تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقات
(حقائق و تناقضات)

Execution of services before concluding transactions
(Facts and contradictions)

بقلم د/: قمار خديجة
عضو بمخبر نظام الحالة المدنية
جامعة الجيلالي بونعامة
khadidjaguemar84@gmail.com

تاريخ الإرسال:19/ 09/ 2019 تاريخ القبول: 21/ 10/ 2019 تاريخ النشر: 30/ 11/ 2019

ملخص:
الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات ، و قد اقر المنظم أن تبرم هذه الصفقات قبل الشروع في التنفيذ كقاعدة عامة، و استثناءا يمكن الشروع في التنفيذ قبل الإبرام في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم كما أشارت إليه المادة 12 ضمن شروط و إجراءات محددة؛و في حالة استراد المنتجات و الخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها و التقلبات السريعة في أسعارها و مدى توافرها، و كذا الممارسات التجارية المطبقة عليها و التي لا تكون مكيفة مع هذه الصفقات.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية- تنفيذ الخدمات- إبرام الصفقات.

Summary :
Public contracts are written contracts within the meaning of the legislation in force, are concluded before any commencement of performance of services as a general rule, but In cases of imperative urgency motivated by imminent danger, may authorize the commencement of execution before the conclusion of the public contract.
On the other hand, public contracts for the importation of goods and services which, by their nature, require prompt decision by the contracting service, are exempted from the provisions of this Title which are not adapted to those markets, in particular those relating to to the mode of handover.
Key words: Public procurement - Performance of services - Public procurement

1- **المؤلف المرسل:** قمار خديجة ، **الإيميل:** khadidjaguemar84@gmail.com

مقدمة:

لقد أجمعت جل النصوص القانونية المنظمة لعقد الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة، لتجتمع بنفس الصياغة القانونية :" الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به"[1]، و لما كانت العقود الإدارية بما فيها عقد الصفقة يقوم على الكتابة كشرط جوهري وجوبي لقيام عقد الصفقة مثلما تشير إليه المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، كما أن الممارسات العملية و الواقع التطبيقي لعقود الصفقات جعلت من الكتابة ضرورة حتمية لا يمكن الاستغناء عنها.

و تظهر أهمية الموضوع في أن عقود الصفقات العمومية هي وسيلة قانونية في يد السلطة العامة لانجاز العمليات المتعلقة بتسيير و تجهيز المرافق العامة، و أداة لمجابهة الأخطار التي تهدد استثمار الهيئات

العمومية و ملكيتها، غير أن الأموال التي تضخ و تصرف بعنوان صفقة عمومية لمصالح متعاقدة تتحمل أعباؤها الخزينة العمومية[2]، لذلك فبالرغم من حرص النصوص القانونية على ضبطها و تنظيمها بإحكام، إلا أنه يوجد بعض الثغرات و التناقضات و الحقائق التي تفتح الباب أمام الممارسات الممنوعة ؛ و عليه تتمحور اشكالتينا حول:

هل وُفِّق المنظم الجزائري في معالجة الكتابة في عقود الصفقات العمومية و وضع إطار عام محكم شاف كاف لها؟لا يسمح بالعجز و القصور؟، أو بالانتقادات و التناقضات، أو بالانزلاقات و الانحرافات؟أو بالتجاوزات و المخالفات؟؛

و سيتم معالجة هذه الإشكالية وفقا للهندسة المنهجية التالية:

I. حقائق تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقات

1. **حقيقة** الكتابة قبل الشروع في التنفيذ كقاعدة عامة
2. **حقيقة** الشروع في التنفيذ قبل الكتابة كاستثناء

II. تناقضات تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقات

1. **التناقض** الحاصل في المعيار العضوي بين المادتين **12** و **06**
2. **التناقض** الحاصل في إجراءات صفقة التسوية بين المادتين **12**و **23**
3. **التناقض** الحاصل على مستوى الرقابة للمادتين **12**و **23**

I. حقائق تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقات

إن الصفقة العمومية باعتبارها عقد إداري يجب أن تفرغ في الشكل الكتابي المفروض وفق إجراءات الصفقات العمومية وهذا ما قصده المنظم بعبارة التشريع الساري المفعول،فالصفقات العمومية **عقود مكتوبة** ومبرمه وفق الشروط الواردة في المرسوم 247/15، إلا أن المنظم في تنظيم الصفقات العمومية قد اقر بقاعدة عامة – الكتابة قبل التنفيذ- و اقر كذلك باستثناء لها – الشروع في التنفيذ قبل الكتابة – و هذه

