² Directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 «portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux », dite directive recours-secteurs classiques, et de la directive 92/13/CEE du 25 février 1992 «portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications», dite directive recours-secteurs exclus. Cité par, Julien PIASECKI, L'office du juge administratif des référés, Thèse pour le Doctorat de Droit public, Université du Sud-Toulon Var, Faculté de DROIT de Toulon, 2008, p137.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

1992/01¹؛ وتم ادراج أحكامهما في المادتين 22 و 23 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية السابق؛ وأخيرا كُرس في المادة 551-1-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي².

الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

إلى جانب الشروط العامة المطلوبة في كل دعوى استعجالية، والمتمثلة في الشروط الموضوعية لقبول الدعوى كشرط الاستعجال L'urgence الذي يأخذ بمفهوم الضرر أو الخطر المحدق على مصلحة المدعي، وهو ما يتجلى في مسألة تفويت فرصة الضفر بالصفة، وبالتالي إذا كان يُمكن تدارك الفرصة من دون الحاجة للتدخل المُستعجل فلا وجود للاستعجال³؛ وشرطي الجدية وعدم المساس بأصل الحق⁴؛ هناك مجموعة من الشروط الشكلية الخاصة التي تميز هذه الدعوى بالذات على النحو التالي:

¹ الحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 268.

² Code de justice administrative (CJA), <https://www.legifrance.gouv.fr. 11/02/2016>.

³ المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي لم يعرف الاستعجال واكتفى بإدراجه كشرط جوهري لرفع الدعوى في المواد 919-921-924-925 من ق. إ. م. وإ. ويعرف الاستعجال على أنه: تلك الضرورة التي لا تحتمل التأخير، أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي مواجهته برفع دعوى عادية. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 13.

⁴ وشرط الجدية يتلخص في احتمال وجود تعرض للحق المكرس قانونا نتيجة الاخلال بمبدئي الإشهار والمنافسة وحماية قانونية لهما؛ غير أن شرط عدم المساس بأصل لا يمكن تصوره في هذه الدعوى كونه يتنافى مع السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي بموجب المادة 946 من ق. إ. م. وإ. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 846؛ ويرتبط شرط الجدية في نظام وقف تنفيذ القرارات الادارية بعدم المشروعية الظاهرة من أوراق الدعوى ليُرجح احتمال إلغاء القرار المطلوب وقف تنفيذه. أنظر، محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الاداري، الطابع الاستثنائي لنظام الوقف، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 610.

أولا - صفة المدعي *qualité de requérant*

تُكتسب صفة المدعي في الدعوى الاستعجالية بناء على المصلحة الخاصة بالمدعي؛ أو بحكم القانون الذي يُعين صاحبها¹.

أ. **الصفة بناء على المصلحة:** يكتسب هذه الصفة جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقود والصفقات العمومية، وهم المترشحين المقصين والمتضررين نتيجة الاخلال بقواعد العلانية والمنافسة لتجاوزهم فرصة نيل الصفقة والضفر بها، كما هو وارد في قراءة نص المادة 551-1 و2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي؛ والمادة 2-946 من ق. إ. م. و، سابق الإشارة إليهما.

ب. **الصفة بحكم القانون:** فالمدعي في هذه الحالة لا يكون من أحد المتنافسين أو المترشحين، وإنما يكون أحد الأشخاص العامة الرسمية بحيث يمنح له القانون صراحة حق تحريك الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية في حالة خرق قواعد العلانية والمنافسة من أجل حماية المال العام ومكافحة الفساد. وهذا ما جاء به ق. إ. م. و، في نص المادة 2-946 حيث تنص على أنه: "يتم هذا الأخطار من قبل...؛ وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سببرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية". ليعتبر ممثل الدولة حارسا للمشروعية المتعلقة بإبرام العقود والصفقات العمومية².

ثانيا - قاعدة القرار السابق

القاعدة العامة أن الدعوى القضائية لا يمكن أن توجه إلا ضد قرار إداري، فإذا لم تتخذ الإدارة قرارا بشأن نزاعها مع المترشح ضمن الصفقة العمومية، يجب على المدعي استصدار

¹ أنظر، بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2011، ص56.

² ماذا عن إغفال اخطار ممثل الدولة في الصفقات التي تختص بها السلطات المركزية؟.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

قرار في شكل طلب يتقدم به إلى الإدارة المعنية بغية تصحيح الأوضاع القانونية المتعلقة بمبادئ إبرام الصفقات العمومية. والهدف من مبدأ القرار المسبق يكمن في الوقوف على موقف الإدارة بما سيصدر عنها من قرار في هذا الصدد، ومنحها فرصة الرجوع عن الخطأ الذي يكون أجدى وأسرع حتى من مراجعة القضاء المستعجل¹.

غير أن التشدد في هذا الشرط سوف يكون في غير صالح هذه الدعوى، لأن المصلحة المتعاقدة سوف تعلم مسبقاً بأن هناك من سيخاصمها، مما قد تسارع في اتمام إبرام الصفقة أو حتى تنفيذها، وهو ما تقطن له المشرع الفرنسي وأعفى المدعي من هذا الشرط في قانون قضاءه الإداري المستعجل ل2000/02/30².

أما المشرع الجزائري فلم يشترط هذا القرار ضمن أحكام المادة 946 من ق.إ.م.إ. واكتفى بالنص على بتحرير عريضة افتتاحية تتضمن أوجه الاختلال بالالتزامات الأشهار والمنافسة الواجب توافرها في إبرام الصفقات العمومية.

ثالثاً. - شرط النطاق الزمني لرفع الدعوى الاستعجالية:

حيث يشترط أن ترفع قبل اتمام إبرام الصفقة العمومية، وهذا يتماشى مع طبيعتها الوقائية من أجل تصحيح المخالفات التي تمس بمبدأي الأشهار والمنافسة في مرحلة متقدمة ودرئاً للضرر غير قابل للإصلاح قبل فوات الأوان، وذلك حتى يكون للإجراءات التي يتخذها القاضي الاستعجالي معنا من الناحية الواقعية.

¹ أنظر، [عمار مرشحة](#) و [محمد سعيد غندور](#)، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، 2014، المجلد 20، العدد 2، ص 338.

² أنظر، شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 36.

ويترتب على مبدأ إلزامية الدعوى الاستعجالية قبل إبرام العقد عدم إمكانية توجيه هذه الدعوى ضد قرار توقيع الصفقة، وهذا منطقي لأنه بذلك يصبح تداخل بين مجال اختصاص القاضي الإداري كقاضي إلغاء؛ وكقاضي استعجال، وبالتالي يعمل هذا الشرط على وضع حدود بين الاختصاصين. ويصبح الطلب الاستعجالي الموجه بعد توقيع العقد غير ذي صلة¹.

غير أنَّ هذا الشرط قد يُعطي منفذاً للالتفاف على نزاهة إبرام العقود الادارية وحجب نظر القاضي على المخالفات المرتكبة من خلال الإسراع في إبرام العقود الإدارية. ومن هنا فإن المشرع الفرنسي وحرصاً منه على تحقيق فاعلية هذه الدعوى استحدث نوعاً آخر إلى جانب الاستعجال ما قبل التعاقد، ويتعلق الأمر **بالاستعجال التعاقدى Référé contractuel** الذي يُمكن مباشرته **بعد توقيع العقد**، وهو ما جاء به الأمر 515-2009 الصادر في 07-05-2009، الذي أدمجت أحكامه في فقرات المادة 51-13-14-15-16²؛ والمستوحات قبل ذلك من اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير الصادر بتاريخ 16-07-2007³، والذي أعطى ولأول مرة للمرشحين المستبعدين الحق في اللجوء إلى القضاء بعد إبرام العقد، وهو ما يُساهم في تفعيل الدعاوى الخاصة بالعقود الادارية قبل وبعد توقيعها بما يتماشى مع مقتضيات الأمن القانوني وحماية مبادئ إبرام العقود الادارية، وبذلك يكون قد تدارك هفوة النطاق الزمني المقرر في الدعوى الأولى قبل التعاقدية، ووسع كذلك من دائرة الأشخاص المستفيدين منها بعد توقيع العقد لتشمل كل المترشحين بعدما

¹ Mattias GUYOMAR et Bertrand SEILLER, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 2010, p. 147.

² Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n°0107 du 8 mai 2009, p. 7796. <https://www.legifrance.gouv.fr. 11/02/2016>.

³ C. E, Assemblée., 16 juil. 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation, n° 291545. <http://www.conseil-etat.fr. 11/02/2016>.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

كانت منازعات العقود بعد توقيعها تقتصر على أطرافها فقط¹. أما المشرع الجزائري من خلال المادة 946-3 إكتفى بعبارة: "يجوز اخطار المحكمة الادارية قبل ابرام العقد". ليجد المدعي نفسه في سباق مع الزمن حتى تُقبل دعواه².

المطلب الثاني: النظام القضائي للدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية

كون هذه الدعوى من الضمانات المستحدثة لمجابهة امتيازات السلطة العامة، كانت هناك أسباب تبرر وجودها (الفرع الثاني)؛ وإذا تحققت تلك الأسباب يتصدى لها القاضي الاستعجالي عن طريق مجموعة من السلطات غير المألوفة حتى في الاستعجال العام أو العادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أسباب الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية

هي تلك التجاوزات الواقعة على مبادئ إبرام الصفقات العمومية من اشهار ومنافسة، والمنصوص عنها في مختلف القانونين ذات الصلة، وعلى وجه الخصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، سابق الإشارة

¹Pour plus de détails, cons. Franck MODERNE, Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5, pp.917 et s; Marguerite CANEDO-PARIS, Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5, pp.935 et s; Dominique POUYAUD, Un nouveau recours contentieux: le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5, pp.923 et s.

² انظر، غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الادارية، دار هومه، الجزائر، 2014، ص263.

أ. خالدي مجيدة

إليه؛ والمادة 09 من القانون رقم 06-01 الصادر في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹؛ وكذلك الأمر رقم 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة²، المعدل والمتمم بموجب كل من القانون رقم 08-12 الصادر في 25 جوان 2008³؛ والقانون رقم 10-05 الصادر في 15 أوت 2010⁴. وتظهر في عدة صور، منها:

أولاً. - خرق قواعد الاعلان عن الصفقة:

يُعد خرقاً لهذه القواعد عدم الاعلان عن الصفقة في الحالة التي يكون فيها الاشهار الصحفي إلزامياً⁵، أو إعلان ناقص ومعيب كالنشر في جريدة يومية واحدة في حين أن القانون يشترط النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي؛ وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني أو المحلي أو الجهوي طبقاً للمادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه؛ أو عدم تضمين الاعلان لكامل المعلومات اللازمة المنصوص عنها في المادة 62 من نفس المرسوم.

ثانياً. - اختيار إجراء أو طريقة إبرام الصفقة في غير موضعها:

القاعدة العامة أن إبرام الصفقات العمومية تكون وفقاً لطريقة طلب العروض، أما الاستثناء هي طريقة التراضي طبقاً لما يحدده القانون⁶. وبالتالي يؤدي استعمال هاتين

¹ جريدة رسمية، عدد 14، مؤرخة في 08-03-2006.

² جريدة رسمية، عدد 43، مؤرخة في 20-07-2003.

³ جريدة رسمية، عدد 36، مؤرخة في 02-07-2008.

⁴ جريدة رسمية، عدد 46، مؤرخة في 18-08-2010.

⁵ المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

⁶ المادة 39 من نفس المرسوم.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

الطريقتين في غير موضعهما إلى خرق التزامات المنافسة كأن تستخدم الإدارة طريقة التراضي في غير الحالات الاستثنائية المحددة على سبيل الحصر، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تحيل إلى المادة 49 من نفس المرسوم.

ثالثا. - عدم احترام المواصفات والخصائص التقنية:

يجب أن لا تكون إحدى المواصفات التقنية تنطوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب أقرانه من المتعاملين الآخرين. واستنادا لذلك فإن وضع مواصفات أكثر تعقيدا من المواصفات المنصوص عنها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247؛ والأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، سابق الإشارة إليهما، من شأنه أن يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة بين المترشحين وحصر المنافسة بين مترشحين معينين ليقصى آخرين.

رابعا. - قبول الإدارة العروض رغم عدم احترامها لبعض الأوضاع القانونية:

إذا كان تغاضي الإدارة عن هذه الأوضاع لا يمس بالتزامات المنافسة، فهي لا تشكل خرقا يؤدي لتحريك الدعوى الاستعجالية، أما إذا كانت تؤثر في صحة الصفقات العمومية، فإنها تُعتبر خرقا يستدعي تدخل القاضي الإداري بناء على إرادة أصحاب المصالح. وبالمقابل فإن المخالفات التي تؤثر على مشروعية عملية الإبرام من غير أن تمس بمبدأ العلانية والمنافسة، لا تدخل ضمن نطاق المخالفات التي تكون محلا للدعوى الاستعجالية، ونتيجة ذلك أنه لا يمكن الطعن فيها عن طريق هذه الدعوى، وإنما يبقى للمدعي اللجوء نحو الطرق الأخرى للتقاضي، لأن القاضي المستعجل لا يكون مختصا في هذه الحالة لعدم توفر عنصر الاستعجال المرتبط بخرق مبادئ الأشهار والمنافسة وتقويت فرصة الضفر بالصفقة.

خامسا. - اخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد اختيار المتعاقد

وضع المشرع معايير لاختيار المتعاقد مع الإدارة من خلال القسم الخاص بتأهيل المترشحين في المواد 53 إلى 58 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سابق الإشارة إليه، وذلك للتأكد من الإمكانات الحقيقية للمتعاقد. وأكد في المادة 78 من القسم الخاص باختيار المتعامل المتعاقد على المساوات وعدم التمييز في تطبيق معايير اختيار المتعامل المتعاقد، وأن تنماشى تلك المعايير مع موضوع الصفقة. وتكريسا للشفافية أيضا تم منع أي تفاوض في مرحلتي تقديم العروض وبعد فتح الأضرفة¹.

الفرع الثاني: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية

إذا كانت المصلحة المتعاقدة تتمتع بامتيازات عند إبرام العقود والصفقات العمومية، وهي سلطات لا يتمتع بها أحد أشخاص قانون الخاص عند إبرام عقود تخضع لأحكام القانون الخاص، فإن مجابهة تلك الامتيازات تستدعي منح القاضي الاستعجالي المزيد من السلطات². وتعكس سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد، دخوله في نظر موضوع الدعوى وأصل الحق بصفه مباشرة خلافا للأصل المتعارف عليه في القضاء الاستعجالي العادي الذي لا يُسمح له فيه إلا البت في الطلب المستعجل المتعلق بالحفاظ على الحق أو تجنب الضرر بإجراء مؤقت، ليبقى الموضوع من اختصاص قاضي الموضوع. وهي تلك الواردة في المادة 551-2 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي³؛ والمادة 946 من ق.إ.م.إ، الجزائري، وتندرج هذه السلطات ضمن قسمين:

¹ المادة 80 من نفس المرسوم.

² شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 209.

³ Article L 551-2 du CJA :

أولا. - الإجراءات التحفظية Les mesures provisoires

يملك القاضي الإداري الاستعجالي سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام، وهي إجراءات يتحفظ بموجبها على العمليات المعيبة نتيجة الاخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، وتتلخص كالتالي:

آ. - سلطة الأمر L'injonction:

والأمر يهدف إلى الزام المصلحة المتعاقدة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، حيث تنص المادة 4-946 على أنه: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه". وسلطة الأمر في هذا السياق عنوانها تعديل المصلحة المتعاقدة للإجراءات والعمليات التي شابنها عيوب نتيجة إخلالها بقواعد الإشهار والمنافسة.

ب. - سلطة فرض الغرامة التهديدية لضمان تنفيذ أوامره Astreinte:

الغرامة التهديدية هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية¹، حيث أن القاضي يستطيع بناء عليها أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينيا خلال مدة معينة، فإذا تأخر

-
- Injonction de se conformer à ses obligations de publicité et mise en concurrence ;
 - Suspension de la procédure ou de toute décision se rapportant à la passation du contrat ;
 - Annulation de toute décision se rapportant à la passation du contrat ;
 - Suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat.

¹ للاستزادة حول هذه المسألة، انظر، محمد باهي أبوايونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية وفق قانون المرافعات الإدارية الفرنسي...، ط 2، درا الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 52 وما بعدها.

أ. خالدي مجيدة

كان ملزماً بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من الإخلال بالالتزام¹. وهو الاجراء الوارد في الفقرة 05 من المادة 946 من ق. إ. م. وإ. حيث تُفرض في حالة امتناع أو تأخر المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ الأوامر الصادرة بموجب الفقرة 04 من نفس المادة، وتسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد للخضوع والامتثال للالتزامات².

وما تجدر الإشارة إليه بخصوص السلطتين أعلاه، سلطة توجيه الأمر؛ سلطة توقيع الغرامات التهديدية، هو أنه لا يتم توقيعهما من طرف القاضي الاستعجالي إلا إذا ثبتت المخالفة في حق المدعى عليه وهذا لا يتحقق إلا إذا نظر القاضي في موضوع الدعوى، وهو ما يشكل مساساً بأصل الحق كشرط لقبول الدعوى الاستعجالية العادية. وهذا ما يؤكد الطبيعة الموضوعية للدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية (تجمع بين الوقائية وموضوعية هجومية).

ت. - سلطة التأجيل أو الوقف Suspension:

وللقاضي سلطة تأجيل امضاء الصفقة متى استشعر أن اختيار المتعاقد قد تم دون احترام إجراءات المنافسة والإشهار، ويؤجل توقيع الصفقة في هذه الحالة إلى نهاية الإجراءات القضائية أمام المحكمة الإدارية، على أن لا تتجاوز مدة التأجيل عشرون (20) يوماً طبقاً للفقرة 06 من المادة 946 من ق. إ. م. وإ. ولقد راعى المشرع من خلال هذا التأجيل التريث لغاية صدور الأمر لتفادي نتائج يُصعب تداركها³.

¹ انظر، براهيمي سهام وبراهيمي فائزة، الاعتراف القانوني للقاضي الإداري بمواجهة الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية، مجلة دفاتر السياسة والقانون الصادرة عن جامعة ورقلة، الجزائر، 2010، العدد 10، ص 217.

² ويجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة، طبقاً للمادة 984 ق. إ. م. وإ.

³ وهو الأجل نفسه المخصص للفصل في القضية كما هو وارد في المادة 947 ق. إ. م. وإ.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

وعلى خلاف السلطتين السابقتين المذكورتين أعلاه، فإن هذه السلطة (سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد) تجعل منها دعوى وقائية محضة يُباشرها القاضي بمجرد إخطاره بالدعوى ولا يحتاج فيها للتأكد من ثبوت المخالفة. (حيث أنه لم يتعرض بعد لأصل الحق).

ثانياً. - الإجراءات القطعية *Les mesures définitives*

تُفيد الإجراءات القطعية التي يتخذها القاضي الإداري المستعجل وبطبيعة الحال بعد النظر في موضوع الدعوى وأصل الحق، إزاحة جميع العمليات المعيبة نتيجة الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة. وتتضمن هذه الإجراءات سلطات كاملة تسمح له بالتصدي للخرق المرتكب. وتظهر هذه السلطات بوضوح في المادة 551-2 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي، وتعرض لكل سلطة على حدى:

أ. - سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد:

إنّ الإدارة تقوم بإصدار مجموعة من القرارات التي تُعبر عن عملية مركبة قابلة للانفصال وتشكل جوهر عملية الإبرام، ويُمكن للقاضي مهاجمة تلك القرارات وإلغائها إذا كانت منطوية على مخالفات لالتزامات العلانية والمنافسة كما هو الحال غالباً في قرارات استبعاد بعض المتعاملين دون وجه حق¹، غير أنه مع توقيع العقد وإن كان معيباً فإن قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يستنفذ سلطاته.

¹ انظر، بروك حليمة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2014، العدد 11، ص308.

يمكن للقاضي الإداري أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتم إبرامه إذا كانت هذه الشروط تتطوي على إخلال بالقواعد المتطلبية¹، كأن تتطوي على عنصر تفضيلي لمعامل على حساب أقرانه.

