

خطة البحث

مقدمة

الفصل الأول: ماهية في اللامركزية الإدارية.

المبحث الأول: مفهوم اللامركزية الإدارية.

المطلب الأول: تعريف اللامركزية الإدارية.

المطلب الثاني: أركان اللامركزية الإدارية.

المطلب الثالث: صور اللامركزية.

الفرع الأول: اللامركزية الإقليمية.

الفرع الثاني: اللامركزية المرفقية.

المطلب الرابع: تقدير نظام اللامركزية الإدارية.

الفرع الأول: مزايا اللامركزية الإدارية.

الفرع الثاني: عيوب اللامركزية الإدارية.

المبحث الثاني: ماهية البلدية في قانون 10-11 المتعلق بالبلدية.

المطلب الأول: تعريف البلدية.

الفرع الأول: الإطار الإقليمي.

الفرع الثاني: خصائص البلدية.

المطلب الثاني: هيئات البلدية.

الفرع الأول: المجلس الشعبي البلدي.

الفرع الثاني: رئيس المجلس الشعبي البلدي.

الفصل الثاني: الوصايا الإدارية في ق 10-11

المبحث الأول: مفهوم الوصايا الإدارية.

المطلب الأول: تعريف الوصايا الإدارية .

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوصايا الإدارية.

المبحث الثاني: الوصاية أو الرقابة الذاتية للهيئات اللامركزية.

المطلب الأول: تعريف الوصاية الذاتية للهيئات اللامركزية.

المطلب الثاني: صور الوصاية الذاتية للهيئات اللامركزية.

الفرع الأول: الرقابة التلقائية.

الفرع الثاني: الرقابة بناء على تظلم.

المطلب الثالث: مظاهر الرقابة الإدارية.

الفرع الأول: الرقابة على الهيئات ذاتها.

الفرع الثاني: الرقابة على الأشخاص.

الفرع الثالث: الرقابة على الأعمال.

المبحث الثالث: الرقابة على البلدية في ظل قانون 10-11

المطلب الأول: الرقابة على المجلس.

الفرع الأول: احترام مبدأ المشروعية.

الفرع الثاني: حماية المصلحة العامة.

المطلب الثاني: الرقابة على أعمال المجلس.

الفرع الأول: المصادقة الضمنية على مداوات المجلس البلدي.

الفرع الثاني: المصادقة الصريحة.

خاتمة.

الملخص

تخضع الهيئات اللامركزية إلى نوع من الرقابة أو الإشراف تمارسه السلطة المركزية عليها ويسمى الوصايا الإدارية ولتحديد مفهومها بصفة عامة فهي مجموع السلطات المحددة و التي يخولها القانون لجهة معينة على أشخاص و أعمال الهيئات المحلية قصد تحقيق المصلحة العامة.

لكننا إذا أردنا تعريف الرقابة على وجه الخصوص فهي: "مجموع السلطات يقرها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات المحلية و أعمالهم بقصد حماية المصلحة العامة.

وكما عرفت أيضا أنها الوظيفة الرئيسية في قياس أداء المرؤوسين وتصحيحه من اجل التأكد من أن الأهداف قد حققت وان الخطط قد وضعت موضع التنفيذ بالطريقة الصحيحة و ذلك تبعا لوسائل قانونية و التي تعتبر من مظاهرها و هي الرقابة على الأشخاص و على الهيئات و على الأعمال ، و بما أننا خصصنا دراسة موضوع الوصاية الإدارية في ظل قانون البلدية 10 - 11 فإن الدراسة ستكون محصورة في البلدية كهيئة من الهيئات اللامركزية الخاضعة للوصاية الإدارية بحيث تتجسد هذه الرقابة على المجلس الشعبي البلدي ككيان قانوني و على أعماله و هيئاته وذلك تبعا للمواد 41 إلى 46 من قانون البلدية الجديد 10 - 11 .

الفصل الأول: ماهية اللامركزية الإدارية.

اللامركزية تعني ذلك التنظيم الإداري، الذي يسمح بتعدد الأشخاص الإدارية على أساس إقليمي، وذلك بان يختص في إدارة شؤون كل إقليم من أقاليم الدولة جهاز إداري، يكون أكثر اتصالاً بالجمهور

المبحث الأول: مفهوم اللامركزية الإدارية.

يقصد باللامركزية ليست إلا طريقة من طرق التنظيم الإداري داخل الدول التي أخذت بالنظم الديمقراطية و التي تعددت الواجبات الملقاة على عاتقها و تنوعت الخدمات التي تؤديها للأفراد في صورة مرافق عامة وجدت نفسها مسوقة لان تتيح للأفراد المشاركة في أداء الخدمات العامة و إشباع حاجاتهم الخاصة و المحلية حتى نفع الحكومة في العاصمة بالأمر الخطيرة التي تهم الدواة كلها .¹

المطلب الأول: تعريف اللامركزية الإدارية:

يقوم هذا النظام على أساس توزيع الوظيفة الإدارية بين الجهات الحكومية المركزية في العاصمة و بين أشخاص الإدارة المحلية في الأقاليم، وتتمتع هذه الأقاليم الأشخاص بالشخصية الاعتبارية المستقلة، مع خضوعها لرقابة الحكومة المركزية.

و الملاحظ في هذا السياق المقصود باللامركزية الإدارية لا يجب أن ينصرف إلى مفهوم اللامركزية السياسية التي تعد أسلوباً من أساليب التنظيم الدستوري للسلطة، و بالتالي فالفرق بينهما كبير من حيث الطبيعة و المضمون.

¹ حسين مصطفى حسين ، الإدارة المحلية المقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط2 ، 1982 ، ص 05

ففي هذا النظام تتمتع السلطة المحلية بقدر من الاستقلال في ممارسة اختصاصات فتحفظ الإدارة المركزية بإدارة بعض المرافق العامة القومية و تمنح الأشخاص الاعتبارية المحلية سلطة إنشاء و إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع المحلي و عليه يمكن تعريف اللامركزية الإدارية بأنها إسناد صلاحيات التسيير الإداري لإقليم معين من الدولة لهيئة إدارية منتخبة للعمل على توفير حاجيات سكان الإقليم تحت رقابة السلطات المركزية .¹

المطلب الثاني: أركان اللامركزية الإدارية:

من التعريف السابق نستنتج أن نظام اللامركزية يقوم على العناصر أو الأركان التالية:

1. المشرع إن من الأفضل أن تبشرها هيئات محلية معينة و إسناد إدارتها إلى السكان هذه الوحدات أنفسهم و لاشك إن سكان هذه الوحدات ادري من غيرهم بواجباتهم و اقدر على إدارة هذه المرافق و حل مشكلاتها .²

كما أن هذا الأسلوب يمنح الإدارة المركزية فرصة التفرع لإدارة المرافق ذات الصبغة الوطنية، و يتم تحديد اختصاصات الهيئات المحلية بقانون و لا يتم الانتقال منها إلا بقانون آخر، وهي تشمل مرافق متنوعة و تتضمن كافة الخدمات، كمرفق الصحة و التعليم و الكهرباء و الماء و غيرها.

2. أن يتولى سكان الإقليم إدارة شؤونهم :يجب أن يتولى سكان الوحدات المحلية إدارة شؤونهم بأنفسهم و أن يتم ذلك بوضع هيئات محلية منتخبة من طرق هؤلاء السكان و ليس عن طريق التعيين من طرق الإدارة المركزية ، و يذهب اغلب الفقهاء إلى ضرورة أن يتم اختيار أعضاء المجالس المحلية عن طريق الانتخابات تأكيد لمبدأ الديمقراطية و أن كان هذا هو الأصل فإنه ليس هناك مانع من مشاركة أعضاء معينين

¹ علام الدين عشي، شرح قانون البلدية ، القانون رقم 10-11 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2011 ، ص

² زهدي يكن ، التنظيم الإداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، لبنان ، دون تاريخ ، ص 12 .

ضمن هذه المجالس لتوفير عناصر ذات خبرة و كفاءة شرط أن تبقى الأغلبية للعناصر
المنتخبة .¹

تتمتع الهيئات المحلية باستقلالية التسيير : إذا كان من الضروري في هذه الأيام أن يكون
اختيار أعضاء المجالس المحلية عن طريق سكان هذه الوحدات فان الأكثر أهمية إن تستقل
الهيئات اللامركزية في مباشرة عملها عن السلطة المركزية ، فهي لا تخضع لسلطة رئاسية
أعلى ، كما أنها بالمقابل تتحمل بذاتها مسؤولية أعمالها، إلا أن ذلك لا يعني الاستقلال التام
للهيئات المحلية عن السلطات المركزية فالأمر لا يعدو أن يكون الاختلاف حول مدى الرقابة
التي تمارسها السلطات المركزية على الهيئات المحلية في النظم اللامركزية إذ لا بد من تمتع
هذه الهيئات باستقلال كان في أدائها لنشاطها ، بغرض تحقيق التناسق و الترابط فيما بينها من
جهة ، وتحقيق لأهداف السياسة العامة من جهة أخرى و قد أطلق الفقهاء على الرقابة التي
تمارسها السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية الوصايا الإدارية .²

المطلب الثالث: صور اللامركزية الإدارية:

هناك صورتان أساسيتان اللامركزية الإدارية " اللامركزية المحلية أو الإقليمية " و "
اللامركزية المصلحية أو المرفقية " :

¹ محمد عبد الحميد أبو زيد ، المرجع في القانون الإداري ، الطبعة الثانية ، مطبعة العشري ، القاهرة ، 2007 ، ص 239
² إبراهيم عبد العزيز شبحا، مبادئ و أحكام القانون الإداري ، الدار الجامعية ، مصر ، 1994 ، ص 198 .

الفرع الأول: اللامركزية الإقليمية أو المحلية:

معناها إن تمنح السلطات المركزية إلى جزء من إقليم الدولة جانب من اختصاصاتها في إدارة المرافق و المصالح المحلية مع تمتعها بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي و الإداري ، وتستند هذه الصورة إلى فكرة الديمقراطية التي تقتضي إعطاء سكان الوحدات المحلية الحق في مباشرة شؤونهم و مرافقهم بأنفسهم عن طريق مجالس منتخبة منهم .¹

الفرع الثاني : اللامركزية المرفقية : يجد المشرع في أحيان كثيرة انه من الضروري إن

يمنح بعض المشاريع و المرافق و المصالح العامة الشخصية المعنوية و قدر من الاستقلال عن الإدارة المركزية مع خضوعها لإشرافها ، كمرفق البريد و التلفزيون و الكهرباء و الإذاعة و الجماعات ، لتسهيل ممارستها لنشاطاتها بعيدا عن التعقيدات الإدارية و تمارس اللامركزية المرفقية نشاطا واحدا أو أنشطة متجانسة كما هو الحال في الهيئات و المؤسسات العامة على عكس اللامركزية المحلية إلى تدير العديد من المرافق أو الأنشطة غير المتجانسة .

و لا يستند هذا الأسلوب على فكرة الديمقراطية إنما هي فكرة فنية تتصل بكفاءة إدارة المرفق و على ذلك ليس من حاجة للأخذ بأسلوب الانتخابات في اختيار رؤوسا أو أعضاء مجالس إدارة هذه الهيئات العامة . هذا و يحرص المشرع دائما أن تكون ممارسة هذه المؤسسات لنشاطها ضمن الحدود و الاختصاصات التي أجازها و لا يمكن مباشرة نشاط آخر أو التوسيع من اختصاصاتها .²

¹ مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 80 .

² مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 81

المطلب الرابع: تقدير نظام اللامركزية الإدارية:

عرضنا اللامركزية الإدارية هو نظام مكمل للمركزية الإدارية، بمعنى انه إذا أمكن وجود مركزية إدارية بدون لامركزية، فان العكس غير صحيح و غير ممكن ، و للامركزية مزايا يمكن إجمالها فيما يلي :

- تحقيق العبء عن الحكومة المركزية حتى تتفرع للمسائل العامة التي تهم جميع السكان، وذلك لاستحالة قيام السلطة التنفيذية وحدها بمباشرة الوظيفة الإدارية.¹
- قدرة الهيئات اللامركزية على إقامة إدارة محلية أكثر فهما و إدراكا لحاجات كل إقليم من الوزير المقيم في العاصمة ، فمجلس كل ولاية أو بلدية مثلا يعرف مدى حاجته إلى المرافق المحلية و ما ينقصها و ما يؤدي إلى حسن سيرها .
- تبسيط الإجراءات الإدارية عن طريق وضع الوظيفة الإدارية في خدمة أهالي الإقليم ، بدلا من تركيزها في العاصمة و ما يرتبه ذلك من مشقة على أصحاب الحاجات من سكان الإقليم في انتقالهم إلى العاصمة ، لقضاء حاجاتهم .
- تكفل اللامركزية الإدارية قدرا من العدالة في توزيع الضرائب العامة لان كل إقليم سيظفر بما يحتاجه لمواجهة المصالح المحلية فلا تطغى مرافق العاصمة و المدن الكبرى على مرافق الإقليم كما هو الشأن لو أخذنا بالمركزية الإدارية .
- النظام اللامركزية نظام ديمقراطي، إذ يسمح لسكان الإقليم باختيار أعضاء منهم للاشتراك في إدارة الشؤون المحلية.
- ثبت بالتجربة أن اللامركزية الإدارية أقوى على مواجهة الأزمات من النظام المركزي ففي أوقات الحروب و الثورات يكفي إن يحتل إليها ، فإنها تمكن كل إقليم من الوقوف على قدميه نظرا لما يعتاده من استقلال في ممارسة شؤونه الخاصة .¹

غير انه مهما كانت مزايا اللامركزية الإدارية فان لها خصوما يأخذون عليها بعض العيوب و يمكن إجمال هذه العيوب فيما يلي:

1. النيل من الوحدة الإدارية في الدولة و ذلك نظرا لأنها تقوم بتوزيع الوظيفة الإدارية بين الوزارات المركزية و بين الهيئات المحلية.²
2. الهيئات المحلية في الغالب الأعم اقل مهارة و أكثر إسرافا في النواحي المالية من الحكومة المركزية.
3. تخلق اللامركزية مجالا للتناوب و التنافر بين الهيئات المحلية المنتخبة.
4. ازدياد اللامركزية قد يؤدي إلى أن يقدم الأفراد مصالحهم الخاصة المحلية على المصلحة العامة للدولة.³

¹ علاء الدين عشي، شرح قانون البلدية، مرجع سابق، ص 63
² جعفر انس قاسم، أسس التنظيم الإداري و الإدارة المحلية بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 1988 ، ص 26
³ علاء الدين عشي، شرح قانون البلدية، مرجع سابق، ص 63

المبحث الثاني: ماهية البلدية في قانون 10-11:

للبلدية أهمية قصوى لأنها تعتبر التجسيد الحقيقي للمحليات الجزائرية باعتبارها الخلية الأساسية في اللامركزية الإقليمية بالجزائر ، وهي اللامركزية التي تشترك المواطنون جميعا في تسيير دقتها صوب الاتجاه الذي يخدم البيئة المحلية و يحقق مطالب سكانها ، ويسهم في تحقيق الثورة الاقتصادية و الزراعية للبلاد ، و البلدية كعنصر من عناصر المعيار العضوي ، الذي يقوم عليه الاختصاص القضائي الإداري تشمل على مختلف الهيئات و الأجهزة القائمة بها

المطلب الأول: تعريف البلدية:

طبقا للمادة 01 من القانون رقم 10-11 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، المتعلق بالبلدية و التي عرفت البلدية بأنها الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة، و تتمتع بالشخصية المعنوية و الذمة المالية المستقلة و تحدث بموجب القانون.¹

و كذلك المادة 02 من نفس القانون عرفت البلدية بأنها القاعدة الإقليمية اللامركزية و مكان لممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية.²

الفرع الأول: الإطار الإقليمي:

لكل بلدية اسم و إقليم و مقر رئيسي بحيث يتم تغيير اسم بلدية أو تعيين مقرها الرئيسي أو تحويله بموجب مرسوم رئاسي بناء على تقرير الوزير المكلف بالداخلية بعد اخذ (أي الوالي و مداولة المجلس الشعبي البلدي المعني و تخطر المجلس الشعبي... بذلك)

تضع البلدية معالم حدوده إقليمها باتخاذ كافة الإجراءات التقنية و المادية المرتبطة بذلك ، ويتم ضم جزء من إقليم بلدية أو هو أكثر إلى بلدية أخرى أو أكثر من نفس الولاية بموجب مرسوم

¹ علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص 61

² المرجع نفسه ، ص 62

رئاسي يتخذ بناء على تقرير الوزير المكلف بالداخلية بعد اخذ رأي الوالي و رأي المجلس الشعبي الولائي و مداولة المجالس الشعبية البلدية المعيشة و عندما تضم بلدية أو أكثر أو جزء من بلدية أو أكثر إلى بلدية أخرى ، تحول جميع حقوقها و التزاماتها إلى البلدية التي ضمت إليها.¹

الفرع الثاني: خصائص البلدية:

للبلدية في النظام الإداري الجزائري مجموعة الخصائص و هي ما يلي:

- البلدية هيئة إدارية لا مركزية إقليمية.
- البلدية لا مركزية مطلقة لان جميع الأعضاء المجلس الشعبي البلدي و الهيئة التنفيذية و اللجان يتم انتخابهم عن طريق الاختراع العام و المباشر و السري و تعتمد البلدية على مواردها الذاتية في تلبية حاجات السكان.
- للبلدية في النظام اختصاصات متعددة سياسية و إدارية و اقتصادية و اجتماعية و ثقافية، لان البلدية تعد الخلية الأساسية للدولة الجزائرية في الميادين الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية و الثقافية.
- تخضع البلدية لنظام الرقابة السياسية و الإدارية، إذ تباشر السلطات السياسية و الإدارية المركزية رقابة سياسية و إدارية شديدة على البلدية لان البلدية تعد وحدة سياسية و إدارية و اجتماعية و اقتصادية و تعد لامركزية مطلقة في ظل مبدأ وحدة الدولة الدستورية و السياسية

¹ قانون البلدية رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011

المطلب الثاني : هيئة البلدية بأنها الجماعة المحلية الإقليمية القاعدية للدولة و أضفى عليها الشخصية المعنوية و الاستقلال المالي و جعل منها الإطار المؤسسي لمشاركة المواطنين في التسيير . و لدراسة هذا المبحث و جب بداية التطرق لهيئات البلدية و هيكلها ، و إبراز صلاحيتها بحيث تتشكل البلدية من

هيئة مداولة: تتمثل في المجلس الشعبي البلدي.

هيئة تنفيذية : يرأسها رئيس مجلس الشعبي البلدي .¹

الفرع الأول: المجلس الشعبي البلدي: لقد جعل الدستور الجزائري من المجلس الشعبي البلدي الإطار القانوني الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته و يراقب عمل السلطات العمومية.² و جعل منه قاعدة اللامركزية و مكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية و يتمثل الإطار القانوني الأساسي للمجلس الشعبي البلدي في القانون 10-11 المتعلق بالبلدية في المواد من 16 إلى 61.

أولاً: تشكيله:

يتشكل المجلس الشعبي البلدي من عدد أعضاء منتخبين أي الناجحين من القوائم المرشحة بحيث يتم نجاح عدد من أعضاء القائمة تناسباً مع أصوات التي تحسلي عليها ، و قد عمد المشرع الجزائري إلى معيار التعداد السكاني لتحديد عدد أعضاء المجلس الشعبي البلدي في كل بلدية طبقاً للمادة 97 من قانون الانتخابات و ذلك بالشكل التالي :

- سبعة (07) أعضاء في البلديات التي يقل عدد سكانها 10.000 نسمة.

- تسعة أعضاء في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 10.000 و 20.000 نسمة.

¹ قصير مزياي فريدة ، مبادئ القانون الإداري الجزائري ، مطبعة عمار قرفي ، الجزائر ، بدون طبعة ، 2011 ، ص

- إحدى عشرة عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 20.001 و 50.000 نسمة .
- خمسة عشرة عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 50.001 و 100.000 نسمة .
- ثلاثة و عشرون عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 100.001 و 200.000 نسمة .
- ثلاثة و ثلاثون عضوا في البلديات التي يساوي عدد سكانها 200.001 نسمة فما فوق.

و يقوم المجلس المشكل بممارسة وظائفه طيلة العهدة المقدرة بخمس سنوات كاملة، وتمتد تلقائيا في الحالات الاستثنائية و الحصار و العدوان.¹

ثانيا: اختصاصاته:

يختص المجلس الشعبي البلدي إدارة الشؤون العامة للبلدية من خلال مداولته في مختلف الميادين المتعلقة بحياة المواطنين في إقليم البلدية ، ويساهم بصفة خاصة إلى جانب الدولة في إدارة و تهيئة الإقليم و التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و الأمن و كذا الحفاظ على الإطار المعيشي للمواطنين و تحسينه .²

و قد قنن المشرع هذه الصلاحيات ، و يمكن إجمالها في النقاط التالية :

في مجال التهيئة و التنمية.

في مجال التعمير و الهياكل القاعدية و التجهيز.

¹ المدة 75 من قانون الانتخابات.

² المادة 02 من القانون ، المتعلق بالبلدية.

في مجال التربية و الحماية الاجتماعية و النشاطات الثقافية .

في مجال النظافة و حفظ الصحة و الطرقات .

ثالثا لجان المجلس :

في سبيل ممارسة المجلس الشعبي البلدي لاختصاصاته، و جب أن يشكل لجان دائمة و أخرى مؤقتة تتكفل بجوانب مختلفة من الصلاحيات المناط به.

1. **اللجان الدائمة :** يجب على المجلس الشعبي البلدي تشكيل لجان دائمة في أعضاءه

يتراوح عددها من 03 الى 06 لجان بالنظر للتعداد السكاني بالبلدية ، و تصطلح

بالمسائل التالية :

- الاقتصاد و المالية و الاستثمار .

- الصحة و النظافة و حماية البيئة.

- تهيئة الإقليم و التعمير و السياحة و الصناعات التقليدية.

- الري و الفلاحة و الصيد البحري.

- الشؤون الاجتماعية و الثقافية و الرياضية و الشباب .

2. **اللجان المؤقتة :** وهي تلك اللجان التي يمكن تشكيلها بصفة ظرفية ، بمناسبة التحقيق

أو دراسة مسألة لها طابع خاص ، حيث أتاحت المادة 33 من قانون البلدية للمجلس

تشكيل لجان خاصة وفق إجراءات محددة يمكن إجمالها في :

- وجوب المصادقة على المداولة المتضمنة تشكيل اللجنة .

- النص الصريح على أهداف و اللجنة و تحديد وقت انتهاء مهامها.

و تبقى القواعد التي تحكم هذه اللجان الخاصة نفسها بالنسبة للجان العادية، بحيث يتم اختيار رئيسها من بين أعضائها، وجواز استعانة هذه اللجان بأي شخصية محلية في المسائل التي تتطلب قدرا معيناً من الخبرة في المجالات المتخصصة.

رابعاً : نظام سير المجلس :

يتولى المجلس الشعبي البلدي ممارسة مهامه بموجب النظام التداولي أي بموجب مداولات .

1. دورات المجلس :

يجتمع المجلس الشعبي البلدي دوراته العادية كل شهرين أي بمعدل ستة دورات سنويا و تكون مدة الدورة خمسة أيام على الأكثر كما يمكنه عقد دورات غير عادية كلما اقتضت الحاجة لذلك بطلب من الوالي أو ثلثي الأعضاء ، كما يجتمع وجوبا و بقوة القانون في حالة قيام حالة أو ظرف استثنائي و تنعقد الدورة بعد استدعاء رئيس المجلس الشعبي البلدي للأعضاء بموجب استدعاء مكتوب مرفق بمشروع جدول أعمال هذه الدورة ، في ظرف عشرة أيام على الأقل قبل موعد الاجتماع .