من أهم الحقائق التي نريد تسليط الضوء عليها بالتحليل و المناقشة من خلال ما يلي:

1- حقيقة الكتابة قبل الشروع في التنفيذ كقاعدة عامة

لقد أجمعت جل النصوص القانونية المنظمة لعقد الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة،و يعتبر الأستاذ **عمار بوضياف** أن التأكيد على الكتابة قبل التنفيذ يعود لسببين[3] الأول أن عقد الصفقات العمومية يعد القالب القانوني لتنفيذ مشاريع التنمية المحلية و الوطنية و مختلف البرامج الاستثمارية، أما الثاني فبسبب الأموال الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية و التي تتحملها الخزينة العمومية، إلا أن المنظم و أثناء تنظيمه للقاعدة العامة-الكتابة قبل التنفيذ- قد وقع في جملة من التناقضات نجملها في إصابات على عدة مستويات:

1-1 إصابة في الصياغة القانونية:

لابد من الإشارة إلى أن المنظم الجزائري أثناء نصه على القاعدة العامة أي الكتابة قبل أي شروع في التنفيذ فانه حصر عملية الشروع فقط في تنفيذ الخدمات L'exécution des prestations حسب حرفية النص بالعربي و مصطلح تنفيذ الخدمات يعد نوع من أنواع الصفقات la prestation de services ، فلو أخذنا بحرفية النص العربي لوجدنا بأن القاعدة العامة – أي الكتابة قبل الشروع في التنفيذ- تنطبق فقط على صفقات الخدمات دون غيرها من الصفقات ، إلا أن قواعد المنطق و الواقع العملي لا يسمح بذلك بل أن هذه القاعدة العامة في رأينا تشمل كل الصفقات مهما كان نوعها ، لذلك كان لزاما على المنظم الجزائري أي يتبع نفس النهج الذي اعتمده أثناء صياغته للمادة 02 حينما نص :" الصفقات العمومية عقود مكتوبة ....**لتلبية حاجات** المصلحة المتعاقدة .

2-1 إصابة في تحديد الهدف:

الهدف العام من الصفقة العمومية هو تلبية الحاجات قد تكون هذه الحاجة في شكل أشغال أو لوازم أو دراسات أو خدمات، و منه تصبح المادة 03 " تبرم الصفقات العمومية قبل أي الشروع في **تلبية الحاجات** " و ليس " قبل أي شروع في **تنفيذ الخدمات"**، و دليلنا في أن المنظم لم يكن موفقا عند استعماله لمصطلح تنفيذ الخدمات أثناء صياغته للمادة 03 هو تفصيله للمعيار الموضوعي لعقد الصفقات العمومية في المادة 29 عندما راح يحدد موضوع كل صفقة على حدى فقد أوضح هدف كل صفقة باستعماله في كل مرة و بداية كل فقرة مع تعريفه أي صفقة **مصطلح "تهدف a pour objet** "و ذلك كالتالي :

- **تهدف** الصفقة العمومية للأشغال إلى انجاز منشاة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول ، في ظل **احترام الحاجات** .
- **تهدف** الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد ، مهما كان شكلها **موجهة لتلبية الحاجات** satisfaire les besoins .
- **تهدف** الصفقة العمومية للدراسات إلى انجاز خدمات فكري (و تتم صفقة الدراسات دائما عند إبرام صفقة أشغال ، فهي بذلك تعيدنا إلى الفكرة الأولى أي في ظل **احترام الحاجات**)
- **تهدف** الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى انجاز تقديم خدمات، و هي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال و اللوازم أو الدراسات .

3-1 إصابة في تحديد التعريف:

فلو تمعنا في الفقرة الأخيرة للمادة 29 نجد أن المنظم قد عجز حتى على تحديد تعريف صفقة الخدمات و ذلك يوصلنا إلى الملاحظات الآتية:

1-3-1تعريف مقتضب: لأنه استعمل جملتين فقط على عكس الأنواع الأخرى للصفقات العمومية، التي راح فيها المنظم يصول و يجول لتحديد المعنى و الهدف من كل صفقة باستعمال عبارات متنوعة و متعددة و في فقرات عدة، بالمقارنة مع صفقة الخدمات فقد شملت فقرة يتيمة وحيدة.

1-3-2تعريف سلبي: يظهر لنا في الجملة الأخيرة عجز المنظم في تحديده لمعنى صفقات الخدمات عندما استعمل التعريف السلبي من خلال قوله " و هي صفقة عمومية **تختلف** عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات" فعبارة تختلف الذي استعملها تدخلنا في متاهة أخرى للبحث عن مضمون هذه الصفقة و كأنه يريد بذلك أن يوجهنا إلى ما يدخل ضمن إطار كل صفقة و ما يخرج عن هذا الإطار يصب في صفقة الخدمات، و يبقى الأمر غامضا إلى أن يأتي تعديل آخر ليوضح لنا هذه المسألة.