وأمام هذه الامتيازات الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى، ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى، هل تنتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء؟ استقر الرأي على اعتبارها دعوى من نوع خاص ومن قبيل دعاوى القضاء الكامل، لأنها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة، علما أنه في هذه الدعوى لا يحق له أن يبت في طلبات التعويض².

وتتوج هذه الدعوى بأمر في غضون 20 يوما ابتداء من رفعها (المادة 947 ق. إ. م. وإ.) له حجية تلزم أطراف الدعوى؛ ويمكن استئنافه أمام مجلس الدولة في غضون 15 يوما من تاريخ تبليغه (المادة 950 ق. إ. م. وإ.).

خاتمة

وفي ختام دراسة هذه الدعوى المستحدثة في ق. إ. م. وإ، يمكن القول بأنها دعوى استثنائية بامتياز كونها (دعوى وقائية- تصحيحية تمس الموضوع)، تسمح بالتدخل في الوقت المناسب استعجاليا لمعالجة وتعديل الأوضاع والأعمال القانونية المرتبطة بإبرام العقد التي شابها إخلال بمبدأي الإعلان والمنافسة، لتصبح تقنية فعالة في مكافحة الفساد مباشرة أثناء وقوعه. وإذا لم تنصاع المصلحة المتعاقدة للأمر الاستعجالي بالمثل للالتزاماتها

¹ عمار مرشحة ومحمد سعيد غندور، المرجع السابق، ص 342.

² مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 878.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

وسارعت لإبرام الصفقة وتنفيذها، فإنها تعتبر سيئة النية، وندخل في موضوع آخر متعلق بالمتابعات الجنائية المنصوص عنها في قانون مكافحة الفساد 06-01 سابق الإشارة إليه، كالتبليغ عن جنحة منح امتيازات أو محاباة. ويمكن تسجيل بعض الملاحظات:

_ زيادة على الطابع المُعجل لهذه الدعوى كالاستعجال العام أو العادي، إلا أنها لا تنتقيد بشرط عدم المساس بأصل الحق، ويمكن تسميتها بالدعوى الاستعجالية الموضوعية السابقة على التعاقد، فالقاضي الاستعجالي بموجبها ينظر في أصل الحق أو موضوع الدعوى ويتخذ إجراءات نهائية في الموضوع.

_ رغم منح القاضي الإداري الجزائري سلطات قوية بموجب هذه الدعوى طبقا للمادة 946 من ق. إ. م. و، إلا أنها لم تنص بصريح العبارة على سلطتي إلغاء القرارات الإدارية والشروط التعاقدية التي مسها الاخلال بمبادئ ابرام الصفقات العمومية؛ وهذا على خلاف صراحة المادة 551-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي في ذلك. ورغم ذلك فإن التمعن في آثار الأمر الذي يوجهه القاضي الإداري الجزائري تجعلنا أمام نفس آثار سلطات القاضي الفرنسي.

كما يمكن ملاحظة بعض الاغفالات التشريعية من خلال دراسة المادة 946 من ق.

إ. م. و.:

_ تم تنصيب ممثل الدولة على مستوى الولاية (الوالي أو مدير المؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري) كحارس لمبدئي الإعلان والمنافسة من خلال منحه آلية تحريك الدعوى الاستعجالية في حالة خرق تلك المبادئ، إلا أنها أغفلت الهيئة المكلفة بالإخطار في حالة الصفقات التي تبرمها السلطات المركزية، وهذا يدعوا للتساؤل حول من يملك الصفة القانونية للإخطار في مثل هذه الصفقات. كذلك وفي نفس السياق عدم ذكر مجلس الدولة

أ. خالدي مجيدة

والاكتفاء بالمحاكم الادارية مما يدعوا للتساؤل حول مدى وجود قضاء استعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها السلطات المركزية.

_ لقد عممت المادة 946 من ق. إ. م. وإ. إختصاص القاضي الاستعجالي بجميع الصفقات ومنها حتى تلك المبرمة من طرف مؤسسات عمومية تجارية واقتصادية رغم أنها ليست ذات طبيعة إدارية، خاصة وأن القاضي الإداري غير متمسك باختصاصه النظر في منازعات الصفقات التي تبرمها تلك المؤسسات باعتماده على المعيار العضوي.

_ وفي الأخير ومن أجل تفعيل الحماية المستعجلة في الصفقات العمومية، على المشرع الجزائري أن يستدرك نقائص هذه الدعوى ويدعمها بدعوى ثانية وهي دعوى الاستعجال التعاقدية [Référé contractuel](#) مثلما فعل المشرع الفرنسي في فقرات المادة 16-15-14-13-551 من قانون قضاءه الإداري. ليحقق حماية مستعجلة قبل إبرام العقد (قبلية أو سابقة) وأخرى بعد توقيعه (بعدية)، الأمر الذي جعل منها حماية متقدمة تجاوزت هفوة الشرط الزمني المقرر في الدعوى الأولى (قبل التعاقد)، ووسعت من دائرة الأشخاص المستفيدين منها بعد إبرام العقد لتشمل كل المترشحين أصحاب المصالح بما يتماشى مع مقتضيات الأمن القانوني، بعدما كانت منازعات العقود بعد توقيعها تقتصر على أطرافها.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

_ شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

_ غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الادارية، دار هوم، الجزائر، 2014.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

_لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هوميه، الجزائر، 2007.

_محمد باهي أبوا يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية وفق قانون المرافعات الإدارية الفرنسي...، ط3، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.

_محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الإداري، الطابع الاستثنائي لنظام الوقف، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

_مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

_Mattias GUYOMAR et Bertrand SEILLER, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 2010.

ثانيا: المقالات

_براهيمي سهام وبراهيمي فائزة، الاعتراف القانوني للقاضي الإداري بمواجهة الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية، مجلة دفاثر السياسة والقانون الصادرة عن جامعة ورقلة، الجزائر، 2010، العدد 10.

_بروك حليلة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2014، العدد 11.

أ. خالدي مجيدة

_ بزاحي سلوى زوجة يومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بجاية، السنة 03، 2012، المجلد 05، العدد 01.

_ عمار مرشحة ومحمد سعيد غندور، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، 2014، المجلد 20، العدد 2.

_Dominique POUYAUD, Un nouveau recours contentieux: le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic-Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5.

_Franck MODERNE, Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5.

_Marguerite CANEDO-PARIS, Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5.

ثالثا: رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

_ بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2011.

الحماية القضائية للصفقات العمومية

_Julien PIASECKI, L'office du juge administratif des référés, Thèse pour le Doctorat de Droit public, Université du Sud-Toulon Var, Faculté de DROIT de Toulon, 2008.

رابعاً: النصوص القانونية

_ الأمر رقم 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية، عدد 43، مؤرخة في 20-07-2003.

_ القانون رقم 01-06 الصادر في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية، عدد 14، مؤرخة في 08-03-2006.

_ القانون رقم 09-08 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، جريدة رسمية، العدد 21، مؤرخة في 23-04-2008.

_ القانون رقم 12-08 الصادر في 25 جوان 2008، يُتمم ويُعدل الأمر رقم 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية، عدد 36، مؤرخة في 02-07-2008.

_ القانون رقم 05-10 الصادر في 15 أوت 2010، يُتمم ويُعدل الأمر رقم 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية، عدد 46، مؤرخة في 18-08-2010.

_ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية، عدد 50، مؤرخة في 20-09-2015.

أ. خالدي مجيدة

_المرسوم الرئاسي الملغى 10-236 الصادر في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم؛ جريدة رسمية، عدد 58، مؤرخة في 2010-10-07.

_Code de justice administrative (CJA), <https://www.legifrance.gouv.fr>. 11/02/2016.

_Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n°0107 du 8 mai 2009, page 7796. <https://www.legifrance.gouv.fr>. 11/02/2016.

_ C. E, Assemblée., 16 juil. 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation, n° 291545. <http://www.conseil-etat.fr>. 11/02/2016

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

شورو نورية♦

ملخص

تعتبر الجنسية من أبرز ضوابط الاسناد المعول عليها لحل إشكالية تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية. إلا أن الأعمال الفعلي لهذا الضابط قد يثير عدة صعوبات عملية وذلك في حالة تعدد الجنسية، انعدامها أو تغييرها، وأيضا في الحالة التي ينتمي فيها الشخص بجنسيته إلى دولة تتعدد فيها الشرائع أو الطوائف.

فكيف سيهتدي القاضي الوطني في مثل هذه الحالات إلى القانون الواجب التطبيق؟ وما هي إذن أهم الحلول الفقهية، والقضائية والتشريعية المعتمدة لاجتياز هذه الصعوبات؟

الكلمات المفتاحية: جنسية، تنازع القوانين، تعدد الجنسيات، انعدام الجنسية، تنازع متحرك.

Résumé :

La nationalité est considérée comme l'une des principales règles de rattachement pour résoudre la problématique des conflits des lois en matière du statut personnel. Or, la mise effective de cette norme peut être pratiquement à l'origine de plusieurs difficultés. Ainsi en est-il des cas des multi-nationalités, d'absence de nationalité ou de

♦ أستاذة مساعدة، قسم -أكلية / الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس.

changement de nationalité, ou encore des cas où une personne, de par sa nationalité se trouve dans un Etat à multiples lois confessionnelles.

En présence de ces divers cas, sur quelle base le juge du fort va-t-il faire le choix de la loi qu'il faut appliquer? Ceci va nous emmener à préciser non seulement les positions doctrinales, mais également les solutions législatives et jurisprudentielles adoptées à cet égard.

Mots clés : nationalité, conflit de lois, multi-nationalités, apatride, conflit mobile.

Abstract:

Citizenship is considered to be one of the main rules of attachment to solve the problem of conflicts of personal status laws. However, the effective implementation of this standard may be practically at the origin of several difficulties. So it is a case of the multi-nationalites, absence of nationality or change of nationality, or cases where a person, because of his nationality is in one State to various denominational laws.

In the presence of these various case, on what basis the judge of the fort will make the choice of the law that must be applied? This will take us to clarify not only the doctrinal positions, but also legislative and judicial solutions adopted in this regard.

Key word: nationality, conflict of laws, multi-nationalites, stateless, mobile conflict.

مقدمة

أخضعت معظم التشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري مسائل الأحوال الشخصية كالزواج، الطلاق، النسب، الميراث لقانون الجنسية، فهي بذلك ارتأت إعمال ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على هاته المسائل في حالة تنازع عدة قوانين

حكمها. إلا أن إعمال هذا الضابط لحل هذا التنازع القانوني قد يثير عدة صعوبات في التطبيق وذلك في حالة تعدد الجنسيات وهذا ما يسمى ب"التنازع الإيجابي"، أو في حالة انعدام الجنسية وهذا ما يسمى ب"التنازع السلبي". وأيضاً في حالة تغيير الجنسية و هذا ما يطلق عليه "التنازع المتحرك أو المتغير". كما قد تواجه القاضي مشكلة من نوع آخر في حالة ما إذا كان قانون الجنسية الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع أو الطوائف. فكيف سيهتدي القاضي الوطني في مثل هذه الحالات إلى القانون الواجب التطبيق؟ و ما هي إذن أهم الحلول الفقهية، القضائية والتشريعية المعتمدة لاجتياز هذه الصعوبات؟

للإجابة عن هذه الإشكاليات قسمنا دراستنا لهذه المقالة إلى فرعين رئيسيين، حيث سنخصص الأول منهما إلى دراسة التنازع الإيجابي والتنازع السلبي (الفرع الأول)، والثاني سنتطرق من خلاله إلى التنازع المتحرك وحالة الشخص المنتمي إلى دولة تتعدد فيها التشريعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنازع الإيجابي والتنازع السلبي

سندرس على التوالي، التنازع الإيجابي (أولاً) والتنازع السلبي (ثانياً).

أولاً- التنازع الإيجابي (تعدد الجنسيات):

التعدد في الجنسية أو ما يسمى بتنازع الجنسيات الإيجابي، يقصد به أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة، أي حين تثبت للشخص جنسية دولتين أو أكثر في وقت

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

واحد¹ . وبعبارة أخرى تتحقق هذه الظاهرة في الحالة التي ترى فيها قوانين الجنسية في دولتين أو أكثر أن شخص ما ينتمي إليها².

ويعتبر التعدد في الجنسية كنتيجة حتمية لحرية كل دولة في تنظيم جنسيتها على النحو الذي يتماشى مع مصالحها دون الاعتداد بمقتضيات الحياة المشتركة في الجماعة الدولية³.

يترتب عن تعدد الجنسيات قيام مشكلة هامة في مجال تنازع القوانين، وذلك بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها الزواج ذو العنصر الأجنبي⁴. إذ يتعين حينئذ اختيار قانون جنسية واحدة باعتباره القانون الشخصي للزوج متعدد الجنسيات نظرا لاستحالة تطبيق قوانين مختلف الجنسيات التي تنتمي إليها في نفس الوقت⁵.

¹ أنظر، أحمد ضاعن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، 2007، العدد 1،

ص. 17.

² Cf. René SAVATIER, cours de droit international privé, deuscième édition , librairie générale de droit et de jurisprudence Soufflot, 1953, p. 46 ;

عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996، ص. 54.

³ أنظر ، هشام علي صادق ، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول - الجنسية ومركز الأجانب-، دار الفكر الجامعي، مصر، 1995، ص. 276.

⁴ Cf. Hugues FULCHIRON, la nationalité française entre identité et appartenance, études et commentaires, CHRONIQUES, Nationalité, Recueil Dalloz-28 juillet 2011-n°28, p. 1915.

⁵ أنظر، العقون الأخضر، التنازع الايجابي و السلبي بين الجنسيات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1975، ص. 63.

وعليه نكون بصدد تنازع إيجابي للجنسيات إذا كان للشخص جنسيتين أو أكثر، فيطرح التساؤل في هذه الحالة حول الجنسية التي يعتد بها من أجل تطبيق قانونها على موضوع النزاع⁶. للإجابة عن هذه الإشكالية يجب التمييز بين حالتين:

آ. - الحالة الأولى: تعدد الجنسيات مع عدم وجود جنسية دولة القاضي من بينها

يكون التنازع في هذه الحالة بين جنسيات أجنبية، وقد تم اقتراح عدة معايير لحل التنازع الإيجابي للجنسيات في هذه الحالة، كتفضيل الجنسية التي تتفق أحكامها مع قانون جنسية دولة القاضي، أو منح الأولوية للجنسية الأقدم أو الأحدث⁷. أو منح الشخص حرية اختيار إحدى الجنسيات الثابتة. إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى حسم التنازع بين الجنسيات الأجنبية باللجوء إلى نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية أو المهيمنة⁸.

والجنسية الفعلية هي التي يكون الشخص أكثر ارتباط بها من غيرها⁹، ويستعين القاضي للكشف عن هذه الجنسية بعناصر موضوعية كموطن الشخص أو محل إقامته، كما له الاستعانة بغير ذلك من الملابس والمؤثرات المتعلقة بالشخص ذاته كمركز مصالحه التجارية، روابطه العائلية، لغته، محل مزاولته لحقوقه السياسية أو العامة، وظائفه العامة وتأدية خدمته العسكرية، الخ. وعليه إذا كان القاضي أمام حالة من حالات تعدد الجنسيات

⁶ أنظر، إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ج. 2، دون دار النشر، 2003، ص. 447.

⁷ أنظر، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، بدون طبعة، دار العلوم العربية، لبنان، 1994، ص. 275.

⁸ Cf. Olivera BOSKOVIC, Droit des étrangers et de la nationalité, in droit des étrangers, panorama, Recueil Dalloz, 9 décembre 2010- n° 43, p. 2868.

⁹ Cf. Olivera BOSKOVIC, op.cit., p. 2869.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

مع عدم وجود جنسيته من بينها فيبحث عن الجنسية الفعلية طبقاً للوقائع والظروف ويطبق قانونها على موضوع النزاع¹⁰.

وقد اعتمد المشرع الجزائري من خلال المادة 01/22 من القانون المدني على فكرة الجنسية الفعلية ووظيفتها كحل لفرضية تعدد الجنسيات مع عدم وجود الجنسية الجزائرية من بينها حيث نصت المادة على أنه "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقة".

وهو الحل الذي اعتمده أيضاً المشرع التونسي من خلال الفصل 29 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي جاء فيه "تخضع الأحوال الشخصية للمعني لقانونه الشخصي وإذا كان المعني بالأمر حاملاً لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية".

هذا في حين ذهبت بعض التشريعات العربية الأخرى¹¹ إلى منح القاضي صلاحية تحديد القانون الواجب تطبيقه في حالة تعدد الجنسيات الأجنبية، وبالرغم من أنها لم تبين صراحة الجنسية التي يتقيد بها القاضي في هذه الحالة إلا أنه يجب على القاضي دائماً عند تعيينه للقانون المختص أن يعتد بالجنسية الفعلية الذي يعيش المعني في كنفها و يفضلها

¹⁰ أنظر، حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي، ط.4، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1980، ص. 57-73.

¹¹ ومن هذه التشريعات المشرع المصري حيث نصت المادة 01/25 من القانون المدني على أنه "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص ...، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" و تقابل هذه المادة المادة 01/25 من القانون المدني الليبي، المادة 01/27 من القانون المدني السوري، المادة 26 من القانون المدني الأردني، المادة 70 من القانون المدني الكويتي، أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، ج.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص.107.

على غيرها¹². وأخذ اجتهاد المحاكم اللبنانية كذلك بفكرة الجنسية الفعلية وذلك ما كرسته محكمة الاستئناف اللبنانية في قرار لها صادر بتاريخ 1970/05/29¹³.

كما آمنت أيضا بعض التشريعات الغربية¹⁴ بنظرية الجنسية الفعلية واعتبرتها هي الأخرى كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشخص متعدد الجنسيات.

وقد تبنت هذا الحل كذلك اتفاقية لاهاي لعام 1930، حيث جاء في نص المادة الخامسة منها ما يلي: "يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات، أن تعامله على أنه متمتع بجنسية واحدة، ويجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية أو جنسية الدولة التي يظهر من الملاحظات تعلق الشخص بها فعلا¹⁵".

¹² انظر، محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص. 51.

¹³ حيث قضت بأنه: "المدعى كان بتاريخ وفاته يحمل جنسيتين إحداهما فلسطينية والأخرى إيرانية، لكنه عاش وتوفي في لبنان. إن الاجتهاد اللبناني قد استقر في مثل هذا الوضع على وجوب الأخذ بالجنسية الأكثر فعالية أي الجنسية الأكثر فعالية من النشاطات العملية التي مارسها المتوفي إبان حياته، ويستدل من المستندات التي أبرزها الطرفان أن المتوفي كان يتنزع في نشاطاته العملية بجنسيته الفلسطينية وتارة أخرى بجنسيته الإيرانية. ولذلك لا يمكن اعتبار أيًا من الجنسيتين اللتين يحملهما المتوفي بمثابة الجنسية الأكثر فعالية. وإن الاجتهاد مستقر على اعتبار الجنسية في مثل هذا الوضع تنهاران لعدم تطبيق قانونيهما معا، ويتوجب تطبيق قانون محل إقامة المتوفي. انظر، محكمة الاستئناف اللبنانية، 1970/05/20، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 513.

¹⁴ ومن بين هذه التشريعات التشريع السويسري الصادر عام 1987، وقانون الجنسية البرتغالي الصادر في 1981/10/03 في مادته 28، القانون الاسباني في المادة 29/9 من الباب التمهيدي للقانون المدني لعام 1974، و أيضا القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 في مادته 11.

¹⁵ انظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص. 130.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

ب.- الحالة الثانية: تعدد الجنسيات مع وجود جنسية القاضي الناظر في النزاع

من بينها

استقر الرأي الراجح في علم الجنسية وفي القانون الدولي لخاص أن الجنسية الوطنية في هذه الحالة تفضل على غيرها¹⁶، وبالتالي يؤخذ بجنسية دولة القاضي¹⁷، ويطبق قانون هذا الأخير على المسألة المتنازع فيها بغض النظر عن قوانين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص في آن واحد إلى جنب جنسية دولة القاضي لأن هذه الأخيرة تلعب بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة دورا حاذفا فتحذف مسبقا كل إمكانية للمفاضلة أو الاختيار، فهي تطبق دون سواها على المسألة محل التنازع¹⁸.