2. المداولات : تبدأ مداولات المجلس الشعبي البلدي بمشروع جدول أعمالها الذي يخضع

للتصويت من قبل الأعضاء ، بحيث يجوز أية نقطة أو إضافة بعض النقاط فيه .

بحيث تجري مداولات المجلس الشعبي البلدي و تحرر باللغة العربية و تعد المداولة مقبولة بموافقة الأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين و في حالة تساوي الأصوات يعتبر صوت الرئيس مرجحا.

المطلب الثاني: رئيس المجلس الشعبي البلدي:

الفرع الأول: تعيينه: لقد حدد المشرع شروط تعيين رئيس المجلس الشعبي البلدي ضمن قانون البلدية لاسيما المادة 64 منه و ما بعدها، و تتمثل هذه الشروط في:

1. أن يكون متصدر القائمة الفائزة بأغلبية الأصوات الناخبين .
2. في حالة حصول قائمين أو أكثر على نفس عدد الأصوات، يعلن رئيسا للمجلس الشعبي البلدي المرشح أو المرشحة الأصغر سنا من بين الأعضاء.¹

الفرع الثاني : إنهاء مهام رئيس المجلس الشعبي البلدي:

محددة على سبيل الحصر في قانون البلدية فهناك حالات تسري أحكامها على جميع أعضاء المجلس وهي انتهاء العهدة المقدرة بخمس سنوات ، الاستقالة ، التغلب ، الإقالة ، الوفاة ، الإقصاء و هناك حالة وحيدة تخص رئيس المجلس الشعبي البلدي و هي حالة سحب الثقة و سوف يتم التطرق إلى هذه الحالات التالية :

أولا: الاستقالة: و تتمثل في التعبير الصريح من رئيس المجلس الشعبي البلدي كتابة عن رغبته في الاستقالة عن رئاسة المجلس الشعبي البلدي، و يقدمها أمام المجلس و يخاطر الوالي بذلك.

ثانيا : التخلي : و هو الصورة الضمنية للاستقالة ، بحيث لا يعبر فيه رئيس المجلس البلدي عن إرادته بصورة صريحة ، و إنما يتخذ موقفا من شأنه التعبير عن تخليه عن منصبه .

¹ عمار بوضياف ، التنظيم الإداري في الجزائر ، جسر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص 261

ثالثا: الوفاة و الإقصاء:

1. الوفاة: وهي مسألة طبيعية و نصت عليها المادة 29 من قانون البلدية و تنتهي به عهدة أي عضو في المجلس الشعبي البلدي.
2. الإقصاء : و هي المرحلة الثانية بعد عملية التوفيق بحيث يتخذ قرار التوفيق في حق العضو المنتخب الذي تعرض لمشايعة جزائية لها علاقة بالمال العام أو أسباب مخلفة بالشرق أو كان محل تدابير قضائية تحول بينه و ممارسة مهامه (حبس مؤقت) .

رابعا: صلاحياته:

يتمتع رئيس المجلس الشعبي البلدي بالازدواج الوظيفي يتصرف أحيانا باسم البلدية و أحيانا باسم الدولة تحت سلطة الوالي.

1. **صلاحياته بصفته ممثلا للدولة** : يتمتع رئيس المجلس الشعبي البلدي بهذه الصفة بمجموعة هائلة من الصلاحيات و المهام و التي يمكن انجازها فيما يلي :

أ. في مجال ضبط الحالة المدنية :

- تلقب التصريح بالولادات تسجيلها في سجلات الحالة المدنية المعدة لذلك .
- تحرير و تسجيل عقود الزواج وفقا لأحكام القانون .
- تلقب التصريح بالوفيات و تسجيلها في سجلات الحالة المدنية .
- استلام شهادات الإعفاء من سن الزواج بالنسبة للقاصرين .

ب. في مجال ضبط القضائي :

يتمتع رئيس المجلس البلدي بصفة ضابط الشرطة القضائية إذ يتولى بهذه الصفة التنفيذ القيام بجميع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية تحت سلطة الوالي و إشراف النيابة العامة و له في ذلك تتبع المجرمين و القبض عليهم و تحرير محاضر بذلك و العمل على الحفاظ على معالم الجريمة¹ .

ج. في مجال الضبط الإداري :

- المحافظة على النظام العام و سلامة الأشخاص و الأملاك .
- المحافظة على حسن النظام في جميع الأماكن العمومية التي فيها بجميع الأشخاص.
- المعاقبة على كل مساس بالراحة العمومية و كل الأعمال المخلة بها .
- السهر على نظافة العمارات و سهولة السير في الشوارع و الساحات و الطرق العمومية .
- القضاء على الحيوانات المؤذية و المضرة.
- تأمين نظام الجنائز و المقابر طبقا للعادات و تبعاً لمختلف الشعائر الدينية².

2. صلاحياته كممثلنا للبلدية :

في هذا الشأن يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي وضعيتين الأولى باعتباره رئيسا للبلدية و الثانية باعتباره مترئسا للمجلس الشعبي البلدي بصفته رئيس البلدية له مهام إدارية بحتة تتمثل إجمالاً في السهر على حسن سير المصالح الإدارية التابعة للبلدية ، و تمتعه بسلطة التعيين و ممارسته السلطة السليمة على الموظفين ، بالإضافة إلى كونه الأمر بالصرف في البلدية .

¹ علاء الدين عشي ، مرجع سابق ، ص 40

² المرجع نفسه ص 41

وكونه رئيسا للمجلس يكون للرئيس دور تنسيقي لأعمال المجلس و ذلك بتوجيه الاستدعاء للأعضاء ، و السهر على تحرير محاضر المداولات و حفظها و ترأس الجلسة .

و بصفة عامة للرئيس البلدية صفة تمثيل البلدية و العمل لحسابها في جميع المسائل المتعلقة بالحياة الإدارية، و إبرام العقود و تمثيلها أمام الجهات القضائية¹.

ويستثنى من هذه القاعدة عدم قدرة رئيس المجلس الشعبي البلدي تمثيل البلدية في العقود أو المنازعات القضائية التي تكون البلدية فيها طرفاً ، ويكون الشخص رئيس المجلس أو زوجه أو أحد أقاربه طرفاً فيها ، ويرجع التمثيل في هذه الحالة إلى أحد أعضاء المجلس الشعبي البلدي يختار بموجب مداولة من طرف الأعضاء².

¹ المادة 78 و 82 من قانون البلدية

² المادة 84 من قانون البلدية.

الفصل الثاني:

حظي موضوع الوصاية الإدارية بمكانة بالغة الأهمية كونها المعيار الذي يستطيع لدول من خلاله تقييم أداء الإدارة العامة فيها و تبين مدى التزامها بمبدأ المشروعية وحفاظها على المصلحة العامة ، و قد اختلف الفقهاء في تحديد تعريف جامع مانع لها لان كل طرف ينظر إليها من زاوية تخصصه ، فمفهومها يختلف بين علماء الإدارة و فقهاء القانون .

المبحث الأول: مفهوم الوصاية الإدارية:

نعرف الرقابة التي تنتضح لها الإدارة المحلية بصفة عامة بأنها مجموع السلطات المحددة التي يخولها القانون لجهة معينة على أشخاص و أعمال الهيئات المحلية قصد تحقيق المصلحة

المطلب الأول: تعريف الوصاية الإدارية:

هي تلك الجهود و الأنشطة المستمرة و المنتظمة للحصول على معلومات صحيحة و دقيقة على تقدم العمل و التنفيذ في مختلف مجالات النشاطات التي تتولى الإدارة العامة مسؤوليتها ، ومقارنة معادلات التنفيذ و مستويات الخطة الموضوعية و الكشف عن الانحرافات و تصحيحها و العمل على منع وقوعها إن أمكن .¹

و قد عرفها الدكتور عمار عوابدي: "بأنها مراقبة السلطات الإدارية اللامركزية لنفسها و لذات أعمالها ؛ هل تراقب السلطات الإدارية نفسها بنفسها ، عن طريق مراجعة أعمالها من تلقاء نفسها بناء على تظلمات و طلبات الأفراد ، وتفحص ما صدر منها من تصرفات للتأكد من مدى مشروعيتها و تقوم بتصحيحها و تعديلها حتى تصبح أكثر انسجاما مع قواعد القانون مبدأ المشروعية في الدولة ".²

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوصاية الإدارية:

¹ عمار بوضيف ، المرجع السابق ، ص 74

² عمار عوابدي، مبدأ فكرة التدرج السلطة الرئاسية ، الجزائر، المؤسسات الوطنية للكتاب 1984.

تمتاز الوصاية الإدارية بأنها فكرة قانونية بحتة ، أي أن تحديد نطاق هذه الرقابة و أهدافها ووسائلها و إجراءاتها و السلطات الإدارية التي تمارسها لا بد أن يتم بواسطة القوانين و التشريعات و النصوص التي تتصل بالنظام الإداري في الدولة و لاسيما التشريعات و القوانين المنشئة و المنظمة للهيئات المحلية (قانون البلدية و قانون الولاية) .

تطبيقا لقاعدة لا وصاية إلا بنص فإن السلطات الإدارية المركزية التي تختص بالرقابة الإدارية الوصائية على الإدارة المحلية لا بد أن تكون محددة على سبيل الحصر في القانون ، و طبقا للقوانين و التشريعات المنظمة لعلاقة السلطة المركزية بالإدارة المحلية في النظام الإداري الجزائري، فإن سلطات الرقابة الإدارية تنحصر في رئيس الجمهورية و الوزراء كل في حدود اختصاص وزارته و الولاية بالنسبة للبلديات . و تبعا لذلك أيضا ، فإن امتيازات ووسائل الرقابة الإدارية على الإدارة المحلية محددة على سبيل الحصر في القوانين المنشئة و المنظمة للإدارة المحلية ، فلا يجوز للسلطات الإدارية المركزية أن تستخدم و تحرك امتيازات سلطات ووسائل أخرى للرقابة غير تلك الامتيازات و الوسائل المقررة في القوانين النصوص التشريعية كما يجب أن تستخدم هذه السلطات و الامتيازات و الوسائل في إطار الضوابط و الإجراءات المحددة قانونا ¹.

المبحث الثاني: الوصاية و الرقابة الذاتية للهيئات الالاقمركية:

¹ - عمار عوابدي ،مرجع سابق ،ص12.

الرقابة الذاتية هي الرقابة التي تقوم بها الإدارة على أعمالها بصورة تلقائية أو تباشرها الإدارة من تلقاء نفسها و ذلك لإعادة النظر في قراراتها إما بالسحب أو الإلغاء أو التعديل، نظرا لعدم مشروعيته أو عدم ملاءمته.¹

المطلب الأول: تعريف الرقابة الإدارية الذاتية:

هي مراقبة السلطات و الأجهزة الإدارية المركزية و اللامركزية لنفسها و ذات أعمالها وتختلف صور الرقابة الإدارية الذاتية لاختلاف التنظيم الإداري الذي تأخذ به الدولة إما أن يكون نظاما مركزيا أو تنظيما لا مركزيا ، ففي حالة الأخذ بالنظام المركزي الذي يقوم على توحيد النشاط الإداري، و جعله ينبثق من مصدر واحد ؛ أي أن النظام المركزي يقوم على فكرة التدرج الهرمي في الأجهزة الإدارية، أن يخضع موظفي الحكومة المركزية للرقابة و المسؤولية الرئاسية التسلسلية ، حيث تكون الدرجات الدنيا التابعة للدرجات العليا .

و يحق للسلطات العليا إصدار التوجيهات و التعليمات للجهات التي أدنى منها ، و عليه فالرئيس يباشر رقابة قبلية و رقابة بعدية ، على أعمال و قرارات مرؤوسيه كما له صلاحية تعديل أو إلغاء هذه القرارات و فق ما يراه مناسبا و يخدم المصلحة العامة .

أما في التنظيم اللامركزي الذي يقوم على توزيع الوظيفة الإدارية ، و ليس تركيزها في يد الحكومة المركزية ، أي أنها تتقاسم الصلاحيات مع ممثليها على المستوى المحلي ، مما ينتج عليها تعدد الأشخاص الاعتبارية في الدولة و لكل منها ذمة مالية ، وكيان قانوني يؤهلها لممارسة الرقابة ، و المساءلة على موظفيه المستقلين عن موظفي الدولة ، لكن هذا الاستقلال عن الدولة يبقى نسبي في حدود تسيير ، إدارة الشأن المحلي ، ومع ذلك فالجهات المحلية تخضع لرقابة الجهات الوصية في إطار ما يعرف بالرقابة الوصائية . الرقابة المدرسية الذاتية على أعمال الإدارة ، والرقابة الإدارية الذاتية على أعمال الإدارة ،تقوم بحسب العلاقة التي تربط الأجهزة الإدارية ،في درجتها المختلفة ،وتهدف الرقابة الإدارية إلى ضمان حق سيره واطراد المرافق العامة ،بما يحقق المصلحة العامة ويحقق الملائمة للنشاط الإداري ،والتقيد الحسن باللوائح والقوانين ،وفقا لما تقتضيه مبادئ المشروعية .¹

¹ - عمار عوابدي ، مرجع سابق ، ص 12.

ولتحقق الرقابة الإدارية الأهداف المناطة بها، فهي تعتمد على العديد من الوسائل من التفتيش، المتابعة، والإشراف، كتابة التقارير و فحص الشكاوي، و التظلمات بغية تحديد أسباب العجز و القصور، التي تواجه النظم الإدارية.

و الرقابة الإدارية صور متعددة، سنحاول التعرض إليها على سبيل المثال لا الحصر و ذلك بدرجة أهمية هذه الأنواع من الرقابة، التي تتجلى أساسا في الرقابة التلقائية و الرقابة بناء على ظلم²

الفرع الأول: الرقابة التلقائية

فهي تحقق هذا النوع من الرقابة، عند قيام الجهات الإدارية بمراجعة تصرفات و التأكد من مشروعيتها، و توافقها مع القواعد القانونية، وذلك من تلقاء نفسها وفق ما يخول لها القانون، حيث تتولى مهمة كشف الأخطاء و تصحيحها أو إلغائها إذا كانت مستوية بعيب من عيوب عدم المشروعية³.

و للإدارة من هذا النوع من الرقابة سلطة تقديرية واسعة في ممارستها، فهي تمارس في أي وقت شاء، و على أي مستوى من مستويات الإدارة، وفق ما تقتضيه آليات حماية المصلحة العامة. تصحيحا أو تعديلا، وفق ما يقتضيه القانون⁴.

الفرع الثاني: الرقابة بناء على تظلم

أي الإدارة تقوم إذا كانت الرقابة التلقائية، اختيارية، و هي سلطة تقديرية للإدارة، فإن الرقابة بناء على تظلم، تجعل الإدارة تباشر صلاحياتها الرقابية، بناء على تظلم يتقدم به من له مصلحة فيها، أو من مسته أحد النشاطات التي تقوم بها الإدارة، سواء أكانت أعمال مادية أو قرارات تصدرها فتمس مراكز الأفراد القانونية، فيلتمسون من الجهات الإدارية المصدرة

¹ أحمد سويقات، مرجع سابق، ص19.

² أحمد سويقات، المرجع نفسه، ص20.

³ مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص41.

⁴ رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، الجزائر، 2001، ص52

للقرار أو التصرف، إعادة النظر فيما صدر عنها، بما يجعله ملائماً لمبدأ المشروعية، و تعدد صور التظلم الإداري بتعدد الجهات، التي تتولى مهمة البث في هذه التظلمات، و أهم هذه التظلمات نجد التظلم الولائي، الرئاسي، و التظلم أمام لجنة خاصة.

أولاً: التظلم الولائي

حيث يتوجه المتضرر بالتظلم إلى الجهة التي صدر عليها التصرف، و ذلك بمراجعة القرار، و إعادة النظر فيه، إلغاء أو بفحص هذا القرار المتظلم منه، و التأكد من مشروعيته، و اتخاذ الإجراءات اللازمة، لتفادي ما شابه من نقص و محاولة تعديله و جبر الأضرار الناجمة عليه.

ثانياً: التظلم الرئاسي

يتقدم هذا الطعن للجهات الإدارية، التي لها الحق في ممارسة سلطة رئاسية، على الجهة التي أصدرت القرار محل التظلم، و يكون هذا التظلم ممن له مصلحة و شأن في ذلك،¹ حيث يطلب إعادة النظر في هذا القرار، إما تعديله أو سحبه أو إلغاءه وفق ما تقتضيه مبادئ المشروعية، و الملائمة و لا يمكن تصور هذا النوع من التظلمات، في ظل التنظيم المركزي، الذي يقوم على فكرة التدرج الهرمي.

المطلب الثاني: مظاهر الرقابة الإدارية:

تتجلى مظاهر الرقابة الإدارية في التظلم اللامركزي في الوصايا الإدارية المبسوطة و المنصبة على:

- هيئات و مجالس الإدارية اللامركزية في حد ذاتها.
- أو على الأشخاص و الأعضاء في هاته الهيئات .
- أو على الأعمال و التصرفات الصادرة على الإدارة اللامركزية.

¹ رشيد خلوفي، مرجع سابق، ص52.

أولاً : الرقابة على الهيئات ذاتها :

إذا كان إنشاء و إلغاء وحدات الإدارة اللامركزية من اختصاص القانون صادر عن السلطة التشريعية ، فإذا ذات القانون المنشئ لتلك الوحدات يخول السلطات الإدارية المركزية سلطة إيقاف و حل أجهزة و هيئات الإدارة اللامركزية ، دون المساس بوجود الشخصية المعنوية لتلك الإدارة .

1. **الإيقاف:** يمكن للإدارة المركزية (سلطة الوصاية) طبقاً للشروط و الإجراءات القانونية أن تعتمد على إيقاف و تعطيل نشاط و سير أعمال المجلس أو هيئة معينة مؤقتاً أي طيلة فترة محدد لاعتبارات معينة تستند إلى مبدأ المشروعية أو مبدأ الملائمة .

2. **الحل :** كما نقد يخول القانون السلطة الوصاية إن بالحل الإزالة و الإنهاء الدائم لهيئة من هيئات الإدارة المحلية ، و هو من اخطر مظاهر الرقابة و الوصاية الإدارية لمساسه بمبدأ الديمقراطية و الاختيار الشعبي ، الأمر الذي استلزم إحاطة بجملة من القيود و الشروط حفاظاً على احد أركان النظام اللامركزي و المتمثل في استقلال وحدات الإدارة اللامركزية .**ثانياً الرقابة على الأشخاص :**

تمارس السلطة الوصية رقابتها على الأشخاص المعنيين بالوحدات اللامركزية كمالها أيضاً وفق إجراءات معينة ممارسة و صايتها الإدارية على الأشخاص المنتخبين تتمثل أهم مظاهر الرقابة الإدارية على الأشخاص و الأفراد القائمين على الإدارة و تسيير الهيئات المحلية في¹

1. **الإقالة:** هي تجريد المنتخب من صفة العضوية ،نتيجة تخلف شرط من شروط الانتخاب، او وقوعه في حالة من حالات التنافي

2. **التوقيف:** وهو تجميد عضوية أحد الأعضاء نتيجة تعرض هذا الأخير إلى متابعات جزائية تحول دون ممارسته لمهامه الإنتخابية²

¹ نواف كنعان، القانون الإداري ،(ماهية القانون الإداري ،التنظيم الإداري ،النشاط الإداري)دار الثقافة للنشر و التوزيع 2008، دط، ص20.

² محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص80.

3. الإقصاء: هو إسقاط كلي ونهائي للعضوية بالهيئة اللامركزية، ولا يتم إقصاء العضو إلا في الحالات الخطيرة جدا، كإدانة العضو من قبل محكمة مختصة.

الرقابة على الأعمال :

منذ البداية يجب استبعاد كل مظاهر الرقابة علة أعمال الهيئات اللامركزية إذا ما كانت تمس الطابع اللامركزي لتلك الهيئات سواء كانت رقابة سابقة لو لاحقة .

الرقابة السابقة :

و هي التي تمارس حيال موضوع القرار أو الإجراء قبل أن يستكمل مقومات إصداره و بذلك تعتبر الرقابة السابقة مرحلة يمر بها القرار قبل أن يصبح نافذا أو قابلا للتنفيذ و نفترض الرقابة السابقة تتمتع جهة الرقابة بسلطة الموافقة السابقة على أعمال جهة الإدارة و أهم مثال لها الرقابة المالية قبل الصرف و يستلزم هذا الأمر حصول حوار دائم بين الجهتين ، جهة الرقابة و الجهة التي تقوم بالصرف و الميزة الأساسية لهذه الرقابة تجنب الأخطاء قبل وقوعها و غالبا ما ترتبط فكرة الرقابة السابقة بالوصاية الإدارية حيث يبدو فيها الرقيب كتمثل السلطة الوصاية لذا فهي تعد بمثابة التصديق عليه و يعاب على الرقابة السابقة أنها تعتبر تدخلا من جانب جهة الرقابة مما يؤدي إلى بطء الإجراءات و إصابة الوحدة بالجمود كما أنها تذهب بالفائدة من الاعتراف للوحدة بالشخصية المعنوية و تحيلها لهيئة فنية لا تملك إلا اقتراح دون التنفيذ ، و لكن الرد على كل هذه المساوئ سهل و سير يتمثل في أن الوقاية خير من العلاج .

الرقابة اللاحقة:

تنصب الرقابة اللاحقة على ما صدر فعلا من تصرفات الإدارة القانونية و أعمالها المادية. و لهذه الرقابة صورا عديدة تختلف باختلاف وقت و أسلوب ممارستها ، فممكن أن تتم بأسلوب التفتيش الذي يتناول الفحص على الطبيعة و إعادة دراسة الأوضاع للوقوف على ما شابها من أخطاء أو نقصير و يمكن أن تتم بأسلوب المراجعة لمستندات الوحدة بهذا فان الرقابة اللاحقة ترد على ما تم انجازه فعلا من أعمال و في ظل هذه الرقابة يحتفظ جهاز الإدارة في الوحدة الشمولية بالرقابة باستقلاله حيث أن قراراته غير موقوف و لا مشروط كما هو الحال في الرقابة

السابقة ، كما تتيح ذلك . الرقابة الإدارية أن تتصرف بكامل حريتها لما فيها من فصل بين جهة الإدارة و جهة الرقابة.

إلا أن أهم ما يؤخذ على الرقابة اللاحقة أنها تتم بعد أن يكون التصرف قد اكتملت له أسباب و جوده و مقومات بنيانه و تكون تلك التصرفات قد استقرت بما يجعل من المستحيل في بعض الحالات إصلاح ما شاب تصرفاتها من عيوب و لا يكون لجهة الرقابة إلا طلب التحقيق و المساءلة في مثل هذه الحالات .

و يضيف البعض لهذين النوعين من الرقابة نوعا ثالثا و هي الرقابة المستمرة، و هي التي تتم على مدار العام ، و يصلح هذا النوع بالنسبة للوحدات كبيرة الحجم حيث يتعذر إتمام عملية الرقابة و تقديم تقرير عنها في المواعيد المقررة .

كما يتفق هذا النوع من الرقابة في العمليات المستمرة و التي تتمثل غالبيتها في التنفيذ لكافة عقود الإدارة بدءا من طرح العملية حتى إتمام التنفيذ.