2- حقيقة الشروع في التنفيذ قبل الكتابة كاستثناء

يمكن الخروج عن القاعدة العامة التي تنص على كتابة عقد الصفقة العمومية قبل الشروع في التنفيذ، بمعنى الشروع في التنفيذ قبل إبرام الصفقة العمومية و ذلك في حالتين فقط مع توفر شروط معينة و بإتباع إجراءات محددة؛ و هي كالتالي:

1-2 استثناء صفقات في حالة الاستعجال الملح:

و هي الحالة التي نصت عليها المادة 12 و التي يتعرض فيها ملك أو استثمار إلى خطر داهم أو يكون هذا الخطر مجسد في الميدان يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، فإذا ما اتبعنا

الإجراءات القانونية لإبرام الصفقة العمومية بدءا من الإشهار إلى استقبال العروض و فتح الأظرفة و تقييمها، وصولا إلى مرحلة الإبرام النهائي للصفقة مع متعامل اقتصادي معين ، فان الاستعجال الملح الذي وقعت فيه المصلحة المتعاقدة لا يمكنه التكيف مع هذه الآجال بالتالي قد أجاز المنظم الشروع في التنفيذ قبل الإبرام ، و ذلك بشروط معينة هي :

- عدم توقع المصلحة المتعاقدة للظروف المسببة للاستعجال.
- أن لا يكون سبب هذه الحالة يعود إلى تماطل المصلحة المتعاقدة أو نتيجة مناورات من جهتها .
- أن يقتصر التنفيذ على كل ما هو ضروري فقط لمواجهة هذه الحالة الاستعجالية الملحة

أما عن الإجراءات المتبعة للقيام بالشروع في التنفيذ قبل الإبرام فتتم بموجب مقرر ترخيص صادر من مسئول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، و يبقى للمصلحة المتعاقدة أن تتحرك لدى الجهات المخولة بالترخيص، و يقع عليها عبء تبرير وجه الخطر و نطاقه و آثاره، كما تبين في حالات أخرى جانب المساس بالملك محاولة منها لإقناع الجهات المعنية (الوزير أو الوالي أو مسئول الهيئة العمومية أو رئيس المجلس البلدي) بهدف إصدار الترخيص،ثم تأتي عملية إبرام صفقة تسوية في ظل 06 أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر الذي يرخص البدا في تنفيذ الخدمات إذا كانت العملية تفوق 12 مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقة الأشغال و اللوازم و تفوق 06 ملايين دينار جزائري بالنسبة لصفقة الخدمات و الدراسات، و أخيرا عرض صفقة التسوية على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية.

و من هنا نجد بان أشكال الرقابة الإدارية الداخلية منها قد تم تخطيها و عدم إتباعها في هذا النوع من الصفقات، إضافة إلى أن إجراءات الإبرام بين المصلحة و المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها تتم فقط عن طريق **تبادل الرسائل par un échange de lettres.**

2-2 استثناء الصفقات العمومية التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار:

حيث تعفى هذه الصفقات من طريقة الإبرام و يتم فيها الشروع في التنفيذ قبل الكتابة و هو ما جاءت به المادة 23 من المرسوم 247/15 و ذلك بشروط هي :

- أن تقع هذه الحالة فقط في عمليات استيراد المنتجات و الخدمات التي تتطلب السرعة لاتخاذ القرار بحكم طبيعة هذه المنتجات و الخدمات
- أن أي تماطل أو تأخير من شانه أن يؤدي إلى تغير أسعار هذه المنتجات أو قد يؤدي إلى نفاذها في السوق و عدم توفرها.

1-2-2 من جهة أولى؛ فان قراءتنا لهذه الحالة يستلزم أن تبرم هذه الصفقات ضمن نوع معين بالذات و هو إما صفقات اللوازم و صفقات الخدمات التي تستدعي بالمصلحة المتعاقدة إلى اقتناء منتجات أو خدمات من خارج الدولة ضمن عملية استيراد مواد أو خدمات و هي بذلك تستبعد الأنواع الأخرى للصفقات مثل الأشغال و الدراسات ، و منه نجد بان مقدارها المالي سيكون 12 مليون دينار جزائري للوازم و 06 ملايين دينار جزائري للخدمات ؛أما الإجراءات المتبعة للشروع في التنفيذ قبل الإبرام فهي أن يؤسس الوزير المعني لأي قطاع بمناسبة كل عملية استيراد لجنة وزارية مشتركة خاصة تتشكل من أعضاء مؤهلين تتوافر فيهم الكفاءة و الخبرة، و يترأس اللجنة ممثل المصلحة المتعاقدة، ثم تكلف اللجنة بإجراء المفاوضات و اختيار الشريك المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، ثم تحرير صفقة تسوية خلال 03 أشهر ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات، و أخيرا عرض صفقة التسوية على الرقابة الخارجية.

