



كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

النظام القانوني للتعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)

أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص حقوق فرع قانون العقود

تحت إشراف الدكتور:

مخاشف مصطفى

تقدم وتناقش علنا من طرف الطالب(ة) :

حوت فيروز

أمام لجنة المناقشة

الصفة	جامعة الإلتناء	الرتبة	الأستاذ(ة)
رئيسا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ تعليم عالي	السيد: كراجي مصطفى
مشرفا ومقررا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر -أ-	السيد: مخاشف مصطفى
مناقشا	جامعة -البليدة 02-	أستاذ تعليم عالي	السيد: وليد شريط
مناقشا	المركز الجامعي تيبازة	أستاذة محاضرة -أ-	السيدة: إيرايين نوال

السنة الجامعية 2020/2019 م/1440/1441 هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ"

آية الأولى من سورة المائدة

شكر

الحمد والشكر لله عزوجل الذي وفقني لإكمال هذا العمل

فالحمد لله حمداً كثيراً.

عرفانا بالجميل، أشكر الدكتور محاشف مصطفى، الذي كان مشرفاً

ومؤطراً ومكوناً وموجهاً، فلك مني أسى عبارات الإحترام والتقدير والشكر والإمتنان.

جزيل الشكر لأعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة الأطروحة.

أشكر الدكتور أسمع سفيان والدكتور شوقي نذير،

الشكر موصول أيضاً، للدكتور معزوز ربيع والدكتور هشام عبد السيد الصافي مُجدد

من دولة مصر الشقيقة

أشكر الدكتورة القديرة معزوز دليلا والدكتورة المتألقة رفيقة دربي شريف سمية

وأيقوتي الغالية الدكتورة رحباني حسبية

على مساعدتهم لي في جمع المادة العلمية.

إلى أستاذة اللغة العربية أختي الغالية حوت أمينة.

قائمة أهم المختصرات

Liste de principales abréviations

أولاً: باللغة العربية

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ج.ر: جريدة رسمية.

ص: صفحة.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ثانياً: باللغة الفرنسية

BOAMP : Bulletin officiel des annonces de marchés publics.

C.R.D.I: Centre International pour le Règlement des différends relatif aux Investissements.

C.N.U.D.C.I: Commission des nations unies pour le droit commercial international.

J. O : Journal officiel.

L. I.T.E.C: Librairie de la cour de cassation.

L.G.D.J: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

I.b.i.d : Ibidem (même en droit).

P: Page.

P.P: De page à la page.

PUG : Presses Universitaires de Grenoble

مقدمة

تسعى الدول لبلوغ التطور الإقتصادي، لكن هذا الأخير ليس بمعزل عن التطور العلمي والتكنولوجي وإنما يرتبط إحداهما بالآخر عن طريق التكنولوجيا والمعلوماتية، إذ أنّ من أسباب التطور في الدول الصناعية والمتقدمة علمياً ظهور وسائل جديدة لإبرام التصرفات القانونية والصفقات ونقل المعلومات، والمتمثلة في الوسائل الإلكترونية، والتي تعدّ من أهم ما أفرزه التطور التكنولوجي وأثر إيجاباً على الجانب الإقتصادي فيما يتعلق بإبرام العقود.

عرف العالم تطوراً هائلاً في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصال، والذي أدى بدوره إلى ظهور الشبكة العالمية للإتصال الإنترنت نتيجة لكلّ التطورات المتلاحقة، ما أدى إلى حصول تغييرات جذرية في حياة الإنسان، وأدى كذلك إلى تسارع الدول لإستغلال هذه التكنولوجيا الحديثة وإدخالها في جميع المجالات، إذ أصبحت من الركائز الجوهرية المعوّل عليها في إحداث التنمية الإقتصادية والإجتماعية، وذلك من خلال إعادة هيكلة جميع الأنظمة والقطاعات والقضاء الكلي على الدعائم الورقية.

يحتم علينا عصر المعلوماتية الذي نعيشه أن نتعامل معه ونتكيف مع متطلباته، لأنّ أجهزة الحاسب الآلي وشبكات المعلومات أصبحت جزءاً لا يتجزء من حياة الإنسان، ومن هذا المنطلق فقد أدركت الحكومات أهمية العمل الإلكتروني، وبدأت في الشروع في برامج المعلوماتية المختلفة، ومن أهمها برنامج الحكومة الإلكترونية الذي أصبح لزاماً على الحكومات التحول إليه تماشياً مع متطلبات عصر المعلوماتية في سرعة إنجاز الأعمال، وكسر حواجز البيروقراطية والروتين الذي يكتنف تأدية الأعمال بالطريقة التقليدية، وإستجابة لرغبات الناس في الحصول على خدمات سهلة وسريعة تواكب روح العصر.