و يتفق هذا النوع أيضا فيما يتعلق بالقرارات الصادرة بشأن المخالفات المالية و الإدارية و التي يتطلب الأمر إبداء الرأي بشأنها من خلال مواعيد معينة .¹

المبحث الثالث: الرقابة على البلدية في ظل قانون 10-11

الأصل أن البلدية تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال في القيام بصلاحياتها و الاستثناء هو أن يقيد الاستقلال برقابة تباشرها السلطة المركزية ، و الاستقلال بعد النتيجة من النتائج التي تترتب على ثبوت الشخصية القانونية و هو جزئي لأنه يتعلق بالوظيفة التنفيذية فقط و نسبي لان البلدية تخضع في ممارستها لوظائفها للرقابة و رغم أن رئيس المجلس الشعبي البلدي و أعضاء المجلس منتخبون لكن هذا لا يمنع من خضوعها للرقابة .²

المطلب الأول الرقابة على المجلس في ظل قانون 10-11

¹ حسين عبد العال محمد ، مرجع سابق ، ص ص 147-148.

² قصير مزياي فريدة ، المرجع السابق ، ص 233

تتجسد الرقابة على المجلس الشعبي البلدي كليا قانون في إمكانية حله و إعدامه قانونا، و هو ما تم النص عليه من خلال المواد 46 إلى 51 من قانون البلدية.

الفرع الأول: حالات و شروط حل المجلس الشعبي البلدي:

إن سلطة حل المجلس الشعبي البلدي ليست بالمطلقة، لكن وضع لها المشرع مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب أن تقوم لإعمال آلية الحل و يمكن إجمال هذه الشروط في:

أ-الشروط الموضوعية:

لا يمكن حل المجلس الشعبي البلدي إلا أثناء قيام إحدى الوضعيات المنصوص عليها في المادة 46 من قانون البلدية 10-11 و التي تتمثل في:

- حالة خرق لأحكام الدستور.
- حالة إلغاء انتخاب جميع أعضاء المجلس.
- حالة الاستقالة الجماعية لأعضاء المجلس.
- عندما يكون الإبقاء على المجلس مصدر إختلالات خطيرة تم إثباتها في التسيير البلدي أو من طبيعته المساس ب مصالح المواطنين و طمأنينتهم¹.
- عندما يصبح عدد المنتخبين أقل من الأغلبية المطلقة بال رغم من تطبيق أحكام الاستخلاف.
- في حالة خلافات خطيرة بين أعضاء المجلس الشعبي البلدي التي تعيق السير العادي لهيئات البلدية، بعد إغذار يوجهه الوالي للمجلس دون الاستجابة له.
- في حالة اندماج بلديات أو ضمها أو تجزئتها.

¹ علاء الدين العشي، والي الولاية في التنظيم الإداري الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص56

- في حالة حدوث ظروف استثنائية تحول دون تنصيب المجلس الشعبي المنتخب.

و الملاحظة أن المشروع وضع حالات حل تحصل بقوة القانون، بينما وسع من الحالات التي تبقى محل التقدير للسلطات المخول لها صلاحية الحل.

ب- الشروط الشكلية:

توصف حالة حل المجالس المحلية المنتخبة بالخطورة، و لا يمكن إسنادها لجهات إدارية عادية و بموجب قرارات إدارية، بل اشترط المشرع لإعمال آلية الحل، صدور مرسوم رئاسي يتخذ بناءا على تقرير وزاري من الوزارة المكلفة بالشؤون الداخلية، و هذا ما يجعل من قرار الحل قرارا محصنا من الطعن القضائي لما يتميز به المرسوم الرئاسي من حصانة ضد الرقابة القضائية و وصفه بالعمل السيادي¹.

الفرع الثاني: آثار حل المجلس الشعبي البلدي.

لقد رتب المشرع على حل المجلس الشعبي البلدي مجموعة من الآثار التي قد تختلف من حالة الأخرى بالنظر لعامل الوقت أو الزمن المتبقي في العهدة الانتخابية أو الظروف القائمة داخل إقليم البلدي.

و يترتب على حل المجلس إجراء هذه الانتخابات جزئية لتجديد المجلس المحل، و ذلك إذا وقع الحل خلال السنوات الأربع الأولى من العهدة و لا يتم التجديد إذا وقع الحل خلال السنة الأخيرة.

و يجب إجراء هذه الانتخابات خلال 6 أشهر من تاريخ الحل ، و بطبيعة الحال و جب ضمان استمرارية تقديم الخدمات و السهر على شؤون المواطنين ببقاء مصالح البلدية في حالة صيرورة و ذلك بموجب تعيين متصرف عن طرف الوالي يسهر على تسيير البلدية و ذلك من خلال 10 أيام من تاريخ الحل و تنهي مهامه بمجرد تنصيب المجلس الجديد.²

المطلب الثاني: الرقابة على أعمال المجلس .

¹ علاء الدين العشي، المرجع السابق، ص54.

² نفس المرجع، نفس الصفحة.

يتمتع المجلس الشعبي البلدي بصلاحيات واسعة في أعماله ، بحيث تمس جوانب كثيرة من شؤون البلدية كتقسيم إداري و جغرافي و لها في سبيل ممارسة أعمالها إجراء مداوات قانونية تتخذ بالأغلبية من قبل أعضاء المجلس و قد فرض قانون البلدية في مواده من 41 إلى 45 العديد من القيود على هذه المداوات حتى تصبح كاملة و مقابلة للتنفيذ و جعل من الوالي الجهة الوصية على ذلك بحيث لا تكون قابلة للتنفيذ أي مداولة يتخذها المجلس الشعبي البلدي دون المصادقة الوالي عليها .

الفرع الأول: المصادقة الضمنية على مداوات المجلس البلدي:

و هي الصورة المنصوص عليها في المادة 56 من قانون البلدية و تتمثل هذه المداوات التي لا يكون موضوعها من المسائل المكررة ضمن المادة 57 بحيث حرص المشرع على وجوب تبليغها إلى الوالي في ظرف ثمانية أيام من اتخاذها ، و تدخل حيز التنفيذ بقوة القانون بعد 21 يوما من إيداعها ، وهو ما يعتبر مصادقة ضمنية من الوالي في ظرف ثمانية أيام من اتخاذها ، و تدخل حيز التنفيذ بقوة القانون بعد 21 يوما من إيداعها و هو ما يعتبر مصادقة ضمنية من الوالي باستيفاء القيد الزمني الواجب دون إعلانه عن بطلانها ، كما يعتبر البطلان في هذه الحالة نسبية و ليس بقوة القانون للوالي إشارته متى اكتشفه خلال مدة 231 يوما و يحسن من بعد الأجل .

الفرع الثاني: المصادقة الصريحة

و فحواها و جوب اتخاذ الوالي قرار صريحا بالمصادقة على المداوات التي يتخذها المجلس الشعبي البلدي في الحالات المنصوص عليها في المادة 57 السابق ذكرها حتى تكتمل ولادة هذه المداولة أو بعبارة أخرى إصدار هذه الندوات بالصيغة التنفيذية حتى تنتج أثارها القانونية ، و قد ذهب المشرع الجزائري إلى فرض قيد زمني على الوالي ليبيدي رأيه في المداولة المعروف عليه في اجل 30 يوما من تاريخ إيداعها ، و يترتب على سكوته المصادقة الضمنية على هذه المداولة و ذلك حماية من المشرع للمداوات التي يتخذها المجلس الشعبي البلدي من تعسف الولاية و تعطل الصالح للبلديات الوالي يسهر على تسيير البلدية و ذلك من خلال 10 أيام من تاريخ الحل و تنهي مهامه بمجرد تنصيب المجلس الجديد الذين الحالتين افترض فيهما المشرع

صحة و سلامة المداولات و خلوهما من عيون اللامشروعية ، بينما وضع نظاما لتلك المداولات التي قد تشوبها عيوب حال وضعها إما شكلا أو موضوعا بموجب المادتين 59-60 من قانون البلدية مانحا للوالي صلاحية إبطالها بموجب قرار مسبب ففي المادتين للوالي أن يصرح ببطلان مداولات المجلس دون أي قيد زمني منصوص عليه هذا القانون ، و التي نشوها إحدى الحالات التالية :

المداولات المتخذة خرقا للدستورية و غير المطابقة للقوانين و التنظيمات .

- المداولات التي تمس برموز الدولة و شعارها .
- الندوات غير المحررة باللغة العربية .
- المداولات التي اشترك فيها احد أعضاء المجلس الشعبي البلدي أو رئيسة مع إن له مصلحة شخصية أو لزوجه أو لأحد أقاربه يمس موضوع المداولة .

أما الصورة الثانية من البطلان التي تم النص عليها في المادة 58 فهي تكون بنفس الكيفية أي بقرار معلل من الوالي على إبطال هذه المداولة لكن خلال مدة شهر من تاريخ إيداعها بالولاية على العكس من الحالة الأولى التي ترك فيها المشرع المجال الزمني مفتوحا أمام الوالي .

و قد منح المشرع للبلدية في مواجهة سلطة الرقابة المسلطة عليه من قبل الوالي ، جواز الطعن في القرار المتضمن ببطلان المداولة عن طريق التظلم الإداري ، الذي يكون إما ولائيا يوجه للوالي باعتباره السلطة مصدره القرار ، أو قد يكون رئاسيا إلى الوزير المكلف بالداخلية .

كما أن اللجوء إلى الطعن القضائي أمام المحاكم الإدارية ، بنشر دعوى الإلغاء في هذا القرار وفقا للإجراءات و الأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .¹

¹ علاء الدين عشي ، المرجع السابق ، ص ص 56-57

الفهرس

الصفحة	العنوان
ا-ب	مقدمة
3	الفصل الأول : ماهية المركزية الإدارية
3	المبحث الأول : مفهوم اللامركزية الإدارية
3	المطلب الأول : تعريف اللامركزية الإدارية
4	المطلب الثاني : أركان اللامركزية الإدارية
4	المطلب الثالث : صور اللامركزية الإدارية
5	الفرع الأول : اللامركزية الإقليمية
5	الفرع الثاني: اللامركزية المرفقية
6	المطلب الرابع: تقدير نظام اللامركزية الإدارية
7	الفرع الأول : مزايا اللامركزية الإدارية
7	الفرع الثاني : عيوب اللامركزية الإدارية
7	المبحث الثاني: ماهية البلدية في قانون 10-11
8	المطلب الأول : تعريف البلدية
8	الفرع الأول: الإطار الإقليمي
8	الفرع الثاني : خصائص البلدية
9	المطلب الثاني: هيئات البلدية
9	الفرع الأول: المجلس الشعبي البلدي

10	الفرع الثاني: رئيس المجلس الشعبي البلدي
17	الفصل الثاني: الوصايا الإدارية في قانون 10-11
17	المبحث الأول: مفهوم الوصايا الإدارية
17	المطلب الأول: تعريف الوصايا الإدارية
18	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوصايا الإدارية
19	المبحث الثاني: الوصاية أو الرقابة الذاتية للهيئات اللامركزية
19	المطلب الأول: تعريف الوصايا الذاتية للهيئات اللامركزية
20	المطلب الثاني: صور الوصاية الذاتية للهيئات اللامركزية
21	الفرع الأول: الرقابة التلقائية
21	الفرع الثاني: الرقابة بناء على تظلم
22	المطلب الثالث: مظاهر الرقابة الإدارية
22	الفرع الأول: الرقابة على الهيئات ذاتها
22	الفرع الثاني: الرقابة على الأشخاص
22	الفرع الثالث: الرقابة على الأعمال
24	المبحث الثالث: الرقابة على البلدية في ظل قانون 10-11
25	المطلب الأول: على المجلس الرقابة
25	الفرع الأول: احترام مبدأ المشروعية
25	الفرع الثاني: حماية المصلحة العامة
26	المطلب الثاني: الرقابة على أعمال المجلس
26	الفرع الأول: المصادقة الضمنية على مداوات المجلس البلدي

27	المطلب الثاني: الرقابة على أعمال المجلس
27	الفرع الأول: المصادقة الضمنية على مداولات المجلس البلدي
27	الفرع الثاني: المصادقة الصريحة
30-29	الخاتمة
	قائمة المصادر و المراجع

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

شكر و عرفان

و ما توفيقى إلا بالله

الحمد لله الذي منحني الصبر و القوة و الثبات لإتمام هذا العمل، أتقدم بالشكر و التقدير إلى كل من ساعدني في انجاز هذه المذكرة و اخص بالذكر الأستاذة الفاضلة:

زوزو هدى

التي لم تبخل عليا بتوجيهاتها القيمة طوال سير البحث و إلى موظفو مكتبة كلية الحقوق العلوم السياسية و إلى من ساعدني سواء من قريب أو بعيد

و إلى كل هؤلاء ألف شكر

الخاتمة

بناء على ماتم دراسته نجد أن موضوع الإدارة المحلية جد متشعب لكن رغم ذلك حاولنا الجمع من هنا و هناك للقيام بالدراسة و البحث حول الهيئات الإقليمية في الجزائر ، و المتمثلة أساسا في كل من البلدية و الولاية.

و توصلنا من خلال هذه الدراسة أن البلدية بصفتها الهيكل القاعدي للدولة و الوسيلة الأكثر نجاعة، لتقريب الإدارة من المواطن فهي روح الديمقراطية الشعبية و بالرغم من استقلالية هذه الهيئات إلا أن استقلالها نسبي و ذلك لخضوعها لنوع من الرقابة أو الإشراف تمارسه السلطة المركزية اصطلح الفقه على تسميته " الوصاية الإدارية "

بحيث تعتبر الوصاية الإدارية استثناء على أصل عام هي استقلال الهيئات اللامركزية و ترتيبا على ذلك لا يفترض وجود الوصاية الإدارية ولا تقرر إلا بنص صريح و في حدود هذا النص. و من أهم النتائج المتوصل إليها أن :

الوصاية الإدارية تهدف إلى ضمان احترام مبدأ المشروعية بالنسبة لجميع الأعمال الصادرة من جانب الهيئات اللامركزية الخاضعة للوصاية و لذلك فان رقابة سلطة الوصاية تتناول من حيث المبدأ قانونية أو مشروعية القرار

من أهم وأخطر مظاهر الوصاية الإدارية على الهيئات اللامركزية حل و إيقاف لهذه الهيئات، و لهذا يحاط هذا الإجراء بضمانات خاصة أهمها اشتراط إجراء الانتخابات

الوصاية الإدارية لا يترتب عليها منح السلطة المركزية حق توجيه و تعليمات ملزمة إلى الهيئات اللامركزية المشمولة بالوصاية، ذلك لأن إصدار توجيهات و أوامر و تعليمات يقوم في شأنها واجب الطاعة لا يتفق مع استقلال الهيئات اللامركزية.

الخاتمة:

أوضحت لنا هذه الدراسة لموضوع (الضمانات المالية للمصلحة المتعاقدة)، أنه موضوع بالغ الأهمية، لما له من علاقة بالمال العام، وبما أوكله المشرع للمصلحة المتعاقدة، (دولة، ولاية، بلدية، مؤسسة إدارية، هيئة عمومية...)، من مهمة عقد الصفقة، لما تمتاز به من سلطة عامة، والذي له صلة بالمال العام للدولة وما يتطلبه من ترشيد في الإنفاق من جهة، ومن جهة أخرى بإشباع رغبات الجمهور وخدمة الصالح العام.

فسن لها قانون الصفقات العمومية، والذي من خلاله تتميز على المتعاقد معها بإلزامه وإجباره تطبيق البنود الواردة في دفتر الشروط قبل التعاقد معها، والمتعلقة بوثائق الصفقة الواجب الوفاء والالتزام بتنفيذهما، ومجال المنافسة المبين لحالات الإقصاء من المشاركة من ناحية، ومن ناحية أخرى أثناء وبعد تنفيذ الصفقة، والمتمثلة في الكفالات والرهن الحيازي للصفقة وسلطة توقيع الجزاء من قبل المصلحة المتعاقدة، واللذان يمثلان الجانب المالي للصفقة، وهما بمثابة ضمانات مالية للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها.

إلا أنه في الواقع ما تزال الصفقات العمومية غير مؤمنة كما ينبغي، وهذا راجع للتطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي المستمر، بالرغم من جملة النصوص القانونية التي تحيط بها والمحيّنة دورياً. والتي بقي يكتسبها بعض الغموض في تنفيذها، خاصة إبرام العقود بالتراضي وطرق الرقابة المعتمدة على المتعامل المتعاقد بشتى أنواعها (قبلية وبعديّة). مما يثير كثير من التساؤل وما هي الخطوات الواجب اتخاذها؟ لبتريد إهدار المال العام. وعليه سنحاول اقتراح بعض التوصيات:

1. إشراك ذوي الكفاءة والخبرة المعنيين من خارج القطاع في صفقات التراضي.
2. إخضاع الغلاف المالي للصفقات ذات الأهمية القصوى والتي تتطلب تقنيات عالية إلى معايير عالمية.
3. فرض رقابة حقيقية فجائية قبلية وبعديّة من السلطات المختصة من خارج الإقليم على حسن تنفيذ الصفقة.
4. تعميم دور الرقابة إلى المجتمع المدني في حالة الاخلال في التنفيذ.
5. تحيين نصوص الصفقات العمومية كلما دعت الحاجة إليها، مع تدارك الأخطاء السابقة.

قال جلّ وعلا:

{يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ}

وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه:

ما الفخر إلا لأهل العلم إنهم *** على الهدى لمن استهدى أدلاء

وقدر كل امرئ ما كان يحسنه *** والجاهلون لأهل العلم أعداء

ففض بعلم تعش حياً به أبدا *** الناس موتى وأهل العلم أحياء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و عرفان

أتوجّه بعظيم الشكر للمولى عز وجل الذي وفّقني وأعانتني لإنجاز هذه المذكرة
بإذنه وقوته.

كما يتسنى لي أن أتقدم بخالص الشكر لمن وجّهني وقيّد عملي المتواضع في
إطاره السليم الأستاذ المشرف: دبابش عبد الرؤوف

إلى كل من لم يبخل عليّ بالمشورة والمعلومة وقدم لي يد العون:

الدكتور فرحات خدران، محمد الهاشمي بوحفص

إلى كل أساتذتي الذين درسوني وأناروا لي طريق العلم ودربه.

تمر الصفقة العمومية في الجزائر طبقا لتنظيم الصفقات العمومية بمراحل طويلة حتى تظهر لحيز الحدود خاصة فيما تعلق بأسلوب المناقصة، فالمشرع حرص من خلال مواد كثيرة وردت في المرسوم الرئاسي 10-236 أن يدفع الإدارة المتعاقدة على تجسيد نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين العارضين وشفافية المعاملة العقدية وعلانية الصفقة العمومية، وهي مبادئ ورد ذكرها في المادة 3 من المرسوم الجديد.

وتقتضي جملة هذه المبادئ التريث في مرحلة الابرام وحسن اختيار المتعاقد، وهو ما يستوجب أيضا مرور الصفقة بمراحل طويلة.

كما تحتاج الصفقة العمومية سواء كانت صفقة أشغال أو اقتناء لوازم أو خدمات أو دراسات إلى غلاف مالي تدفعه الإدارة للمتعاقد معها، لذا فإن أول خطوة ينبغي القيام بها هو اتباع جملة الإجراءات التحضيرية اللازمة بغرض توفير الجانب المالي للصفقة.

ومن الفائدة الاشارة أن الوعاء المالي للصفقة أحيانا يرصد على حساب الاعتماد المالي للدولة، وأحيانا أخرى يقيد ويحسب في ميزانية الإدارة المعنية أو ما يسمى بميزانية القطاع¹. وفي هذا المجال تتدخل أطراف أخرى كالبنك المركزي كأداة وطنية في اعتماد الأغلفة المالية لمشاريع الحكومة وهو ما ورد في نص المادة 56 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، "تستشير الحكومة البنك المركزي في كل مشروع قانون ونص تنظيمي يتعلق بالأموال المالية والنقدية".

يمكن البنك المركزي أن يقترح على الحكومة اتخاذ أي تدبير يرى المحافظ أو المجلس أن من شأنه أن يحسن ميزان المدفوعات وحركة الأسعار وأحوال المالية العامة وبشكل عام إنماء الاقتصاد الوطني².

ومن ضمن أهم مراحل الصفقة أو إعدادها وثيقة دفتر الشروط حيث يعرفها الأستاذ الدكتور عمار بوضياف: "يقصد بدفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة

1- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية الجزائر، 1432هـ-

2011م، ص 140/141.

2- فؤاد حجري، قانون الصفقات العمومية القوانين الخاصة بالاقتصاد، ديوان المطبوعات الجامعية، 04-2006، ص 252.

وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفيات اختيار المتعاقد معها. فالإدارة حين اعداد دفتر الشروط في كل صفقة عمومية تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة وتجند كل إداراته المعنيين من أجل الوصول إلى اعداد دفتر شوط يحقق الأهداف المسطرة.

وطبقا للمادة 10 من المرسوم الرئاسي 10-236 فإن دفتر الشروط يتضمن على الخصوص ما يأتي:

أولاً: دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات. والتي تمت الموافقة عليها بمرسوم تنفيذي.

ولقد صدر قرار بتاريخ 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل. ونشر في العدد 6 من الجريدة الرسمية لسنة 1965. وتضمن هذا الدفتر أحكاما مختلفة تتعلق بالصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو تصنيف الصفقات، أو الآجال، أو شروط المشاركة في المناقصات والوثائق المطلوبة. وأحكام المناقصة والمزايدة. والتأشيرة على الوثائق، وشكل المشاركات، وفتح الأظرف. كما تضمن الدفتر أحكاما تنظيمية تتعلق بطريقة التراضي، وأخرى تتعلق بالضمانات، وتنفيذ الأشغال، وسلطات الإدارة في مجال التنفيذ، والتسوية المالية للصفقة، وسائر التسبيقات وكذلك تضمن أحكاما تتعلق بالمنازعات معترفا في المادة 52 منه بعرض النزاع الذي ينشأ بين المقاول والوزير على اختصاص القضاء الإداري. وبصفة عامة يعد هذا القرار بمثابة خريطة طريق شاملة وكاملة في مجال صفقات الأشغال.

ثانياً: دفاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل صفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الخدمات والتي تمت الموافقة عليها من قبل الوزير المعني.

ثالثاً: دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

ويجسد دفتر الشروط بحق مظهرها من مظاهر ممارسة السلطة العامة، كيف لا وأن الإدارة عندما تضع شروطا ما في دفتر أعباء ما لا يجوز للعارض التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها¹.

وعليه سوف نحاول التعرف في هذا الفصل على الضمانات المالية للمصلحة المتعاقدة قبل تنفيذ الصفقة من خلال مبحثين:

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص 142/143/144.

المبحث الأول: الضمانات المتعلقة بوثائق الصفقة

هي ضمانات مالية يتقدم بها المتعهدون المشاركون في المناقصة أو أحد أنواعها، وذلك قبل إرساء الصفقة للمتعامل المتعاقد الذي يتم اختياره، وتكون هذه الضمانات في شكل وثائق أو كمبيالات أو سندات، وهذا ما أكد عليه المشرع في مختلف قوانين الصفقات العمومية، "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفية استرجاعها حسب الحالة، في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة، استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها. (المادة 92 من المرسوم الرئاسي 10-236)¹.

"إن أهم موضوع بالنسبة لطرفي العقد هو الضمانات المالية، ولهذا نجد كل طرف يعمل على إيجاد الصيغ القانونية اللازمة لحماية مصالحه.

فإذا كان للطرف هم وحيد متمثل في مصلحته والتي تركز أصلا في ضرورة حصوله على مبلغ الصفقة، وكل المصاريف الإضافية الأخرى التي لم يتوقعها طالبا من (المصلحة المتعاقدة) حالة توفر شروطها مراجعة العقد².

وعليه سوف نحاول التعرف على هذه الوثائق وذلك من خلال ما أسسه المشرع في قوانين الصفقات العمومية، وأولها ما ذكر في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 10-236 في البند الثاني من الفقرة الأولى (العرض التقني) كفالة التعهد في المطلب الأول.

¹ - المرسوم الرئاسي 10-236 مؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

² - معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر-بن عكنون-1998، ص118.