إن عملية اختيار المتعاقد هنا هي استثناء عن مبدأ المنافسة الذي بني عليه المرسوم الرئاسي 247/15 كأصل عام في إبرام الصفقات العمومية، فهنا يتم الاختيار بتخصيص الصفقة إلى متعامل اقتصادي

معين عن طريق الاستدعاء المباشر للتعاقد معه ضمن ما يسمى بطريقة التراضي ، فهل تدخل هذه الحالة ضمن الفقرات المنصوص عليها في المادة المنظمة لحالات التراضي البسيط [4]؟

2-2-2 من جهة ثانية؛من خلال تحليلنا للفقرات التي نظمتها المادة 49 و التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط لا نجد هناك إشارة مباشرة و صريحة لحالة السرعة في اتخاذ القرار ، على عكس ما فعله المنظم فيما يخص حالة الاستعجال الملح المعلل فقد أدرجه في المادة 12 ثم أعاد تكرار نفس المعلومة ضمن حالات التراضي البسيط في الفقرة 2 للمادة 49، بالرغم من أن الحالة الثانية – حالة الشروع في التنفيذ قبل الإبرام بسبب السرعة في اتخاذ القرار- هي من الحالات التي تستدعي إبرام الصفقة ضمن طريقة التراضي البسيط إلا أن المنظم قد اغفل إدراجها و هذه إصابة ثانية مباشرة للمنظم أثناء صياغته لأحكام هذا المرسوم و تعد ثغرة من الثغرات التي أهملها المنظم، لذلك يعد لزاما إدراج هذه الحالة ضمن فقرات المادة 49 مع الإشارة إلى عملية الإحالة للمادة 23 دون تكرار لها حتى لا نعيد نفس الخطأ الذي وقع فيه في الفقرة 02 من المادة 49 ، هذا من جهة ؛

3-2-2 من جهة ثالثة؛فان المتتبع للفقرات المنصوص عليها في المادة 49 قد يسقط حالة السرعة في اتخاذ القرار مع الفقرة 03 للمادة 49 و التي تنص " في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية"، صحيح أن عملية التموين هذه قد تنفذ بشأنها صفقات لوازم و خدمات، و أن هذه العملية تتطلب كذلك السرعة في اتخاذ القرار لكن السرعة هذه تقع بمناسبة حاجة السكان لها، و ليس بسبب طبيعة المنتجات و الخدمات المراد استراها و لا بسبب تغير أسعار هذه المنتجات و الخدمات، لهذه الأسباب فإننا نستبعد إسقاط الفقرة 03 من المادة 49 على الحالة المنصوص عليها في المادة 23، إضافة إلى أن

عملية التموين لا تعني عملية الاستيراد ، بذلك فإنها تستبعد كليا من عملية الإسقاط.

II. تناقضات تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقات:

و يظهر هذا التناقض على ثلاث مستويات المعيار العضوي و الثاني على مستوى إجراءات صفقة التسوية للمادتين 12 و 23 ؛ و الأخير على مستوى الرقابة على عملية التنفيذ قبل الإبرام للحالتين؛

1- التناقض الحاصل في المعيار العضوي بين المادة 12و المادة06

نصت المادة 12 فقرة01 على :" ...يمكن مسئول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية" فمن خلال تحليلنا و مناقشتنا للمعيار العضوي في كل من المادتين السابق ذكرهما وصلنا إلى النتائج التالية:

1-1 تناقض من حيث الترتيب المعياري:

و بالعودة للمادة06 من المرسوم 247/15 التي نصت على المعيار العضوي نجدها قد رتبت المصلحة المتعاقدة ضمن ترتيب منهجي منطقي تسلسلي تناغمي منسجم حسب تنظيمها الإداري من مركزية إلى لامركزية نحو المؤسسات المرفقية ضمن فقرات متتالية:"الدولة- الجماعات الإقليمية- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري - المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