أدركت معظم دول العالم الأهمية البالغة في إنشاء الحكومات الإلكترونية، حيث أنّها لا تقدم الخدمات العامة للمواطنين فحسب، بل لها دوراً رئيسياً في دفع عجلة التنمية وتعزيز الإقتصاد الوطني، وفتح قنوات جديدة للإستثمار أمام المواطنين في القطاعين العام والخاص.

أصبحت هناك ضرورة حتمية فرضت نفسها من خلال التعامل بالنظام المعلوماتي الرقمي في عصر التكنولوجيا وثورة المعلومات والاتصالات، ففضاء الإنترنت غزى كلّ المعاملات بما فيها الإدارية لإدارة المرافق العامة إلكترونياً، وهو ما أدى إلى تفعيل ما يعرف بالحكومة الإلكترونية. إذ يعدّ نظام الإتصال

وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية من أهم المستجدات التي أدرجتها الأنظمة القانونية ومن بينها المنظم الجزائري في المنظومة القانونية الإدارية، بهدف ضمان الخدمة العمومية وتحسين نوعيتها، بما يتناسب وتطبيق مشروع الإدارة الإلكترونية الذي مس العديد من القطاعات والمجالات، من ذلك مجال الصفقات العمومية بما يضمن تحسين فاعلية تدبير المال العام، وتحديث الإقتصاد الوطني، وخدمة المواطن ضماناً لمشاركته في الخدمة العمومية الإلكترونية. لذلك كرس المنظم الجزائري أسلوب جديد للتعاقد الإداري محاولة منه تغيير النمط التقليدي الذي كانت تقوم عليه الصفقات العمومية. فاستحدث نصوصاً خاصة بتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية في الصفقات العمومية. حيث كان للتطور التكنولوجي الذي طرأ على العالم بإستخدامات الكمبيوتر المتعددة وما إستتبعته من ثورة حقيقية في مجالي المعلومات والاتصالات أثر كبير فرض نفسه على مختلف البلدان والأرجاء. وذلك بعد السرعة والدقة وسعة الإنتشار التي حققتها شبكة الإنترنت.

نظراً لخصوصية عقد الصفقات العمومية باعتبارها الوسيلة المثلى لإستغلال وتسيير المال العام، ونظراً لإعتماد الموارد البشرية في التسيير، فإنّ موضوعها يعتبر مجالاً خصباً للفساد الإداري، لأنّ الصفقات العمومية تعتبر من أهم الوسائل في تنفيذ مخططات التنمية والبرامج الإستثمارية، ومن أهم الأدوات الفعالة التي تساهم في النهوض والرقى بالإقتصاد الوطني وتنشيط الحياة اليومية للمواطن، لذلك عمل المنظم على إخضاع هذا المجال للكثير من التعديلات وخصه بالكثير من الإهتمام، وحاول الخروج من النمط التقليدي لإبرام الصفقات العمومية إلى النمط الإلكتروني من خلال تجسيد البوابة الالكترونية، كوسيلة فعالة لتحقيق الشفافية من جهة ومكافحة الفساد وصيانة المال العام من جهة أخرى، وذلك بإعتبار أنّ الصفقات العمومية هي الأرضية الخصبة للفساد وفي نفس الوقت هي الآلية المعتمدة لدفع عجلة التنمية الإقتصادية في كلّ الدول.

كرس المنظم الجزائري أسلوب المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية ضمن المنظومة القانونية الإدارية، تماشياً والإصلاحات التي إنتهجتها الجزائر منذ بداية 2009 في سبيل عصرنه الإدارة العمومية من خلال تطبيق الإدارة الإلكترونية، الذي حمله مشروع الجزائر الإلكترونية، حيث يتعدى فيها هدف الإدارة الإلكترونية التميّز في تقديم الخدمة العامة إلى التواصل مع الجمهور بالمعلومات، بتعزيز قدرة الأجهزة الإلكترونية على تبادل المعلومات فيما بينهم من جهة، وتقديم الخدمات للمواطنين وقطاع الأعمال

من جهة أخرى، وذلك بسرعة وتكلفة منخفضة عبر شبكة الإنترنت. مع ضمان سرية المعلومات المتناقلة في أي وقت وأي مكان.