المطلب الأول: كفالة التعهد caution de soumission**الفرع الأول: تعريف الكفالة**

حسب القانون المدني في المادة 644 منه "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه " يستشف منه أن للكفالة عنصران، أحدهما مادي يتم بواسطته ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أية قيمة أخرى والآخر عنصر الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من طرف شخص آخر وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية والتضامنية.

وتعتبر الكفالة تقنية بسيطة وسهلة في تكوينها بحيث لا تتطلب أي شكل محدد ماعدا شرط الكتابة لأجل الإثبات وتمثل فائدة قانونية لجميع الأطراف، وقد عرفت ازدهارا واسعا في مختلف أنحاء العالم باعتبارها وسيلة للضمان وهذا بفضل تدخل البنوك والمؤسسات المصرفية لتمويل المشاريع وكذا الأفراد للمساهمة في عمليات الإنتاج وتنشيط الاقتصاد خاصة وأن هذا التمويل أصبح ضروريا لكون البنوك تحتاج إلى وسائل معينة تضمن لها عودة أموالها المقترضة إلى الغير وتجنب خطر إفسار المدين، وغالبا ما تكون الكفالة هي الوسيلة المثلى لتقديم هذا الضمان، إلا أنه قد يتعرض الدائن لنفس المخاطر التي يتعرض لها المدين وهو خطر إفسار الكفيل ولذلك فإن قيمة الكفالة في الضمان تتحدد على أساس مركز الكفيل ودرجة يسره.

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة**أولا: عقد رضائي**

وينعد بمجرد تراضي بين الدائن le créateur والكفيل le cautionnaire ولا يشترط فيه أي شكل خاص، لكن اشترط المشرع الكتابة للإثبات فقط وليس للانعقاد.

ثانيا: عقد تابع لوجود التزام أصلي

أي التزام بين الدائن والمدين لكي يركز عليه وتقدم على ضمان الوفاء، ولا يمكن للكفالة أن تتجاوز حدود الالتزام الأصلي أو تعتقد بشرط أشد من شروطه.

ثالثا: عقد ملزم بجانب واحد

في الأصل الكفيل هو من يلتزم بعقد الكفالة بضمان تنفيذ التزام يقع على عاتق الشخص المدين إزاء الطرف الدائن في العقد، ولا يلتزم هذا الأخير عادة بشيء نحو الكفيل غير أنه إذا التزم نحوه بدفع مقابل نظير كفالته للدين فإننا بصدد عقد ملزم لجانبين إضافة لكون الكفالة عقد ضمان وتبرعي¹.

«أما من الجانب القانوني فهو عقد يضمنها العرض ل عرضه، ضمانا منه لجدية عرضه، ولم تنص التنظيمات السابقة على الزامية وضرورة الكفالة وهذا لا يعني أن هذه الكفالة استحدثت بموجب المادة 45 من المرسوم 10-236، فمثلا المرسوم 82-145 كان ينص في مادته 46 على "الزامية الضمان عند الاقتضاء" وذلك بسردها البيانات الواجبة في إعلان المنافسة، كما أن المادة 48 من نفس المرسوم نصت على أنه "تحتوي الوثائق المتعلقة بالدعوة للمنافسة... لا سيما ما يلي: الشروط ذات الطابع التقني والاقتصادي والضمانات المالية حسب الحالة".

الفرع الثالث: الهدف من تقديم كفالة التعهد

اشتراط المصلحة المتعاقدة لتقديم كفالة التعهد من طرف المتعهدين الراغبين في التعاقد معها ترمي من خلاله إلى تحقيق عدة أهداف:

أولا: ضمان ملائمة المنافس المالية لخزينة ومصادقية عرضه.

ثانيا: ضمان نية العارض في تنفيذ العقد فيما لو رست عليه المناقصة حيث تستحق لخزينة المصلحة المتعاقدة في حال لم يتم بالتنفيذ.

ثالثا: المساواة بين المتعهدين.

الفرع الرابع: نطاق تقديم الكفالة

القصد من النطاق هو أنواع الصفقات التي يشترط فيها تقديم كفالة التعهد، حيث تنص المادة 51 من مرسوم 10-236 "....كفالة التعهد الخاصة بصفقات الأشغال واللوازم"، وبذلك

¹ - بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع/قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، 2008/2009، ص 98/97.

حددت نوعين من الصفقات وهي المذكورة على التوالي، إلا أنه بقراءة بسيطة للمادة فإن كفالة التعهد إجبارية في الصفقات السابقة الذكر أما فيما عداها فلا يعني ذلك غيابها نهائياً إنما يمكن أن تشترط المصلحة المتعاقدة كفالة التعهد في بعض العروض الخاصة بأنواع الصفقات الأخرى.

الفرع الخامس: مبلغ كفالة التعهد

وفقاً لنص المادة 51 المذكورة أعلاه تفرض كفالة التعهد في الصفقات المتعلقة باللوازم والأشغال بمبلغ لا يقل عن 1% من مبلغ العرض، ويلاحظ أن هذه النسبة لم يسبق النص عليها في التنظيمات السابقة لصدور المرسوم 02-250¹. كما أنها تفوق 1% من مبلغ العرض فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات، والواجب ذكرها في دفتر الشروط المتعلقة بالمناقصات، طبقاً للمادة 132 أدناه، ويجب أن تصدر كفالة تعهد المؤسسة الأجنبية من طرف بنك جزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

في حالة الاستشارة الانتقائية، فإنه يجب إدراج كفالة التعهد المذكورة أعلاه، في ظرف مقفل يحمل عبارة "كفالة تعهد" لا يفتح إلا عند فتح الأظرف المالية². كما أوجب كذلك في نفس الفقرة من نفس المادة في البند الرابع منها على الشهادات الجبائية وشهادات هيئات الضمان الاجتماعي وهو المطلوب في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الشهادات الجبائية

يهدف المشرع من خلال فرضه لهذه الشهادات إلى التحقق من مصداقية الأطراف المشاركة بالتعهدات تجاه الهيئات الإدارية العامة من جهة، ومن جهة أخرى إلى تعبئة الموارد الخاصة بالخرينة العمومية والتي يجب أن تستهدف الصالح العام والخدمة العمومية من خلال

¹ - صالح زمال، المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير 2010، ص 53/52/51.

² - مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 7 أكتوبر سنة 2010، المرجع السابق.

ترشيد نفقاتها، وهذا لا يتأتى إلا بفرض هذا النوع من الالتزام في مثل هذه المناقصات أو الصفقات التي تجبر المشاركين في التعهدات من الوفاء بالتزاماتهم. ومنه سوف نحاول التعرف على الضريبة وأهدافها العامة؟.

«تعتبر الضريبة من أقدم وأهم المصادر المالية للدولة نظرا لضخامة الأموال التي توفرها للخرينة العامة، وقد تزايدت أهميتها بتزايد حصتها في هيكل الإيرادات العامة وكذا الدور الكبير الذي تلعبه في مجال تحقيق أهداف الدولة السياسية والمالية والاجتماعية والاقتصادية والتنمية ومن ثم ضخامة آثارها على مختلف مستويات القطاع الإنتاجية والاستهلاكية والتوزيعية. ونظرا للأهمية التي تتصف بها الضريبة في مختلف المجالات الجبائية وكثرة ما تثيره من مسائل تستحق الدراسة.

الفرع الأول: تعريف الضريبة

في غياب تعريف تشريعي يمكن أن نعرف الضريبة على أنها "مساهمة نقدية تفرض على المكلفين بها حسب قدراتهم التساهمية و التي تقوم عن طريق السلطة ، بتحويل الأموال المحصلة و بشكل نهائي و دون مقابل محدد تحقيق الأهداف المحددة من طرف السلطة العمومية."

وتعرف كذلك بأنها " اقتطاع نقدي ذو سلطة ، نهائي دون مقابل منجز لفائدة الجماعات الإقليمية (الدولة وجماعاتها المحلية) أو لصالح الهيئات العمومية الإقليمية "

فالضريبة هي " فريضة مالية يدفعها الفرد جبرا إلى الدولة أو لإحدى الهيئات العامة دون أن يعود عليه نفع خاص مقابل دفع الضريبة ."

ويعرفها أساتذة الفكر المالي على أنها " فريضة نقدية تقتطعها الدولة ، أو من ينوب عنها من أشخاص القانون العام من أموال الأفراد جبرا وبصفة نهائية وبدون مقابل ، وتستخدمها لتغطية نفقاتها والوفاء بمقتضيات وأهداف السياسة المالية العامة للدولة."

كما ينظر إليها على أنها "اقتطاع نقدي جبري نهائي يتحمله المكلف ويقوم بدفعه بلا مقابل لمقدرته على الدفع مساهمة منه في الأعباء العامة أو لتدخل الدولة لتحقيق أهداف معينة "، وفي تعريف آخر لها فهي " مبلغ من المال تقوم بجبايته الدولة جبرا من الأفراد بهدف تحقيق الصالح العام دون أن يرتبط ذلك تحقيق نفع خاص لدافع الضريبة" .

ويمكننا إعطاء التعريف العام للضريبة على النحو التالي :

"هي اقتطاع مبلغ من المال يلزم الأفراد بشكل إجباري دفعه للسلطات العامة بدون مقابل وفقا لقواعد مقررة من أجل تغطية أعباء الدولة و السلطات الجهوية".
ويهدف المشرع هنا من الزام المتعهدين المترشحين بضرورة وفائهم للالتزاماتهم لجميع مصالح الإدارة العامة في البلد وعدم الاخلال بها، لأنها تشكل جزء من مصداقية المتعهدين في هذا المجال والجزء الباقي يمثل عائدات للخزينة العمومية.

الفرع الثاني: أهداف الضريب

تفرض الضريبة على الأشخاص من أجل تحقيق أغراض معينة يأتي في مقدمتها الهدف التمويلي باعتبارها مصدرا هاما للإيرادات العامة بالإضافة إلى الأهداف المالية و السياسية و الاقتصادية الأخرى، و قد تطورت هذه الأهداف بتطور دور الدولة.
ففي ظل المالية التقليدية عندما كانت فكرة الدولة الحارسة مهيمنة، كان الهدف من الضريبة هدفا ماليا بحتا أي تحقيق إيرادات للدولة، تستطيع أن تواجه بها نفقاتها المحدودة من اجل تسيير المرافق العامة. أي أن دور الضريبة كان محايدا كدور الدولة في ذلك الوقت بمعنى أنه لا يترتب على فرضها أي أثر في الجوانب الاقتصادية و الاجتماعية للأفراد فيما يخض توزيع الدخل أو التأثير في قراراتهم الاقتصادية المختلفة التي يجب أن يتم أخذها تبعا للقوى الفاعلة داخل السوق.

لكن مع تطور دور الدولة زيادة أنشطتها و تدخلها في الحياة الاقتصادية بصورة فعالة تطورات أهداف الضريبة. هذا الاقتطاع الإجباري الذي أصبح بمثابة أداة أساسية في يد الدولة لتحقيق أهدافها الاقتصادية والسياسية و الاجتماعية فهي تمثل أداة من أدوات السياسة الاقتصادية ووفق درجة النمو الاقتصادي. إذ يختلف دورها حسب الأيديولوجية و المعتقدات المهيمنة في الدولة. كما أن للضريبة دورا هاما في البلدان النامية بصفة أساسية في تعبئة الموارد الاقتصادية و توجيهها إلى المشروعات التي تحقق أغراض التنمية و لذا فهي تستخدم في تشجيع المدفوعات و التأثير على الميل للاستثمار و توجيهه إلى الأنشطة الاقتصادية التي تمثل البنية الأساسية.

و من أهم أهداف الضريبة في العصر الحديث بصورة عامة نجد:

أولاً: الهدف المالي

يراد بالضريبة تغطية مقدار النفقات العامة و هذا هدف مالي و هو الهدف الوحيد للضريبة وفقا للفكر المالي التقليدي حيث أن ما تحققه الضريبة من أهداف اقتصادية و اجتماعية لم تكن أهدافا مقصودة بحد ذاتها. و في الوقت الذي نادى المفكرون التقليديون بضرورة الاقتصاد في النفقات العامة من أجل تخفيف العبء الضريبي على المجتمع أي من أجل أن تكون حصيله الضريبة أقل ما يمكن. فقد نادى الكتاب المعاصرون بضرورة الاقتصاد نفقات الجباية من أجل أن تكون حصيله الضريبة التي تذهب إلى خزنة الدولة أكبر ما يمكن.

ثانياً: الهدف الاقتصادي

إن الضريبة وفقا للفكر المالي المعاصر يمكن أن تكون ضريبة هادفة ترمي إلى تحقيق الأهداف الاقتصادية في التخصيص و التوزيع و الاستقرار و النمو وذلك من خلال التأثير على الدخل والادخار و الاستثمار والإنتاج.

ثالثاً: الهدف الاجتماعي

حيث يمكن استخدام الضريبة لتحقيق أهداف اجتماعية كإعادة توزيع الدخل والثروة، وذلك بالحيلولة دون تكتل الثروات بأيدي القلة من أنوار المجتمع و معالجة أزمات السكن و تطورات الزيف و محاربة عض الظواهر الغير المرغوب فيها¹.

المطلب الثالث: شهادات هيئات الضمان الاجتماعي (التأمين)

"يقصد بالتأمين هو الأمان في مواجهة خطر معين محتمل الوقوع وهذه الأخطار لا يمكن التكهّن بها وهي تختلف من عصر لآخر وقد تكون بفعل الإنسان أو الطبيعة ومن هذه الأخطار أصبح الإنسان يدخر جزءا من ماله لتفادي الخطر أو التقليل منه غير أنه قد يصبح غير كافي عندما تكون الأضرار كبيرة او يحدث الضرر قبل اكتمال الادخار وبهذا أدى إلى ظهور الادخار الجماعي للتأمين على الأخطار وبهذا ظهر مفهوم جديد للتأمين يقوم على فكرة التعاون ومعناه إذا كان الشخص من الصعب عليه تحمل الآثار وحده فإنه من السهل تحملها

1 - <http://etudiantdz.net/vb/showthread.php?t=17291>.

إذا ساهم غيره معه¹. وعليه فما هو مفهوم التأمين وما يترتب عليه من مسؤولية مدنية وتقصيرية؟

الفرع الأول: مفهوم التأمين

«يمكن أن نتطرق في هذا المجال إلى التعريف القانوني والتعريف الفني للتأمين.

أولاً: المفهوم القانوني للتأمين :

تنص المادة 619 ق م ج على أن التأمين هو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه بلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

وقد أعادت المادة 2 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات نفس التعريف تقريبا. ومن خلال ذلك ، فإن هناك علاقة قانونية ينشئها التأمين وهي علاقة بين طرفين : المؤمن له والمؤمن - المؤمن له يتعرض لخطر معين في ماله أو في شخصه.

- المؤمن يتعهد بتغطية هذا الخطر عند حدوثه مقابل ما يتلقاه من المؤمن له من أقساط. كما أن هناك شخص ثالثا في هذا العلاقة القانونية، حيث يمكن أن يشترط المؤمن له أن يدفع المؤمن مبلغ من التأمين في حالة حدوث الخطر إلى شخص آخر يتم تعيينه في العقد كأولاد المؤمن له أو والديه أو زوجه، هذا الشخص يسمى بالمستفيد (Bénéficiaire) . من خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص عناصر التأمين وهي: الخطر والقسط ومبلغ التأمين.

فالخطر: هو الحادث الذي يحتمل وقوعه، فقد يتحقق وقد لا يتحقق ، فإذا تحقق سمي كارثة والقسط: وهو المبلغ المالي الذي يلتزم المؤمن له بدفعه إلى المؤمن مقابل تغطية الخطر المؤمن منه.

ومبلغ التأمين أو التعويض: وهو المبلغ الذي يدفعه المؤمن للمؤمن له أو المستفيد من أجل تغطية الخطر عند تحققه.

1 - <http://www.algeridroit.fb.dz>.

ثانياً: المفهوم الفني للتأمين

يتصف التأمين بكونه عملية فنية لأنها تتعدى جملة من المبادئ الإحصائية والتنظيمية والحسابية منها:

- قانون الكثرة (الأعداد الكبيرة) وحساب الاحتمالات.

ويقوم هذا المبدأ على فكرة أن المؤمن يجمع بين أكبر عدد ممكن من المؤمن لهم المعرضين للخطر المؤمن منه، حيث أن فكرة التأمين تقوم على تبادل المساهمة في تحمل الخسائر بين المؤمن لهم الذين يجمعون أموالهم في شكل رصيد مشترك ولتحقيق هدف مشترك وهو تحمل الخسائر والأضرار التي تنتج عن الأخطار التي تهددهم فيتحمل كل واحد منهم جزء من الخطر الذي يتحقق بالنسبة لأحدهم .

le calcul des probabilités ويلجأ المؤمن إلى ما يسمى بحساب الاحتمالات بمعنى حساب عدد الفرص التي يمكن أن تتحقق فيها هذه الأخطار¹.

« ويشمل التأمين الإلزامي بصفة خاصة المسؤولية المدنية للمورد (سيارات وشاحنات)،

بالإضافة إلى التأمين على مخاطر العمل، والتأمين ضد الأضرار التي تقع للغير. وهذا يعني بصفة أساسية، تأميناً على أشياء يعتمد عليها في الورشة في مختلف مراحل البناء، أو أثناء عملية التركيب أو التجارب، بحيث تضمن وثيقة التأمين كل الخسائر أو الأضرار التي تلحق بالأموال المتواجدة والتي تكون للمورد حراسة أو حيازة عليها.

كما تمتد مسؤولية المورد التقصيرية، باعتباره حارس للموقع، في حالة ما إذا تسبب في حوادث ما تضر بالغير سواء أكانت هذه الأضرار جسمانية أو مادية أو أدبية، بحيث يشترط وقوع الفعل الضار على الأرض المحددة للورشة، بينما تستبعد كل الأعمال التي كانت نتيجة الخطأ العمدي أو التدليس أو الغش الصادرة من المؤمن له، أو الإخلال غير المغتفر بقواعد الفن، أو عن أحداث الحرب، أجنبية كانت أم أهلية، وأخيراً عن كوارث طبيعية²».

¹ - حوبة عبدالقادر، محاضرات في قانون التأمين للسنة الرابعة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي،

2010/2009.

² - معاشو عمار، مرجع سابق، ص 170.

الفرع الثاني: أهمية التأمين

تكمن أهميته في الوظائف التي يؤديها وهي:

أولاً: الوظيفة النفسية

تكمن الأهمية في الأمان والطمأنينة التي يشعر بها المؤمن له من الأخطار ويرتاح على مستقبله وأولاده وهذا ما يجعله يتحلى بروح المبادرة دون خوف من الحوادث والبطالة حيث أن المسؤولية في الاتجاه الحديث لم تشترط إثبات الخطأ.

ثانياً: الوظيفة الاجتماعية

يقوم التأمين على أساس التعاون وهو وظيفة اجتماعية يقوم بها كل المؤمن لهم لتجنب الخطر وتتحقق هذه الصورة في التأمين التبادلي وتتجلى الوظيفة في تشريعات العمل والتأمينات الاجتماعية وما يترتب عنها من انشاء مؤسسات خاصة للتعويض ضد الحوادث والبطالة والشيخوخة.

ثالثاً: الوظيفة الاقتصادية

يشكل الرصيد المتجمع من الأقساط المدفوعة من المؤمن لهم ويوظف هذا الرصيد في عمليات استثمارية وتجارية حيث أثبت الواقع أن الأخطار لا تقع مرة واحدة ولا تقع على جميع المؤمن لهم، كما نجد أن الشركات تقوم بتأمينات وكذلك الأجانب مما أدى إلى ظهور شركات تأمين دولية وإقليمية تقوم بتغطية الخسائر في المعاملات الدولية سواء تجارية أو استثمارية¹.

¹ - <http://www.algeridroit.fb.dz>, op.cit.

المبحث الثاني: الضمانات في مجال المنافسة

"إذا كان تنظيم الصفقات العمومية الجزائري قد كفل لجميع المترشحين المشاركة في

المناقصة وتقديم عروضهم تطبيقاً لمبدأ المساواة بين العارضين، فإن ذلك لا يمنع على الإطلاق من فرض شروط محدّدة تعلن عنها الإدارة سلفاً. كأن يتعلق الأمر بمناقصة محدودة فلا يجوز المشاركة فيها إلا للأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المعلن عنها.

ولقد جاءت المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 لتعلن عن إقصاء مؤقت أو نهائي

لمتعاملين ممن هم في وضعية ورد وصفها وتحديدها في المادة ذاتها. ومن هؤلاء المتعاملين¹ الذين تنازلوا عن تنفيذ صفقة، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 مكرر أدناه، - الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،

- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية، أو الصلح،

- الذين كانوا محل حكم قضائي له حجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية،

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية،

- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،

- الذين قاموا بتصريح كاذب،

- الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع، بعد استنفاد

إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما،

- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض للصفقات

العمومية، المنصوص عليها في المادة 61 من هذا المرسوم،

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش أصحاب المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة،

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 154.

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخافة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،
 - الأجانب المستفيدون من صفة، وأخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 24 من هذا المرسوم،
 تحدد كليات تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية¹.
 وبما أن مجال الصفقات العمومية همه الأول بالنسبة للمتعهدين هو الربح المالي فإن أي إقصاء بالنسبة لهم يمثل حرمان مالي في كل الحالات المذكورة سلفاً، والحالات المشروطة سواء بالأداء أو الامتناع على وجه الخصوص، وهو ما يمثل أحد الضمانات المالية للمصلحة المتعاقدة.

كما أن المشرع نظم أيضاً نصوصاً تشريعية تخص مجال المنافسة بالنظر لأهميتها ومنها الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 يتعلق بالمنافسة، حيث جاءت المادة الأولى منه: "يهدف هذا الأمر إلى تنظيم المنافسة الحرة وترقيتها وإلى تحديد قواعد حمايتها قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين. ويهدف أيضاً إلى تنظيم شفافية الممارسات التجارية ونزاهتها". والمادة الثانية منه: "يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون أو الجمعيات.

ويطبق أيضاً على كل العقود والاتفاقيات والتسويات أو الاتفاقيات التي يقصد بها انجاز نشاطات إنتاج و/أو توزيع سلع وخدمات"².

وهو ما استند إليه المشرع في هذه المادة من هذا المرسوم الجديد.

وفعلاً صدر القرار الوزاري بتاريخ 23 مارس 2010 عن وزير المالية معلناً عن كليات الإقصاء من المشتركة في الصفقات العمومية. وقد نشر في العدد 24 من الجريدة الرسمية لسنة 2010.

صور أو أشكال الإقصاء من المشاركة

رجوعاً لمقتضيات القرار الوزاري المذكور نجده قد صنف حالات الإقصاء على صنفين.
 إقصاء مؤقت وإقصاء نهائي. و صنف الإقصاء المؤقت بدوره إلى إقصاء تلقائي و آخر

1- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 7 أكتوبر سنة 2010، المرجع السابق.

2- فؤاد حجري، المرجع السابق، ص 305.

بموجب مقرر، واعترف للوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي المختص إقليمياً بإصدار مقرر الإقصاء.

المطلب الأول: حالات الإقصاء المؤقت Cas d'exclusion temporaire

ينقسم الإقصاء المؤقت إلى قسمين، إقصاء يتم بصفة تلقائية ولا يحتاج لصدور مقرر وبين القرار حالاته وإقصاء يثبت بمقرر صادر عن الجهة المختصة وبين أيضاً القرار حالاته، نفصل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: حالات الإقصاء المؤقت التلقائي

لا يحتاج الإقصاء المؤقت التلقائي إلى مقرر يثبته. لأن اسمه يدل عليه "تلقائي" فيكون المتعامل تلقائياً في وضعية ابعاد واقصاء متى توافرت أحد الحالات المبينة أدناه. وبينت المادة 3 من القرار الوزاري المذكور حالات الاقصاء المؤقت التلقائي وحصرتها في: أولاً: المتعاملون الذين هم في وضعية تسوية قضائية أو صلح. غير أن ذات المادة أوردت استثناءً يتعلق بترخيص بمواصلة النشاط يمنح هؤلاء من قبل القضاء المختص. وتبدو حالة الاقصاء منطقية فكيف يعقل اسناد صفقة عمومية بما لها من أبعاد تتعلق بالمصلحة العامة لمتعامل هو في وضعية تسوية قضائية.