ما نريد توضيحه في هذه النقطة أن المنظم الجزائري لم يحترم ترتيب المصلحة المتعاقدة في المادة 12 بما يتوافق مع المادة 06 التي جاءت بالمعيار العضوي فالمادة 06 بدأت بالدولة ثم الجماعات الإقليمية، ثم المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و أخيرا المؤسسات العمومية

الخاضعة للتشريع التجاري، أما المادة 12 فقط بدأت أثناء تنظيمها لإجراءات إصدار مقرر الترخيص بالشروع في التنفيذ قبل الكتابة بمسئول الهيئة العمومية ثم الوزير ثم الوالي ثم رئيس المجلس الشعبي البلدي، فكان عليه أن يتبع نفس النهج و الترتيب المستعمل في المادة 06 بان يقول "...يمكن للوزير أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مسئول المؤسسة العمومية أن يرخص بموجب مقرر معلل..." ،

بالمقارنة مع المشرع الإجراءات المدنية و الإدارية الذي كان منسجما في نصه على **المعيار العضوي** للشخص المعنوي العام و **بين تمثيله** أمام الجهات القضائية الإدارية و ذلك في كل من المادة **800** "...التي تكون **الدولة** أو **الولاية** أو **البلدية** أو إحدى **المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري"** و المادة **828** "...عندما تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري طرفا في الدعوى...تمثل بواسطة **الوزير** المعني، **الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي** على **التوالي،** و **الممثل** القانوني بالنسبة **للمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية "** هذا من جهة؛

2-1 تناقض من حيث الاختلاف الاصطلاحي:

استعمال المنظم الجزائري في المادة 12 لمصطلح الهيئة العمومية لم يكن في محله :"...يمكن **مسئول الهيئة العمومية** ...المعني أن يرخص بموجب قرار معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية..."، حيث أن هناك **فرق بين الهيئة العمومية و المؤسسة العمومية**[5] و هو تناقض آخر وقع فيه المنظم الجزائري في عملية الصياغة القانونية للمادة 12 من المرسوم 247/15 مع المادة 06 من نفس المرسوم التي استعملت مصطلح المؤسسة العمومية و ليس الهيئة العمومية في تفصيلها للمصلحة المتعاقدة[6] .

لا يوجد في المعيار العضوي للمصلحة المتعاقدة مصطلح الهيئة العمومية و إنما اعتمد المنظم على جهاز آخر المؤسسة العمومية **Etablissement public** و ليس الهيئة العمومية **l'institution publique** على الرغم من

اشتراك المؤسسات العمومية و الهيئات العمومية بعدد من الأحكام، فان هناك نقاط اختلاف بينهما[7].

3-1 تناقض من حيث المفهوم:

ظهرت عدة محاولات فقهية لإعطاء تعريف جامع و مانع للمؤسسة العمومية فقد عرفها الأستاذ **محمد صغير بعلي** أن المؤسسة العمومية " مرفق عام مشخص قانونيا"[8]،أعطى الأستاذ **ناصر لباد** تعريف آخر" المؤسسة العمومية شخص عمومي يقوم بنشاط متخصص، و تعتبر كأداة اللامركزية التقنية (المرفقية)" [9]، و أخيرا العميد **احمد محيو** " هي شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق الدولة أو الولاية أو البلدية، أو لشخص آخر" [10].

2-1 **تناقض من حيث الاحتمالات المطروحة**:

إن إعطاء مصطلح عام غير محدد أو مضبوط قد يفتح لأصحاب الاختصاص باب التفسير مما يسمح بطرح عدة احتمالات:

1-2-1 الاحتمال الأول: هل أراد المنظم بمصطلح الهيئة العمومية أن يجمع تحت لوائه بين المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الجزائري، فهو يقصد بمسئول الهيئة العمومية المخول منح الترخيص هو مسئول هذه المؤسسات العمومية المذكورة في الفقرات الأخيرة للمادة 06؟.

2-2-1 الاحتمال الثاني: أن المنظم الجزائري و مع بدايته لصياغة المادة 12 قد حدد الشرط الموضوعي للشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة و هو حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا **للمصلحة المتعاقدة** أو **الأمن العمومي** ، فهنا يريد المنظم أن يقصد بمسئول الهيئة العمومية هو مسئول الأمن العمومي، أما الوزير و الوالي

و رئيس المجلس الشعبي البلدي يعتبرون مسئولون عن مصلحة متعاقدة؟ لكن حتى و إن أخذنا بهذا الطرح يبقى السؤال المطروح عن باقي أنواع المصالح المتعاقدة ألا وهي المؤسسات العمومية سواء ذات الطابع الإداري أو الخاضعة للتشريع التجاري فأين محلها من مسالة الشروع في تنفيذ الخدمات قبل الإبرام ؟ لأن الأخذ بهذا الطرح يستبعدها .