وهذا الحل تبناه المشرع الجزائري وجسده المادة 22 فقرة 02 من القانون المدني¹⁹، ووافقه في ذلك كل من المشرع المصري²⁰، التونسي²¹، الليبي²²، والإماراتي²³.

¹⁶ انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، دون دار النشر، ص. 101.

¹⁷ انظر، فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، ج.1، دون دار نشر، 1975، ص. 71.

¹⁸ انظر، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، بدون طبعة، دار العلوم العربية، لبنان، 1994، ص. 274.

¹⁹ حيث نصت على أنه "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

²⁰ المادة 02/25 من القانون المدني المصري.

²¹ الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي .

²² المادة 02/25 من القانون المدني الليبي .

²³ المادة 24 من تقنين المعاملات المدنية الإماراتية رقم 05 لعام 1985.

كما أخذ بنظرية ترجيح جنسية القاضي في هذه الحالة الكثير من التشريعات الغربية كالتشريع الاسباني²⁴ البولوني²⁵ ، البرتغالي²⁶ ، الكوري²⁷ ، والسويسري²⁸ ، واعتمدت هذا الحل اتفاقية لاهاي المبرمة في 1930/04/12²⁹.

ثانيا. - التنازع السلبي (انعدام الجنسية) :

يقصد بانعدام الجنسية عدم تمتع الفرد بأية جنسية³⁰. كما يمكن تعريفه بأنه: "وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق"³¹. وعديم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في تاريخ لاحقا على الميلاد مجردا من حمل جنسية أية دولة من الدول³².

إن حصل التنازع السلبي للجنسيات عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين و لا تعترف باختصاص قانونها الوطني في مسائل أحواله الشخصية

²⁴ المادة 02/29 من القانون المدني.

²⁵ 1/20 من القانون الدولي الخاص .

²⁶ المادة 31 من القانون المدني.

²⁷ المادة 1/2 من القانون الدولي الخاص .

²⁸ المادة 1/23 من مجموعة القانون الدولي الخاص الصادر في 1987/12/18.

²⁹ حيث نصت المادة 03 من هذه الاتفاقية على أنه " كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره

كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها". انظر، أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص. 102.

³⁰ Cf. Jean Pierre Laborde, Sandrine Sanachaillé de Néré, Droit international privé, 18 édition, Dalloz, Paris, 2014, p. 21 .

³¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 120.

³² عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ...، المرجع السابق ، ص. 177.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

لوقوعه في حالة اللاجنسية³³. وهذا ما يسبب مشكلة أساسية تظهر خاصة عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.

قد تعددت المعايير المقترحة لحل هذه الإشكالية ومن بينها إعمال قانون آخر جنسية كان يحملها الشخص قبل انعدام جنسية³⁴. بينما اتجه رأي آخر إلى الاعتداد بجنسية الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية إذا عرف مكان ميلاده إلا أن هذا الحل انتقد لأن واقعة الولادة قد تكون بصفة عرضية في دولة معينة، وبالتالي لا تعكس ارتباط الشخص بها³⁵.

إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى إعمال فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية، مقتضاها معاملة عديم الجنسية على أنه ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها، وهي تمثل عادة الدولة التي يوجد بها موطن عديم الجنسية أو محل إقامة³⁶.

ولعل الدافع وراء ترجيح قانون الموطن أو محل الإقامة هو مدى تعلق وتشبث الشخص بالمكان الذي يعيش ويتواجد فيه، الأمر الذي يجعل درجة ارتباط الشخص بمكان معين تتوازى مع ارتباطه بالدولة التي ينتمي إليها بجنسيته³⁷.

³³ غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، ط.4، دار وائل للنشر، 2005، ص. 141.

³⁴ انظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج.2، ط.5، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008. المرجع السابق ، ص. 207؛ فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية...، المرجع السابق، ص.80.

³⁵ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ، المرجع السابق، ص. 192.

³⁶ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ، المرجع السابق، ص. 194.

³⁷ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ، المرجع السابق، ص. 197.

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل من خلال تعديله للقانون المدني³⁸ متجنباً بذلك الانتقادات التي وجهت إليه مسبقاً، والمتمثلة في عدم تطابق النص الداخلي مع معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بمركز عديمي الجنسية³⁹ المصادق عليها من قبل الجزائر في 8 جوان 1964، والتي تكرر في المادة 12 منها تطبيق قانون الموطن بالنسبة لعديمي الجنسية⁴⁰.

إن تطبيق قانون موطن عديم الجنسية أو محل إقامته قد يثير هو الآخر عدة إشكاليات في حالة ما إذا لم يكن لعديم الجنسية موطن معروف أو محل إقامة محدد، وكذا في حالة ما إذا كان لعديم الجنسية أكثر من موطن.

وكحل للإشكالية الأولى اقترح البعض⁴¹ تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي العام في حل التنازع الدولي بين القوانين.

³⁸ حيث نصت المادة 22 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 على أنه "و في حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة". كما أخذت بهذا الحل أيضا بعض التشريعات الغربية كالتشريع الاسباني (المادة 10/09 من الباب التمهيدي للقانون المدني المضاف بالمرسوم الصادر في 31/05/1974. والتركي (المادة 04 من القانون الدولي الخاص) ، والسويسري (المادة 24 من القانون الدولي الخاص الصادر في 18/12/1987)، والاطالي (المادة 29 من القانون المدني).

³⁹ كما أيدت هذا الحل أيضا اتفاقيتي جنيف لسنة 1931، 1951 بخصوص الحالة الدولية للأجانب السياسيين، حيث نصت المادة 12 من الاتفاقية الأخيرة على أنه "الحالة الشخصية لكل لاجئ سياسي يحكمها قانون بلد موطنه، فإذا تخلف الموطن فيكون قانون بلد إقامته...". انظر ، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص. 136.

⁴⁰ انظر ، جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010/2011، ص. 55.

⁴¹ أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 183.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

أما بالنسبة للإشكالية الثانية، فيرى البعض⁴² مواجهتها من خلال ترجيح قانون الموطن الأكثر فاعلية، وهو الموطن الذي يحوى بذاته على درجة من الارتباط والفاعلية ترشحه لحكم العلاقة محل النزاع، و تفضيل قانون على آخر وفقا لهذا الرأي لا يتأثر إلا بالنظر إلى الهدف أو الغاية من قاعدة الإسناد، و أيضا بالنظر إلى أنسب القوانين وأكثرها ملائمة لحكم النزاع، وهذا يستوجب حتما عدم التقيد بحل واحد يجب إعماله في كل الحالات.

الفرع الثاني: التنازع المتحرك أو المتغير و انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات

يخصص هذا الفرع لدراسة أولا التنازع المتحرك أو المتغير، ثم حالة الشخص المنتمي لدولة تتعدد فيها التشريعات.

أولا. - التنازع المتحرك أو المتغير

يتحقق التنازع المتحرك أو المتغير عندما يحدث تغيير واقعي في ظرف الإسناد يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء معين من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة الإسناد⁴³. أو بعبارة أخرى يتحقق التنازع المتحرك عندما تكون هناك قابلية خضوع وضعية معينة لنمطين قانونيين مختلفين. وعليه نستنتج أن التنازع

⁴² أنظر، عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة ...، المرجع السابق، ص. 202.

⁴³ انظر، عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط.1، دون دار النشر، جامعة القاهرة ، 1991، ص. 56.

المتحرك ينشأ عن خضوع العلاقة لقانونين متتابعين يتنازعان لحكم موضوع واحد بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان⁴⁴.

ويعتبر ضابط الجنسية من بين الضوابط التي تثير مسألة التنازع المتحرك كونه من الضوابط القابلة للتغيير، فيستطيع الشخص تغيير جنسية في الفترة ما بين نشوء العلاقة القانونية ورفع النزاع بشأنها أمام القضاء⁴⁵. وهذا ما يؤدي إلى تعاقب قانونين لحكم النزاع قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة ما يؤدي إلى تضارب الحقوق المكتسبة في قانون كلا الدولتين⁴⁶. الأمر الذي يثير صعوبة عملية عند تطبيق قانون الجنسية باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاعات الدولية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية.

وتثير مسألة التنازع المتحرك في الزواج المختلط مثلاً إذا قام أحد الزوجين مثلاً بتغيير جنسيته فيكتسب بموجب هذا التغيير جنسية دولة أخرى، وبذلك يتم تغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق⁴⁷. وهذا ما يجعل القاضي المعروض أمامه النزاع يتساءل حول الجنسية التي يعتد بها في مثل الحالة، وهل يطبق أحكام قانون

⁴⁴ انظر، يوبي سعاد ، تنازع القوانين في مجال النسب ، مذكرة ماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2009-2010، ص. 264.

⁴⁵ انظر ، جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر، 1963، ص 81.

⁴⁶ Cité par, Dominique holleaux, Jacques Foyer , Gérard de Geouffre de la Parabelle, Droit international privé, Masson, Paris, 1987, p. 228.

⁴⁷ Cf. Olivier CACHARD , droit international privé, 2 édition, collection paradigme strada, 2013, p. 243.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

الجنسية القديمة أم أحكام قانون الجنسية الجديدة على الشروط الموضوعية للزواج حتى ينعقد صحيحاً⁴⁸.

لقد أثارت هذه المسألة جدلاً واسعاً بين الفقهاء كما أدت إلى تضارب أحكام المحاكم ولهذا راعت معظم التشريعات اعتبار تغيير الجنسية عند ضبطها لقواعد الإسناد ، فعالجت مسألة التنازع المتحرك بين القوانين على أساس المفاضلة والملائمة بين القوانين المتنازعة وذلك بضبط وقت معين يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق⁴⁹.

ففيما يتعلق مثلاً بآثار الزواج، فقد رجح المشرع الجزائري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج ليحكم الآثار الشخصية و المالية التي يربتها عقد الزواج⁵⁰ . و استثناء تطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج⁵¹.

وعليه، يعتد القاضي بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ويطبق قانون هذه الجنسية على كل ما يتعلق بآثار الزواج المالية والشخصية حتى ولو كان الزوج يتمتع بجنسية دولة أخرى قبل وقت انعقاد الزواج أو بعده، غير أنه يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج بغض النظر عن الجنسية التي كان يتمتع بها قبل ذلك.

⁴⁸ انظر، محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص. 108.

⁴⁹ C.F. Jacques Foyer, filiation illégitime et changement de la loi applicables (conflits mobile), librairie Dalloz, paris, 1964, p.21.

⁵⁰ حيث نصت المادة 12 من القانون المدني على أنه: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج ". ويقابل هذه المادة المادة 13 من القانون المدني المصري.

⁵¹ حيث نصت المادة 13 من القانون المدني على أنه " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

ثانيا. - انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات:

قد تعترض القاضي صعوبة في تطبيق قانون الجنسية في حالة ما إذا أُحيل الحكم إلى قانون دولة تتعدد فيها شرائع الأحوال الشخصية⁵². فقد تشير قاعدة الإسناد الوطنية مثلا بتطبيق قانون جنسية الزوجين على النزاع المتعلق بالشروط الموضوعية للزواج، أو بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على النزاع المتعلق بالآثار الشخصية أو المالية للزواج، فإذا رجع القاضي الوطني إلى هذا القانون وجده قانونا غير موحد بحيث تتعدد التشريعات تعددا داخليا وسواء أكان تعددا إقليميا وهو الذي نلمحه في الدول التي تطبق على كل إقليم من أقاليمها شريعة خاصة. كما هو الشأن بالنسبة للدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا حيث يوجد في كل ولاية أو مقاطعة قانون ينظم الأحوال الشخصية، أو كان تعددا طائفيا أو شخصا وهو الذي نلاحظه في الدول البسيطة التي تطبق على كل طائفة من الأشخاص قانون خاص بأحوالها الشخصية والذي يستمد من ديانتها كما هو الحال عليه في دول المشرق العربي كمصر ولبنان⁵³. فإذا كان القاضي أمام واحدة من هذه الحالات، سوف يجد لا محالة صعوبة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذه النزاعات من بين القوانين المتعددة وأي قانون يعتبر قانون الجنسية المقصود في قاعدة الإسناد الوطنية. وما هو القانون الذي سوف يعتد به لحل التنازع؟ وأي شريعة من الشرائع المتعددة سيتبع؟

⁵² انظر، العقون الأخضر، المرجع السابق، ص. 109.

⁵³ انظر، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 217؛ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص. 19، عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص. 110.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

إن الحل الراجح لهذه الإشكالية على مستوى الفقه والتشريع والقضاء يقضي بوجود الأخذ بالقانون الداخلي الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد الداخلية في البلد الذي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونه⁵⁴.

وقد أخذ المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى بهذا الحل الذي جسده المادة 01/23 من القانون المدني حيث نصت على أنه : "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه"⁵⁵.

وبناء على مقتضى هذه المادة فإنه إذا وجب تطبيق قانون أجنبي على نزاع متعلق بالشروط الموضوعية للزواج مثلا أو آثاره سواء أكانت شخصية أو مالية، و كان البلد الذي يجب تطبيق قانونه من الدول التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية سواء أكان تعددا إقليميا أو

⁵⁴ انظر، جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، ج.3، ط.1، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1960، ص. 115.

⁵⁵ تقابل هذه المادة المادة 26 من القانون المدني المصري، المادة 26 من القانون المدني الليبي، المادة 27 من القانون المدني الأردني، والمادة 28 من القانون المدني السوري، 01/31 من القانون المدني العراقي. انظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 64. كما تبنى هذا الحل أيضا القضاء اللبناني حيث انتهت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر في 1968/07/03 إلى أنه : "من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص فتجد نفسها أمام تعدد قوانين داخلية في ذلك البلد ناتج عن نظامه السياسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، تختار من بين هذه القوانين الداخلية ما تفرضه قواعد تنازع القوانين المطبقة هناك، بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي القاعدة المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية". انظر، محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الأولى، 1968/07/03، مقتبس عن حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 218.

طائفا، فإن قواعد التنازع الداخلي في هذه التشريعات هي التي تتولى مهمة تحديد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة⁵⁶.

إن إعمال هذا الحل الذي سمي " بالتفويض " أو "الإحالة الداخلية" يفترض بداهة أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة بفض التنازع الداخلي والتي تتكفل بتحديد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة⁵⁷. ولكن ما الحل فيما لو لم يتضمن القانون الأجنبي أي قواعد من هذا النوع⁵⁸.

لقد تعددت الاقتراحات لحل هذه الإشكالية، فمنها من نادت بوجوب الأخذ بالشريعة الرئيسية، وهي شريعة العاصمة ومنها من رجحت تحليل فكرة الجنسية بقصد كشف الوحدة الإقليمية، و بعضها الآخر فضل الرجوع إلى قانون القاضي، في حين آثر الأغلبية قانون الموطن باعتباره أكثر القوانين تماشيا مع الواقع و أكثرها بعدا عن الشك والغموض⁵⁹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حسم موقفه بهذا الخصوص، بتتيمه للمادة 23 من القانون المدني، وذلك بإضافة فقرة ثانية عالج فيها حالة عدم وجود نص ينظم هذه

⁵⁶ انظر، يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ألقبت على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص.42.

⁵⁷ انظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، ج.1، ط.2، مطبعة الفسيلا الدويرة، الجزائر، 2002، ص.133.

⁵⁸ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص.227.

⁵⁹ انظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.110؛ يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.42.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

المسألة في القانون المختص، حيث نص على تطبيق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي⁶⁰.

وبناء على ذلك إذا رفع أمام قاضي جزائري مثلاً نزاع يتعلق بالشروط الموضوعية لزواج لبنانيين أو أمريكيين، فوفقاً للمادة 11 من القانون المدني سوف يقضي بتطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين أي القانون اللبناني أو الأمريكي. وبما أن لبنان تعد من البلدان المتعددة الطوائف والولايات المتحدة الأمريكية تعتبر من الدول المتعددة إقليمياً، فإن القاضي الجزائري سيصعب عليه تحديد أي تشريع من التشريعات المتعددة يجب أن يتبع لحل النزاع، لكن بالرجوع إلى المادة 23 من القانون المدني تزول الإشكالية لأن القاضي سيستأنس بالقانون الداخلي لكل من لبنان والولايات المتحدة الأمريكية، فيتولى هذا الأخير مهمة تبيان التشريع الواجب اتباعه بشأن الشروط الموضوعية للزواج. وفي حالة تخلف أي نص مختص يطبق القاضي التشريع الغالب في لبنان، والتشريع المطبق في عاصمة الولايات المتحدة الأمريكية "نيويورك".

⁶⁰ حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المدني الجزائري على أنه : "إذا لم يوجد في القانون المختص نص بهذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلاد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك - دراسة مقارنة -

د. مسعودي يوسف ♦

الملخص:

لقد تزايد الاهتمام بمشكلة تنازع القوانين في مجال عمليات البنوك في ظل التطور الذي تشهده عمليات التجارة الدولية بسبب سرعة حركة تنقل السلع والخدمات، وبفضل أيضاً تطور وسائل النقل والاتصالات.

وقد أصبحت الدولة تتدخل في تنظيم عمليات البنوك بقواعد آمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها تجسيدا لفكرة النظام العام الاقتصادي؛ وبالتالي انحسر دور مبدأ سلطان الإرادة في مجال عمليات البنوك مراعاة للطبيعة الفنية الخاصة للنشاط المصرفي. لذلك، تثار في هذا المضممار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الحساب الجاري، ثم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي.

الكلمات المفتاحية: حساب جاري، اعتماد مستندي، قانون واجب التطبيق.

Résumé :

Le problème de conflit de lois dans le domaine des opérations bancaires dans le développement des opérations de commerce international connaît une grande importance et ce, en raison de la rapidité des échanges des biens et services, laquelle est due grâce au développement des transports et des communications bancaires.

L'État s'immisce à réglementer les opérations bancaires par les biais des règles impératives à travers lesquelles les personnes ne peuvent nullement s'accorder à les contrevenir sur la base de l'ordre public. D'où le rôle de principe de l'autorité de la volonté s'est confiné dans le cadre de ces opérations dans la nature technique de l'activité bancaire. Il est dès lors question de déterminer la loi applicable aux contrats de compte courant, puis de préciser la loi applicable au contrat de crédit documentaire.

♦ أستاذ محاضر "أ"، جامعة أحمد دراية، أدرار

Mots-clés : opérations, banques, compte courant, loi applicable, crédit documentaire.

Abstract :

The problem of conflict of laws in the field of banking operations in the development of trade operations international knows a great importance and, because of the speed of the exchange of goods and services, which is due thanks to the development of transport and communications banking. The State interferes to regulate banking operations through the mandatory rules through which people can by no means agrees to break them on the basis of public order. Where the principle role of the authority of the will is confined in these operations in the technical nature of the banking activity. It is therefore a question to determine the contracts of current account, and then specify the law applicable to the contract of documentary credit.

Keywords: operations, banks, account current, applicable law, documentary credit.

مقدمة

تندرج عمليات البنوك في إطار العقود العادية مثلها مثل بقية العقود الأخرى كالوديعة والقرض والإيجار. ولكن العمليات المصرفية¹ تحتفظ بميزة أساسية تميزها عن العقود المدنية بفضل الأدوات الفنية التي تستخدمها البنوك في تسوية وتنفيذ هذه العمليات كما هو الشأن بالنسبة للحساب المصرفي². فالعمليات المصرفية تعد من الأعمال التجارية بطبيعتها³؛ فهي لا تتصف بالمجانبة إلا في حالات محصورة تستهدف البنوك من وراء ذلك

¹ تنص المادة 02 من نظام 01-13 على أنه: "تعتبر عمليات مصرفية كل العمليات التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية في معاملتها مع الزبائن، كما هي محددة في المواد 66 إلى 69 من الأمر 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت 2003، المعدل والمتمم والمذكور أعلاه"، ص42. انظر، نظام رقم 01-13 مؤرخ في 08 أبريل 2013 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية. الجريدة الرسمية، العدد 29، 2013.