ثانياً: المتعاملون الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية. وهنا أيضاً يبدو الاقصاء منطقياً فكيف يفتح باب المشاركة في مناقصة لأشخاص ثبت عدم وفائهم بالتزاماتهم الجبائية، وهم في وضعية مخالفة تجاه حقوق المجتمع وحقوق الخزينة العامة.

ثالثاً: المتعاملون الذين لم يستوفوا إجراء الايداع القانوني لحسابات شركاتهم. وهؤلاء أيضاً في وضعية مخالفة للتشريع المحاسبي، فكيف يعقل أن يفتح لهم باب المشاركة في المناقصة.

رابعاً: المتعاملون الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب غش جبائي. وقد حددت المادة 5 من القرار الوزاري مدة الاقصاء بـ 10 سنوات بما يعكس خطورة الفعل المنسوب للمتعامل. فطالما كانت الادانة بقرار نهائي نتيجة ارتكاب فعل الغش الجبائي، فجزاءً لهم يحرم هؤلاء من المشاركة في المناقصة.

خامسا: المتعاملون الذين ثبتت ادانتهم بصفة نهائية من قبل القضاء وهذا بسبب مخالفتهم لأحد التشريعات المبينة كما يلي:

(1) مخالفة القانون 81-10 المؤرخ في 11 يوليو 1981 والمتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب.

(2) مخالفة القانون 83-14 المؤرخ في 2 يوليو 1983 المعدل والمتمم والمتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي.

(3) مخالفة القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

(4) مخالفة القانون 90-11 المؤرخ في 25 ديسمبر 1990 والمتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل.

فكأنما المشرع أراد أن يقصر مجال المنافسة فقط على المتعاملين الذين هم في وضعية سليمة ونظامية تجاه تطبيق قوانين الجمهورية المتعلقة بوضعيتهم سواء في مجال تشغيل العمال الأجانب أو تشريع الضمان الاجتماعي أو قانون الوقاية الصحية والأمن وطب العمل أو قانون علاقات العمل. فطالما ثبتت المخالفة فهؤلاء بنظر القانون هم خارج مجال المنافسة إلى أن يعمل هؤلاء على تسوية وضعيتهم مع الإدارات المعنية ويثبتون ذلك بوثائق حينها يجوز لهم المشاركة. لذلك أطلق القرار على حالات الإقصاء هذه بالإقصاء التلقائي المؤقت.

الفرع الثاني: مدة الإقصاء المؤقت التلقائي

حددت المادة 5 من القرار الوزاري مدة الإقصاء المؤقت التلقائي بـ:

أولاً: حالة الغش الجبائي : يكون الإقصاء لمدة 10 سنوات.

ثانياً: حالة فسخ الصفقة على مسؤولية المتعامل وحالة مخالفة تشريع العمل والضمان الاجتماعي: يكون الإقصاء لمدة سنتين.

ثالثاً: حالة التصريح الكاذب والمخالفة التي تمس بالنزاهة: تكون مدة الإقصاء خمس سنوات.

الفرع الثالث: حالات الإقصاء المؤقت بموجب مقرر

بينت المادة 4 من القرار الوزاري المذكور حالات الإقصاء المؤقت بموجب مقرر. ومن هنا فهذه الوضعيات وهذا الإقصاء لا يكون تلقائياً، كما هو الحال في الصنف الأول، بل يحتاج لمقرر يثبت الوضعية، صادر عن الوزير المعني أو الوالي أو مسؤول الهيئة المستقلة. أما عن حالاته فقد بينها القرار كما يلي:

أولاً: المتعاملون الذين قاموا بتصريح كاذب. وهذا طبعاً من باب تكريس مبدأ التعامل النزيه في مجال الصفقات العمومية.

ثانياً: المتعاملون الذين صدر ضدهم قرار فسخ الصفقة للمرة الثانية تحت مسؤوليتهم. وهذا بعد استفاد طرق الطعن المقررة قانوناً. وهذه الحالة تبدو طبيعية جداً خاصة وأن فسخ الصفقة يدل على خطأ جسيم من جانب المتعامل ولا يعكس جديته والتزامه. فلماذا المجازفة في ابرام الصفقات العمومية مع هذا النوع من المتعاملين. لذا جاء القرار الوزاري وأبعدهم مؤقتاً بموجب مقرر صادر عن الجهات المختصة.

ثالثاً: المتعاملون الذين كانوا محل حكم قضائي حاز حجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

المطلب الثاني: حالات الإقصاء النهائي Cas d'exclusion définitive

ينقسم الإقصاء النهائي بدوره إلى نوعين، إقصاء نهائي تلقائي وإقصاء نهائي بموجب مقرر.

الفرع الأول: الإقصاء النهائي التلقائي L'exclusion automatique finale

إن الإقصاء التلقائي اسمه يدل عليه لا يحتاج إلى مقرر يثبته فهو متوافر بمجرد ثبوت الحالة أو الوضعية.

الفرع الثاني: حالات الإقصاء النهائي التلقائي

وبينتها المادة 7 من القرار المذكور كما يلي:

أولاً: المتعاملون الذين هم في وضعية افلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط. وهذا أمر طبيعي فمن كان في وضعية افلاس فلا يحتاج إلى مقرر يقصيه من المشاركة في منافسة تخص جهة ما فهو مقصى تلقائياً. ثم أنه لا يتصور اسناد صفقة لمعامل يعاني من هذه الوضعية.

ثانياً: المتعاملون الذين هم محل إجراء الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط. ويتصور هنا أن إجراءات الإفلاس في بدايتها.

ثالثاً: المرتكبون لجريمة الغش ومرتكبو المخالفات الخطيرة في مجال الجباية والجمارك والتجارة والمسجلون في البطاقة الوطنية، وهنا يصر المشرع مرة أخرى على أن مجال المنافسة يقتصر على المتعاملين الذين هم في وضعية سليمة من جميع الجوانب الجبائية والتجارية والجمركية، وحسنا فعل ذلك لجبر المتعاملين على السير في الاطار السليم والنظامي.

رابعاً: المتعاملون المسجلون في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية تطبيقاً للمادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236، وهذه أيضاً خطوة ايجابية ونوعية جاء بها المرسوم الجديد لمكافحة الفساد وقصر مجال المنافسة في كل المناقصات على المتعاملين خارج هذه القائمة السوداء أو قائمة المنع.

الفرع الثالث: حالات الإقصاء النهائي بمقرر

يحتاج الإقصاء النهائي بمقرر إلى تعبير الوزير أو الوالي أو مسؤول الهيئة الوطنية لمستقلة عن إرادته في ازالة متعامل ما بعد توافر أحد حالات الإقصاء النهائي المحددة في المادة 8 من القرار المذكور.

وبالرجوع لهذه المادة نجدها قد تضمنت حالتين:

أولاً: الأجانب الذين استفادوا من صفقة وأخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236 بما يعني أن خرجوا عن مجال الاستثمار المبين في الصفقة، فجزاء لهم عما اقترفوا من مخالفة خطيرة ابعدوا من مجال المنافسة بموجب مقرر صادر عن الجهات المخولة قانوناً.

ثانياً: المتعاملون الذين ثبت ارتكابهم لمخالفات خلال فترة محددة بالمعاودة أو العود، وحددت المادة 8 فترة 3 سنوات، وهذا يعني أن المتعامل ارتكب مخالفة أولى فتم إقصاؤه من الدخول

لمنافسة وقبل أن تمر مدة 3 سنوات ارتكب حالة عود لمخالفة التشريع، فهذا يقصى نهائياً جزءاً له عن مخالفاته المتكررة، ويثبت الإقصاء بمقرر صادر عن الوزير المختص أو الوالي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.

ومن المفيد الإشارة أن تطبق هذه الحالة لا يخص إلا المخالفات المبينة في المادة 3 من القرار الوزاري المذكور المطتان 5 و 6 والمادة 4 والسابق الإشارة إليهما.

وهكذا جاء المرسوم الجديد ليكرس مبدأ مكافحة الفساد بكل أشكاله ويلزم كل متعامل وطنياً كان أم أجنبياً على تطبيق التشريع الجاري به العمل في كل المجالات الجبائية والجمركية وتشريع العمل بمختلف فروع وأجزائه وبصفة عامة احترام وتطبيق كل قوانين الدولة.

وعلى العموم نؤكد أنّ حق المشاركة مكفول لكل عارض توفرت فيه الشروط المعلن عنها ما لم يحرم ويبعد بموجب نص خاص قانوناً كان أو تنظيمياً.

ولا يجوز في حالات الإقصاء المذكورة أنفاً أياً كان نوعها للمتعامل الاحتجاج بمبدأ المساواة والتذرع به، لأن هذا المبدأ لا يعني على الإطلاق الاعتراف بالحق المطلق واللامشروط للمتعامل بالمشاركة في المناقصة أو المنافسة، وإنما يتوقف ذلك على استجابة لجملة النصوص القانونية ذات العلاقة بمنظومة الصفقات كالنصوص المتعلقة بمجال العمل والضمان الاجتماعي والنصوص المتعلقة بالتجارة أو الجمارك أو التشريع الضريبي والجبائي وغيرها مما فرضه تنظيم الصفقات العمومية.

الفرع الرابع: آثار الإقصاء

طبقاً للمادة 5 من القرار الوزاري سابق الذكر فإن المتعامل الاقتصادي الذي يقصى من المشاركة في صفقة عمومية فإن الأثر يمتد لباقي الصفقات، فلا يمكن تصور حرمانه من منافسة لتوافر حالة من الحالات المشار إليها، ليفسح أمامه باب المشاركة في مناقصة أخرى، وحسنا فعل المشرع ذلك من باب الضغط أكثر على المتعاملين الاقتصاديين ودفعهم للنشاط النظامي وتطبيق قوانين الجمهورية وأن تكون وضعيتهم سليمة تجاه الإدارات الرسمية جبائية كانت أم غير ذلك¹.

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 155 وما يليها.

خلاصة الفصل:

يبرز المشرع الجزائري من خلال ما تطرقنا له في هذا الفصل قبل تنفيذ الصفقة، نيته في فرض تطبيق القوانين والتنظيمات الخاصة بالدولة الجزائرية والوفاء بدفع مستحققاتها على المتعهد المشارك في المناقصة أو أحد أنواعها، سواء كانت متعلقة بالطابع الإداري منها مثل الشهادات الجبائية أو الطابع المدني مثل عقود التأمين وشهادات الضمان الاجتماعي، وهذا يرجع لحرصه على الإيرادات العائدة للخزينة العامة للدولة، والتي تمثل أحد مكونات الميزانية العامة، أو النفقات التي يستوجب ترشيدها أثناء تنفيذ الصفقات العمومية والتي تمثل المكون الثاني للميزانية من جهة، ومن جهة ثانية محاولة مكافحة الفساد بشتى أنواعه عن طريق حالات الاقصاء التي نص عليها في هذا المرسوم وفي القرار الوزاري المبين لهذه الحالات وفي قوانين أخرى (مكافحة الفساد، المحاسبة العمومية، المنافسة).

سبقت الإشارة إلى أن دفاتر الشروط الصفقة المبرمة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها هي المحددة ما لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات، إلى جانب تلك الشروط المفروضة في كل العقود الإدارية والتي يجب احترامها حتى ولو لم تضمن كبنء صريح في بيانات الصفقة، فالمصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتوخى الدقة في صفقاتها المبرمة مع المتعامل المتعاقد لأنها تتعلق بالمرافق العامة والتي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام وإطراد في كل الأوقات ومن هذا المنطلق منحت الإدارة سلطات وحقوق استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام والتي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة تفقد الغرض الذي أبرمت من أجله، إذ تستطيع بمقتضاها أن تباشر حق الإشراف والرقابة والتعديل على تنفيذ الصفقة وأن تقوم بتنفيذ شروط الصفقة وفسخها وإنهائها بإرادتها المنفردة وهي سلطات خطيرة قد تؤدي إلى حرمان الطرف المتعاقد من حقوقه لذاتم وضع حدود وضوابط لممارسة هذه الامتيازات وجعلها تتماشى وأهداف سير المرافق العامة الرامية إلى تحقيق المنفعة العامة.

وعليه يتوجب على المتعامل المتعاقد أن يفي بالالتزامات والمهام المسندة إليه بموجب الصفقة المتعاقد عليها بكل دقة وأمانة لأنه في حالة الإخلال بها أو بإحداها أو التقصير في أدائها تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع أحد الجزاءات المقررة لذلك الإخلال وهذا كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة المتعاقدة.

وبما أن مرحلة التنفيذ هي تلك المرحلة العامة في مسار الصفقة العمومية فقد تمت إحاطتها بكم كبير من الأدوات القانونية الازمة لضمان سيرها الحسن تحقيقا لمبادئ إبرام الصفقات العمومية وتعد هذه الضمانات السبيل الأنجع لتأدية كل طرف لالتزاماته¹.

و بعدما تمت دراسة الضمانات المالية قبل تنفيذ الصفقة عبر ما ورد في دفتر الشروط من خلال القوانين المتعاقبة للصفقات العمومية في الفصل الأول، سوف نتناول في هذا الفصل الثاني الضمانات المالية أثناء وبعد تنفيذ الصفقة من خلال مبحثين، المبحث الأول: ضمانات مالية أثناء تنفيذ الصفقة، والمبحث الثاني: ضمانات مالية بعد تنفيذ الصفقة.

1 - بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 95.

المبحث الأول: الضمانات المالية أثناء تنفيذ الصفقة

تحرص المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية منذ البداية وفي المقام الأول على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقتر مالياً أي صاحب الكفاية المالية وهذا حسب ما جاءت به المواد 80 من المرسوم التنفيذي 343/91، والمادة 84 من المرسوم 82-145، والمادة 80 من المرسوم الرئاسي 02-250، والمادة 92 من المرسوم الرئاسي 10-236 عندما نصت « بأنه: يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة¹».

وبما أن المصلحة المتعاقدة يمكنها إبرام صفقات مع المتعامل الأجنبي فهو كذلك خاضع للتشريع الجزائري والمنصوص عليه في مختلف قوانين الصفقات العمومية.

ويقول الدكتور فليب لوبولونجي في دراسته العقود بين الدولة والمؤسسات الأجنبية، في قسم ضمانات التنفيذ:

« والعقود بين الدولة والمؤسسات الأجنبية مبنية على نظام حماية مكون من ضمانات المؤسسة الأجنبية ضد مخاطر عدم الدفع من جهة، ومن جهة أخرى ضمانات لتأمين تنفيذ العقد بالنسبة للدولة المتعاقدة²».

وفي هذا الصدد جاءت المادة الأولى من قانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية، "يحدد هذا القانون الأحكام التنفيذية العامة التي تطبق على الميزانيات والعمليات المالية الخاصة بالدولة والمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني ومجلس المحاسبة والميزانيات الملحقة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

1 - بحري اسماعيل، نفس المرجع، ص 96.

2- Philippe leboulanger، les contrats entre états et entreprises étrangères، collection droit des affaires et de l'entreprise، p 114.

كما يحدد هذا القانون التزامات الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين وكذا مسؤولياتهم، وتطبق هذه الأحكام كذلك على تنفيذ وتحقيق الإيرادات والنفقات العمومية وعمليات الخزينة وكذا نظام محاسبتها¹.

ومن هنا فإن المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم.

« وتتمثل الضمانات المالية في الكفالات الممنوحة من قبل المؤسسات المالية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، لم تتعرض مختلف التنظيمات المتعاقبة إلى إعطاء تعريفا خاصا للكفالة ولم تتعرض سوى للهدف منها والحالات التي تستدعي تقديمها، ولم يرد في هذا الشأن سوى ما نصت عليه تعليمة صندوق ضمان الصفقات العمومية بأنها ضمان مقدم من طرف الصندوق في مواجهة خطر عدم الملائمة المالية للمدين، دون الخوض كثيرا في أحكام وشروط تقديم الكفالات²».

وعليه سوف نتطرق لصندوق ضمان الصفقات العمومية ومهامه كهيئة مصرفية مستحدثة حديثا في المطلب الأول، ثم إلى كفالة رد التسبيقات في المطلب الثاني، ثم كفالة حسن التنفيذ في المطلب الثالث، ثم خصوصية الضمانات المقدمة من طرف المتعامل المتعاقد الأجنبي في المطلب الرابع.

المطلب الأول: صندوق ضمان الصفقات العمومية *caisse de garantie marchés publiques*

جاء في القانون الأساسي لصندوق ضمان الصفقات العمومية:

« مؤسسة عمومية ذات طبع صناعي وتجاري تم تأسيسها بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 98-67، المؤرخ في 21 فيفري سنة 1998 موضوع تحت وصاية وزارة المالية، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالية، وتعتبر تاجرة في علاقاتها مع الغير».

1- فؤاد حجري، المرجع السابق، ص284.

2 - صالح زمال، المرجع السابق، ص51/50.

حيث جاء في الباب الأول: (التسمية - الغرض - المقر) في المادة الثانية منه تحت عنوان.

الفرع الأول: الغرض le raison

باعتباره أداة أساسية للدولة (الصندوق) ترمي إلى الحفاظ على التوازن بين التطور المادي والمالي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج السنوية والمتعددة السنوات التي يتم تمويلها من ميزانية الدولة، تتمثل مهمة الصندوق في ضمان تمويل الصفقات والطلبات العمومية. وعلى هذا الأساس، يكلف الصندوق بتقديم ضماناته أو كفالته، بأي شكل، لتسهيل الإنجاز المالي للصفقات والطلبات العمومية.

كما يمكنه أيضا تسيير كل العمليات التي يمكن أن تكلفه بها الخزينة.

ونصت المادة الثالثة من نفس المرسوم:

من أجل تأدية المهام المخولة له يقوم الصندوق بتحديد مناهج التنظيم الملائمة وتعبئة كل الوسائل الضرورية لنشاطه. وفي هذا المجال، يجب عليه ما يلي:

أولاً: أن يقوم بتطوير أدوات الإعلام وتحليل الصفقات، بالتعاون الوثيق مع مختلف الأمرين بالصرف العموميين.

ثانياً: أن يطلب من مستفيدي الضمانات أو الكفالات، كل التبريرات وتقديم كل الوثائق الضرورية.

ثالثاً: أن يطلب مساعدة الإدارات العمومية ومختلف أجهزة الدولة، فيما يخص كل المعلومات والتحقيقات والرقابة الضرورية.

رابعاً: أن يتخذ كل التدابير المتعلقة بالضمانات الحقيقية الإضافية التي يراها مناسبة.

أما في الفصل الثالث من الباب الثالث أحكام مالية وفي المادة 22 منه فقد نصت:

تتضمن ميزانية الصندوق لتحقيق هدفه ما يأتي:

1) في باب الإيرادات:

أ. إعانة الدولة،

ب. تسبيقات الخزينة،

- ج. عمولات التسيير المتعلقة بالعمليات المنجزة،
 د. عمولات على الضمانات والكفالات والسندات التجارية الأخرى،
 هـ. نتائج توظيف الأموال،
 و. الاقتراضات المحتملة المبرمة طبقا للتنظيم الساري المفعول،
 ز. الهبات و الوصايا،
 ح. الموارد المالية اللازمة لإنجاز تبعات الخدمة التي تتم لحساب الدولة والمنصوص عليها في دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم.

2) في باب النفقات:

- أ. نفقات تجهيز الصندوق،
 ب. نفقات تسيير الصندوق،
 ج. النفقات المرتبطة باستغلال الصندوق وكل النفقات الأخرى الضرورية لتحقيق أهدافه¹.

ولكي يتمكن الصندوق من القيام بمنح مختلف الكفالات المنصوص عليها ضمن قانون الصفقات العمومية، فإنه يربط علاقات سواء مع البنوك المانحة للتمويل أو الأمرين بالصرف وكذا المتعاملين المتعاقدين حيث تبرز علاقة الصندوق بالبنوك في مجال الضمان الاحتياطي إذ يتدخل الصندوق كوسيط بين البنوك والخزينة العمومية لخصم السندات الإذنية.

أما علاقته مع الأمرين بالصرف في مجال الكفالة، وطبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 268/97 المؤرخ في 1997/07/21 المحدد للإجراءات المرتبطة بالالتزام وتنفيذ النفقات العمومية وحصر اختصاصات ومسؤوليات الأمرين بالصرف، يتدخل الصندوق من زاوية مراقبة طبيعة ومبلغ الصفقة التي سيضمونها وهذا من خلال نظام إعلام دائم مع الأمرين بالصرف حسب المادة 3 من المرسوم، كما تبرز هذه العلاقة من خلال رقابة تنفيذ الصفقات العمومية وفيما يخص رفع اليد على الكفالات التي يقدمها الصندوق للمؤسسات لا سيما "كفالة الضمان" يمكن للمصلحة المتعاقدة عن طريق الأمر بالصرف أن تشعر الصندوق برسالة موصى عليها

1- مرسوم تنفيذي 67-98، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11.

بعد تحرير الكفالة للمتعامل الحائز على الصفقة وتمديد الأجل لأكثر من شهر لأن الكفالة يتم رفع اليد عنها أليا بعد مضي شهر واحد ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي إلا في حلة عدم التزام المتعامل المتعاقد بجميع البنود العقدية وهنا تحرر كفالة الضمان برفع اليد صادر عن الأمر بالصرف ويوجه إلى الصندوق. أما علاقة الصندوق بالمؤسسة المتعاقدة فإن هذه الأخيرة تعتبر زبونا للصندوق فيما يخص الحصول على كفالاته و ضماناته حيث يقوم بإعلامها وتوجيهها ومنحها الكفالات، وفي المقابل تقدم المؤسسة التأمينات الضرورية، وذلك بالموازاة مع الأخطار التي يتحملها الصندوق مقابل القرض بتوقيع الذي تستفيد منه المؤسسات¹.

الفرع الثاني: دفتر الشروط الملحق annexe de cahier de charge

أولاً: وحسب المادة الأولى منه فإن إنشاء هذا الصندوق يرمي إلى التعريف بحقوقه والتزاماته بخصوص التبعات المنوطة به في إطار مهمته الرامية إلى خدمة الصالح العام. وهذا في المواد من واحد (1) إلى أربعة(4).

ثانياً: والمادة الثانية، يعمل صندوق ضمان الصفقات العمومية، في إطار إنجاز برامج التجهيز العمومية، وتحت أشكال مختلفة، على توفير ضمانه أو كفالاته، الرامية إلى تسهيل تنفيذ الصفقات مالياً، وكذا طلبات إنجاز الأشغال أو توريد التجهيزات والعتاد الممول بواسطة ميزانية الدولة.

ثالثاً: المادة الثالثة، يسمح الصندوق للحاصلين على صفقات وطلبات توريد عمومية، الاستفادة من تسبيقات مالية وتجنيذ مبلغ الديون المستحقة لهم بمناسبة إنجاز العقود أو طلبات التوريد العمومية.

رابعاً: المادة الرابعة، تطبيقاً للمادتين 2 و 3 المشار إليهما أعلاه، وفي إطار مهامه، يمكن صندوق ضمان الصفقات العمومية الحاصلين على طلبات أو صفقات عمومية، الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة:

1 - بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص103.