1-2-3 الاحتمال الثالث: أن المنظم عندما راح يقر بالشروع بالتنفيذ قبل الكتابة فقد حدد بأن الأمر يتعلق بحالة استعجال تهدد ملك أو استثمار لمصلحة متعاقدة (المادة 06 من المرسوم 247/15) أو حالة استعجال تهدد ملك امن عمومي ، و أثناء طرحه للإجراءات فانه خول منح الترخص لمسئول الهيئة العمومية فقط دون المؤسسة العمومية، قد يؤدي بنا ذلك إلى تفسير مفاده أن مسئول الهيئة العامة هو ممثل المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري أي الفقرة 03 من المادة 06 ، لان عناصر المرفق العام تنطبق على المصطلحين فكل مؤسسة عمومية ذات طابع إداري هي هيئة عامة، و هو بذلك يقصد أن باقي المؤسسات الخاضعة للتشريع التجاري المنصوص عليها في الفقرة 04 من هذا المرسوم لا يمكنها الشروع في التنفيذ قبل إبرام الصفقة، بالتالي فكل أنواع الصفقات التي تبرمها هذه المؤسسات عليها تطبيق القاعدة-الكتابة قبل التنفيذ- و احترام المعيار الشكلي و إتباع باقي الإجراءات و المراحل التي تمر بها الصفقة وصولا إلى مرحلة التنفيذ ؛

و لكن بالمقابل لو أخذنا بهذا التفسير ماذا لو هددت حالة استعجالية ملحة ملك أو استثمار مؤسسة كانت الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية قد تكلفت بتمويلها بصورة كلية أو جزئية، أو كانت مساهمة فيها بصورة مؤقتة أو نهائية، ألا يمكنها هنا مجابهة الحالة بالشروع في التنفيذ ثم بعد ذلك تبرم صفقة تسوية، و لماذا لم يصرح المنظم باختصاص رئيس

المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري إذا ما توافرت فيها شروط المصلحة المتعاقدة أن يمنح ترخيص بالتنفيذ كما فعل مع باقي المصالح المتعاقدة.

2- التناقض الحاصل في إجراءات صفقة تسوية بين المواد 12و23:

تنص الفقرة 03 من المادة 12 من تنظيم الصفقات العمومية المرسوم 247/15 على ما يلي: و مهما يكن من أمر، فلابد من إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، خلافا لأحكام المادة 03 أعلاه، خلال ستة (06) أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 أدناه، و عرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية ، أما الفقرة 04 من المادة 23 لنفس التنظيم فتنص على :" و مهما يكن من أمر، تحرر صفقة تسوية خلال اجل 03 أشهر، ابتداء من الشروع ي تنفيذ الخدمات و تعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية"و من خلال إجراء عملية مقارنة بين المادتين فإننا توصلنا إلى الملاحظات التالية :

1-2 اتفاق على إلزامية الإجراء : فان المنظم قد اوجب القيام بعملية التسوية للصفقة التي تم البدأ في تنفيذ الخدمات بشأنها قبل كتابتها في كل الأحوال، فانه يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تحتج بالحالة الاستعجالية الملحة في الحالة المذكورة في المادة 12 أو أن تتذرع بحجة السرعة في اتخاذ القرار للحالة المنصوص عليها في المادة 23 لتقوم بعدم إفراغ هذه الصفقات في شكلها الكتابي، لأن عملية كتابة هذه الصفقات هي الإطار القانوني الذي يثبت مآل الأموال العمومية التي أنفقتها المصلحة المتعاقدة، بالتالي فان احترام المعيار الشكلي في الصفقات العمومية يمكن اعتباره أداة من الأدوات القانونية لحماية المال العام ، لذلك فان المنظم قد أصاب عندما ابتدأ الفقرة 03 من المادة 12 و الفقرة 04 من المادة 23 بعبارة **" و مهما يكن من أمر..."**