² انظر، عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص9.

تنمية عملياتها الأساسية وتطويرها⁴. والجدير بالذكر، أن دراستنا تنحصر تحديداً في معالجة القانون الذي يحكم عمليات البنوك، وبالتالي يستثنى من نطاق بحثنا: الأوراق التجارية⁵ والقانون الذي يحكمها.

ورغم أن حالات التنازع بين القوانين الوطنية في مجال العمليات البنكية قليلة ومحصورة مقارنة مع العقود الدولية الأخرى؛ والسبب في ذلك يرجع إلى كون العمليات المصرفية يسري عليها في الغالب قواعد وأعراف مشتركة بين الدول بوصفها عقود موجودة سلفاً صاغها خبراء متخصصون⁶. فالحساب الجاري قد يكون بين تاجر في الجزائر وبنك فرنسي، أو بين بنك جزائري وبنك فرنسي وعليه سنبحث القانون الواجب التطبيق على العمليات البنكية سواء كان أحد الطرفين بنكاً أو كلاهما، أو بين شخصين طبيعيين فيما بينهم كتجار مثلاً، أو بين شخصين معنويين أو بين شخص طبيعي مع شخص معنوي.

وتتميز العمليات البنكية ببعض السمات والمظاهر التي لا يزال يتميز ويختص بها القانون البنكي وأهمها المظهر التقني والذي يعتمد على شكايات محددة وشروط محددة مسبقاً

³ المادة 02 من القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم. وأيضاً المادة 05 من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980، وكذلك المشرع المصري في المادة 05 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999. واعتبرها أيضاً المشرع الأردني أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها بموجب المادة 06 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966. وبالنسبة للمشرع الإماراتي، فقد نص في المادة 05 من قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993 على أن عمليات المصارف تعد من الأعمال التجارية بحكم ماهيتها، كما نظم الحساب الجاري بأحكام خاصة في المواد من 390 إلى 408، والاعتماد المستندي في المواد من 428 إلى 439.

⁴ انظر، إلياس ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2012، ص 6.
⁵ تعرف الأوراق التجارية على أنها: "عبارة عن محركات مكتوبة وفق أوضاع شكلية معينة يحددها القانون قابلة للتداول بالطرق التجارية وتمثل حقاً موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، ويستقر العرف على قبولها كأداة لتسوية الديون شأنها شأن النقود". انظر، سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 34.

⁶ انظر، سلطان عبد الله محمود الجوازي، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، منشورا الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.

في نماذج مطبوعة تحدد محتواها التعاقدية؛ فقد أصبحت بمثابة عقود إذعان. وهذا ما جعل بعض الفقهاء يعتبرون العمليات المصرفية تدخل ضمن أنماط قانونية خاصة تختلف عن بقية أنواع العقود المدنية والتجارية الأخرى؛ الأمر الذي أدى بهم إلى الاعتراف بأن هذه العمليات البنكية ذات طبيعة خاصة⁷. ويضاف إلى ذلك المظهر الدولي لا سيما في الجانب التقني المرتبط بالتجارة الدولية كما هو الشأن بالنسبة للحساب الجاري والاعتماد المستندي. حيث أصبحت الاتفاقيات الدولية والأعراف البنكية تساهم في تسيير تلك العمليات بقواعد تستجيب لطبيعة النشاط المصرفي⁸.

وقد تزايد الاهتمام بمشكلة تنازع القوانين في مجال عمليات البنوك في ظل التطور الذي تشهده عمليات التجارة الدولية بسبب سرعة حركة تنقل السلع والخدمات، وبفضل أيضاً تطور وسائل النقل والاتصالات. وبالمقابل أيضاً أصبح التحكيم يلعب دوراً هاماً في حل المنازعات التي تنشأ بين البنوك وعملائها. ورغم ذلك فتبقى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق أمراً مهماً؛ وهذا لحاجة كل طرف للوقوف على مضمون الحقوق التي يضمنها له القانون حتى يكون بإمكانه معرفة ما يمكن التنازل عنه من هذه الحقوق⁹.

وبناء على ما سبق، ما هو القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك؟ هل تخضع لقانون الإرادة؟ أم لأحكام خاصة تلائم طبيعة هذه العقود؟ والإجابة عن هذه الإشكالية نتناولها ضمن المطلب الأول من هذه الدراسة الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الحساب الجاري، بالإضافة إلى المطلب الثاني المتعلق بدراسة القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي.

⁷ انظر، محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص24، 25.

⁸ محفوظ لعشب، نفس المرجع، ص26، 27.

⁹ انظر، عصام الدين القصبي، القانون الواجب التطبيق على عقود المعاملات الإسلامية، المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، " المؤسسات المالية الإسلامية، معالم الواقع وآفاق المستقبل، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 15-17 مايو 2005، ص399، 400. www.slconf.uaeu.ac.ae

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على عقد الحساب الجاري

لما كانت العمليات البنكية عقوداً دولية¹⁰ تتضمن عنصراً أجنبياً قد يثور النزاع بشأنها بسبب تزامن قوانين كثيرة لحكمها مثل القانون الشخصي للدائن، والقانون الشخصي للمدين، أو قانون الموطن وقانون القاضي، وأيضاً قانون دولة التنفيذ. ولهذا فإنه، في حالة اختيار الأطراف المتعاقدة القانون الواجب التطبيق صراحة فلا يثور أي إشكال. ولكن الصعوبة تثار عندما لا تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون معين. كما أن العمليات المصرفية هي عمليات لها وظيفة اقتصادية ومالية داخل الدولة؛ ومن ثم فهي تخضع لقواعد لها صفة التطبيق الفوري أو الضروري¹¹. ولتوضيح ذلك سنتناول مفهوم الحساب الجاري وأيضاً القانون الذي يخضع له عقد الحساب الجاري؛ وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم الحساب الجاري، خصائصه وأركانه¹²

سننطلق إلى تعريف الحساب الجاري وبيان طبيعته القانونية مع إيراد خصائصه والآثار المترتبة عليه.

أولاً. - تعريف الحساب الجاري

يعرف الحساب الجاري بأنه: "عقد بمقتضاه يتفق طرفان على قيد نتائج ما يجري بينهما من معاملات في حساب على أن يفقد كل مدفوع خصائصه بمجرد دخوله الحساب

¹⁰ إن المعيار الأساسي الذي يتم بموجبه إضفاء الصفة الدولية على هذه العقود هو عنصر مكان التنفيذ في خصوص هذه العمليات بالإضافة إلى الجمع بين المعيار الاقتصادي والقانوني. سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص24.

¹¹ سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص55، 56.

¹² لم يكن الحساب الجاري معروفاً في القانون الروماني القديم، حيث ظهر في المدن الإيطالية الكبرى في القرن الثاني عشر، وقد ساهمت الأعراف التجارية السائدة آنذاك في تطوير الأحكام وإيجاد الحلول لمختلف المشكلات التي كانت تواجه المعاملات سواء التي كانت تتم بين التجار فيما بينهم، أو بينهم وبين المصارف. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص183.

ويتحول المدفوع إلى مفرد من مفردات الحساب فلا يجوز لأحد الطرفين مطالبة الطرف الآخر إلا بمقدار الرصيد عند غلقه الحساب¹³. ويعرف أيضاً بأنه: "تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل (ويسمى الأمر أو معطي الأمر) لصالح الغير المصدر (ويسمى المستفيد) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة"¹⁴.

وعرفه الدكتور: إلياس ناصيف بأنه: "عقد بين شخصين هما: المسلم أو المتفرغ والمتسلم أو المتفرغ له يتم الاتفاق بموجبه، على أن عمليات متكررة متشابكة تستدعي تبادل الأموال، على تحويل ما لهما من ديون بموجب هذه العمليات إلى بنود بسيطة للتسلف والتسليف تفقد كيانهما الذاتي وتتدمج في حساب واحد يتم إقفاله في أوقات محددة بإجراء مقاصة بين الدفعات المتبادلة، بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده ديناً مستحقاً ومهيئاً للإيفاء"¹⁵.

وبالفعل فالعقد هو الذي يحدد إطار العلاقة بين البنك والزيون، وكذلك موضوع الخدمات المرتبطة بفتح الحساب¹⁶. وقد سمي بهذا الاسم لكون المعاملات التي تتم بين طرفيه يتم تسجيلها بالتتابع؛ أي أن القيود تقيد فيه على التوالي¹⁷. ولا يعد حساباً جارياً الاتفاق على ألا تبدأ مدفوعات أحد الطرفين إلا حين تنتهي مدفوعات الطرف الآخر¹⁸. إذن فالحساب الجاري هو نوع خاص من الحسابات المصرفية، وهو عقد يتعهد بموجبه طرفان بتحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العمليات المتبادلة بينهما إلى بنود في

¹³ سلطان عبد الله محمود الجوّاري، المرجع السابق، ص 60.

¹⁴ انظر، عزيز العكيلي، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 416.

¹⁵ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 190.

¹⁶ لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 95.

¹⁷ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 186، 187.

¹⁸ المادة 2/361 من قانون التجارة المصري الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1999.

الحساب¹⁹. ويؤدي الحساب المصرفي دوراً هاماً في مجال النشاط المصرفي، فهو وسيلة خاصة لجذب العملاء ووسيلة مهمة أيضاً لإثبات الديون الناشئة عن العمليات المصرفية بالإضافة إلى الدور الأساسي المتمثل في تسوية الديون عن طريق المقاصة²⁰.

وقد عرفه قانون التجارة السوري في المادة 393 بأنه: "يراد بعقد الحساب الجاري الاتفاق الحاصل بين شخصين على أن ما يسلمه كل منهما للآخر بدفعات مختلفة من نقود وأموال وأسناد تجارية قابلة للتملك يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع وديناً على القابض دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بما سلمه له بكل دفعة على حدة بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند اقفال هذا الحساب ديناً مستحقاً ومهيئاً للأداء". أما المشرع الإماراتي فقد عرفه في المادة 390 من قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993 على أنه: "عقد بين شخصين تتحول بموجبه الحقوق والديون الناشئة عن علاقتهما المتبادلة إلى قيود في الحساب تتقاص فيما بينها بحيث يكون الرصيد النهائي عند إغلاق الحساب وحده ديناً يستحق الأداء".

ثانياً. - خصائص الحساب الجاري وأنواعه

من المبررات الأساسية التي تحت الأطراف على اللجوء إلى إبرام عقد الحساب الجاري هو أنه يوفر عليهم الوقت والجهد، ويجنبهم مخاطر نقل المال من مكان لآخر، وأيضاً تكلفة نفقات التنقل؛ لأنه بموجب هذا العقد تتم تسوية عدة تعاملات مالية مرة واحدة وفي وثيقة واحدة بدلاً من تصفية كل عملية على حدة. إذن ففكرة الحساب الجاري تقوم على تسهيل التعامل بين التجار الذين تتعدد وتتكرر تعاملاتهم؛ بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً، فيمسك كل تاجر سجلاً يدون فيه المبالغ المالية الخاصة بكل معاملة سواء أكان دائناً أو مديناً ثم يقومان بتصفية العمليات عن طريق المقاصة بينهما²¹.

¹⁹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 271، 272.

²⁰ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 304.

²¹ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 184.

ومن الملامح الخاصة التي تميز عقد الحساب الجاري أنه عقد تابع فهو وسيلة لتسوية تنفيذ عقود أخرى بين أطرافه عن طريق المقاصة. وبالنسبة لتكييف عقد الحساب الجاري فيخضع لقانون القاضي وليس قانون البنك²².

وتصنف الحسابات المصرفية بحسب طبيعتها إلى صنفين هما: الحساب الجاري وهو حساب ذو قواعد خاصة، وحساب عادي أو بسيط أو حساب ذو قواعد عامة²³.

والملاحظ أنه، بالنسبة لتصنيف الحسابات المصرفية إلى صنفين عادي وجاري أمر منتقد، فالمصارف من الناحية الواقعية لا تعد بهذه التفرقة حيث يوجد حساب جاري لكل عميل سواء كان حساباً دائناً أو حساباً مدينياً²⁴. ويرى البعض أن معيار التفرقة بين الحسابين هو هدف الطرفين من عملية القيد، فإذا قصدا تسوية مفردات الحساب فوراً فهو حساب عادي، وإذا قصدا إرجاء تسويتها إلى نهاية الحساب كان الحساب جارياً²⁵.

ثالثاً. - أركان عقد الحساب الجاري

يتطلب إنشاء الحساب الجاري توافر الأركان الضرورية لتكوين العقود المتطلبة وفقاً للقواعد العامة من تراضي ومحل وسبب وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

أ. - الرضا

يقتضي توافر هذا الشرط أن يتفق أطراف عقد الحساب الجاري على تسوية حقوق الطرفين المتبادلة وقيدتها في رصيد، وكذلك إدراج حقوقهما أو بعضها في الحساب²⁶. ويجب

²² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 273.

²³ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 302.

²⁴ انظر، فائق محمود الشماخ، الحساب المصرفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 137.

²⁵ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 212.

²⁶ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 194.

أن يكون التراضي بين الطرفين موجوداً وصحيحاً وصادراً من شخص كامل الأهلية²⁷. وإذا كان طالب فتح الحساب صغيراً مميزاً فيجب أن يحصل على إذن بمزاولة التجارة .

ب. - المحل

يتمثل في المدفوعات التي قد تكون نقوداً أو أوراقاً تجارية²⁸ قابلة للتمليك ويشترط في هذه المدفوعات الشروط الآتية:

- 1- التماثل في المدفوعات²⁹: أي أن يكون من طبيعة متماثلة أو من نوع واحد.
- 2- أن يكون المدفوع ناشئاً عن دين مؤكد الوجود³⁰، فلا يدخل في الحساب الديون المعلقة على شرط أو الحق المتنازع عليه.
- 3- أن يسلم المدفوع للقابض على وجه التملك³¹.
- 4- أن تكون المدفوعات متبادلة.
- 5- أن تكون المدفوعات متداخلة .

ت. - السبب

يجب أن يكون موجوداً ومشروعاً، ويتمثل في اتجاه الإرادة المتعاقدين إلى تسوية الديون الناشئة بينهما بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب³².

²⁷ ومن البديهي القول، أن شرط الأهلية يجب أن يتوافر في جميع عقود العمليات المصرفية مع الإشارة إلى أن الأهلية المشروطة للإيداع ليست كذلك المشروطة لمنح بطاقة الدفع أو لفتح اعتماد. ولذلك، فإن قواعد الأهلية تختلف بمناسبة دراسة كل عقد للعمليات المصرفية على حدة. لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 97.

²⁸ وحسب المادة 109 من قانون التجارة الأردني، فإن الدفع بواسطة سند تجاري لا يعد حاصلًا إلا بشرط قبض قيمته ما لم يكن اتفاق مخالف. انظر، قانون رقم 12 لسنة 1966.

²⁹ المادة 1/229 من قانون التجارة العراقي الصادر بالقانون رقم 30 لسنة 1984.

³⁰ فإذا كان المدفوع ناشئاً عن حق زال أو أخفضت قيمته لسبب لاحق للقيد في الحساب وجب إلغاء قيده أو تخفيضه وتعديل الحساب تبعاً لذلك. انظر، المادة 343 من قانون التجارة العراقي الصادر بالقانون رقم 30 لسنة 1984.

³¹ انظر، المادة 392 من قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

³² سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 63، 66.

وهكذا يتضح مما سبق، أن فتح الحساب الجاري هو تصرف قانوني يقتضي إبرام اتفاق بين البنك وطالب فتح الحساب³³. كما يشترط أن تتوافر فيه الأركان العامة لانعقاد العقد وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني³⁴.

الفرع الثاني: خضوع عقد الحساب الجاري لقانون البنك

إن الأصل في عقد الحساب الجاري أنه مبني على الاعتبار الشخصي؛ فهو عقد يقوم على الثقة المتبادلة بين الطرفين، والموافقة على تحمل المخاطر، ولهذا فمن المحتمل أن يكون أحد الأطراف وقت قفل الحساب معسراً الأمر الذي قد ينجر عنه عدم حصول الطرف الآخر على حقه. ومراعاة لذلك يتخذ البنك قبل فتح الحساب مجموعة من الإجراءات لضمان عدم الإضرار بمصالح عملائه³⁵. ويطرح عقد الحساب الجاري المشتل على عنصر أجنبي إشكالية تحديد القانون الذي يحكمه بسبب تزام عدة قوانين أجنبية لتنظيم هذه العلاقة.

أولاً - مضمون قانون البنك بوصفه قاعدة إسناد تحكم عقد الحساب الجاري

في الواقع، أنه لا يثور أي إشكال في حالة ما إذا اتفق الأطراف سواء بصفة صريحة أو ضمنية في العقد على تعيين القانون الواجب التطبيق على أي نزاع محتمل بشأن الحساب المصرفي. ولكن الصعوبة تكمن في حالة عدم التحديد؛ وهذا يقتضي منا تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية والمتمثلة في ضابط الموطن المشترك وقانون بلد الإبرام. فالمشرع قد افترض مسبقاً أن مركز الثقل في العلاقة العقدية المعروضة للنزاع هنا هو الموطن المشترك أو بلد الإبرام.

³³ قد يكون فاح الحساب شخصاً معنوياً فهو يتمتع بذمة مالية مستقلة. وعلى البنك أن يتأكد من صحة تأسيس الشخص المعنوي وصلاحيته ممثله خصوصاً في شركات التضامن والتوصية البسيطة. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 238، 239.

³⁴ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 306.

³⁵ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 199.

غير أن تطبيق هذه الضوابط تواجهه بعض الصعوبات؛ فبالنسبة لتطبيق قانون الموطن المشترك فهو منتقد لأنه يتعذر تطبيقه على الحساب الجماعي دون تضامن وعلى الحساب الجماعي مع التضامن بسبب وجود عدة أفراد وطنيين وأجانب أما تطبيق قانون بلد الإبرام فقد أصبحت عقود الحساب الجاري تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة فبالنسبة لتطبيق قانون بلد الإبرام، فقد أصبحت عقود الحساب الجاري تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت إضافة إلى ذلك فإن محل إبرام العقد قد لا تكون له صلة بالعقد³⁶.

وبالنسبة للفرض الذي تكون فيه إرادة الأطراف غير معلنة يتعين على القاضي حينئذ الكشف عنها من ظروف وملابسات العقد، فمثلاً عقد مصرفي بين عميل فرنسي ومصرف جزائري. وتم الاتفاق على أن تكون عملة الدفع بالدولار الأمريكي يفسر ذلك على أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق القانون الأمريكي.

والحقيقة أن قانون البنك هو القانون الملزم والأنسب باعتباره القانون الذي يحقق نظرية الأداء المتميز. ولا بديل للقاضي عن تطبيق هذا المبدأ إلا إذا تبين له أن العقد البنكي مرتبط بقانون دولة أخرى بروابط أوثق صلة من قانون دولة البنك³⁷.

وعليه فإن الرأي الراجح في الفقه الحديث يتجه إلى القول بتطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري. وذلك لارتباط النشاط المصرفي ارتباطاً وثيقاً بالوسط الاقتصادي، وبالتالي لا يمكن قيد هذا الحساب إلا وفقاً للقواعد القانونية³⁸ والأعراف المصرفية السائدة في دولة هذا البنك. كما أن قواعد العمليات البنكية يجب أن تطبق بغض النظر عن جنسية المتعامل أو موطنه وذلك بغرض حماية الائتمان العام وحماية العملاء³⁹. وعليه فإن القانون الذي يحكم الحساب الجاري هو قانون الدولة التي يوجد فيها البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري أو الفرع أو الوكيل الذي تم فيه فتح

³⁶ سلطان عبد الله محمود الجوارى، المرجع السابق، ص 79، 82.

³⁷ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 232، 233.

³⁸ وعليه إذا ثبت عدم مشروعية الديون المتنازع عليها أو عدم صحتها استوجب ذلك إلغاء القيد المقابل لها في الحساب. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 313.

³⁹ سلطان عبد الله محمود الجوارى، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.

الحساب الجاري. إن حسن أداء البنك لعمله يقتضي أن تخضع الحسابات العديدة التي يفتحها البنك لنظام قانوني واحد؛ وهذا الهدف يتحقق بتطبيق قانون البنك⁴⁰.