1. الاستفادة من التسبيقات التعاقدية والشرعية الموجهة لتغطية النفقات المقررة في إطار إنجاز الصفقات والطلبات، وفي هاته الحالة يتوجب على الحاصلين على هذه الصفقات أو الطلبات اكتابة سندات الأمر لصالح بنوكهم الدافعة. وتكفل السندات من طرف صندوق ضمان الصفقات العمومية.
 2. تعبئة الديون الناشئة بمناسبة إنجاز الصفقات والطلبات العمومية، وهذه التعبئة يمكن أن، تحدث خلال أو عند الانتهاء من إنجاز العقود باستظهار شهادة الحق في الدفع صادرة عن الأمر العمومي بالصراف صاحب المشروع.
 3. يمكنه الحصول على اعتمادات إجمالية بإمكانها تغطية احتياجاتهم التمويلية المسبقة دون تمييز أو تعبئة الديون عندما يتعلق الأمر بمؤسسات لها مبالغ منتظمة وهامة لصفقات مبرمة مع الدولة وتفرعاتها.
- أما المواد من خمسة (5) إلى احدى عشرة (11) فتمثل التزامات الصندوق¹. هذا ما ورد في المرسوم الذي أنشأ الصندوق ونظمه ووضع أسس سيره ومواده وأهدافه. وعليه فإن المهام والخدمات المذكورة أعلاه والمقدمة من طرف الصندوق تمثل ضمانة مالية للمصلحة المتعاقدة من قبل هيئة وطنية في مواجهة المتعامل المتعاقد معها من خلال ما توفره هذه الهيئة من ضمانات للمتعامل المتعاقد قبل إنجاز الصفقة وأثنائها. ومن ضمن هذه الضمانات كفالة رد التسبيقات التي سوف نتطرق لها في المطلب التالي.

المطلب الثاني: كفالة رد التسبيقات *retenue des avances caution*

سوف نتطرق في البداية إلى التعرف على التسبيق قبل رد التسبيق.

الفرع الأول: التسبيق *les avances*

وقد عرفه المرسوم الرئاسي في المادة 74 بأنه: " هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة".

1- مرسوم تنفيذي 98-67، المرجع السابق.

بما يعني أن المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة ورغم ذلك تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية، ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة.

ويتخذ التسبيق حسب المادة 76 من المرسوم الرئاسي أحد الشكلين:

أولاً: التسبيق الجزافي

وهو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدء تنفيذ الصفقة على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة. ويمكن أ، يدفع مرة واحدة كما يمكن توزيعه على فترات يتم الاتفاق عليها في الصفقة. وهذا ما نصت عليه المادة 79 من المرسوم الجديد.

غير أن المادة 78 من المرسوم الجديد أوردت استثناء على القاعدة العامة ألا وهي أن مبلغ التسبيق الجزافي لا يزيد عن 15% من السعر الأولي للصفقة فأجازت لمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا أكبر من النسبة المقررة في المادة 78 شريطة توافر ما يلي:

1) إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي ينجم عنه تحقيق ضرر أكيد. وهو ما يعني أن الضرر ثابت ومؤكد وليس احتماليا. فهنا يجوز الخروج عن القاعدة ومنح تسبيق أكثر من النسبة المذكورة. علما أن النص الجديد أي المادة 78 لم يضع سقفا محددًا بل أجاز مخالفة الحد بصورة مطلقة.

2) ضرورة استشارة لجنة الصفقات المعنية.

3) ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي.

ومن المفيد الإشارة أن التسبيق الجزافي في المادة 44 من القرار الوزاري الصادر في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على الصفقات

الأشغال والمنشور في العدد 6 من الجريدة الرسمية لسنة 1965 أطلق عليه بالتسبيق الإجمالي. ويبدو مصطلح الجزافي أبلغ وأدق.

ثانيا: التسبيق على التموين

وهو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تصرف المتعامل المتعاقد قبل تنفيذ إذا أثبت لجهة الادارة بموجب وثائق وعقود تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة أو المواد موضوع الصفقة. كأن يتعلق الأمر بعقد أشغال ويقدم المقاول المتعاقد مع الادارة سند إثبات يخص مادة الحديد أو الإسمنت ويطلب بناءً عليها بحقه بالتسبيق على التموين. ويجد هذا النوع من التسبيق أساسه القانوني في المادة 80 من المرسوم الجديد، والتي ورد فيها عبارة " يمكن أصحاب صفقات الأشغال والتزويد باللوازم...". بما يعني أن المسألة جوازيه وليست إجبارية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة. وأنها تتعلق بنوعين من الصفقات تم تحديدهما حصرا وهما صفقة الأشغال و صفقة اقتناء لوازم فلا يمتد الأمر لصفقة الخدمات و صفقة الدراسات، وهذا تمييز معقول لاختلاف العتبة المالية لكل نوع من الصفقات.

وفي حالة منح الادارة لتسبيق على التموين أجازت لها الفقرة الثانية من ذات المادة حق اشتراط تعهد أو التزام صريح من جانب المتعامل المتعاقد بإيداع المواد أو المنتجات في الورشة أو في مكان التسليم تحت طائلة إرجاع التسبيق، وهذا الشرط معقول، إذ لولاه لأصبح بإمكان المتعامل المتعاقد الاستفادة من تسبيق على التموين ثم تحويل هذه المواد لخدمة مشروع آخر لجهة ادارية ثانية.

إن الغرض الأساسي من تمكين المتعامل المتعاقد من هذه المبالغ هو مساعدته على تحمل الأعباء المالية للمشروع بهدف تنفيذ موضوع الصفقة في الأجال المتعاقد عليها. وعلى ذلك وجب استعمالها في الحدود التي فرضها القانون.

ويتضح من منطوق المادة 80 من المرسوم الجديد أن التسبيق على التموين لا يخص إلا عقد الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم بحكم القيمة المالية لهذين العقدين، وقد أجاز المرسوم للمتعامل المتعاقد حق الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين في النصين

المذكورين من باب افتراض حسن النية من جانب الإدارة في التعامل المتعاقد، فإن أثبت لها خلاف ذلك جاز لها اتخاذ الإجراءات المالية اللازمة.

غير أنه متى حدث الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التمويل فلا يجوز كحد أقصى أن يتجاوز 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 82 من المرسوم الجديد، ويبدو هذا الشرط في غاية من الموضوعية فلا يمكن وقبل البدء في التنفيذ أن يحصل المتعامل المتعاقد على أكثر من 50% من القيمة المالية للصفقة، ومن الطبيعي القول أن المبالغ المدفوعة بعنوان تسبيقات يتم اقتطاعها من المبلغ الإجمالي للصفقة¹.

الفرع الثاني: رد التسبيقات

ما بين الأمر 71-84 إلى المرسوم 82- لم تتضمن أحكام الأمر 67-90 أي شروط للحصول على التسبيقات الجزافية أو على التمويل عدى تحديد نسبته بـ 5% إلى 30% من سعر الصفقة، إلا أنه بداية من سنة 1971 تم وضع نظام تمييزي لصالح المتعاملين المتعاقدين العموميين في مواجهة مؤسسات القطاع الخاص بما فيها المؤسسات الأجنبية نوجزه في النقاط التالية بناء على النصوص القانونية التي تناولت مسألة التسبيقات:

أولاً: المادة 2 من الأمر 71-84² منحت إمكانية تقديم تسبيق جزافي لمؤسسات القطاع الخاص بنسبة 10% من سعر الصفقة، في حين تلزم المصلحة المتعاقدة بمنح تسبيق جزافي قدره 15% من سعر الصفقة.

ثانياً: تجاوز حجم التسبيق الممنوح لمؤسسات القطاع الخاص النسب السابقة ليصل إلى 25% بموجب الأمر 76-11¹ في حالة إبرام عقود البرنامج المنصوص عليها المعرفة طبقاً للمادة 3 من هذا الأمر.

1- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 221 وما يليها.

2 - الأمر 71-84 المؤرخ في 11 ذو القعدة عام 1391 الموافق لـ 29 ديسمبر 1974 يتضمن تعديل المواد 62-87-89 من الأمر رقم 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 107، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 1971.

ثالثاً: بصور المرسوم 82-145 تضمن نظام التسبيقات نفس أحكام المادة 2 من الأمر 71-84.

ومنذ صدور المرسوم التنفيذي 91-434 إلى غاية المرسوم الرئاسي 10-236 تميزت هذه المرحلة بتوحيد نظام التسبيقات لكافة المتعاملين المتعاقدين دون تمييز بين المؤسسات الكائنة بالجزائر وغيرها من المؤسسات الأجنبية².

أما حسب المرسوم الرئاسي 02-250

«إلا أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع أي تسبيق و من أي نوع كان للمتعامل المتعاقد معها إلا إذا تم دفع كفالة الإرجاع ضمانا لتسديدها، فكفالة التسبيقات هي التزامات بنكية بالدرجة الأولى تضمن من ناحية استقادة المتعامل المتعاقد من تسبيقات جزافية أو على التمويل و في المقابل تضمن المصلحة المتعاقدة استرجاع التسبيق أو التسبيقات التي تم منحها إلى المتعامل المتعاقد قبل أو أثناء تنفيذ الصفقة.

وغالبا ما تكون هذه الكفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات يتم إصدارها من طرف بنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو بنك أجنبي يعتمد بنك جزائري و يتم تحريرها حسب الصيغ التي تلائم المصلحة المتعاقدة و البنك الذي تنتمي إليه .

و بما أن التسبيقات قد تكون جزافية أو على حساب التمويل فإن كفالة إرجاع التسبيقات يمكن أيضا أن تكون كفالة إرجاع التسبيقات جزافية و منه تكون هذه الكفالة معادلة للتسبيق أو جزء منه شرط أن لا يتجاوز 15% بالمائة و هذه الكفالة قد لا تكون إجمالية إذا دفع التسبيق دفعة واحدة وقد تكون مجزئة الى حصص بنفس نسب تخصيص التسبيق الجزافي .

1- الأمر رقم 76-11 مؤرخ في 20 صفر عام 1391 الموافق ل 20 فبراير 1976 يتضمن تعديل الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 20، صادرة بتاريخ 09 مارس 1976.

2 - صالح زمال، المرجع السابق، ص48/49.

أما كفالة إرجاع التسبيقات على حساب التمويل، فإن مبلغ هذه الكفالة يكون معادلاً للتسبيق أو جزءاً منه و الذي لا تتجاوز نسبته 50% من مبلغ الصفقة¹.

« وقد تم النص على هذا النوع من الكفالات في المادة 75 من مرسوم 10-236 " لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقاً كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات".

كما أشارت المادة 84 إلى هذا النوع من الكفالات بقولها " يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة زيادة على رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 97" وبذلك تكون كفالة رد التسبيقات ضمان لإرجاع المبالغ المدفوعة في شكل تسبيق أو تسبيقات من طرف المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد سواء في بدء المشروع أو أثناءه.

ويتضح من خلال المادتين أن هذه الكفالة يقدمها المتعامل المتعاقد بعد أن ترسي عليه الصفقة وبعد حصوله على الأمر الأول (ods) من المصلحة المتعاقدة لبداية التنفيذ وتقديم طلبه للحصول على التسبيق للمصلحة المتعاقدة مرفقاً ملفه بكفالة رد التسبيقات.

الفرع الثالث: مبلغ كفالة رد التسبيقات

إن مبلغ كفالة رد التسبيقات هو نفس المبلغ الممنوح كتسبيق سواء كان على التمويل أو جزافي وفقاً لنص المادة 75 من المرسوم 10-236.

بالنسبة لكفالة رد التسبيقات الجزافي: فهي بمبلغ أقصى قدره 15% من السعر الأولي للصفقة والمنصوص عليه في المادة 65.

بالنسبة لكفالة رد التسبيقات على التمويل: في الحالة العادية لا يمكن أن تتجاوز المبلغ 35% وذلك بعد أن حددت المادة 70 سقف التسبيقات بنوعيتها بـ 50% إلا في حالات استثنائية يمكن

1 - بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 99/98.

أن يتجاوز هذا الحد¹. وعليه سوف نتطرق الى كفالة حسن التنفيذ التي تلي كغالة رد التسبيقات في المطلب الموالى.

المطلب الثالث: كفالة حسن التنفيذ **caution de bon execution**

« تعد كفالة حسن التنفيذ من الضمانات النقدية وتتمثل في كفالة مصرفية يصدرها بنك

أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده البنك الجزائري المختص وهي تشكل ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ حسن للصفقة وهذا حسب المادة 80 من المرسوم الرئاسى 02-250، لذا فهي تغطي المرحلة بين إعطاء الأمر ببدء التنفيذ والاستلام المؤقت للصفقة (ضمان العيوب الظاهرة).

وقد نصت المادة 84 على أن المتعامل المتعاقد يتعين عليه تقديم هذه الكفالة " كفالة حسن التنفيذ" إضافة إلى كفالة رد التسبيقات إلا في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات التي تحدد قائمتها بقرار وزارى مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعنى، وتحرر كفالة حسن التنفيذ حسب الصيغ المعتمدة من طرف المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه ويحدد مبلغها بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها وتسترجع في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائى للصفقة. ويجب تأسيس الكفالة في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد، علما أنه للمصلحة المتعاقدة إمكانية إعفاء المتعامل المتعاقد من هذه الكفالة إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر، إلا أن التجربة أثبتت في هذا المجال فرض الإدارة تأسيس مثل هذه الكفالة قياسا على عدة اعتبارات قانونية وأخرى واقعية أسوة بالمشرع في ميدان الصفقات العمومية في فرنسا أين يجب على المتعامل المتعاقد تأسيس ما يعرف بكفالة أول طلب وكذا اقتطاع الضمان، ويهدف أساسا إلى تغطية التحفظات المرتبطة باستلام الأشغال أو التوريدات (اللوازم)

1 - صالح زمال، المرجع السابق، ص52/53.

أو الخدمات وكذا تلك التي تظهر خلال مدة الضمان، ويعتبر هذا الاقتطاع خيارا بسيطا بالنسبة للمتعاقل المتعاقل وليس التزاما¹».

أما فيما يخص المرسوم 10-236، فهي كفالة تتم بموجب عقد يلتزم بموجبه المتعاقل المتعاقل بضمان تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة وفقا لما تم الاتفاق عليه تنفيذا كاملا ومطابقا تجاه المصلحة المتعاقل.

وتنص المادة 97 من المرسوم 10-236 على أنه " يتعين على المتعاقل المتعاقل أن يقدم كفالة حسن التنفيذ زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 63 من نفس المرسوم".

لم يرد النص على أنواع الصفقات التي يشترط فيها تقديم كفالة حسن التنفيذ، مما يفسر بأنها ملزمة التقديم في كل أنواع الصفقات مهما كان موضوعها سواء أشغال، توريد، دراسات أو خدمات.

الفرع الأول: ميعاد تأسيس كفالة حسن تنفيذ ومدة سريانها

تقدم كفالة حسن التنفيذ للصفقة خلال أجل لا يتعدى تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعاقل المتعاقل، ويترتب على ذلك كما سبقت الإشارة إلى رفع اليد الكلي عن كفالة التعهد التي قدمها المتعاقل المتعاقل الذي رست عليه الصفقة، وتسري هذه الكفالة من تاريخ الانطلاق في تنفيذ المشروع إلى غاية الاستلام المؤقت وبذلك تغطي هذه الأخيرة مخاطر عدم التنفيذ وفقا للبنود التعاقدية للصفقة بالنسبة للفترة الممتدة من تاريخ الأمر بالخدمة الصادر عن المصلحة المتعاقل حتى التسليم المؤقت.

الفرع الثاني: مبلغ كفالة حسن التنفيذ

يحدد مبلغها بـ 5% إلى 10% من مبلغ الصفقة وللمصلحة المتعاقل السلطة التقديرية في تحديدها ضمن هذه الحدود حسب أهمية وطبيعة الخدمات، في حين نصت المادة 86 من

1 - بحري اسماعيل، مرجع سبق ذكره، ص 99.

المرسوم 91-343 وكذا المادة 90 من المرسوم 82-145 فكانت لا تقل عن 5% من مبلغ الصفقة وفي الأمر 67-90 حدد مبلغ الكفالة كآآتي:

أولاً: لا تتجاوز 5% من المبلغ الأولي للصفقة إذا ما نصت الصفقة على مدة الضمان كما لا يجوز أن تتجاوز 10% في حال النص على مدة الضمان.

ثانياً: وللإشارة فإن صياغة المادة تبدو خاطئة ففي كلتا الحالتين حددت النسبة على أساس أن المدة المنصوص عليها لذا نرى أن صياغتها السليمة كآآتي: " لا يجوز أن يزيد مبلغ الكفالة على 5%... عندما لا تنص الصفقة على مدة الضمان...". في حين أن دفتر التعليمات العامة CCAG يحدد مبلغ الضمان بدفتر الشروط الخصوصية ولا يجوز أن يزيد عن 3% من المبلغ الأصلي للصفقة المزاد عليه عندما لا تتضمن الصفقة أجل الكفالة حدد 10% عندما تكون الصفقة لأجل الكفالة¹. ومنه السؤال هل المتعامل المتعاقد الأجنبي هو الآخر مفروضاً عليه ضمانات؟ وماهي خصوصيتها؟

المطلب الرابع: خصوصية الضمانات المقدمة من طرف المتعامل المتعاقد الأجنبي

إن ما يدفعنا لعرض مسألة الضمانات المالية المفروضة على المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر هو ما ميز مرسوم سنة 2010 فيما يتعلق بهذه الضمانات، ففيما أقرت المادة 2 من المرسوم 11-98 إلزامية النص على ضمانات مالية للصفقة الدولية، كان للمادة 51 وكذا المواد 75 و 95 الأثر البالغ في تمييز هذه الضمانات عن الكفالات المفروضة بمناسبة الصفقات الوطنية، من حيث كفاءات إصدارها، ثم ما يتعلق بشروط منحها من قبل البنوط الوسيط المعتمدين.

الفرع الأول: كيفية إصدار الضمانات المالية لصالح المؤسسات الأجنبية

ألزم المشرع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر بتقديم نفس أنواع الكفالات التي يخضع لها المتعاملين الوطنيين، وهي على التوالي:

1 - صالح زمال، المرجع السابق، ص ص 53/54/55.

كفالة التعهد والتي نصت عليها الماجة 51 من المرسوم 10-236،

كفالة رد التسيقات المنصوص عليها ضمن المادة 75،

كفالة حسن تنفيذ الصفقة المنصوص عليها في المادة 95.

إلا أن صياغة هذه المواد فيما يتعلق بالكفالات المقدمة من طرف المؤسسات الأجنبية جعلتها

تختلف عن تلك المقدمة من طرف باقي المتعاملين من حيث الجهة المصدرة للكفالة إذ زال

الغموض الذي أكتنف أحكام المرسوم 02-250 حول ما إذا كانت المؤسسات الأجنبية قادرة

على الحصول على الكفالات المقدمة من طرف صندوق الصفقات العمومية، حيث أوجب

المشروع أن تصدر الكفالة عن بنك خاضع للقانون الجزائري كما تشير إلى ذلك المادة

95 "...الضمانات الملائمة لحسن تنفيذ ومنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة

المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب، لا سيما في الميدان المالي هي الضمانات النقدية

التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر

عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى"

وبما أن أحكام الصفقات العمومية لم تتضمن إجراءات وكيفيات إصدار الضمانات، فقد أطرت

الأنظمة الصادرة عن بنك الجزائر هذا المجال لتعلقه بالتجارة الخارجية والمبادلات الدولية التي

تجمع المتعاملين العموميين الجزائريين بالمؤسسات الأجنبية بموجب النظام رقم 93-02¹، الذي

نظم كيفيات إصدار هذه الضمانات وشروطها.

الفرع الثاني: كيفيات إصدار الضمانات المالية من قبل البنوك الوطاء المعتمدين

بداية بعدم إلزامية الحصول على ترخيص من قبل البنك المركزي لإصدار الضمان من قبل

البنك الخاضع للقانون الجزائري وهو الحكم الذي أرسته المادة 4 من النظام 93-02.

1- النظام رقم 93-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1413 الموافق لـ 3 جانفي 1993 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان

المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين، جريدة رسمية عدد 17، صادرة بتاريخ 14 مارس 1993.

في حين أن نص المادة 3 الفقرة 2 يفرض وجود تغطية مسبقة بواسطة عقد ضمان مقابل يصدر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة البنك الوسيط المعتمد، لذا فإن المشرع قد تبني طريقة إصدار الضمانات غير المباشرة، وهي الكيفية التي تضم أربعة أطراف المستفيد، المصلحة المتعاقدة، والبنك الضامن من جهة والبنك المصدر للضمان المقابل وعميله الأمر بالإصدار - المتعامل الأجنبي.

والضمان المقابل يتمثل في طلب البنك الواقع بالبلد الأجنبي من مراسله في بلد المستفيد إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد والذي يسمى خطاب ضمان مقابل.

الفرع الثالث: شروط إصدار الضمانات المالية من قبل البنوك الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري

ألزم النظام 93-02 البنوك الوسيطة المعتمدة أن تضمن عقود الضمان التي تصدرها لفائدة المتعاملين الأجانب أن تحتوي على تاريخ إصدارها و تاريخ استحقاقها ، لأجل ذلك اصدرت التعليم رقم 194/05¹، إذ تشترط المادة 06 من التعليم على أن: " عقود الضمان والضمان المقابل تبقى صالحة من تاريخ نفاذها حتى تاريخ استحقاقها الذي لا يمكن أن يتجاوز 6 أشهر من تاريخ انتهاء الالتزامات التعاقدية المضمونة بموجب هذه العقود."

كما أن اللائحة رقم 96/16 المتعلقة بموضوع الضمان و الضمان المقابل تفرض على البنوك الوسطاء المعتمدين إصدار المستفيد بوثيقة غير قضائية قبل التخلي عن التزامها بالضمان في حال انقضاء مدة استحقاقها².

1 - instruction n°05-94 du 04 février 1994 portant modalité application du règlement n° 93-02" les actes de garantie et contre garantie définis à l'article 1" du règlement n° 93-02 émis par les banques intermédiaires agréés au titre d'engagement contractuels concernent notamment garantie et contre garantie:

- D'offres de soumissions;
- De remboursement d'acomptes ou d'avances;
- De bonne fin ou de conformité."

2 - Note aux banques intermédiaires agréées; n° 16-96 du 27 oct 1996 objet: garantie et contre garantie"... les banques intermédiaires agréées sont appelés à mettre en application une procédure extrajudiciaire (mise en demeure) afin de ne décharger dédits actes vis-à-vis de leur clientèle respective.

وفي الأخير يمكن القول أن مرحلة تنفيذ الصفقة من أهم مراحل الصفقة العمومية حيث أحاطها المشرع الجزائري حسب ما تطرقنا إليه إلى عدة ضمانات مالية منها ما خص بها المتعامل المتعاقد الوطني ومنها ما خص بها المتعاملين الأجانب لما له من طابع خاص في التعاملات الدولية وما شرع له من نظام خاص بالبنوك والبنوك الوسيطة وتعليمات أخرى مقابل الضمان والضمان المقابل مع الكيفيات الواجب اتباعها في إصدار هذه الضمانات وهو ما يوحي إلى أهمية ترشيد النفقات العمومية الممونة من طرف الخزينة العامة لخدمة الصالح العام.

المبحث الثاني: الضمانات المالية بعد تنفيذ الصفقة

يجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجب مجموع وثائق العقد ولن يدفع عنه هذا الالتزام إلا القوة القاهرة، لأن التزامه هذا يعد الأثر العام والأساسي وهو يعكس القوة الإلزامية لتنفيذ الصفقة.