تبنيت الحكومة الجزائرية مشروع رقمنة عملية إبرام الصفقات العمومية في إطار البرنامج الحكومي المتعلق بالإدارة الإلكترونية¹، حيث ظهرت رغبة المنظم الجزائري في نزع الصفة المادية عن إجراءات إبرام الصفقة العمومية، وقد تبنى ذلك لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى²، أين نص على المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، من خلال تأسيس بوابة الصفقات العمومية والتي تحدّد كيفية تبادل المعلومات فيها بالطريقة الإلكترونية، وذلك بصور القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المتضمن تحديد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية³. وتمّ تأكيد ذلك في المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁴، الذي خصص الفصل السادس منه للإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، حيث تضمن هذا الفصل قسمين؛ القسم الأول بعنوان "الإتصال بالطريقة الإلكترونية"، وتضمن نص المادة 203 التي تنص على إنشاء بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، مع إحالة تحديد محتوى البوابة وتسييرها لقرار من الوزير المكلف بالمالية، أما القسم الثاني فقد حُصّص "لتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية" وتضمن بدوره المواد 204 و205 وكذا 206.

برز هذا النمط المستحدث من التعاملات الإلكترونية كأسلوب جديد للتسيير والتعاقد الإداري في فرنسا، حيث تمّ إدراج إمكانية منح العقود العامة إلكترونياً لأول مرة بموجب قانون الصفقات العمومية سنة 2001. الذي نص بموجب المادة 56 على أنه: "تبادل المعلومات بموجب هذا القانون قد يخضع للإتصال بالطريقة الإلكترونية"، وهو ما يعني أنّ المنظم الفرنسي قد وضع هذه الآلية كمجرد إمكانية متاحة للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية دون إلزامها بهذا الإجراء. وهو ما يفسر ندرة إستخدامها من قبل المصالح

¹ تقرير اللجنة الإلكترونية التي تمّ إنشائها من طرف الوزارة الأولى، بعنوان: الجزائر الإلكترونية 2013، ديسمبر 2008، ص 20. متوفر بموقع بوابة الوزير الأول: www.premier-ministre.gov.dz

² المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى.

³ القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المتضمن تحديد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 9 أفريل 2014.

⁴ مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 2 ذي الحجة 1436، الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرقق العام، ج ر عدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

المتعاقدة. ومرد ذلك هو أنّ هذا النمط المستحدث من التعاملات الإلكترونية لم يتجاوز مرحلة التجربة في تلك الفترة. ويتجاوز مرحلة التجربة قام المشرع الفرنسي بالتعرض إلى المعاملات الإلكترونية في المادة 56 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي الصادر في 7 يناير 2004، ولكن بمبادئ وأحكام جديدة، حيث أضافت المادة إلزام السلطات المتعاقدة بقبول الطلبات والعطاءات المقدمة إلكترونياً اعتباراً من 1 يناير 2005¹، ما لم يحظر عليها الإعلان صراحة على المستوى المحلي والتي كانت أيضاً وسيلة لتجنب المحلية، تعزيزاً للتعليمية رقم 18-2004، الصادرة عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 31 مارس 2004، المتعلقة بتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية للأشغال والإقتناءات والمرافق²، وكذا التعليمية رقم 17-2004، الصادرة عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 31 مارس 2004، المتعلقة بتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية في قطاعات المياه والطاقة والنقل ومرافق البريد³. وبموجب المرسوم رقم 360 لسنة 2016، المؤرخ في 25 مارس 2016، نجد أنّ المنظم الفرنسي أقر الطابع الإلزامي للتعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية⁴، وذلك بموجب الفصل الخامس تحت عنوان "قواعد المشتريات العامة"، في الجزء الأول بعنوان "نزع الصفة المادية على الإجراءات"، وفي القسم الفرعي الأول بعنوان "توافر وثائق الإستشارة" في المادتين 38 و39. والقسم الفرعي الثاني بعنوان "الإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية". علماً أنّ اعتماد إجراءات إبرام الصفقات العمومية في فرنسا أصبح إجبارياً منذ تاريخ 01 أكتوبر 2018⁵. بعد أن كان لا يتم

¹ Le Code des marchés publics 2004 (art.56) a instauré l'obligation d'accepter les offres ou candidatures électroniques à compter du 1 janvier 2005 pour les procédures formalisées.