ثانياً. - نطاق تطبيق قانون البنك الذي يحكم عقد الحساب الجاري

إن الأصل في عقد الحساب الجاري أنه يقوم على احترام إرادة الأطراف⁴¹؛ إذ يرجع لها تحديد حدوده ومداه فقد يتم الاتفاق مثلاً على أن يشمل كل المعاملات بينهما، أو الاتفاق على استبعاد بعض الديون من نطاقه وتخصيصها لغرض آخر. على أن الغالب في إبرام عقد الحساب الجاري أن يكون نطاقه عاماً وشاملاً لكل الديون التي تنشأ بين طرفيه تطبيقاً لمبدأ عمومية الحساب الجاري.

غير أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات نوردتها في ما يلي:

- 1- لا يشمل الحساب الجاري الديون الناشئة عن الروابط العائلية أو المسؤولية التقصيرية.
- 2- لا يشمل الحساب الجاري الديون التي يجب أن تتم تسويتها نقداً.
- 3- إذا كانت الحقوق غير قابلة للتجديد.
- 4- إذا لم يكن الحق قابلاً للمقاصة⁴².

ويحدد لنا قانون الدولة التي يوجد بها البنك أيضاً أسباب شروط فتح الحساب الجاري وقفه.

آ. - شروط الحساب الجاري:

تعتبر المدفوعات العنصر المادي المميز للحساب الجاري وهي الحقوق التي تكون للدافع على القابض. ويتولى قانون البنك تحديد معنى المدفوعات والشروط اللازمة من أجل قيدها في الحساب الجاري. كما يحدد لنا قانون الدولة التي يوجد فيها البنك تاريخ انتقال

⁴⁰ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 279، 280.

⁴¹ تنص المادة 394 من قانون التجارة السوري على أنه: "يتوقف مدى الحساب الجاري على إرادة المتعاقدين فلهما أن يجعلاه شاملاً لجميع معاملتهما أو لنوع معين منها فقط".

⁴² إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 215، 222.

ملكية هذا المدفوع من الدافع إلى القابض⁴³. ويشترط في المدفوعات أن تكون مؤكدة الوجود ومحددة المقدار، وأن تكون من الأشياء المثلثة التي تقبل المقاصة، كما يجب أن تسلم الدفعة إلى القابض على وجه التملك. وأخيراً أن تكون متبادلة ومتشابهة بين الطرفين⁴⁴.

وتبدأ عملية تشغيل الحساب الجاري من تاريخ دخول أول دين فيه وتستمر إلى غاية غلقه، وأثناء هذه الفترة فإن كل دين يدخل فيه يفقد ذاتيته وعناصره ويحل محله دين جديد يكتسب صفات الحساب الجاري، فالمدفوعات بعد دخولها الحساب الجاري تفقد صفتها واستقلالها بفعل مبدأ الأثر التجديدي للحساب الجاري. وتجديد الدين هنا لا يحتاج إلى اتفاق إرادتي طرفي الحساب بل يكفي فقط الاتفاق على إدخال الدين السابق على الحساب الجاري في الحساب لكي يشمل الأثر التجديدي. وبالتالي يمكن تحقيق أهم غاية في الحساب الجاري والتي تتمثل في تجنب تسوية كل دين لوحده، واعتماد تسوية واحدة عند الغلق النهائي للحساب⁴⁵.

ويجدر بنا التنويه إلى أن الحساب الجاري يتميز عن حساب الودائع في أن المدفوعات التي تقيد في الحساب الجاري تفقد كيانها واستقلالها الذاتي بحيث تندمج في مجموعة واحدة لا تتجزأ، بخلاف حساب الودائع أين تحتفظ المدفوعات فيه باستقلاليتها وذاتيتها⁴⁶.

ب. - نهاية الحساب الجاري:

يحدد لنا قانون الدولة التي يوجد فيها البنك أيضاً أسباب قفل الحساب وحالات القفل أو القطع المؤقت للحساب. ومن أمثلة أسباب قفل الحساب الجاري: إفلاس أحد طرفي الحساب أو الحجر عليه أو إعساره. وقد يكون سبب قفل الحساب هو منع التعامل الخارجي الذي تفرضه الدولة المفتوح فيها الحساب في زمن الحرب مع

⁴³ سلطان عبد الله محمود الجوازي، المرجع السابق، ص 94، 96.

⁴⁴ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 273.

⁴⁵ انظر، يوسف عودة غانم، الأثر التجديدي للحساب الجاري، مجلة جامعة ذي قار، العراق، العدد 04، المجلد 2، آذار، 2007، ص 151، 152.

⁴⁶ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 208.

وقد حددت المادة 306 من قانون التجارة اللبناني⁴⁸ أسباب قفل الحساب الجاري حيث جاء فيها ما يلي: "ينتهي العقد في الوقت المعين بمقتضى الاتفاق، وإذا لم يتفق على الأجل ينتهي العقد بحسب إرادة أحد الفريقين وينتهي أيضاً بوفاة أحدهما أو بفقده الأهلية أو بإفلاسه". وهي الأسباب أيضاً الواردة في المادة 369 من قانون التجارة المصري⁴⁹.

وأضافت المادة 400 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي أسباب أخرى مثل حالة انقضاء الشخص الاعتباري، وحالة شطب البنك من قائمة البنوك العاملة أو توقف البنك عن أعماله. وبالمثل أيضاً فإن قانون البنك هو الذي يحكم تقادم دين الرصيد الناتج عن قفل الحساب⁵⁰. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 404 من قانون التجارة الكويتي⁵¹ بأنه: "لا تقبل الدعاوى الخاصة بتصحيح الحساب من جراء غلط أو إغفال أو تكرار في القيد أو غير ذلك من التصحيحات بعد انقضاء ستة شهور من تاريخ استلام كشف الحساب الخاص بالتصفية والذي يرسل بطريق البريد المسجل المصحوب بعلم الوصول.

وفي جميع الأحوال تقادم بمضي خمس سنوات كل دعوى تتعلق بالحساب الجاري، وتسري هذه المدة من تاريخ قفل الحساب".

وبترتب على إقفال الحساب الجاري وقف جميع العمليات المتعلقة بمدفوعاته، فلا يجوز إدخال مدفوعات جديدة عليه ولا حذف القيمة المالية المدونة فيه. وذلك تمهيداً لعملية التصفية التي تتم بإجراء المقاصة من أجل استخراج الرصيد النهائي والمستحق⁵². وعليه فعند غلق الحساب يعتبر دين الرصيد حالاً إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على غير ذلك وكانت بعض العمليات الواجب قيدها في الحساب لا تزال جارية وكان من شأن القيد تعديل

⁴⁷ سلطان عبد الله محمود الجوّاري، المرجع السابق، ص 97.

⁴⁸ انظر، مرسوم اشتراعي رقم 304 - صادر في 1942/12/24.

⁴⁹ انظر، القانون رقم 17 لسنة 1999 بإصدار قانون التجارة.

⁵⁰ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 295.

⁵¹ انظر، مرسوم بالقانون رقم 68 لسنة 1980 بإصدار قانون التجارة.

⁵²، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 417، 419.

مقدار الرصيد. وفي هذه الحالة يعتبر دين الرصيد حالاً من اليوم التالي لآخر قيد تستلزمه هذه العمليات⁵³. كما يجدر بنا التنويه هنا إلى مسألة هامة تتعلق بالتمييز بين التوقيفات المؤقتة والاقفال النهائي للحساب الجاري حيث أن الغرض من التوقيف المؤقت هو إعطاء فرصة لكل طرفي العقد لمراجعة سير الحساب؛ وذلك خلال فترة لا تتجاوز ستة أشهر. أما قفل الحساب الجاري بصورة نهائية فيقتضي ختام الحساب الجاري⁵⁴.

ونشير أخيراً إلى أن القاضي قد يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي على عقد الحساب الجاري عندما يتعارض تطبيق هذا القانون مع النظام العام كما لو أجاز القانون الأجنبي شرط الدفع بالذهب لتعارض ذلك مع التشريع الوطني الذي يفرض الدفع بالعملة الوطنية. كما يستبعد قانون دولة البنك من التطبيق على عقد الحساب الجاري متى ثبت أن هناك تحايل على القانون بتغيير ضابط الإسناد هروباً من تطبيق أحكام القانون المختص أصلاً. ويضاف إلى ما سبق مانع المصلحة الوطنية أو الأهلية التجارية التي تستوجب على العميل أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية لإجراء عقد الحساب الجاري⁵⁵.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي

لما كانت العمليات المصرفية عقود دولية، فإنها تخضع لقاعدة قانون الإرادة، ولكن مراعاة لطبيعتها الخاصة كونها تتم بموجب آليات وأدوات فنية محددة تلائم طبيعة هذه العقود المتعلقة بالائتمان؛ استوجب ذلك تدخل الدولة بقيود وقوانين التطبيق الفوري والمباشر الأمر الذي يؤثر على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق⁵⁶.

وفي الواقع، نجد أغلب عمليات البنوك لا يتم الاتفاق فيها صراحة على تطبيق قانون البنك بسبب عدم اهتمام الأطراف بذلك وانشغالهم بإبرام الصفقات. غير أنه توجد حالات

⁵³ المادة 232 من قانون التجارة العراقي الصادر بالقانون رقم 30 لسنة 1984.

⁵⁴ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 515.

⁵⁵ سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 99.

⁵⁶ سلطان عبد الله محمود الجواري، نفس المرجع، ص 11.

أخرى يتم الاتفاق فيها بين البنك والعميل صراحة على إخضاع العملية البنكية لقانون الدولة التي يوجد بها مقر البنك الذي يقوم بالعملية⁵⁷.

الفرع الأول: مفهوم الاعتماد المستندي

يلعب الاعتماد المستندي دوراً هاماً في مجال التجارة الخارجية فهو يضمن للبائع استيفاء ثمن البضاعة المرسله بمجرد تقديم المستندات المطلوبة وبذلك يحمي نفسه من مخاطر تردّي الأوضاع المالية للمستورد. كما يضمن للمستورد عدم دفع قيمة البضاعة قبل التأكد من شحن هذه البضاعة ومطابقتها للمواصفات⁵⁸.

ويعتبر الاعتماد المستندي عملية ائتمانية ذات أهمية اقتصادية كبيرة خاصة في مجال التجارة الدولية حيث يلجأ إليه لضمان المخاطر الاحتمالية في البيوع الدولية كاحتمال تعرض البائع إلى إعسار أو إفلاس المشتري بالإضافة إلى الأزمات السياسية والكوارث الطبيعية التي قد تؤدي إلى تلف البضاعة المشحونة أو تعيق استيفاء ثمنها.

إن الاعتماد المستندي وسيلة فنية هامة لتسوية تنفيذ البيع عن طريق تقديم المصرف للمشتري الائتمان بناء على طلبه لصالح البائع الذي يحصل على ثمن بضاعته من البنك وهو مطمئن فلا يخشى إعسار البنك ولا يتوقع تماطله عن الدفع⁵⁹. فالاعتماد المستندي يوفر الأمان اللازم لكلا الطرفين ويسمح بتنفيذ العقد المبرم بينهما وكلاهما مطمئن نتيجة للأمان الذي يمنحه البنك⁶⁰.

وبقتضي منا تحديد مفهوم الاعتماد المستندي التطرق إلى تعريفه في نقطة أولى، والتعرض إلى أهم خصائصه وأنواعه في نقطة ثانية.

⁵⁷ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص112، 113.

⁵⁸ انظر، مصطفى ياسين محمد الأصبحي، أحكام عقود البنوك الإسلامية ذات الطابع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009، ص93.

⁵⁹ سلطان عبد الله محمود الهواري، المرجع السابق، ص133، 134.

⁶⁰ هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص289.

أولاً - تعريف الاعتماد المستندي

يعرف الاعتماد المستندي بأنه: "أية ترتيبات مهما كان شكلها أو نوعها يقوم بها البنك (المصدر للاعتماد) بناء على طالب الاعتماد ووفقاً لتعليماته بالدفع لشخص ثالث (المستفيد) أو لأمره أو القيام بدفع أو قبول حوالات (سفاتج) خارجية أو سحوبات مسحوبة من قبل المستفيد أو بتحويل مصرف آخر بإجراء تلك المدفوعات أو القيام بدفع أو قبول أو تناول تلك الحوالات الخارجية أو السحوبات وذلك مقابل مستندات معينة بشرط أن تكون مطابقة لنصوص الاعتماد وشروطه"⁶¹. وعرفه المشرع الإماراتي في المادة 428 من قانون المعاملات التجارية على أنه: "الاعتماد المستندي عقد بمقتضاه يفتح المصرف اعتماداً بناء على طلب عميله (الأمر بفتح الاعتماد) في حدود مبلغ معين ولمدة معينة لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة مشحونة أو معدة للشحن...".

إن الاعتماد المستندي هو عقد يتعهد بموجبه البنك بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه، ويسمى الأمر بفتح الاعتماد لصالح شخص آخر يسمى المستفيد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة⁶². ويجب أن تتوفر في هذا العقد الأركان العامة لصحة العقد وهي الرضا والمحل والسبب والأهلية، بحيث يترتب على انعدام ركن منها بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً، وإذا أثر في الإرادة عيب كالغلط أو التدليس أو الإكراه كان التصرف قابلاً للإبطال⁶³.

ويتميز الاعتماد المستندي بخاصيتين أساسيتين: الأولى توافر الائتمان والضمان بحيث يوفر البنك الأمان لكل من الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ العقد. أما الميزة الثانية فهي

⁶¹ سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 127.

⁶² مصطفى ياسين محمد الأصبحي، المرجع السابق، ص 93.

⁶³ انظر، عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،

2005، ص 5.

تتمثل في كون الاعتماد المستندي عملية ثلاثية الأطراف؛ إذ تتطلب توافر ثلاثة أطراف المشتري والبنك والبائع المستفيد⁶⁴.

ولم ينظم المشرع الجزائري الاعتماد المستندي بصفة صريحة، بل أشار إليه بصفة عامة في قانون النقد والقرض⁶⁵ بوصفه يدخل ضمن وسائل الدفع، وهذا ما يتجلى من نص المادة 69 من الأمر 11-03، حيث جاء فيها ما يلي: "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل". بالإضافة إلى ذلك، فإن نص المادة 66 من القانون المذكور أعلاه اعتبر أن وسائل الدفع تدخل ضمن نشاط البنوك مهما كان نوعها، حيث جاء فيها ما يلي: "تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل". ولما كان الاعتماد المستندي وسيلة دفع فيجوز التعامل به⁶⁶.

وتدعيماً لذلك، وبالرجوع للنظام 01-07⁶⁷ نجد كذلك بأن المشرع الجزائري لم ينص بشكل صريح على نظام الاعتماد المستندي، وإنما أشار إليه أيضاً ضمن وسائل الدفع الخارجية؛ حيث نص في المادة 18 منه على ما يلي: "تشكل وسائل الدفع في مفهوم المادة 17 أعلاه:

- الأوراق النقدية

- الصكوك السياحية

⁶⁴ انظر، هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 292، 293.

⁶⁵ انظر، أمر رقم 11-03 مؤرخ في 2003/08/26 يتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 52، 2003، ص 11.

⁶⁶ انظر، علودة نجمة دامية، دور المؤسسات المصرفية في التجارة الخارجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/12/11، ص 89.

⁶⁷ انظر، نظام رقم 01-07 مؤرخ في 2007/02/03 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة. الجريدة الرسمية، العدد 31، 2007، ص 17.

- الصكوك المصرفية أو البريدية
 - خطابات الاعتماد
 - السندات التجارية
 - كل وسيلة أو أداة دفع مقومة بالعملة الأجنبية القابلة للتحويل بصفة حرة مهما كانت الأداة المستعملة".
- وبحسب المادة 27 من النظام 01-07 فإنه يمكن استعمال مجموع المصطلحات التجارية التي تتضمنها أصول وأعراف الغرفة التجارية الدولية في العقود التجارية ما لم تنص الأحكام التشريعية والتنظيمية على خلاف ذلك. ولا شك أن الاعتماد المستندي يدخل ضمن هذه الأعراف باعتباره آلية ضرورية لتسوية عقود التجارة الخارجية المرتبطة بالاستيراد والتصدير⁶⁸.
- كما نص المشرع الجزائري على تقنية الاعتماد المستندي في نص المادة 69 من قانون المالية لسنة 2014 حيث ورد فيها ما يلي: "لا يتم دفع مقابل الواردات الموجهة للبيع على حالها إلا بواسطة الائتمان المستندي أو التسليم المستندي..."⁶⁹.
- وهذا على خلاف التشريعات العربية الأخرى التي خصته بأحكام خاصة ضمن نصوص قانون التجارة⁷⁰.

⁶⁸ علودة نجمة دامية، المرجع السابق، ص90.

⁶⁹ انظر، قانون رقم 08-13 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014، الجريدة الرسمية، العدد 68، 2013، ص23.

⁷⁰ نظم المشرع الإماراتي الاعتماد المستندي بأحكام خاصة في المواد من 428 إلى 439 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، وبالنسبة للمشرع المصري في المواد 341 إلى 350 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999. أما المشرع الكويتي في المواد 367 إلى 377 من قانون التجارة رقم 68 لسنة 1980.

ثانياً. - أنواع الاعتماد المستندي والآثار القانونية المترتبة عليه

يقتضي فتح الاعتماد المستندي وجود علاقة قانونية سابقة بين البائع والمشتري غالباً ما تتمثل في عقد بيع دولي بين مستورد ومصدر، وقد ألزم المشرع الجزائري المستوردين والمصدرين بضرورة القيام بإجراء التوطين المصرفي لدى البنوك قبل مرحلة التنفيذ المادي للعقد التجاري الدولي. ثم تأتي بعد ذلك مرحلة فتح الاعتماد بناء على طلب الأمر (المستورد). ومن ثم يقوم البنك بإصدار خطاب الاعتماد وتبليغه للمستفيد. وبعدها يتلقى البنك المستندات من المستفيد. وبعد التأكد من فحص تطابق المستندات مع شروط الاعتماد يقوم البنك بدفع مبلغ الاعتماد إلى المستفيد⁷¹. وسنتعرض فيما يلي إلى أهم أنواع الاعتماد المستندي بالإضافة إلى الآثار القانونية المترتبة عليه كما يلي:

أ. - أنواع الاعتماد المستندي

1. - الاعتماد المستندي القطعي (البات)

يكون الاعتماد المستندي باتاً ما لم يتفق صراحة على قابليته للإلغاء⁷². وفي هذا النوع من الالتزام يلتزم البنك اتجاه البائع التزاماً غير قابل للإلغاء بدفع قيمة الاعتماد. ولا يكون في وسع البنك إلغاء الاعتماد أو تعديله إلا بموافقة جميع الأطراف.

2. - الاعتماد المستندي القابل للإلغاء

تمنح هذه الصيغة للبنك فاتح الاعتماد في أي وقت شاء تعديله أو إلغاؤه دون أن يتحمل أية مسؤولية تجاه المستفيد من الاعتماد⁷³. ولهذا السبب فهذا النوع غير مرغوب فيه كثيراً

⁷¹ انظر، معزي صونية، الغش وأثره على الالتزام المصرفي في عقد الاعتماد المستندي في القانون الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد العاشر (بدون ذكر السنة)، ص 398، 399.

⁷² المادة 431 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي. والمادة 2/343 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

⁷³ سلطان عبد الله محمود الهواري، المرجع السابق، ص 131، 132.

لما قد يترتب عن الإلغاء من مشاكل بالنسبة لأطرافه⁷⁴. وإذا قدمت مستندات الشحن مطابقة لبيانات عقد الاعتماد المستندي وشروطه وخلال مدته وقبل إلغائه كان البنك والامر بفتح الاعتماد مسؤولين بالتضامن قبل المستفيد⁷⁵.

ثانياً. - الآثار القانونية للاعتماد المستندي

يرتب عقد فتح الاعتماد المستندي التزامات على عاتق كل من المشتري الأمر بفتح الاعتماد والمؤسسة البنكية، وذلك على النحو الآتي:

أ. - التزامات المشتري:

يقع على عاتق المشتري التزام بتسديد مبلغ الاعتماد بالإضافة إلى عمولة البنك كمقابل للخدمة المقدمة. وفي حالة امتناع المشتري عن الوفاء بقيمة الاعتماد يستطيع البنك الامتناع عن تسليم المستندات إليه ويصبح في مركز الدائن المرتهن لهذه المستندات.