إلا أنه قد يصادف عملية التنفيذ ظروف معينة تعفيه من ذلك أو في حالات يتخلى المتعامل المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته مما يفرض عليه توقيع جزاءات مختلفة لا سيما حق الإدارة في فسخ العقد أو فرض عقوبات مالية وغيرها.

وبما أن تنفيذ العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص يخضع لمبدأ رعاية المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام، فإن المتعامل المتعاقد ملزم بأداء شروط الصفقة المتعاقد عليها لأنه الأقدر والأنسب¹.

وتملك المصلحة المتعاقدة بناءً على هذا الالتزام ضمانات مالية بعد تنفيذ الصفقة، منها كفالة الضمان وهو سوف ما نتطرق إليه في المطلب الأول، سلطة توقيع الجزاء في حالة الاخلال بموضوع الصفقة وهو المطلب الثاني، وإمكانية الرهن الحيازي للصفقة وهو المطلب الثالث في هذا المبحث.

المطلب الأول: كفالة الضمان *caution de la garantie*

"هذه الكفالة تمكن من تحرير الاقتطاعات التي تمت من قبل الأمر بالصرف في إطار الضمان في انتظار التسليم النهائي لموضوع الصفقة، وتغطي عادة الفترة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائي لموضوع الصفقة (ضمان العيوب الخفية).

1- بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 109.

الفرع الأول: حسب المادة 86 من قانون الصفقات العمومية. (02-250).

يحوّل الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات عند التسليم النهائي إلى كفالة ضمان عندما يكون أجل الضمان منصوصاً عليه في صفقات الدراسات والخدمات.

ويتم استرجاع الكفالة أو اقتطاعات الضمان في مدة شهر واحد ابتداءً من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وبالتالي تسري صلاحية كفالة الضمان ابتداءً من التسليم المؤقت للصفقة، وهي تضمن الحقوق المحتملة للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في حالة عيب أو نقص يشوب موضوع الصفقة أو يكون غير ملائم للبنود العقدية الواردة في الصفقة وتتأسس كفالة الضمان كما يلي:

أولاً: تحويل كفالة حسن التنفيذ عندما تنص الصفقة على أجل الضمان،

ثانياً: كفالة يصدرها البنك أو صندوق الصفقات العمومية،

ثالثاً: اقتطاعات من كشوف الدفع على الأشغال،

وتنص المادة 02/48 من دفتر البنود الإدارية العامة أن سريان كفالة الضمان يزول تلقائياً عند انتهاء المدة المحددة أي شهر واحد إلا إذا أشعرت المصلحة المتعاقدة البنك أو الصندوق الذي أصدر الكفالة برسالة موصى عليها بأن المتعامل المتعاقد لم يلتزم بكل البنود التعاقدية وفي هذه الحالة التزم الكفالة ينتهي برفع اليد صادر عن المصلحة المتعاقدة¹.

الفرع الثاني: حسب ما ورد في المرسوم 10-236.

فقد نصت المواد 98، 99، 100 و 101 أما في المرسوم 10-236 فقد نصت المواد

98، 99، 100 و 101 على كفالة الضمان وكيفية حساب مبلغها بالنسب من مبلغ الصفقة

وذلك حسب طبيعة كل صفقة وما نص عليه دفتر شروطها وكيفية استرجاعها.

¹ - بحري اسماعيل، نفس المرجع، ص100.

" وضمن منها للمخاطر والعيوب التي قد تشوب الخدمة موضوع الصفقة بعد الانتهاء من إنجازها من طرف المتعامل المتعاقد، تفرض المصلحة المتعاقدة كفالة الضمان لتغطية العيوب التي قد تترتب عن سوء تنفيذ الصفقة.

وعلى كل فإن كفالة الضمان تغطي مخاطر عيوب الإنجاز والتنفيذ الناقص من قبل المتعامل المتعاقد، والتي تحدث أثناء فترة الضمان الممتدة من التسليم المؤقت حتى التسليم النهائي.

الفرع الثالث: مدة الضمان Période de garantie

لم يحدد المرسوم 10-236 أجلا للضمان ضمن أحكامه، إلا أن دفتر التعليمات الإدارية العامة (CCAG) يرسى حكمين في هذا الشأن:

أولاً: بالنسبة لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق الحجرية يحدد الأجل بـ 06 أشهر بداية من الاستلام المؤقت لها.

ثانياً: بالنسبة لباقي الأشغال الأخرى يحدد بسنة واحدة تبدأ من تاريخ التسليم المؤقت لها.

تستعاد كفالة الضمان بعد شهر واحد ابتداءً من تاريخ الاستلام النهائي للخدمات موضوع الصفقة¹. يبقى في حالة الإخلال بالتزامات العقد، كم أورد المشرع حالات يمكن فيها المتعامل المتعاقد من الإعفاء من الكفالات.

الفرع الرابع: حالات الإعفاء من كفالة حسن التنفيذ

تأكدت إمكانية إعفاء المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ومنها المؤسسات الكائنة بالجزائر دون إعفاء المؤسسات الأجنبية الأخرى من بعض الضمانات المالية بصور المرسوم 11-98 في مادته 2 التي تعدل المادة 24 من المرسوم 10-236 والتي تنص في فقرتها 7 "بغض النظر عن أحكام المادتين 97 الفقرتان 2 و3 والمادة 100 من هذا المرسوم، يجب أن يتضمن دفتر الشروط ضمانات مالية للصفقة" والقصد هنا دفاتر شروط الصفقات

1- صالح زمال، المرجع السابق، ص55.

المناقصات الدولية. وقد ضمت المادتان 97 و100 أحكام لإعفاء المتعامل المتعاقد من بعض الضمانات نوردها كآلاتي:

أولاً: الإعفاء من تقديم كفالة حسن التنفيذ

طبقاً للمادة 97 يمكن إعفاء بعض الصفقات من تقديم هذه الكفالة، مع إمكانية تطبيق اقتطاعات من حسن التنفيذ، وذلك في حالتين:

(1) الصفقات التي لا تتجاوز مدة التنفيذ فيها 03 أشهر

وذلك دون اهتمام بنوع الصفقة ومهما كان موضوعها.

(2) الإعفاء بموجب قرار وزاري مشترك فيما يخص صفقات الدراسات والخدمات

ويكون بين وزير المالية والوزير المعني بموضوع الصفقة وذلك بتحديد قائمة هذه الصفقات ونذكر منها:

أ. القرار الوزاري المشترك بين وزير المالية ووزير الشباب والرياضة الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2007 والذي حدد وفقاً للمادة 02 منه الصفقات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ¹.

-
- أ. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 ذو القعدة عام 1428 الموافق لـ 27 نوفمبر 2007، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، جريدة رسمية عدد 77، صادرة بتاريخ 09 ديسمبر 2007، المادة 02 "يخصص الإعفاء في المادة الأولى أعلاه:
1. الصفقات التي تبرم بين وزير الشباب و الرياضة و مؤسسات الفندقة المتعلقة بمختلف الخدمات، لاسيما تلك المرتبطة بإيجار المكاتب و القاعات الخاصة بالمحاضرات و التكفل بالفوفد بمناسبة الزيارات الرسمية أو المؤتمرات و الملتقيات في مجال الإقامة و الإطعام و كل الخدمات الأخرى المرتبطة بهذا النوع من تقديم الخدمات.
 2. الصفقات التي تبرم بين وزير الشباب والرياضة وشركات الطيران الجوي والمتعلقة بنفقات النقل.
 3. الصفقات المتعلقة بالدراسات والاستشارات لقطاع الشباب والرياضة.
 4. الصفقات المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الذين يقومون بنشاط توزيع الكهرباء، الماء، الغاز ووسائل المواصلات السلكية واللاسلكية.
 5. الصفقات المتعلقة بتقديم خدمات صيانة الاجهزة و التركيبات الصحية و الكهربائية و أجهزة التبريد و أجهزة الإعلام الآلي.

ب. القرار الوزاري المشترك بين وزير المالية ووزير السكن والعمران الصادر بتاريخ 01 فبراير 2011 المتضمن تحديد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ¹، وحددت المادة 02 منه الصفقات المبرمة بين وزارة السكن والعمران والمتعاملين المتعاقدين، قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ.

وبالعودة للنصوص التي سبقت المرسوم تجدر الإشارة الى إعفاءات ضمن:

الأمر 90/67 في المادة تعفي أصحاب الصفقات التي يقدر مبلغها أو يقل عن 200000 دج أو تطلب تنفيذها 30 شهر فما دون ذلك جوازاً أي للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في ذلك، المادة 84 أرسيت حكماً بعدم المطالبة بالضمانات المذكورة في المادة 77 إذا كان المتعامل المتعاقد من المؤسسات و المكاتب العمومية و الشركات الوطنية و ذات الاقتصاد المختلط التي تملك الدولة 50% من رأسمالها و كذا المؤسسات الحائزة لامتياز أو التي تتلقى المساعدة إذا كانت تقوم بخدمة عمومية و المؤسسات المسيرة ذاتياً.

أما المرسوم 82-145 فقد أجازت المادة 88 في فقرتها 02 إمكانية إعفاء المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ إذا رأت المصلحة المتعاقدة (المتعامل العمومي) أن طابع الخدمات لا يتطلب ذلك أو كان أجل تنفيذ الصفقة لا يتعدى 03 أشهر.

ثانياً: إعفاء الحرفيين والمؤسسات المصغرة من كفالة حسن التنفيذ

في إطار مراجعة تنظيم قانون الصفقات العمومية، و إضافة الى تخصيص نسبة من الصفقات لها، أعفت المادة 100 الحرفيين والمؤسسات المصغرة الخاضعة للتشريع الجزائري

6. الصفقات المتعلقة بالتأمينات بكل انواعها.

1- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 صفر عام 1432 الموافق لـ 1 فبراير 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، جريدة رسمية عدد 26، صادرة بتاريخ 08 مايو 2011.

- بما فيها المؤسسات الكائنة بالجزائر - من تقديم كفالة حسن التنفيذ عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية¹.

وبالرغم من حالات الإعفاء من الكفالات فإن المشرع منح سلطة للمصلحة المتعاقدة بتوقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد في حالة الاخلال في تنفيذ موضوع الصفقة.

المطلب الثاني: سلطة توقيع الجزاء Le pouvoir de signer la peine

تملك الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد، أو عدم مراعاة آجال التنفيذ، ولم يحترم شروط التعاقد أو تنازل عن التنفيذ لشخص آخر وغيرها من صور الإخلال المختلفة.

ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرفق العام بانتظام واطراد، فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على المتعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتقيد بالآجال وكيفيات التنفيذ دون حاجة للجوء للقضاء، بل دون حاجة للنص عليها قانونا. ويمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى:

أولاً: جزاءات مالية

ثانياً: وسائل الضغط

الفرع الأول: الجزاءات المالية Les sanctions financières

تتخذ الجزاءات المالية إما صورة الغرامات أو صورة مصادرة مبالغ الضمان.

أولاً: الغرامات

تملك الإدارة المتعاقدة طبقاً للمرسوم الرئاسي ممارسة سلطة الجزاءات المالية، وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 9 من المرسوم الرئاسي والتي جاء فيها:

1- صالح زمال، المرجع السابق، ص56/57.

" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط...".

وتجد الغرامة أساسها القانوني أيضا في المادة 24 من المرسوم الجديد والتي ألزمت الإدارة في حال إعدادها لدفاتر الشروط المناقشات الدولية ضرورة النص على تطبيق عقوبات مالية قد تصل إلى 20% من مبلغ الصفقة.

وذكر المشرع الغرامة المالية في المادة 62 من المرسوم الرئاسي الجديد كأحد البيانات الواجب ذكرها في الصفقة.

وهكذا خول المشرع الجزائري بموجب النصوص أعلاه للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة وقيد مجال ممارستها في حالتين بمنطوق المادة 9:

1) - في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه:

لا شك أن الإدارة المتعاقدة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد. حتى يتسنى لها الانتهاء من عملية تعاقدية والدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر وهكذا. فلا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن أو عدم إيلائه الأهمية التي تليق به. والأمر يتعلق بمرفق عام وبخدمات عممة وبمصلحة عامة.

ومن هذا المنطوق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيد الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد، خاصة وأن هذه المدة هي من اقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة، حينما أقبل على إيداع ملف المناقصة وتعهد باحترام المدة المتفق عليها.

إن المتعاقد مع الإدارة حينما يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال مدة زمنية معينة متفق عليها في العقد، فإن العقد الإداري هنا يقترب مع العقد المدني في المبدأ الذي يحكمه أن " العقد شريعة المتعاقدين " فالمتعاقد مع الإدارة التزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم الاخلال بهذا الالتزام، فالوضع الطبيعي أن يخضع لجزاء. وهذا الأخير تسلطه الإدارة دون حاجة للجوء للقضاء، وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة. ومظهر تميز العقد الإداري عن العقد المدني.

(2) في حالة التنفيذ غير المطابق:

هنا يفترض أن المتعاقد مع الإدارة أخل بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ. فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، فالوضع الطبيعي أيضا في الحالة هو خضوعه لجزاء مالي. وينبغي الإشارة أن الجزء المالي وإن كان مقرا بموجب أحكام المرسوم الرئاسي الجديد (المادة 8 و 24 و 62 منه). إلا أن له أيضا أساس عقدي وتستمد قوتها من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية. ذلك أن المادة 9 المذكورة في فقرتها الثانية ورد فيها أن نسبة الجزء المالي أو العقوبات المالية تحدد في الصفقة، وهذا ما أكدته المادة 62 من المرسوم الرئاسي التي أوجبت ذكر نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة. ومن هنا صار المتعاقد على علم بمجرد توقيع الصفقة أن الإدارة المتعاقدة قد تمارس تجاهه جملة من امتيازات السلطة المتعاقدة فتفرض عليه مبالغ مالية ونسب محددة في الصفقة وقبل ذلك في دفتر الشروط.

ثانيا: مصادرة مبلغ الضمان Confiscation du montant de la garantie

لما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العمومية من جهة، وبسير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة ثانية، وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق من جهة ثالثة وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وجبره على تنفيذ التزاماته في الأجل المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في عقد الصفقة.

ولقد أوجب تنظيم الصفقات العمومية في المادة 35 أن على الإدارة المتعاقدة أن تسند الصفقة لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها. وجاء في المادة 36 على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من الناحية المالية أو التقنية أو التجارية. كما أوجب تنظيم الصفقات بموجب المادة 38 أن تستعلم الإدارة المتعاقدة بكل الوسائل القانونية عن المتعامل سواء لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق لها التعاقد مع المتعامل المختار، أو عن طريق المرافق العمومية المعنية، أو البنوك أو حتى التمثيليات الدبلوماسية. وهذا التحقيق كله في مجال سوابق المتعامل إنما أقر بغرض الوصول إلى نتيجة وهي إبرام الصفقة مع متعامل مأمون من جميع الجوانب حتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها.

وحتى تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ضمان يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ. وبه تتميز الصفقة العمومية أيضا عن سائر العقود المدنية والتجارية.

التي نضمن وجودها في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض ضمانات مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ، وجاء المرسوم الرئاسي الجديد في المادة 97 منه بما يلي: "زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 75 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن التنفيذ". وورد ذكر ذات الكفالة في نصوص كثيرة من المرسوم منها المادة 51 والمادة 92 والمادة 95.

«وورد في الفقرة 2 من المادة 97 أنه يمكن إعفاء الشريك المتعاقد من تحمل عبء ايداع كفالة حسن التنفيذ فيما يخص بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات. وأعلنت المادة عن قرار وزاري مشترك بين وزير المالية ووزير الوصاية يحدد قائمة هذه الصفقات. ومن هنا لا يمكن تطبيق الاستثناء في مجال عقد الأشغال أو عقد اقتناء اللوازم. وطبقا للفقرة الثالثة من المادة 97 يمكن للإدارة المعنية اعفاء المتعاقد معها من كفالة حسن التنفيذ إذا كان أجل تنفيذ الصفقة لا يتجاوز 3 أشهر.»

وأكدت نصوص المرسوم الرئاسي في المواد 92 وما بعدها أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا لم يدعم عن طريق حكومة

دولته، وفي هذه الحالة يجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ كفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختص.

الفرع الثاني: وسائل الضغط Les moyens de pression

من وسائل الضغط المكرسة قضاءا والمعتمدة فقها أن تعهد الإدارة المتعاقدة تنفيذ العقد في صفقة اقتناء اللوازم مثلا لشخص آخر على حساب المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزاماته.

وتأسيس ذلك أن لموضوع الصفقة صلة وثيقة كما رأينا بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور. فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق، وتأثر حركته ومردوده، بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة، بل ينبغي الاعتراف لها (الإدارة) وضمن أداء الخدمة وعدم توقفها باللجوء لشخص آخر تختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ.

كما لو أخل المتعهد مع إدارة الخدمات الجامعية تزويدها بالمادة محل التعاقد في المدّة الزمنية المتفق عليها في العقد. فللإدارة المعنية حق اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية المرفق وأداء الخدمة للطلبة.

وتملك الإدارة أيضا في عقد الأشغال توقيف الأشغال وسحب العمل من المقاول وإسناده لشخص آخر. وهذا بعد استيفاء جملة من الإجراءات وتوافر جملة من الشروط.

وهكذا ملكت الإدارة عند تنفيذها لصفقة عمومية وسائل التنفيذ العيني فإن لم يقم المتعامل المتعاقد بالوفاء بما تعهد به، تحركت جهة إدارة المعنية ولجأت لأسلوب الضغط على المتعاقد معها وجبره على التقيد بالتزاماته.

غير أن هذه السلطة، وبالنظر لخطورتها وآثارها، فإن الإدارة لا تلجأ إليها إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة وعادة ما توجه الإدارة قبل ممارستها لهذه السلطة إعدارا ينشر في الصحف لتتذر به الطرف المخل وتمارس بعد إصداره

الإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة¹. ويمكن المشرع المؤسسات الائتمانية من رهن الصفقة حيازياً، وهو ما سوف نتطرق إليه في المطلب التالي.

المطلب الثالث: الرهن الحيازي hypothèque avec dépossession

هو أحد الضمانات المالية للكفيل والمصلحة المتعاقدة في مواجهة وفاء دين للمتعاقد المتعاقد.

الفرع الأول: تعريف الرهن الحيازي

هو العمل الذي بموجبه يرصد المتعاقد المتعاقد صفقته لضمان التزام لدى مؤسسة أو عدة مؤسسات ائتمان أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية قصد الاستفادة من تمويل هذه الصفقة، و يخول للمؤسسات المذكورة حق استرداد أموالها من مبلغ هذه الصفقة بالأفضلية على جميع الدائنين الآخرين مع مراعاة القواعد العامة المعمول بها في الرهن الحيازية طبقاً للقانون المدني².

أو هو كما نصت عليه المادة 948 من القانون المدني "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينياً يخول له حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين أو أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون³.

الفرع الثاني: المحاسب المكلف comptable en charge

هو الموظف أو العون المعين في الصفقة من قبل المصلحة المتعاقدة و المكلف بالقيام بتسديد النفقات المتعلقة بالصفقة موضوع الرهن الحيازي.

1- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 210 ومايليها.

2 - المصدر:- الرهن الحيازي <http://www.mouwazaf-dz.com/t5483-topic#ixzz2Sb4JfCGJ>

منتديات ملتقى الموظف الجزائري

3 - <http://www.mouwazaf-dz.com/t5483-topic#ixzz2Sb4JfCGJ>

يتم رهن الصفقة بين المتعامل المتعاقد و مؤسسة الائتمان بموجب عقد رهن يعد طبقا للشروط الشكلية و الموضوعية المعمول بها و يجب أن يتضمن كل البيانات الضرورية لتنفيذه. و لهذا تسلم المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد بناء على طلب منه و بدون مقابل نسخة من الصفقة تتضمن العبارة التالية " نسخة وحيدة - هذه الصفقة تمثل سنداً في حالة الرهن الحيازي " غير أنه إذا كانت الصفقة تتعلق بمجالات يجب أن تحاط بالسرية لارتباطها بالدفاع الوطني أو الأمن العام فإنه يجب أن يسلم للمتعامل المتعاقد مستخرجا عن الصفقة لا يتضمن سوى البيانات التي لا علاقة لها بالأسرار واجبة الحماية. و على المؤسسة الائتمانية أن توجه إلى المحاسب المكلف بالتنفيذ نسخة الصفقة و عقد الرهن في نسخة أصلية بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالاستلام كما يرسل كذلك من عقد الرهن إلى المصلحة المتعاقدة".

يعتبر المحاسب بمثابة الغير الحائز للضمان تجاه المستفيد من الرهن. و على المحاسب أن يبدي تحفظاته أو رفضه لتنفيذ الرهن، مع حق المتعامل المتعاقد و المؤسسة الائتمانية المعنية أن يطلب من المحاسب تسليمها قائمة الاعتراضات التي تم تبليغها إليه برسم الصفقة موضوع الرهن.

الفرع الثالث: حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد والمؤسسة الائتمانية

يجوز للمتعامل المتعاقد أو المؤسسة الائتمانية أن يطلبوا منفردين أو معا من المصلحة المتعاقدة إما قائمة موجزة للأشغال أو التوريدات أو الخدمات المنجزة، و إما شهادة تثبت الحقوق المعايينة لفائدة المتعامل المتعاقد. ويمكنهما كذلك أن يطلبوا قائمة التسبيقات المحتمل صرفها. ترسل المصلحة المتعاقدة مباشرة إلى المؤسسة الائتمانية الوثائق المذكورة آنفا و تبلغ في نفس الوقت المتعامل المتعاقد معها. على المصلحة المتعاقدة إبلاغ المؤسسة الائتمانية بكل ما من شأنه عرقلة تنفيذ الصفقة موضوع الرهن الحيازي.

لا يحق للمتعامل المتعاقد إطلاقا التخلي عن تنفيذ الصفقة موضوع الرهن الحيازي، و بالتالي

يجب استبعاد كل إمكانية لفسخ الصفقة لا سيما الفسخ بالتراضي.
يصدر رفع اليد عن الرهن من طرف المؤسسة الائتمانية و يبلغ للمحاسب¹.

وينص المرسوم الجديد (10-236) الخاص بالصفقات العمومية في مادتيه 111/110 على أن الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة قابلة للرهن الحيازي ضمن شروط حددتها حصرا المادة 110.

يتم لدى مؤسسات مصرفية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.

تسلم المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها نسخة من الصفقة تتضمن بيانا يشير إلى أن هاته الوثيقة تمثل سندا في حالة الرهن الحيازي، تبلغ المتنازل للمحاسب المعين للصفقة بالرهن الحيازي، يخضع عقد الرهن الحيازي لإجراءات التسجيل المنصوص عليها في التشريع المعمول به. يقبض المستفيد من الرهن الحيازي بمفرده مبلغ الدين إلا إذا نص الاتفاق على خلاف ذلك، إذا كان الرهن لعدة أشخاص يتعين تعيين مسؤول أو رئيس واحد، ويحق للمتعامل الثانوي الرهن الحيازي².

حيث ورد في الفقرة 12 من المادة 110 في القسم السابع أحكام تعاقدية من القسم الفرعي الأول (الرهن الحيازي)، "يجوز للمتعاملين الثانويين والموصين الثانويين أن يرهنوا رهنا حيازيا جميع ديونهم أو جزءا منها في حدود قيمة الخدمات التي ينفذونها وذلك ضمن الشروط المبينة في هذه المادة، ولهذا الغرض يجب أن تسلم لكل موصي ثانوي أو متعامل ثانوي النسخة المصادقة والمطابقة لأصل الصفقة وعند الاقتضاء للملحق³.