2-2 تناقض في استعمال المصطلح: قد استعمل المنظم حين تنظيمه لعملية إبرام صفقة تسوية على عبارات مختلفة ، ففي الفقرة 03 من المادة 12 نص على :"...،فلابد من **إبرام** صفقة عمومية على سبيل التسوية..." و يقابله النص الفرنسي "**passé à titre**" و تعني أن **تمر على صفقة تسوية** أما الفقرة 04 من المادة 23 فتنص **:"...تحرر صفقة تسوية**..." و يقابلها النص الفرنسي" **est établi et soumis**" يعني أن **تؤسس و تقدم صفقة تسوية** في آجل محددة، و قد استعمل المنظم عبارتين إبرام في الماة 12 و تحرير في المادة 23، و باستقراء هذه العبارات نجد التناقضات التي وقع فيها المنظم أثناء صياغته لهذه الفكرة، لان الفكرة واضحة و بسيطة و هي أن **تبرم صفقة تسوية** ضمن آجال معينة، فلماذا المنظم راح يستعمل عدة عبارات:(إبرام صفقة تسوية- تحرر صفقة تسوية-est établi et soumis - passé à titre) ؟ بل كان عليه أن يتفق على عبارة واحدة حتى تأتي الصياغة القانونية واضحة و بسيطة، سهلة الفهم و سلسة، و حتى لا نفتح الباب أمام السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة لتأول النص إلى أمر آخر.

3-2 **تناقض في تحديد الآجال:** ما يمكن ملاحظته انطلاقا من تحليل المدة القانونية اللازمة لإجراء صفقة تسوية سواء إبرامها المادة 12 أو تحريرها المادة 23 أنهما اختلفتا في الآجال و تاريخ حسابها، فآجال حساب صفقة تسوية لتنفيذ خدمات في حالة الاستعجال الملح هي **6 أشهر** تحسب من **تاريخ التوقيع على مقرر الترخيص** بالبدء في التنفيذ، بشرط أن تفوق العملية المعيار المالي المحدد في المادة 13 كما سبق الإشارة إليه، أما صفقة تسوية تنفيذ خدمات في حالة الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار هي **3 أشهر** ، و لكن لا تحسب من تاريخ اجتماع اللجنة الوزارية و إصدارها لمحضر اجتماع المعني باختيار

الشريك المتعاقد ، و إنما تحسب من **تاريخ تنفيذ الخدمات،** مع العلم أن الخدمات المنصبة في هذا الباب هي عملية استيراد منتجات تتضمن فيها صفقة اقتناء لوازم، و منه فان صفقة التسوية ستحرر في ظل 6 أشهر من تاريخ تسلم المصلحة المتعاقدة للمنتجات التي استوردتها من الشريك المتعاقد معها، و نحن نرى أن مدة 6 أشهر طويلة جدا خاصة و أن تنفيذ الخدمات قد تم و صرفت أموال طائلة على المنتوج المستورد من دون كتابة الصفقة في شكلها القانوني، إذن لماذا المنظم منح هذا الأجل ؟ و كيف انه لم ينص على احتساب الأجل من تاريخ الاتفاق و التفاوض مع الشريك المتعاقد و إنما احتسبها من تاريخ تنفيذ الخدمات و استلام المصلحة المتعاقدة للمنتوج المسترد؟

4-2 **تناقض على مستوى الرقابة:** بالرغم من اتفاق الحالتين على عدم الخضوع إلى الرقابة الداخلية و إحالة صفقة التسوية إلى لجان الرقابة الخارجية المتميزة في تصنيفها بين صفقات الهيئات المركزية و صفقات الهيئات اللامركزية[11]، إلا أن المادة 12 أقرت على رقابة المالية لكل من مجلس المحاسبة و الوزير المكلف بالمالية و سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و المفتشية العامة[12]، أما المادة 23 فقد اغفلت ذلك؛فهل يعني أنها لا تخضع لهذا النوع من الرقابة؟ و لكن و بالرجوع إلى المادة 213 نجد المنظم قد أوكل سلطة ضبط الصفقات العمومية بعملية تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي و التقني للطلب العمومي، و قد خولها المنظم في نفس المادةمهمة البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع الأجانب، و لما كانت صفقة التسوية المبرمة وفقا المادة 23 جاءت من اجل تنفيذ خدمات في إطار عملية استيراد منتوجات و لا تتم إلا مع أجانب خارج الدولة ،

لذلك فان سلطة الضبط هذه حسب التنظيم المعمول به مكلفة حصريا بالت في النزاعات الناشئة عن صفقة تسوية مع هؤلاء الأجانب.