ب. - التزامات البنك:

قبل أن يقوم المصرف بفتح الاعتماد المستندي يقع على عاتقه التزام بتدقيق سندات البضاعة والتأكد من صحتها متوخياً الحذر في التعامل مع العميل الأمر بفتح الاعتماد. كما يجب عليه إبلاغ البائع⁷⁶ بخطاب اعتماد⁷⁷. ويلتزم البنك في مواجهة المستفيد بالوفاء بقيمة الاعتماد⁷⁸.

⁷⁴ انظر، عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة (عملياتها وإدارتها)، الدار الجامعية، الإسكندرية، (بدون سنة)، ص 257.

⁷⁵ المادة 2/432 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

⁷⁶ سلطان عبد الله محمود الهواري، المرجع السابق، ص 138، 139.

⁷⁷ يعرف خطاب الاعتماد بأنه: "وثيقة مصرفية يصدرها المصرف موجهة إلى المستفيد تتضمن بيانات واضحة وكاملة عن شروط الاعتماد التي يجب على المستفيد مراعاتها لكي يتسنى له الانتفاع من الاعتماد المفتوح".

سلطان عبد الله محمود الهواري، نفس المرجع، ص 145.

⁷⁸ هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 298.

الفرع الثاني: تطبيق قانون البنك على عقد الاعتماد المستندي

لا تثار أي مشكلة في حالة اختيار أطراف العملية البنكية صراحة القانون الواجب التطبيق، ولكن الصعوبة تثار في الفرض الذي تنتفي فيه الإرادة المعلنة. وتقادياً لهذا الإشكال فإن الحل يكون بتطبيق قانون دولة البنك القائم بالعملية. باعتباره تفسيراً للإرادة الضمنية للأطراف وباعتباره أيضاً القانون الذي يحقق الأداء الجوهري أو المميز في العمليات البنكية.

ولا شك أن قانون البنك هو الأكثر تأهيلاً وملائمة لحكم هذه العمليات، لأن عقود العمليات البنكية ليست مجرد عقود عادية يقتصر أثرها على أطرافها فحسب؛ وإنما هي عمليات مصرفية لها وظيفة اقتصادية ومالية هامة داخل الدولة الأمر الذي يقتضي إخضاعها لقواعد آمرة ولا يتحقق ذلك إلا بتطبيق قانون البنك⁷⁹. وسنتعرض فيما يلي إلى دراسة أسباب اختيار قانون البنك بوصفه قاعدة إسناد تحكم عقد الاعتماد المستندي. بالإضافة إلى نطاق تطبيق قانون البنك الذي يحكم عقد الاعتماد المستندي. وأخيراً موانع تطبيق التزام البنك في عقد الاعتماد المستندي.

أولاً. - أسباب اختيار قانون البنك بوصفه قاعدة إسناد تحكم عقد الاعتماد المستندي

إن البنك هو الطرف الأساسي في العقد المصرفي، وهذا راجع للدور الفعال الذي يقوم به في العملية المصرفية؛ وعليه فإن أداء البنك يعد الأكثر تمييزاً؛ وعلى هذا فإن قانون البنك يكون هو أكثر القوانين الملائمة لحكم العقد المصرفي. ودعماً لهذا الرأي فإن أغلب العقود المصرفية عبارة عن عقود نموذجية معدة سلفاً سواء تعلق الأمر بعقد الحساب الجاري أو الاعتماد المستندي... وغيرها من العقود. فيجب أن تخضع لتنظيم قانوني واحد وهو قانون البنك⁸⁰.

⁷⁹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 109، 110.

⁸⁰ عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص 406، 407.

إن تطبيق قانون البنك تؤيده جملة من العوامل القانونية والاقتصادية والفنية التي تجعل منه أكثر القوانين الملائمة لحكم عمليات البنوك. فإذا ما تم تطبيق قانون البنك فإن هذا التطبيق يكون متوقعاً من قبل الطرف الآخر. بخلاف ما إذا تم إخضاعه لقانون آخر مختلف. وهذا على الرغم من أن قانون البنك قد لا يوفر حماية أكبر للبنك فيجب تطبيقه بغض النظر عن مستوى الحماية وحتى لو كان يحقق مصلحة أكبر للعميل على حساب البنك .

كما أن أوصاف العمليات البنكية ومبالغ الاعتماد ومدتها هي مسائل يختص بها البنك ويحددها وفقاً للمبادئ القانونية الموجودة في الدولة التي يعمل فيها ووفقاً للواقع الاقتصادي والنقدي في الدولة⁸¹. فالقانون الواجب التطبيق يتحدد بمقتضى فكرة الأداء المميز التي تقوم على تكريس الحل الملائم لطبيعة العقد ومحل الأداء المميز⁸² فيه الذي يكشف لنا عن أكثر القوانين اتصالاً بالعقد وعادة ما يكون هذا القانون متوقع من قبل أطراف العملية البنكية⁸³.

ثانياً. - نطاق تطبيق قانون البنك الذي يحكم عقد الاعتماد المستندي

يشير الاعتماد المستندي عدة روابط قانونية متعددة ولا يتصور إخضاعها جميعاً لقانون واحد، وبالتالي يمكن أن يخضع لتطبيق قانون آخر غير قانون البنك أو عدة قوانين أخرى . وعليه فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة الذي اختاره أطراف العملية البنكية صراحة متى كانت تربطه صلة حقيقية بالعملية البنكية. وإذا لم تكن الإرادة معلنة فيمكن استخلاص الإرادة الضمنية المؤكدة التي يقصد من خلالها الأطراف اعتبار قانون معين وإذا تعذر ذلك يتعين تطبيق قانون البنك .

⁸¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها.

⁸² يختلف تحديد مدلول الأداء المميز كقاعدة عامة تبعاً لنوع العقد وتماشياً مع طبيعته الخاصة. انظر، حفظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 430.

⁸³ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 147، 149.

إن عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي عملية معقدة وصعبة، لأن إنشاء الاعتماد المستندي عملية مركبة وتثير أكثر من علاقة؛ وهو الأمر الذي سنبينه من خلال ما يلي:

أ. - القانون الذي يحكم علاقة البنك بالبائع (المستفيد)

يسري عليها قانون المكان الذي يوجد فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية بوصفه قانون مكان التنفيذ ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على قانون معين لحكم العلاقة علماً بأن الأخذ بقانون مكان التنفيذ يتفق مع الاتجاه الدولي في الأوراق التجارية والشيك طبقاً لاتفاقيتي جنيف 1930-1931.

ب. - القانون الذي يحكم علاقة البنك بالآمر (المشتري)

وهنا لا بد من التمييز بين حالتين:

أ) الحالة التي يكون فيها مصرف البائع هو الذي ينفذ العملية: يخضع الاعتماد المستندي في هذه الحالة لقانون مكان التنفيذ وهو عادة قانون المكان الذي يتم فيه البيع.

ب) الحالة التي يكون المصرف فيها فاتح الاعتماد هو القائم بالتنفيذ: يسري قانون دولة المصرف على الاعتماد المستندي ويطبق هذا الحكم في الحالة التي يكون مصرف واحد هو فاتح الاعتماد وفي الوقت نفسه هو المنفذ.

أما في حالة الاعتماد المستندي الذي ينفذه أكثر من مصرف، فذهب رأي إلى القول بتطبيق قانون المصرف المصدر للاعتماد (أي قانون مصرف المشتري). وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه لا يوفر الحماية للبائع، لأنه غالباً ما يكون مجهولاً من قبل البائع. وعليه فإن

الحل الأمثل هو تطبيق قانون المصرف المنفذ للاعتماد⁸⁴ باعتباره القانون الذي يحمي توقعات الأطراف⁸⁵.

ثالثاً. - موانع تطبيق التزام البنك في عقد الاعتماد المستندي

الأصل أن عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد⁸⁶. ويلتزم البنك فاتح الاعتماد بتنفيذ التزامه إذا كانت المستندات التي تمثل البضاعة مطابقة لما ورد في بيانات وشروط هذا العقد⁸⁷. فالبنك يلتزم بفحص المستندات للتحقق من أنها بحسب ظاهرها مطابقة للمستندات المطلوبة في خطاب الاعتماد، ويخرج عن نطاق التزامه التحقق من مطابقة البضاعة ذاتها للمستندات التي تمثلها⁸⁸. ولا مسؤولية على البنك إذا كانت المستندات في ظاهرها مطابقة للتعليمات التي تلقاها من الأمر⁸⁹.

وفي الحقيقة، فإن مبدأ استقلالية الالتزام المصرفي يعتبر ضماناً أساسية لتجسيد دور أكبر للاعتماد المستندي في تسوية عقود التجارة الدولية⁹⁰. ولكن في حالة ثبوت الغش فقد جرى العمل القضائي المغربي على حظر صرف قيمة الاعتماد التي كان قد التزم بها البنك بموجب الأثر المترتب على العلاقة بين المشتري الأمر والبائع المستفيد. وهذا ما يستشف

⁸⁴ سلطان عبد الله محمود الهواري، المرجع السابق، ص 157 وما بعدها.

⁸⁵ انظر، سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، مذكرة ماجستير، كلية

الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص 147.

⁸⁶ الفقرة الثانية من المادة 428 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي. والمادة 2/341 من قانون التجارة المصري.

⁸⁷ المادة 430 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي. والمادة 342 من قانون التجارة المصري.

⁸⁸ المادة 437 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

⁸⁹ المادة 348 من قانون التجارة المصري.

⁹⁰ معزي صونية، المرجع السابق، ص 409.

من المبدأ الذي استقر عليه الأمر الاستعجالي رقم 48/469 الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة التجارية بالبيضاء حيث جاء فيه ما يلي: "...

- يمكن للمؤسسة المصرفية حظر صرف قيمة الاعتماد بمجرد ثبوت الغش، وتخول لها هذه الإمكانية إما بصفة تلقائية بعد إشعارها من طرف الأمر أو بمقتضى أمر قضائي قاضي بالتعرض الصرفي.....نعم

- الأمر بإيقاف صرف الاعتماد المستندي، يكتسي حجية مؤقتة اقتضتها حالة الاستعجال الرامية إلى دفع خطر الضرر الحال والمحقق عن المشتري الأمر.....نعم⁹¹. وذات الموقف تبنته نفس المحكمة في قضية أخرى تتعلق بالغش في الاعتماد المستندي، حيث جاء في حيثيات الأمر الاستعجالي رقم 99/62 أنه: "... بعد الاطلاع على وثائق الاعتمادات المستندية والفاتورات وعلى الأثمان المحددة فيها وعلى عدد الآلات موضوع وثائق الاعتمادات المستندية تبين أن البضاعة المرسله غير مطابقة للوثائق، وأن القيمة المذكورة في الفاتورات غير مطابقة للقيمة الحقيقية للبضاعة المرسله وتتطوي على غش متعمد سواء من حيث ثمن الوحدة أو من حيث عدد البضاعة المرسله. حيث أن البائعة لجأت إلى ذلك لتستفيد من صرف الاعتمادات المقررة لفائدتها...

وحيث أن الفقه والقضاء بفرنسا سواء على صعيد المحاكم التجارية أو محاكم الاستئناف أو محكمة النقض الفرنسية استقروا على أنه إذا كان الاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع ولا تأثير لأحدهما على الآخر، فإنه يستثنى من هذه القاعدة حالة استعمال الغش، وأنه في هذه الحالة يحق للبنك مصدر الاعتماد أن يمتنع من صرف قيمته لفائدة المستفيد. إن

⁹¹ انظر، أمر استعجالي رقم 48/469، ملف استعجالي 98/1/705 بتاريخ 19 شتنبر 1998، مقتبس عن، سلسلة بنابر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، الدليل القضائي والتشريعي في ميدان الاعتماد المستندي، (أمر استعجالي غير منشور)، ص78،

النتيجة المنطقية لهذا العمل غير المشروع أن يشل صرف الاعتماد، وهو نفس الاتجاه الذي يسري عليه القضاء المغربي وخاصة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء...⁹².

وبالنسبة للقانون الجزائري، فلا يوجد ما يمنع المشتري من اللجوء إلى المحكمة من أجل طلب إجراء الحجز التوقيفي لمبلغ الاعتماد المستندي بسبب ثبوت حالة الغش وهذا رغم صعوبة الاستناد للقواعد العامة في هذا الشأن؛ والتي لا تراعي خصوصية عقد الاعتماد المستندي كونه عقد من نوع خاص، إضافة إلى الاختلافات الفقهية والقضائية القائمة حول تحديد مفهوم الغش، والمعيار المعتمد به لوقف صرف مبلغ الاعتماد⁹³.

وأخيراً، فإن القاضي يستبعد قانون البنك باعتباره القانون الواجب التطبيق إعمالاً لمقتضيات الدفع بالنظام العام خاصة إذا تعلق الأمر بتطبيق قوانين أجنبية على معاملات مصرفية إسلامية كعقود المرابحة مثلاً، ولكن بالنسبة لعقد الاعتماد المستندي فيصعب تطبيق ذلك، نظراً لكون القواعد التي تنظم الاعتماد المستندي هي في الأصل قواعد وأعراف موحدة عالمياً⁹⁴.

خاتمة

تخضع العمليات البنكية من حيث الأصل إلى قانون الإرادة بوصفها عقوداً، وفي حالة غياب الإرادة الصريحة فإن تطبيق ضوابط الإسناد الاحتياطية تعثره بعض الصعوبات كما رأينا. وهذا ما جعل الفقه يتجه نحو تطبيق قانون البنك بوصفه القانون الذي يحقق نظرية الأداء المتميز. ورغم ذلك، فإن تطبيق قانون البنك تواجهه أيضاً بعض الصعوبات الأخرى

⁹² انظر، أمر استعجالي، المحكمة التجارية بالبيضاء، عدد 99/62، ملف استعجالي رقم 99/157 بتاريخ 1999/01/22 (أمر استعجالي غير منشور)، ص 89، مقتبس عن، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، الدليل القضائي والتشريعي في ميدان الاعتماد المستندي،

www.adala.justice.gov.ma/production/Etudes

⁹³ انظر، معزي صونية، المرجع السابق، ص 409.

⁹⁴ انظر، عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 429، 430.

كما في حالة الاعتماد المستندي الذي يصدره أكثر من مصرف واحد حيث يصعب تصور تطبيق قانون واحد بشأنها.

إن تطبيق قانون البنك يدخل ضمن طائفة القوانين التي تهدف إلى حماية الائتمان العام، ولهذا فهو يندرج ضمن القوانين المسماة بالقوانين ذات التطبيق الفوري وهي قواعد قانونية موجودة في قانون دولة القاضي ترفض أن يزاخمها في حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي أية قواعد أجنبية أخرى. فالقانون الواجب التطبيق يتحدد بمقتضى فكرة الأداء المميز التي تقوم على تكريس الحل الملائم لطبيعة العقد ومحل الأداء المميز فيه الذي يكشف لنا عن أكثر القوانين اتصالاً بالعقد دون إخلال بتوقعات أطراف العملية البنكية.

لقد أصبحت الدولة تتدخل في تنظيم عمليات البنوك بقواعد آمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها تجسيدا لفكرة النظام العام الاقتصادي وبالتالي انحسر دور مبدأ سلطان الإرادة في مجال عمليات البنوك الأمر الذي يفسح المجال لتطبيق قواعد التطبيق الفوري والمباشر لانسجامها مع طبيعة العمليات البنكية وفقاً للأحكام القانونية السارية في الدولة التي يوجد فيها البنك والتي تراعي الواقع الاقتصادي والنقدي في الدولة.

وأخيراً، فإنه يتوجب السعي نحو توحيد القواعد القانونية التي تحكم عمليات البنوك خاصة بالنسبة للحساب الجاري والاعتماد المستندي؛ وذلك بالنظر لدورهما الكبير في توسيع حركة تداول رؤوس الأموال ومعاملات التجارة الخارجية. وبهذا تتحقق درجة كبيرة من الاستقرار التشريعي مما يساعد على توفير المناخ الملائم لجذب الاستثمار. كما يجب أن تراعي هذه القوانين مصالح أطراف العملية البنكية من جهة، ومتطلبات حماية النظام العام الاقتصادي من خلال تطبيق القوانين ذات التطبيق الفوري، حيث يمكن الاستعانة بهذا المنهج للقيام بدور حمائي؛ وذلك بالاعتماد على قواعد آمرة تستجيب لطبيعة النشاط المصرفي. وهذا يعد بمثابة استثناء على قاعدة حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

قائمة المراجع:

1. - المؤلفات:

- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
- إلياس ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2012.
- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- سلطان عبد الله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.
- محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- عزيز العكلي، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- مصطفى ياسين محمد الأصبحي، أحكام عقود البنوك الإسلامية ذات الطابع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009.
- عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005.
- هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- فائق محمود الشماخ، الحساب المصرفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.
- عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة (عملياتها وإدارتها)، الدار الجامعية، الإسكندرية، (بدون ذكر السنة).
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

2. - المقالات العلمية:

- يوسف عودة غانم، الأثر التجديدي للحساب الجاري، مجلة جامعة ذي قار، العراق، العدد 04، المجلد 2، آذار، 2007.
- معزي صونية، الغش وأثره على الالتزام المصرفي في عقد الاعتماد المستندي في القانون الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد العاشر، (بدون ذكر السنة).

3. - املتقيات العلمية:

- عصام الدين القسبي، القانون الواجب التطبيق على عقود المعاملات الإسلامية، المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، " المؤسسات المالية الإسلامية، معالم الواقع وآفاق المستقبل، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 15-17 مايو 2005، ص 399، 400.
- www.slconf.uaeu.ac.ae

4. - الرسائل العلمية:

- علودة نجمة دامية، دور المؤسسات المصرفية في التجارة الخارجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 11/12/2014.
- سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

5. - الأحكام القضائية:

- أمر استعجالي رقم 48/469، ملف استعجالي 98/1/705 بتاريخ 19 شتبر 1998، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، الدليل القضائي والتشريعي في ميدان الاعتماد المستندي، (أمر استعجالي غير منشور)، www.adala.justice.gov.ma/production/Etudes
- أمر استعجالي، المحكمة التجارية بالبيضاء، عدد 99/62، ملف استعجالي رقم 99/157 بتاريخ 1999/01/22 (أمر استعجالي غير منشور)، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، الدليل القضائي والتشريعي في ميدان الاعتماد المستندي، www.adala.justice.gov.ma/production/Etudes

6. - النصوص القانونية:

- القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
- قانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014، الجريدة الرسمية، العدد 68، 2013،
- قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.
- قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966.
- قانون التجارة العراقي الصادر بالقانون رقم 30 لسنة 1984.
- قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993.
- قانون التجارة اللبناني مرسوم اشتراعي رقم 304 - صادر في 1942/12/24.
- قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 بإصدار قانون التجارة.
- أمر رقم 11-03 مؤرخ في 2003/08/26 يتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 52، 2003.
- نظام رقم 13-01 مؤرخ في 08 أبريل 2013 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية. الجريدة الرسمية، العدد 29، 2013.
- نظام رقم 07-01 مؤرخ في 2007/02/03 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملية الصعبة. الجريدة الرسمية، العدد 31، 2007،

القيادة بدون منصب

فاندي سهيلة خيرة¹

حديدي عائشة²

"اي شخص يستطيع ان يكون ناجحا
قليلون هم من يختاروا ان يكونوا ناجحين ."

ملخص :

الكثير من الناس حول العالم يرغبون بعمل أعمال مميزة، أو يريدون أن يكونون أرقام صعبة في مجتمعهم، أو يريدون أن يحدثوا تغيير قوي في مجتمعهم أو حياتهم حتى يكون لحياتهم معنى، بمعنى أو آخر يريدون أن يكونون قادة بلا منصب.