الفرع الرابع: الحقوق المقدّمة على المستفيد من الرهن الحيازي

أولا: امتياز المصاريف القضائية

¹ - <http://www.mouwazaf-dz.com/>, op.cit.

² - <http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?p=1052269427>

³ - مرسوم رئاسي 10-236، المرجع السابق.

ثانيا: امتياز متعلق بأداء الأجور وتعويض العطل المدفوعة الأجر وحالة الإفلاس أو التسوية القضائية.

ثالثا: امتياز أجور المقاولين القائمين بالأشغال أو المتعاملين الثانويين المعتمدين من المصلحة المتعاقدة.

رابعا: امتياز الخزينة فيما يخص الضرائب والاقتطاعات.

خامسا: امتياز أملاك الأراضي التي تم شغلها.

ملاحظة:

الرهن الحيازي لم يكن من الوظائف المنوطة بالصندوق ولم يرد ذكره في المرسوم التنفيذي رقم 67-98 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، لكن نصت المادة 97 من المرسوم الرئاسي 02-250، على استفادة الصندوق إلى جانب المؤسسات المصرفية التي تتم لفائدتها الرهن الحيازي، وهذا بعد طلب الصندوق من وزارة المالية أصولاً تمكنه من منح التسيبقات للمؤسسات الحائزة على الصفقات العمومية مقابل الرهن الحيازي لفائدته.

وهناك فرق بين الرهن الحيازي للصفقة لفائدة البنك والرهن الحيازي لفائدة الصندوق إذ يكون لفائدة الصندوق في حالة ما إذا تأخر الأمر بالصرف عن صرف الدفعات في أجل ثلاثين يوماً ابتداءً من يوم استلام الكشوف أو الفاتورة، ويتنازل المتعامل المتعاقد عن فوائد التأخير لحساب الصندوق عندما يطلب رصد الدين المتولد والمعاین.

في حين يتم الرهن الحيازي لدى البنك في حالة أي نقص في خزينة المؤسسة وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 97 من المرسوم الرئاسي 02-250،

وفي إطار الصلاحيات المخولة للصندوق أيضاً، أفادت المادة 63 من قانون المالية 2005 على أنه: " يمكن أن يسدد صندوق ضمان الصفقات العمومية الفوائد التأخيرية الناجمة عن

تنفيذ صفقات عمومية مرهونة لصالحه" ولإشارة فإن الصندوق يقبل الرهن الحيازي للصفقات العمومية والمبرمة مع المؤسسات المتعاقدة مقابل الكفالات التي تمنح لها¹.

خلاصة الفصل:

فمن خلال دراستنا للضمانات أثناء وبعد تنفيذ الصفقة، يتضح لنا أن صندوق ضمان الصفقات العمومية والمؤسسات المصرفية، تلعب الدور الرئيسي في منح واسترجاع التمويلات المالية للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة طبقاً للشروط المنفق عليها مسبقاً والمدرجة في دفتر الشروط أو الأحكام التعاقدية للصفقة، سواءً العادية منها وغير العادية والملزمة للوفاء بالدين والتنفيذ الحسن للصفقة، لما تكتسبه هذه الأخيرة من مكانة سواءً من الناحية المالية والاقتصادية حيث تستوجب نفقاتها تمويلاً من خزينة الدولة لا بد من ترشيد نفقاتها تجاه الصالح العام، أو من الناحية الاجتماعية والإدارية لضمان سير واستمرار المرفق العام بانتظام واطراد وانتفاع الجمهور من هذه المرافق حيث أحسن المشرع الجزائري جملة الإجراءات التي أملاها على المتعاقد مع الإدارة أو المصلحة المتعاقدة، والتي تمر بعدة مراحل وبعده هيئات من شأنها أن تضغط على المتعامل المتعاقد في عدم الإخلال بالتزاماته تجاه التنفيذ الحسن للصفقة.

¹- بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص105.

ص4	الفصل الأول: الضمانات المالية قبل تنفيذ الصفقة
ص7	المبحث الأول: الضمانات المتعلقة بوثائق الصفقة
ص8	المطلب الأول: كفالة التعهد caution de soumission
ص8	الفرع الأول: تعريف الكفالة
ص8	الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة
ص9	الفرع الثالث: الهدف من تقديم كفالة التعهد
ص9	الفرع الرابع: نطاق تقديم الكفالة
ص10	الفرع الخامس: مبلغ كفالة التعهد
ص10	المطلب الثاني: الشهادات الجبائية
ص11	الفرع الأول: تعريف الضريبة
ص12	الفرع الثاني: أهداف الضريبة
ص13	المطلب الثالث: شهادات هيئات الضمان الاجتماعي (التأمين)
ص14	الفرع الأول: مفهوم التأمين
ص16	الفرع الثاني: أهمية التأمين
ص17	المبحث الثاني: الضمانات في مجال المنافسة
ص19	المطلب الأول: حالات الإقصاء المؤقت
ص19	الفرع الأول: حالات الإقصاء المؤقت التلقائي
ص20	الفرع الثاني: مدة الإقصاء المؤقت التلقائي
ص21	الفرع الثالث: حالات الإقصاء المؤقت بموجب مقرر
ص21	المطلب الثاني: حالات الإقصاء النهائي
ص21	الفرع الأول: الإقصاء النهائي التلقائي
ص21	الفرع الثاني: حالات الإقصاء النهائي التلقائي
ص22	الفرع الثالث: حالات الإقصاء النهائي بمقرر
ص23	الفرع الرابع: آثار الإقصاء
ص25	الفصل الثاني: الضمانات المالية أثناء وبعد تنفيذ الصفقة

ص26	المبحث الأول: الضمانات المالية أثناء تنفيذ الصفقة
ص27	المطلب الأول: صندوق ضمان الصفقات العمومية
ص28	الفرع الأول: الغرض
ص30	الفرع الثاني: دفتر الشروط الملحق
ص31	المطلب الثاني: المطلب الثاني: كفالة رد التسبيقات
ص31	الفرع الأول: التسبيق
ص34	الفرع الثاني: رد التسبيقات
ص36	الفرع الثالث: مبلغ كفالة رد التسبيقات
ص37	المطلب الثالث: كفالة حسن التنفيذ
ص38	الفرع الأول: ميعاد تأسيس كفالة حسن تنفيذ ومدة سريانها
ص38	الفرع الثاني: مبلغ كفالة حسن التنفيذ
ص39	المطلب الرابع: خصوصية الضمانات المقدمة من طرف المتعامل المتعاقد الأجنبي
ص39	الفرع الأول: كيفية إصدار الضمانات المالية لصالح المؤسسات الأجنبية
ص40	الفرع الثاني: كيفية إصدار الضمانات المالية من قبل البنوك الوسيط المعتمدين
ص41	الفرع الثالث: شروط إصدار الضمانات المالية من قبل البنوك الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري
ص43	المبحث الثاني: الضمانات المالية بعد تنفيذ الصفقة
ص43	المطلب الأول: كفالة الضمان
ص44	الفرع الأول: حسب المادة 86 من قانون الصفقات العمومية (02-250)
ص44	الفرع الثاني: حسب ما ورد في المرسوم 10-236.
ص45	الفرع الثالث: مدة الضمان
ص45	الفرع الرابع: حالات الإعفاء من كفالة حسن التنفيذ
ص48	المطلب الثاني: سلطة توقيع الجزاء
ص48	الفرع الأول: الجزاءات المالية
ص52	الفرع الثاني: وسائل الضغط

ص53	المطلب الثالث: الرهن الحيازي
ص53	الفرع الأول: تعريف الرهن الحيازي
ص53	الفرع الثاني: المحاسب المكلف
ص54	الفرع الثالث: حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد والمؤسسة الائتمانية
ص55	الفرع الرابع: الحقوق المقدّمة على المستفيد من الرهن الحيازي
ص58	الخاتمة
ص59	قائمة المراجع
ص62	الفهرس

مقدمة

تهدف الدول في إطار التنمية الوطنية والمحلية وترقية المجتمعات من الناحية الاجتماعية والاقتصادية والمادية، إلى اللجوء لمخططات تنموية تسطرها عبر مدد من الزمن لتنفيذها، وفي هذا الصدد يتوجب عليها اتخاذ جميع التدابير والوسائل والتقنيات الحديثة بشتى أنواعها، لبلوغ الهدف المنشود، وهنا تتدخل هيئات الدولة وأجهزتها الإدارية وهياكلها الأخرى كل في اختصاصه من أجل تجسيد هذه المخططات على أرض الواقع وخدمة الصالح العام، وخدمة الدولة لمجتمعها تهدف إلى استتباب الأمن والسكينة العامة والصحة العامة، ومن أهم الوسائل لتنفيذ أي مشروع هو القانون، الذي عن طريقه نستطيع معرفة الحقوق والواجبات والوسائل المشروعة وغير المشروعة وطرق التنازع في الخصام، حيث تعتمد الدولة في انجاز هذه المشاريع على الخزينة العمومية التي تعتبر الممول المالي لهذه الأخيرة (المشاريع)، والتي تمنحها المصالح المختصة (الإدارة) للمؤسسات القادرة على انجازها عن طريق تشريع الصفقات العمومية، والتي خصها المشرع الجزائري بعدة تقنيات آخرها المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، وهذا الذي يعنينا في دراستنا.

"إن أهمية الصفقات العمومية تكمن بصورة واضحة بالنظر لصلتها الوثيقة بالمال العامة. فالصفقات العمومية تكلف خزينة الدولة اعتمادات مالية ضخمة بحكم تعدد وتنوع الهيئات الإدارية من جهة (دولة، ولاية، بلدية، مؤسسة إدارية، هيئة عمومية...) وبحكم تنوع الصفقات العمومية من جهة (صفقة أشغال عامة، خدمات، توريد، دراسات).

ولما كان للصفقات العمومية علاقة بالمال العام، وجب إخضاع الإدارة لطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة التي ينبغي إخضاعها لإطار رقابة محددة ومتنوعة. بهدف ترشيد النفقات العامة والحد قدر الإمكان من السلوكيات السلبية التي تسيء للمال العام".

وتجدر الإشارة إلى أن دراستنا ستتصب بالأساس على التشريع الجزائري، وسنتناول منها الجانب المالي للصفقة والمتمثلة «في الضمانات المالية للمصلحة المتعاقدة» التي قررها المشرع

الجزائري لهذه الأخيرة في المرسوم الرئاسي 10-236 وبعض المقارنات مع سالف القوانين التي سبقتها،

أهمية الموضوع:

يكتسي موضوع الصفقات العمومية وبوجه الخصوص الجانب المالي منه أهمية كبيرة لا تخفى على الجميع، ويرجع هذا لكونها تستهدف المال العام للدولة، لما يستوجب إحاطتها بكم هائل من الحرص والترشيد في الانفاق، بهدف خدمة الصالح العام وتمكينه من الاستفادة الحقيقية، عبر مجموعة من القوانين القابلة للتحيين كلما دعت الحاجة، باعتبار الخزينة العامة تمثل أمن الدولة واستقرارها وتطورها وقوتها من جميع النواحي (الاقتصادية، الاجتماعية، السياسية).

أسباب الدراسة:

تتمثل أسباب الدراسة في بروز موضوع طرق إبرام الصفقات العمومية على جميع الأصعدة الحياتية في وطننا العزيز، وظاهرة مخالفة نصوص التشريع أدت إلى إهدار المال العام من الخزينة عن طريق صفقات عمومية مخالفة للقوانين، الأمر الذي يدعو لمحاولة فهم أسباب وكيفيات خرق قوانين هذه المنظومة. والذي يبين عدم رضا الرأي العام من تبديد أموال خزينة الدولة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى محاولة إبراز مدى سعي وحرص المشرع الجزائري في تقنينه على ترشيد نفقات الخزينة العامة، والآليات التي يعتمدها من الحد من هدر المال العام.

مناهج الدراسة:

لقد حاولنا في هذه الدراسة اختيار المنهج التحليلي وذلك بتحليل بعض نصوص المراسيم الصادرة في قانون الصفقات العمومية الجزائرية، والمنهج الوصفي لبعض النصوص السالفة للمرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم والتي أنتهجت قبله.

الصعوبات:

أما من ناحية الصعوبات التي واجهتنا في انجاز هذا البحث، فتمثلت في ندرة الكتابات في موضوع الضمانات المالية، من قبل الكتاب والباحثين كونه موضوع حديث وجديد، مما يجعل عملنا هذا متواضع، وباب جديد للخوض فيه.

الإشكالية:

ويمكننا صياغة إشكالية البحث في التساؤل الجوهرى الذى يتمثل فى: ما هى آليات الضمانات المالية المنتهجة فى قانون الصفقات العمومية؟
ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية منها: ما مدى فعاليتها؟ وماهى سلطة المصلحة المتعاقدة فى ترشيدها؟

الخطوة:

وللإجابة على الإشكالية فقد اعتمدنا الخطوة التالية:

عبر فصلين، الفصل الأول بعنوان " الضمانات المالية قبل تنفيذ الصفقة" ويتكون من مبحثين، والفصل الثانى بعنوان " الضمانات المالية أثناء وبعد تنفيذ الصفقة" ويتكون من مبحثين.

عبر الخطوة التالية:

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الضمانات المالية للمصلحة المتعاقدة في مجال
الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق
تخصص قانون إداري

إشراف الأستاذ:

د. عبد الرؤوف دبابش

إعداد الطالب:

محمد ياسين بوحفص

الموسم الجامعي: 2012/2013

قائمة المراجع

أولاً: النصوص الرسمية

أ- القوانين

القانون رقم 90-10، المؤرخ في 14/04/1990، المتعلق بالنقد والقرض، المادة 175.

ب- الأوامر:

1. الأمر رقم 67-90 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو سنة 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية

2. الأمر 71-84 المؤرخ في 11 ذو القعدة عام 1391 الموافق ل 29 ديسمبر 1974 يتضمن تعديل المواد 62-87-89 من الأمر رقم 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 107، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 1971.

3. الأمر رقم 76-11 مؤرخ في 20 صفر عام 1391 الموافق ل 20 فبراير 1976 يتضمن تعديل الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 20، صادرة بتاريخ 09 مارس 1976.

ج- المراسيم:

1. المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2. المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق ل 7 أكتوبر سنة 2010.

3. المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، 57.

4. المرسوم التنفيذي 98-67، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.

د-القرارات الوزارية:

1. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 ذو القعدة عام 1428 الموافق لـ 27 نوفمبر 2007، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفلة حسن تنفيذ الصفقة، جريدة رسمية عدد77، صادرة بتاريخ 09 ديسمبر 2007.
2. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 صفر عام 1432 الموافق لـ 1 فبراير 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، جريدة رسمية عدد26، صادرة بتاريخ 08 مايو 2011.
3. قرار مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1432 الموافق 28 مارس 2011، يحدد محتوى بطاقيات المتعاملين الاقتصاديين وشروط تحيينها.
4. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس 2011، يحدد كفيات الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

هـ - النظام

1. النظام رقم 93-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1413 الموافق لـ 3 جانفي 1993 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، جريدة رسمية عدد 17، صادرة بتاريخ 14 مارس 1993.

ثانيا: المؤلفات باللغة العربية

1. عمار بوضياف شرح تنظيم الصفقات العمومية.
2. فؤاد حجري قانون الصفقات العمومية القوانين الخاصة بالاقتصاد.

ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية

1. Philippe leboulanger, les contrats entre états et entreprises étrangères, collection droit des affaires et de l'entreprise, série : études et recherches.

رابعاً: الرسائل والمذكرات:

أ. رسائل الدكتوراه:

معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر-بن عكنون-1998.

ب. مذكرات الماجستير:

1. بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع/قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، 2009/2008.
2. صالح زمال، المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير 2010.

خامساً: المطبوعات:

1. حوية عبدالقادر، محاضرات في قانون التأمين للسنة الرابعة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، 2010/2009.

سادساً: مواقع الويب (الأنترنت):

1. <http://research-ready.blogspot.com/>
2. <http://research-ready.blogspot.com/>
3. <http://ar.wikipedia.org/wik>.
4. www.uae.ii5ii.com
5. <http://etudiantdz.net/vb/> .
6. <http://www.algeridroit.fb.dz>.
7. <http://www.mouwazaf-dz.com/>
8. <http://www.mouwazaf-dz.com/> .
9. <http://www.djelfa.info/vb/>

مبحث تمهيدي

مفهوم الضمانات المالية:

خص المشرع الجزائري الصفقات العمومية بمجموعة من الضمانات لصالح المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها, بصفتها صاحبة المشروع الذي يهدف الى خدمة الصالح العام وإشباع حاجات الجمهور والأفراد, هذا من ناحية, ومن ناحية أخرى بما تتميز به من سلطات استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة في ابرام عقودها وهي سلطة سيادية كجهة ادارة عامة لتحقيق ما تصبو إليه وإخضاع المتعاملين معها لأوامرها بغية التنفيذ الحسن للصفقة وترشيدها للنفقات العمومية, من ضمن هذه الضمانات ما هو ضمان تقني ومنها ما هو ضمان مالي وهو ما يهمنا في هذا الموضوع حيث سوف نحاول التعرف على المقصود بالضمانات المالية من خلال تقديم تعاريف لغوية واصطلاحية وفقهية وتشريعية: (للضمان, والمال).

الفرع الأول: تعريف الضمان

أولاً: لغة

هو مصدر الفعل ضمن بمعنى كفل من التضمن لأداء ذمة الضامن تتضمن الحق

ثانياً: اصطلاحاً

التزام شخص بأداء ما وجب من غيره من الحقوق المالية.

ثالثاً: مفهوم الضمان

" التزام غير قابل للإلغاء، يلتزم فيه الضامن بأمر من المعطي للأمر وتحت حساب هذا الأخير دفع مبلغ محدد للمستفيد في حالة ما إذا كان هذا الأخير لاحظ وجود خلل أو تعسر من الطرف الآخر في تنفيذ الواجبات التعاقدية"¹.

" تتمتع المؤسسة بامتيازات على جميع الأملاك المنقولة والديون والأرصدة المسجلة في الحسابات ضماناً لإيفاء كل مبلغ يترتب كأصل دين أو فوائد أو مصاريف للبنوك والمؤسسات

1- <http://research-ready.blogspot.com/2012/06/bank-loans.html>.

المالية أو مخصص لها كضمانة لإيفاء السندات المطهرة لها أو المسلمة لها كأمانة وكذلك لضمان تنفيذ أي تعهد اتجاها بكفالة أو بكفل أو كتاب ضمان¹.

في حين وبلغه القانون " هو التزام بإرادة منفردة والذي لا يكون نافذا إلا إذا تعذر على المضمون دفع المبلغ المقرر فهو بذلك التزام عرضي قد يتحقق وعندئذ البنك لا يتحمل أي خسائر²

الفرع الثاني: تعريف المال

أولاً: لغة

هو كل ما يقتني ويحوز الإنسان بالفعل سواء كان مالا أو منفعة أما مالا يحوزه الإنسان فلا يسمى مالا³.

ثانياً: تعريف المال في اصطلاح الفقهاء

1. الاتجاه الأول للحنفية: كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة إذا توافر عنصران
أ- إمكانية الحيازة والإحراز: فلا يعد مالا يمكن حيازته كالأمر المعنوية مثل العلم والصحة.
ب- إمكان الانتفاع به عادة فكل مالا يمكن الانتفاع به أصلاً أو ينتفع به انتفاعاً لا يعتد به عادة عند الناس لا يعد مالا.

2. الاتجاه الثاني لجمهور الفقهاء:

أ- أن يكون الشيء له قيمة بين الناس وهذه القيمة تثبت بوجود الضمان على من أتلفه سواء أكانت قليلة أم كثيرة.
ب- أن يكون الشيء له قيمة بين الناس وهذه القيمة تثبت بوجهان كأن يكون الشيء قد أباح الشارع الحكيم الانتفاع به في حالة السعة والاختيار كالحوانات والعقارات، أما إذا كان

1- القانون رقم 90-10، المؤرخ في 14/04/1990، المتعلق بالنقد والقرض، المادة 175

2 - <http://research-ready.blogspot.com/2012/06/bank-loans.html> مرجع سبق ذكره

3 - <http://ar.wikipedia.org/wik>

الشارع الحكيم قد حرم الانتفاع به وبالضمان على من أتلفه سواء أكانت كثيرة أم قليلة فإنه لا يكون مالا¹.

الفرع الثالث: التعريف التشريعي

أما المشرع الجزائري فقد تطرق في القانون المدني في المادة 644 في الفصل الأول من الباب الحادي عشر (الكفالة): الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه، و في المواد 682 في القسم الثاني (تقسيم الأشياء والأموال) من الكتاب الثالث (الحقوق العينية الأصلية) بتعريفه: كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية و الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجه بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية.

و المادة 684 من نفس القانون تبين أن العقار مال له صفة الاستحقاق العيني².

أما في قانون الصفقات العمومية فقد تطرق المشرع في الأمر 90/67 في المادة 78 لا يجوز أن يزيد مبلغ الكفالة عن مبلغ 5% من المبلغ الأولي للصفقة مضاف إليه مبلغ الملحقات عندما تتص الصفقة عن مبلغ الضمان كما لا يجوز أن يزيد عن مبلغ 10% عندما تكون تلك المدة منصوص عليها³.

وهو ما يستتف منها أن الكفالة هي مبلغ نقدي على عاتق المتعامل المتعاقد حسب المشرع.

و جاءت في باقي قوانين الصفقات العمومية الموالية لهذا الأمر كما يلي :

في المواد 86 من المرسوم 82-145، و المادة 82 من المرسوم التنفيذي 91-434، والمادة 80 من المرسوم 02-250، والمادة 95 من المرسوم 10-236 مشابهة لبعضها في التعريف، حيث جاءت في قسم الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب لا سيما في الميدان المالي هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة

1 - www.uae.ii5ii.com معهد الإمارات التعليمي

2 - القانون المدني الجزائري، ص ص112/107.

3 - أمر رقم 67-90 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو سنة 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية.

مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

إذن من خلال التعاريف والمفاهيم التي تطرقنا إليها عبر مختلف التشريعات، يمكن حصر مفهوم الضمانات المالية للمصلحة المتعاقدة، في كل الوسائل المالية التقنية والمادية التي تمثل ضماناً للمصلحة المتعاقدة على عاتق المتعامل معها قبل وأثناء وبعد تنفيذ الصفقة العمومية، سواء أكانت هذه الضمانة بيدها، مثل التسبيقات أو كفالات الضمان أو التسوية على الرصيد، أو بيد المتعامل المتعاقد، مثل الشهادات الجبائية وشهادة التأمين الاجتماعي والوسائل المادية والبشرية الواجب تواجدها قبل تنفيذ الصفقة.

ملخص:

تعد هذه الدراسة لموضوع الضمانات المالية للمصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، إطلالة موجزة على الجانب المالي للصفقة، و التي تتحكم فيه المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، وتهدف إلى إثراء هذا الشق من الموضوع (الصفقة العمومية) على الساحة القانونية، و إبراز مدى سعي المشرع الجزائري في إحاطة الجانب المالي للصفقة بأهمية و عناية كبيرة، و ذلك من خلال ما تطرقنا إليه في موضوعنا، قبل وأثناء وبعد تنفيذ الصفقة، من بين نصوص وقوانين و تشريعات مختلفة منها (قانون مكافحة الفساد، و قانون النقد والقرض، والقرار الوزاري لحالات الإقصاء من المنافسة، وقانون حماية المستهلك)، بهدف ترشيد النفقات العامة للدولة، لكن تبقى هذه النصوص و القوانين غير كافية لتأمين المال العام من الثغرات و المخالفات المحيطة به والتي تم اختراقها في عدة صفقات، إلا بتحيينها وفرض رقابة شاملة لخدمة مجتمع بأسره على مصالح شخصية.