خاتمة:

بعد استعراض مختلف أوجه الحقائق و التناقضات لعملية الشروع في التنفيذ قبل إبرام الصفقات يتبيّن لنا ؛

- ✓ أن غموض بعض المصطلحات الواردة في تنظيم الصفقات العمومية دفع بأصحاب الاختصاص و أوقعهم في تناقضات و إشكالات بسبب عدم ادارك معنى النص و ذلك يرجع لغياب الثقافة القانونية، و هذا ما يلاحظ من خلال النص العربي و الفرنسي لتنظيم الصفقات حيث تظهر بعض الاختلافات بينهما خلال تفسير المصطلحات و الترجمة،ما يعاب على على نصوص الصفقات العمومية انه اثناء إعدادها من طرف السلطة التنظيمية تحرر باللغة الفرنسية أولا ثم تترجم إلى العربية.
- ✓ إن مراجعة المنظم لتنظيم الصفقات من فترة إلى أخرى قد يعبر عن محاولة لسد الثغرات و النقائص التي تصطدم بها اللجان الرقابية أثناء ممارستها لعملها الرقابي، و قد يكون ذلك إدراكا منه لتفادي استغلال الوظيفة و النفوذ، و التلاعب بالمال، خدمة للمصلحة العامة و مراعاة للظروف و المتغيرات السياسية و الاقتصادية للدولة.
- ✓ فبالرغم من اجتهاد المنظم في كل مرة من أجل تفادي الثغرات و الأخطاء الموجودة في التنظيم السابق،و مع ذلك؛فلا تزال هناك العديد من الأمور العالقة حاولنا الإشارة إليها في صلب هذه الدراسة التحليلية.

الهوامش:

1. المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 ،2002، و المادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/17 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية عدد 58، الصادرة سنة 2010، و كذلك المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015 .

2. بن سالم خيرة، نحو ترشيد النفقات و تعزيز مبادئ عقود الصفقات –قراءة في مرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس،العدد01،أفريل 2018، ص 02- 03
3. عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية و قضائية و فقهية، ط1، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص37.
4. قام المنظم في التنظيم الأخير للصفقات العمومية بتقليص الحالات التي تلجا فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط إلى 06 حالات في المادة 49 من مرسوم 247/15 بدل 08 حالات التي كانت موجودة في المادة 43 المرسوم الملغى 236/10 ، لمزيد من المعلومات انظر: خلدون عيشة، قراءة في الأحكام الجديدة لقانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام رقم 247/15، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية ، العدد 06 ، ص 50.
5. بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2011، ص 23.
6. ياسين قونال ، الاختلالات المعيارية في تحديد مفهوم الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي 247/15 ،مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد 12 جوان 2019 ص 96.
7. الدكتور سعيد نحيلي، القانون الإداري/المبادئ العامة (الجزء الأول)، منشورات جامعة دمشق، 2012، ص 210.
8. محمد صغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2002 ، ص 241.
9. ناصر لباد، القانون الإداري ، الجزء الثاني: النشاط الإداري، مطبعةSARP، 2004، ص 182
10. احمد محيو، ترجمة محمد صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 443.
11. عبد الحفيظ مانع ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2008،ص01.
12. نادية تياب ، آلية مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون،جامعة تيزي وزو،2013، ص ص 37 – 39.

قائمة المراجع:

- **المؤلفات:**

- بوضياف عمار،2007 الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية و قضائية و فقهية، ط1، الجزائر ، جسور للنشر و التوزيع .

- نحيلي سعيد ،2012 القانون الإداري/المبادئ العامة (الجزء الأول)، دمشق، منشورات جامعة دمشق،
- صغير بعلي محمد ،2002 القانون الإداري،، الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع.
- لباد ناصر،2004، القانون الإداري ، الجزء الثاني: النشاط الإداري،الجزائر، مطبعةSARP.
- محيو احمد، ترجمة محمد صاصيلا،1985،محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثانية، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية.

- **الاطروحات و المذكرات:**

- تياب نادية،2013، آلية مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه قسم قانون عام،كلية الحقوق،جامعة تيزي وزو، الجزائر.
- مانع عبد الحفيظ،2008، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم قانون عام، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، ،الجزائر.
- بوزيد غلابي،2011، مفهوم المؤسسة العمومية، مذكرة ماجستير، قسم قانون عام كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر.

- **المقالات:**

- بن سالم خيرة،أفريل 2018 نحو ترشيد النفقات و تعزيز مبادئ عقود الصفقات –قراءة في مرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مجلة صوت القانون، المجلد ا05،العدد01، ص ص 27 – 51.
- قونال ياسين، جوان 2019، الاختلالات المعيارية في تحديد مفهوم الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي 247/15 ،مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد 12 ص ص 93- 107.
- محمد حمودي، جوان 2019، دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان شفافية إجراءات إبرام الصفقات:دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 245/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مجلة دفاتر السياسة و القانون، ، المجلد 11، العدد 02، ص ص 28 – 36.
- خلدون عيشة، قراءة في الأحكام الجديدة لقانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام رقم 247/15، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية ، المجلد02، العدد 06 ، ص ص 46- 62.