إن القيادة كما يتكلم عنها الخبير العالمي روبن شارما، هي صفة مكتسبة يمكن أن يحققها أي إنسان في العالم في أي مكان أو منصب كان، إن تلك الجينات القيادية مختبئة في كل منا، وتحتاج لمن يوقظها ثم يصقلها ويلمعها لتظهر للعيان. يقول روبن شارما : إن الخطوة الأولى لذلك هو الوعي بوجود تلك الصفات القيادية والالتزام بإظهارها كلما حانت الفرصة لذلك. وعليك أن تتوقف عن لوم الآخرين وإيجاد الأعذار لنفسك عليك أن تتحمل المسؤولية الكاملة، وكما قال غاندي : كن أنت التغيير الذي ترغبه في العالم.

الكلمات المفتاحية : القيادة، المنصب، المجتمع، المؤسسة، سلوك لأفراد، التأثير.

¹ أستاذة مساعدة قسم "أ"،كلية العلوم الاقتصادية، العلوم التجارية وعلوم التسيير،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

² أستاذة مساعدة قسم "أ"،كلية العلوم الاقتصادية، العلوم التجارية وعلوم التسيير،جامعة الجزائر.

Résumé :

La plupart des gens, à travers le monde, veulent accomplir un travail plus avantageux ou veulent être des personnes différentes au sein de leur société ou, enfin, veulent créer un remaniement total dans leur société et dans leur vie et ce dans le but de devenir des leaders sans poste.

Le leadership, comme l'a si bien dit l'expert Rowen Charma, « est une caractéristique acquise et quiconque pourrait la réaliser dans n'importe quel endroit et dans n'importe quel poste de travail ».

Vous avez sûrement entendu l'expression «C'est un leader naturel». Les leaders sont-ils tous nés leaders ou peut-on apprendre à le devenir?

A travers cet article, on essayera d'examiner de près le concept du leadership. Les leaders bénévoles, élus ou nommés trouveront-ils des lignes directrices dont- ils pourront s'inspirer pour diriger efficacement leurs groupes ?

Il est possible d'acquérir des compétences de leader. Nous avons tous des capacités de devenir leader tout comme nous avons tous certaines dispositions pour chanter ou courir. Certains sont meilleurs que d'autres, mais chaque personne possède une aptitude de base qu'elle peut perfectionner par la formation ou la pratique. On peut être le leader efficace d'un groupe sans avoir nécessairement été désigné comme tel.

L'art de diriger est un processus qui aide un groupe à atteindre ses objectifs. Les leaders et les membres des groupes avec lesquels ils travaillent s'influencent mutuellement.

Mots clés : Leadership, poste de travail, société, entreprise, comportement des gens, influence.

Abstract:

Most people around the world want to achieve a more advantageous work or want to be different people with their company or, finally, want to create a total overhaul in their society and in their lives and in order to become without leading position.

Leadership, as well as the expert said RowenCharma, "is an acquired characteristic and anyone could achieve it in any place and in any workplace."

You've heard the expression "It's a natural leader." Are the leaders all born leaders or can we learn to become one?

Through this article, we try to examine closely the concept of leadership. Volunteers leaders, elected or appointed, they will find guidelines that can guide to effectively lead their groups.

It is possible to acquire leadership skills. We all have abilities and some provisions to become leader. Some are better than others, but each person has a basic skill that can improve through training or practice. You can be the effective leader of a group without necessarily having been designated as such.

The art of leadership is a process that helps a group to achieve its goals. Leaders and members of groups they work influence each other.

Keywords: Leadership, workplace, society, business, influence.

يربط كثير من الناس القيادة بالسلطة و الإدارة و يعتقدون أنه لابد من توفر السلطة و المنصب لكي يمارس الشخص القيادة ولكن الحقيقة هي أن معنى القيادة أشمل من ذلك بكثير. يعرف المؤلف جيمس سي هانتر⁽³⁾ القيادة بأنها التأثير على الناس لدفعهم إلى العمل بحماس معا لتحقيق هدف يخدم مصلحتهم المشتركة، مما يجعل دور القيادة موجود في حياتنا بشكل أو بآخر. ان العامل المشترك بين القيادة والشخصية يتمثل في أساليب تطوير القيادة من ناحية الشخصية عن طريق سرد قائمة طويلة للصفات التي يجب أن تكون متوفرة في القائد وكذلك طرق التحلي بهذه الصفات وكيفية تغيير وضعنا الحالي إلى وضع أفضل. ونعلم بان تغيير الشخصية والتحلي بالصفات ليس بالأمر السهل ولكن عندما نستشعر أننا بهذا العمل نساهم في تغيير العالم وعندما نتبع جميع الطرق المؤدية إلى التغيير فإنه - وبإذن الله - سنتمكن من التغيير والتطور نحو الأفضل.

إن وتيرة التغيير في بيئة العمل تسارعت أكثر من أي وقت مضى، فمن العوامل المؤثرة في التغيير، التقدم في تقنية المعلومات والاعتماد المتزايد عليها في إنجاز الأعمال سواء من المكاتب أو أثناء التجوال من خلال الهواتف الذكية مما يغير في طريقة إنجاز العمل وبالتالي المؤهلات المطلوبة في موظف اليوم مقارنة بالأمس. وهناك أيضا، التقلبات الاقتصادية والتي تسارعت معدلاتها بفضل العولمة وترابط أسواق المال في العالم، ومؤخرا زاد الخليط اشتعالا تأثير التغيرات السياسية وعدم الاستقرار في أغلب الدول العربية والتي امتدت أثرها حتى للدول المستقرة نوعا ما.

كتب الكثير عن الفرق بين المدير والقائد. ولكن الفرق الأهم في نظري هو ان القائد ليس شرطاً أن يكون له منصب رسمي في إدارة الفريق. القيادة عندما تكون مديراً لا شك أسهل من جانب أن المرؤوسين ملزمون بحكم وظائفهم ومنصب مديرهم بالالتزام بأوامره. أما

³ جيمس سي هانتر، للترجمة ج. سلمان، مجلة الابتسامة مكتبة جرير، 2007، ص. 102.

القيادة بدون منصب

عندما تكون مجرد عضو في الفريق فالمهمة تصبح أكثر تحدياً وفيها يتبين بوضوح الفرق بين القائد ومجرد المدير.

نتيجة لما يمر به العالم العربي من تغيرات مستمرة نحو الأفضل، فقد لا حظنا أخيراً أنه دقت ساعة التغيير وأن الشباب العربي متشوق لمستقبل أفضل في ظل حرية الرأي والرأي الآخر، والعدالة وإعطاء الفرص للأجيال الجديدة.

وبرأينا أن هذا الشباب بحاجة ماسة إلى التوجيه، وإلى التمتع بالمهارات المناسبة التي تساعد على النجاح في كل مجالات الحياة، من إدارة عامة وقيادة إدارية وإبداع فائق، وهذه المهارات لا تتأتى له أن يتعلمها ما لم يستطع أن ينهل من خبرات الآخرين في مرحلة مبكرة من حياته، حتى نستطيع أن نرى في الأجيال القادمة المدير الشاب والعالم الشاب و الوزير الشاب وحتى الرئيس الشاب!

إن المبدأ الذي ننطلق منه يكمن في وجوب تغيير النظرة الكلاسيكية للقائد، والذهاب إلى التفكير في أنه ليس من الضروري أن يكون الفرد مديراً أو مسؤولاً ويحقق نجاحاً في عمله، وحياته العامة.

يمكنك كموظف أن تمارس القيادة، ولكن الحاجة لممارسة هذه القيادة تعتمد على حجم السلطة الممنوحة لك ومدى استقلالية المنصب الذي تشغله والعمل المسموح لك بالقيام به جميعاً يمارس القيادة بشكل يومي إن لم يكن على مدار الساعة.

على كل حال، عندما نتعامل مع أناس من ثقافات متنوعة، أو جنسيات متعددة، أو أشخاص من عصبية متعددة في العمل، علينا أن نكون ماهراً في التنقل من نمط لآخر من أنماط القيادة.

لفهم العملية القيادية، والاختلافات بين الأنماط القيادية المتعددة، وكيف يمكن استخدامهم، سنبيين أولاً التعريف للقيادة وماهيتها، وسنضرب أمثلة للقيادة، ثم سنتوسع في المفهوم.

المطلب الأول : ماهية القيادة وصفاتها العامة

أولاً. - ماهية القيادة

سنعرض إلى تبيان ما المقصود من القيادة، ثم تعريفها مع تحديد أهميتها والعوامل المؤثرة في اختيار أسلوب القيادة، وأخيراً، شرح أنماطها والفرق بينها وبين الإدارة.

آ. - ما المقصود من القيادة؟

بعبارة مبسطة، القيادة هي عملية التأثير في الناس وتوجيههم لإنجاز الهدف. عندما تبادر بتنظيم مجموعة من الأصدقاء أو زملاء في العمل لجمع تبرعات لمساعدة المحتاجين، أو لقضاء عطلة نهاية الأسبوع مع بعضكم البعض، أو لتجهيز حفلة بسيطة لأحد الزملاء، في هذه الحالات ستظهر أنت بمظهر القائد. عندما يخبرك رئيسك برغبته بمناقشتك لاحقاً في بعض المشاريع العالقة فهو يظهر كقائد. أما في المنزل، عندما تحدد العمل الذي سيقوم به طفلك، ومتى وكيف سيقوم به، فأنت بذلك تظهر كقائد. النقطة الرئيسية هنا هي سواء كنت في منصب إشرافي أو إداري أو لا، ستمارس القيادة لمدى ما وبنوع ما. هدفك في هذه المنطقة من التطوير الاحترافي يجب أن يكون معرفة وإحراز أكبر قدر ممكن من صفات القيادة الفعالة، وأن تتعرف على الأنماط المختلفة للقيادة وكيف ومتى تطبق كل منها.

ب. - تعريف القيادة

نذكر هنا بعض التعريفات لمفهوم القيادة فقد عرف " فيير"^[1] القيادة بأنها تشمل أي جهد لتشكيل سلوك الأفراد أو الجماعات في المؤسسة حيث تحصل المؤسسة من خلالها

القيادة بدون منصب

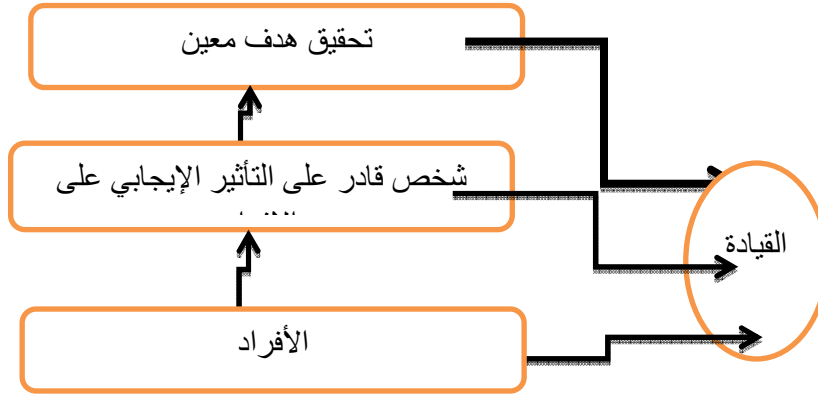
على مزايا أو تحقيق لأغراضها، بينما عرفها "هرس" ⁽⁴⁾ بأنها عملية تأثير في نشاطات أفراد أو مجموعات تسهم في تحقيق الأهداف في موقف محدد .

وقد عرفها "رفكن" ⁽⁵⁾ بأنها القدرة على التأثير في الآخرين من أجل تحقيق أهداف أو أغراض محددة.

ومن هنا يمكن أن نقول :

إن القيادة هي فن التأثير على الآخرين وتوجيه سلوكهم، بحيث تدفعهم الى تحقيق اهداف معينة، كما تعتبر عملية إلهام الأفراد و تحريكهم والتنسيق بينهم ليقدموا أفضل ما لديهم لتحقيق النتائج المرجوة والوصول إلى الأهداف المرسومة .

هي صفة مكتسبة يستطيع ان يحققها الفرد، كما يمكن للفرد أن يمتلك جينات قيادية، لكنها تحتاج لمن يوقظها ثم يصفقها ويلمعها لتظهر للعيان.



⁴-ج. كورتوا، الطريق الى القيادة وتنمية الشخصية(ترجمه سالم العيسى)، منشورات دار علاء الدين الطبعة الاولى، 1999، ص. 89.

3- محمد احمد درويش، نظريات القيادة واستراتيجيات الاستحواد على القوة، القاهرة عالم الكتب، الطبعة الاولى، 2009، ص. 112.

ومن ناحية أخرى فإن القيادة لا تهتم بالنظام والنمطية بقدر ما تهتم بالحركة والتغيير،
لذا فهي تركز على ثلاثة عمليات رئيسية هي:

• تحديد الاتجاه والرؤية

• توجيه القوى وفقاً لهذه الرؤية

• التحفيز

القائد هو الشخص الذي يتحمل وحده مسؤولية الفشل، بينما يمنح فريقه فرص النجاح

القائد هو الشخص الذي يستخدم نفوذه وقوته ليؤثر على سلوك وتوجهات الأفراد من
حوله لإنجاز أهداف محددة. كما ينتظر منه ممارسة دور مؤثر في تحديد أهداف الجماعة .

فالقائد الفعال هو الذي يعمل على تنمية العلاقة بين مرؤوسيه، بحيث يكون تعاون
وانسجام في العمل مع التوفيق بين مصالح العاملين والمنظمة.

فالقائد هو الشخصية القادرة على اختيار الرجال، وفرض احترامه عليهم، والحصول
على محبتهم ومعرفة إمكاناتهم واستغلالها، ووضع كل منهم في المكان الذي يلائمه، وبحث
فكرة القوة والمساواة بينهم، وتوزيع المسؤوليات عليهم، وإشراكهم جميعاً في خدمة هدفٍ سامٍ
على أن يتمثل فيه إيمان جاد بالمهمة التي يقوم بها.

ت.- أهمية القيادة : تكمن أهمية القيادة فيم يلي⁶ :

(أ)-إنها حلقة الوصول بين العاملين وبين خطط المؤسسة وتصوراتها المستقبلية.

⁶ثامر بن ملح المطيري، القيادة العليا والأداء، دار الفجر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2003،
ص.45.

القيادة بدون منصب

(ب) - إنها المحور الأساسي الذي تندمج بداخله كافة المفاهيم والاستراتيجيات والسياسات.

(ج) - إنها تعمل على تدعيم القوى الإيجابية في المؤسسة وتقليل الجوانب السلبية قدر الإمكان.

(د) - إنها تسيطر على مشاكل العمل وحلّها وحسم الخلافات والترجيح بين الآراء.

(هـ) - إنها تعمل على تنمية وتدريب ورعاية الأفراد باعتبارهم أهم مورد للمؤسسة كما أنّ الأفراد يتخذون من القائد قدوة لهم

(و) - إنه يعمل على مواكبة المتغيرات المحيطة وتوظيفها لخدمة المؤسسة.

(ي) - القيادة هي التي تسهل للمؤسسة تحقيق الأهداف المرسومة.

ج. - العوامل المؤثرة في اختيار أسلوب القيادة:

حاول الباحثان Tannenboum و Schmidt الإجابة على عوامل تتعلق بالمدراء على السؤال التالي وهو :

كيف يختار المدير أو القائد نمطا قياديا دون الآخر ؟

و من خلال محاولتهما تحديد بعض الاعتبارات العلمية التي ينبغي على المديرين أخذها في الاعتبار عند محاولة اختيار أسلوب

أو نمط قيادي آخ. ويمكن إجمال هذه الاعتبارات فيما يلي:

(1) - عوامل تتعلق بالمدير ذاته : مثل خلفية الشخصية، خبراته مثلا : فالمدير الذي يعتقد بأن احتياجات الأفراد يجب أن تأتي في لمرتبة الثانية بعد احتياجات المنظمة يميل إلى أن يكون أسلوبه القيادي معتمدا على توجيه تصرفات المرؤوسين بدرجة كبيرة.

(2) - عوامل تتعلق بالمرؤوسين : يمكن مثلا للمدير أن يمنح لمرؤوسيه فرصة أكبر في اتخاذ القرارات إذا كانت لديهم الرغبة في تحمل المسؤولية، وعكس ذلك إذا كانت مجموعة المرؤوسين تفتقر إلى المعرفة والخبرة. فإنّ الأسلوب الاستبدادي هو الأسلوب السائد.

(3) - عوامل تتعلق بالظرف أو الموقف الذي تتواجد فيه المؤسسة : مثل المناخ التنظيمي السائد وطبيعة تكوين المجموعة التي تتم قيادتها ودرجة تحديد الوظيفة بالنسبة لمرؤوسين⁷.

ح. - أنماط القيادة⁸:

تصنّف أنماط القيادة إلى أربعة أنماط لدرجة التكم التي يمارسها القائد في تعامله مع مرؤوسيه وهي :

(1) - النمط الأوتوقراطي أو المستبد :في ظل هذا النمط يكون الاهتمام بالعمل بدرجة أكبر من الاهتمام بالأفراد. ويقوم القائد باتخاذ القرارات وتحديد الأنشطة دون أي مشاركة من المرؤوسين من ناحية، ومن ناحية أخرى، يعتمد اعتمادا كلياً على سلطته الرسمية في منح الثواب وتوقيع العقاب.

⁷ - مختار قشاحة، فن تسيير المؤسسة، دار النشر والتوزيع، القاهرة، 1977، ص. 219-222.

⁸ - إبراهيم درويش، الإدارة العامة في النظرية والممارسة، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، 1987، ص. 113-119.

(2) - **النمط الاستبدادي المستغل** : في ظل هذا النمط يتخذ المديرون كل القرارات وما على المرؤوسين إلا إطاعة الأوامر دون المناقشة، وأي تقصير يستوجب العقوبات.

(3) - **النمط الاستبدادي العادل** : في هذا الأخير يتخذ المدير كل القرارات لكن يكون للمرؤوسين بعض الحرية في الطريقة التي يؤدون بها أعمالهم طالما أنهم يؤدونها وفق الإجراءات والطرق لمحددة من قبل رؤسائهم.

(4) - **النمط الديمقراطي** : في ظل هذا النمط يتم اتخاذ القرارات ورسم السياسات وتحديد أنشطة ومهام الأفراد المشاركة مع المرؤوسين وتزداد الاتصالات في كافة الاتجاهات من الأعلى إلى الأسفل والعكس.

(5) - **النمط الإنساني** : طبقاً لهذا النمط، يكون اهتمام القائد مركّزاً على الأفراد بدرجة أكبر من الاهتمام بالعمل. والاهتمام بالعنصر البشري هنا يكون من خلال إقامة علاقات طيبة بين القائد والمرؤوسين واحترام مشاعر الأفراد ومحاولة علاج وتجنب أي حالات من الصراع وتحقيق الانسجام في اتخاذ القرارات.

(6) - **النمط الحر** : في ظل هذا النمط من السلوك تعطى للقائد حريات كاملة أو واسعة للأفراد أو الجماعات في اتخاذ القرارات ويكون تدخله في أدنى حد ممكن حيث يقتصر التدخل أو الاهتمام مثلاً على نتائج الإنجاز.

خ. - الفرق بين القيادة والإدارة :

إنّ الحديث عن القيادة قديم قدم التاريخ، بينما الحديث عن الإدارة لم يبدأ إلا في العقود الأخيرة ومع ذلك فالقيادة فرع من علم الإدارة. والفرق بين بينهما يكمن فيما يلي :

- تركّز الإدارة على أربع عمليات رئيسية وهي : التخطيط، التنظيم، التوجيه والإشراف والرقابة.

- تركّز القيادة على ثلاث عمليات رئيسية وهي :

(أ) - تحديد الاتجاه والرؤية.

(ب) - حشد القوى تحت هذه الرؤية.

(ج) - التحفيز وشحذ الهمم.

- تركّز القيادة بينما تركّز الإدارة على المنطق.

- تهتمّ القيادة بالكلّيات (أي اختيار العمل الصحيح) بينما تهتمّ الإدارة بالجزئيات والتفاصيل (اختيار الطريقة الصحيحة للعمل).

وفي نهاية المطاف فإنّ كلاهما يشتركان في تحديد الهدف وخلق الجو المناسب لتحقيقه ثمّ التأكّد من إنجاز المطلوب وفقاً لمعايير وأسس معينة⁹

ثانياً. - صفات للقيادة وعناصرها :

آ. - الصفات العامة للقيادة :

حدّد علماء النفس والإداريين العديد من الصفّات المميزة للقيادة الفعالة وهي :

1- الشعور بأهمية الرسالة : الإيمان بقدرة الشخص على القيادة وحبّه للعمل

كقائد.

⁹مجلة الإدارة، العدد الثاني، 2001، ص.69.

(2) - الشخصية القوية :القدرة على مواجهة الحقائق القاسية والحالات الكريهة بشجاعة وإقدام.

3- الإخلاص : يكون للرؤساء والزملاء والمرؤوسين والمنظمة والعائلة.

(4) - النضج والآراء الجيدة :شعور مشترك، براعة وذوق، بصيرة وحكمة، التمييز بين المهم وغير المهم.

(5) - الطاقة والنشاط :الحماس، الرغبة في العمل والمبادرة.

(6) - الحزم : الثقة في اتخاذ القرارات المستعجلة والاستعداد للعمل بها.

(7) - التضحية :يضحي برغباته واحتياجاته الشخصية لتحقيق الصالح العام.

(8) - مهارات الاتصال والتخاطب :فصاحة اللسان وقوة التعبير .

(9) - القدرات الإدارية :القدرة على التخطيط والتنظيم والتوجيه والرقابة وتشكيل فرق العمل وتقويم الأداء.

ب. - صفات القائد الفعال والمؤثر :

لا شك أن قيادة الناس أمانة، وهي من أصعب الأمور، وذلك بسبب اختلاف طبائعهم، والأمور المحيطة بهم، ويحتاج القائد إلى فن في التعامل معهم ، ورقي في أسلوب المحاوره للوصول إلى الهدف المنشود. وحتى يكون القائد بهذه المنزلة فلا بدّ من أن يكون صاحب تجربة فذة، وممارسة.

(4)¹⁰ فالقيادة فن وعلم ، فهي فن بمعنى الملكات الموروثة وعلم بمعنى تعلم الأصول التي تقوم عليها القيادة .

و لابد أن تكون للقائد صفات مميزة تؤهله ليكون على رأس هرم الجماعة، والسراج المنير لمسيرتها حتى تصل إلى هدفها المنشود. وبهذا المعنى يصبح رب الأسرة هو قائدها ليكون أولاده صالحين فاعلين، وكذلك يصبح رئيس المؤسسة هو المسؤول عن تسيير شؤونها لما فيه نجاحها، والمعلم مسؤول عن طلابه. وهكذا ينمو المجتمع كوحدة متكاملة، وروح منسجمة.

هناك ثلاث وسائل تجعلك أنجح في قيادة الآخرين:

1- أن تثق بنفسك وقدراتك

غني عن القول أنه لا ينقاد أحد لشخص متردد، والثقة في النفس معدية، فعندما تثق في نفسك وفي قدراتك ومهاراتك تعطي الآخرين شعوراً مريحاً في أنك تعرف ما تقول وماذا تريد حتى لو كنت تواجه موضوعاً لأول مرة. ولكن حتماً فإن الثقة لا تعني الغرور، فالغرور يعمي العين عن رؤية مزايا الآخرين وحاجز يصد الآخرين عن الاقتراب منك.

2- أن تكون أهلاً للثقة

تكون قائداً عندما تتصرف على نحو يدعو الآخرين للثقة بك. فالقائد صريح يعبر للآخرين عن رأيه في الأمور بوضوح، وهو لا يخاف من الاعتراف بمواطن ضعفه ولا يتظاهر بما ليس فيه و لا يتورع من الطلب من الآخرين مساعدته. وهو يؤدي نصيبه من العمل كاملاً دون تكاسل أو رمي على الآخرين.

¹⁰-ج. كورتوا الطريق الى القيادة، مرجع سابق، ص.24.

3. - أن تكون مؤثرا في الآخرين

والتأثير هي القوة الوحيدة التي تدفع زميلك على المساهمة في العمل الذي تقوده، وهي قدرة تستمدّها من صفاتك الشخصية وقبول الآخرين لك وقناعتهم بأهمية هذه المساهمة. ومن إحدى الطرق الفعالة للتأثير هي الطلب بلطف مع توضيح أهمية مساهمة الزميل. ومن المهم إتمام المهمة بالشكر العلني للزميل والذي يكون أثره أكبر عندما يسمعه الآخرون وبالأخص مديره.

ت. - عناصر القيادة:

هنالك خمسة عناصر ينبغي على القادة غرسها في نفوس الأعضاء، وهي:

1. تحكم بمسار الوقت، وأمسك بزمام الأمور، ولا تدعها تتحكم بك، وأنفق كل ثانية في خدمة العمل الهادف.
2. ركّز على الإنجازات الحقيقية الملموسة. اهتم بالنتائج أكثر من اهتمامك بالعمل ذاته، وحاول ألا تفقد الصورة الكلية بالانهماك في العمل بل تطلع نحو الخارج والأهداف الكبرى.
3. طور عوامل القوة ولا تتّم عوامل الضعف، سواء فيما يتعلق بك شخصيا أو في ما يتعلق بغيرك. تعرّف على نقاط القوة والضعف لديك، واقل بها، وكن قادرا على تقبل أفضل ما عند الآخرين دون الشعور بأنهم يهددون مركزك.
4. تمحور في عملك حول مجالات رئيسية محدودة وقليلة، والتي من شأن العمل الجاد المتسق فيها أن يأتي بنتائج كبيرة. افعل ذلك بتحديد الأولويات والالتزام بها.

5. ضع ثقتك الكاملة بالله سبحانه وتعالى، وكن طموحا في ما تصبو إلى تحقيقه، ولا ترضَ بالسهل الممكن قهرك.

المطلب الثاني : المسار الوظيفي وعلاقته بالقيادة:

نستطيع الانطلاق من فكرة بناء نموذج للمسار الوظيفي، حتى يتمكن الفرد من استيعاب وظيفته ليصل الى فهم النمط القيادي الذي يمكنه ان يتبناه.

أولاً: بناء المستقبل الوظيفي

نلخص خمس طرق تستطيع أن تبني بها مستقبلك الوظيفي، في ظل المتغيرات المختلفة، والخبر الجيد هو أن هذه المتغيرات تؤثر على الجميع.

1. - كن متكيفا

بيئة العمل الجديدة تتطلب أناسا يتكيفون بسرعة مع الظروف المتغيرة ولديهم مواهب متعددة للعمل في أكثر من مجال حسب حاجة العمل، فالهياكل الإدارية لم تعد تصمد أكثر من بضع سنوات في وجه إعادة الهيكلة المتكررة بسبب ضغط المنافسة وتغير السوق. فهناك ابراهيم والذي بدأ عمله رجل أمن في فندق، ثم درس لغة في وقته الخاص، وتقدم ليصبح موظف استقبال، ثم تعلم عن الإدارة، وأصبح مدير المكاتب الأمامية، ليحوز بعدها أهم جائزة في القطاع وعلى مستوى الدولة في التميز في الإنجاز.

2. - استشراف المستقبل من قراءة اليوم

هناك الكثيرون ممن تعثروا كان أكبر سبب لفشلهم هو تأخرهم في إدراك تغيير قادم وأثره على منظماتهم وعلى وظيفتهم، فالبقاء في مركب يغرق يؤدي إلى غرق من فيه. فإذا لم تشعر أن منظمك متجهة في طريق النمو والنجاح فقد يكون من الأفضل بالبدء بالبحث عن بديل، وإن عرفت أن القسم الذي تعمل به لم يعد مهما بعد تحول استراتيجي للشركة فقد يكون من الأفضل أن تنتظر في فرص الانتقال إلى مكان أفضل. وهناك أمثلة عديدة على من أضر بهم ولاؤهم لمكان عملهم، وأبوا أن يفارقوه مع تعدد الفرص والعروض التي لقوها، فغرقوا مع إفلاس الشركة.

3. - كن مطلعاً ومتجدداً

تجدد التقنية وأساليب العمل يتطلب مواكبة في المعرفة والممارسة ومن المهم الاطلاع حتى لو لم تتوفر كل نماذجها في مكان العمل الحالي فهذا استعداد منك للتقدم الوظيفي في مكان آخر قد يستخدمها وهو أيضاً ميزة في حال رغب مكان العمل الحالي تطوير أسلوبه بحيث تكون من قادة التغيير. فمثلاً هناك من كان يبرع بالطباعة على الآلة الكاتبة ولم يستعد للتطور لتحرير النصوص إلكترونياً عبر الحاسب ففاته فرص العمل، وهناك من لم يستخدم البريد الإلكتروني للتواصل في العمل بدلاً من الورق، والآن هناك توجهات تقنية جديدة يجدر الاطلاع عليها مثل الشبكات الاجتماعية المهنية على غرار Yammer⁽¹¹⁾ وللمدراء هناك طرق جديدة لاتخاذ القرار بناء على تحليل البيانات هائلة الكمية .

9- بتريج دين القيادة للجميع (ترجمه وليد شحادة) الرياض، 2007، ص.78.

4. - كن متواصلا جيدا

مهارات الاتصال الفعالة توصل صاحبها لمبتغاه. فهي تسمح بإيصال الأفكار للآخرين وفهمهم في نفس الوقت، ودائما تشفع لصاحبها في التعويض عن أي قصور مؤقت في الإمكانيات أو الأداء. وهي مهمة في كل المستويات الوظيفية.

5. - دع سمعتك تسبقك

أفضل من يتحدث عنك هو أعمالك وإنجازاته. وسواء كنت في مقابلة وظيفية أو تحت تقييم دوري للأداء أو اجتماع لاختيار المدير القادم، فإن السمعة الجيدة هي أفضل من يشفع لك. وأفضل طريقة لبناء السمعة الجيدة هي الاعتمادية⁽¹²⁾ وهي أن تنجز ما تعد به.

ثانيا. - كيف تصبح موظفا متميزا؟

الموظف الناجح لابد أن يتصف ببعض الصفات وينهج منهج معين يمكنه من النجاح والتميز؛ ويحدث ذلك من خلال قيادته لنفسه وإمكانياته بشكل سليم، لذلك إليكم خمسة نصائح قيمة لكل موظف جديد أو قديم يبحث عن التميز والتطور في مجال عمله :

1. - الانطباع الأول يدوم

كثيرا ما نسمع عبارة الانطباع الأول يدوم وبالذات عند التوظيف، فإن الانطباعات الأولى لها تأثير كبير وقد تستمر لفترة طويلة فاحرص على خلق انطباعات جيدة عنك في الأيام الأولى لعملك بالاجتهاد وإظهار أفضل ما لديك من قدرات.

10- محمد احمد درويش، مرجع سابق، ص.43.

2. - تمتع بالمرونة

على الموظف المتميز أن يكون مرناً في تعامله مع الآخرين وعليه أن يكسب ود الجميع، وتستطيع فعل ذلك بمعاملة الجميع باحترام ولباقة.

3. - تعرف على أنظمة وقوانين مؤسستك

من المهم جداً أن تتعرف على أنظمة وقوانين المؤسسة التي تعمل بها، حتى لا تقع في المحذور وتخرق قانوناً لا تعرفه ومن يدري قد يكون عقوبته الفصل من العمل، أيضاً اقرأ عقدك بدقة وراجع باستمرار، اسأل مديرك ثم اسأل الموظفين من حولك عن هذه القوانين وتعلم من أخطاء الآخرين إذا وقعوا تحت العقوبات، وكن على إطلاع بما يجري حولك.

4. - تنظيم وقتك واستغلال وقت فراغك

خطط من الليلة السابقة لما تريد عمله هذا اليوم وأكتبه على ورقة، واستعن بورقة مهام تدون بها أولوياتك حتى لا تنتشتت، تحدى نفسك يومياً في مهارة التنظيم. اكتسب خبرات من زملائك القدامى وتعلم منهم، واعمل دائماً على أن تستغل وقت فراغك في العمل، في التعلم والتحسين واكتساب مهارات جديدة.

5. - التركيز في أداء العمل

أشار خالد المنيف⁽¹³⁾ - متخصص في علم النفس الإداري ومدرّب تنمية ذاتية - إلى أن أغلب من فشلوا كان فشلهم بسبب فقدانهم لمهارة التركيز في العمل. حيث تطرأ أمور أخرى خلال طريقهم للإنجاز فتكون هي الرغبة الجديدة التي يولعون بها، فينتقلون من نزوة

11- إبراهيم الفقي، مرجع سابق، ص. 77.

إلى أخرى يتمايلون يمينا ويسار بسبب هبوب الرياح العاتية، لكن الناجح المتميز هو من يقف بثبات ويركز عينيه على هدفه وحتمًا يحققه.

6- كن قائدا بلا منصب

إن القيادة كما وصفها خبير التنمية البشرية روبن شارما، هي صفة مكتسبة يمكن أن يحققها أي إنسان في العالم في أي مكان أو منصب كان، وللنجاح في العمل يقول روبن شارما إن الخطوة الأولى لذلك هو الوعي بوجود تلك الصفات القيادية والالتزام بإظهارها كلما حانت الفرصة لذلك. وهي من أسباب نجاح أي شخص في مجال عمله.

فالقيادة هي تحمل المسؤولية بشجاعة؛ فقيادتك لذاتك بنجاح هو سبب نجاحك في الحياة، ولا يمكن أن تكون عظيما في العمل إلا عندما تشعر بالعظمة الشخصية.

ثالثا. - تقنيات القيادة

هناك بعض الخطوات التي يجب الالتزام بها للنجاح في العمل كما أوردها روبن شارما في كتابه أفضل تكتيكات للقادة بلا منصب وهي:

1- قم بإنجاز الأعمال الصعبة التي تخشى القيام بها في العادة.

لأنه في داخل هذه الأمور الصعبة تكمن قوتك، إن مقاومتك لهذه الأعمال تضعف قوتك وتفتك بنفسك والقبول بها يزيد من تقديرك لذاتك، من أجل وضع هذا المبدأ موضع التنفيذ، حاول كل ثلاثين يوما أن تختار عملا صعبا وتقوم بإنجازه.

2. - لتحقيق إنتاجية عالية يجب إيجاد الوقت المناسب للعمل بلا ملهيات.

ربما تبدو هذه النقطة بسيطة لكنها مهمة وأساسية، فلا يمكنك العمل بتركيز كبير إذا كنت كل عشر دقائق تقوم بفتح إيميلك أو الرد على جوالك، عليك التركيز بشكل كبير في عملك حتى تضع كل قواك العقلية والذهنية في اتجاه واحد.

3. - أوجد بعض الوقت للتفكير في الأمور المهمة.

من أهم النقاط لتحقيق الإنتاجية هو إيجاد وقت تقضيه مع نفسك لتفكر في كيفية إنجازك للأعمال، وإيجاد حلول للمشاكل التي تواجهك، وحتى تلخيص ما حدث معك اليوم، والإجابة على الثلاثة أسئلة المهمة:

- ما هي الثلاثة أشياء الجيدة التي فعلتها اليوم؟
- ما هي الثلاثة أمور المضيعة للوقت التي حصلت معي اليوم؟
- ما هي الثلاثة أمور التي يمكنني الاحتفال بها اليوم؟

4. - الانجازات الصغيرة تخلق أعمالا عظيمة

إن تحقيق الإنجازات الصغيرة يوميا سوف يقودك للتفوق في مجالات حياتك، فالجبل الكبير يتكون من حصى صغيرة، ورحلة الألف ميل تبدأ بخطوة، لذلك قم بتحقيق تطور في الأعمال الهامة بنسبة 1% على الأقل يوميا وستلمس الفرق بنفسك مع الأيام.

5. - تعلم كل يوم شيئا جديدا

كن فضوليا وضاعف معلوماتك أكثر في مجال عملك؛ هكذا تزيد قيمتك ويزيد احتياج أصحاب العمل لك، المدراء الناجحون دائما ما يدفعون للموظفين طبقا لقيمة معلوماتهم وتجاربهم وخبراتهم.

الخاتمة

وأخيرا ليس باستطاعتنا إيقاف التغيير أو الإبطاء من وتيرته ولكن لا شك أنه بإمكاننا مواكبته، فهو كموج البحر سنتعب من مواجهته قبل أن يتعب هو، ولكن أن سبحت في اتجاه التيار فستستطيع أن تسبقه.

كثيرا ما نرى في الكثير من مجالات العمل أناس يتطورون بشكل سريع وينتقلون من منصب إلى منصب أعلى، وآخرون يظلون كما هم دون تقدم، بالطبع لم يحدث هذا نتيجة للصدفة أو الحظ؛ فكما يقول المؤلف الأيرلندي جورج برنارد شو⁽¹⁴⁾ "دائما ما يلوم الناس الظروف، ولكني لا أؤمن بالظروف، الناجحون في هذه الدنيا هم أناس يقومون في الصباح، ويبحثون عن ظروف مواتية فإذا لم يجدوها صنعوها".

حيث أن التقدم والنجاح يأتي نتيجة للعمل وفق خطة ونظام معين؛ فالكل يحلم بالتميز والارتقاء في وظيفته ولكن قليلون هم من يحصلون عليه.

ما الذي تفعله لو كان هذا اليوم آخر يوم في حياتك؟

عندما سئل ستيف جوبس⁽¹⁵⁾ مؤسس ومدير شركة أبل هذا السؤال قال أن هذا سيدفعني كل يوم لعمل أقصى جهد وبذل أقصى طاقة، من أجل إنهاء أعمالي كل يوم دون انتظار تأجيلها إلى الغد فإن هذا الغد قد لا يأتي أبدا، ونحن المسلمون ديننا يحثنا على

12- بترنج دين القيادة للجميع (ترجمه وليد شحادة) الرياض 2007، ص.132.

13- بترنج دين القيادة للجميع، مرجع سابق، ص.98.

القيادة بدون منصب

الإتقان، وإيماننا بالقضاء والقدر يمثل لنا حافزا على العمل، لذلك داوم على سؤال نفسك يوميا هذا السؤال واعمل وكأن اليوم هو آخر يوم في حياتك.

كما ورد في كتاب دليل العظمة لروبن شارما ⁽¹⁶⁾ أنه من الضروري أن يعمل الإنسان الناجح على أن يكون اليوم أفضل ما يمكن أن يكون اليوم وليس غدا، وألا يهتم برأي الناس ولا يجعل منه عاملا يحبط من عزيمته طالما يسير في الطريق الصحيح.

أيضا حاول أن تكتشف مواطن تميزك فالبصرية ليست حكرا على أحد، وبإمكانك أن تصبح عبقريا في مجال عملك من خلال إدراك الذات التي هي من أهم مهارات القيادة الشخصية، فالتركيز الزائد يساوي التحسن الزائد والوقت يساوي العبقرية.

لا شك بأن التخطيط مهم جدا للنجاح ومن يفشل في وضع خطة، فهو يخطط للفشل، حيث أن التخطيط عملية تستدعي التفكير بعمق في الهدف وتساعد في تحديد شكل النجاح المنشود وهي أيضا تحديد مجموعة التصرفات اللازمة.

المراجع

- 1- جيمس سي هانتر، للترجمة ج. سلمان، مجلة الابتسامة، مكتبة جرير، 2007.
- 2- ج. كورتوا، الطريق الى القيادة وتنمية الشخصية (ترجمه سالم العيسى)، منشورات دار علاء الدين، 1999.
- 3- محمد احمد درويش، نظريات القيادة واستراتيجيات الاستحواذ على القوة، القاهرة عالم الكتب، الطبعة الاولى، 2009.

14- ابراهيم الفقى سحر، القيادة/كيف تصبح قائدا فعالا، دار سما للنشر والتوزيع ، 2012، 145.

- 4- عبد الرحيم محمد، القيادة الادارية: التحول نحو النموذج القيادي العالمي، مصر، 2013.
- 5- بترج دين القيادة للجميع (ترجمه وليد شحادة)، الرياض، 2007.
- 6- ابراهيم الفقى، سحر القيادة/كيف تصبح قائدا فعالا، دار سما للنشر والتوزيع، 2012.
- 7- ثامر بن ملوح المطيري، القيادة العليا والأداء، دار الفجر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2003.
- 8- مختار قشاحة، فن تسير المؤسسة، دار النشر والتوزيع، القاهرة، 1977.
- 9- إبراهيم درويش، الإدارة العامة في النظرية والممارسة، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، 1987.