² التوجيه الأوروبي رقم 18-2004، الصادرة عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 31 مارس 2004، المتعلقة بتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية للأشغال والإقتناءات والمرافق.

³ التوجيه الأوروبي رقم 17-2004، الصادرة عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 31 مارس 2004، المتعلقة بتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية في قطاعات المياه والطاقة والنقل ومرافق البريد.

بوزيدي خالد: الإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية كإجراء جديد لتعزيز مبادئ الشفافية والمساواة في مجال

الصفقات العمومية، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، العدد السادس، جامعة مستغانم جوان 2018، ص 279 وما يليها.

⁴ Art. 41 – I – du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés, op.cit.

⁵ Depuis le 1 er Octobre 2018 L'ensemble des échanges sont dématérialisés ; Dès que la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale à 25000 E HT, tous vos échanges pendant la procédure de passation des marchés publics doivent être dématérialisés. Cela concerne :

- La mise à disposition des documents de la consultation ;
- La réception des candidatures et des offres, pour toutes les phases ;
- Les questions/réponses des acheteurs et des entreprises ; demandes informations, de compléments, les échanges relatifs à la négociation ;

Les notifications des décisions (lettre de rejet, etc.). Art. 41 – I du décret n°2016-360 du 25 mars 2016: « Toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par des moyens de communication électronique lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1er avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1er octobre 2018 pour les autres acheteurs ».

اللجوء إليها إلا في حالة صفقات المشتريين العموميين المحليين التي يتجاوز سقفها المالي 90.000 أورو، وذلك تحت طائلة رفض العروض المقدمة في الشكل الورقي من طرف المشتريين العموميين.

نص المنظم المصري في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الإدارة العامة لسنة 2018، في الباب السابع تحت عنوان أحكام ختامية ومتفرقة، بموجب المادة 84 منه تحت عنوان "التعاقد الإلكتروني"¹، وبيّن في المادة 4/2 من نفس القانون تبنيه للتعاقد الإلكتروني في الصفقات العمومية².

تبنى المنظم المغربي المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، بموجب المرسوم رقم 2-12-349، المتعلق بالصفقات العمومية³، في الباب السابع المعنون "بتجريد المساطر من الصفة المادية". ليصدر بعدها قرار لوزير المالية رقم 14-20، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية سنة 2014⁴. أما المنظم التونسي فقد نص على التعاقد الإلكتروني للصفقات العمومية في الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المعدل بموجب الأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018⁵، في القسم

¹ تنص المادة 84 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، ج ر عدد 39 مكرر (د)، صادر بتاريخ 3 أكتوبر 2018، على أنه: "يجب على الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون إتخاذ إجراءات التعاقد إلكترونياً وفقاً لما يتم ميكنته من إجراءات من خلال منظومة موحدة ومنتظمة ومؤمنة إلكترونياً، على أن تتبع الإجراءات المميكنة حال إكمالها وإنظامها.

وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون محتوى المنظومة الإلكترونية وكيفية تشغيلها والضوابط والإجراءات المتبعة ذات الصلة".

² تنص المادة 4/2 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 على أنه: "يهدف تطبيق هذا القانون إلى:

- تطبيق أساليب الإدارة الحديثة، والانتقال مرحلياً إلى إستخدام تكنولوجيا المعلومات في الإجراءات".

³ مرسوم رقم 2-12-349، المتعلق بالصفقات العمومية، المؤرخ في 8 جمادى الأولى 1434، الموافق ل 20 مارس 2013، ج ر عدد 6140، صادر بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434، الموافق ل 4 أبريل 2013. بالمغرب.

⁴ قرار لوزير الإقتصاد والمالية المغربي رقم 14.20، المؤرخ في 8 ذي القعدة 1435 الموافق ل 4 سبتمبر 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، ج ر عدد 6298، صادر بتاريخ 14 ذو الحجة 1435، الموافق ل 9 أكتوبر 2014.

⁵ الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13 مارس 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 22، صادر بتاريخ 18 مارس 2014، المنقح والمتمم بموجب الأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، صادر في 11 ماي 2018، بتونس تنص المادة 77 من هذا المرسوم على أنه: "تتولى وحدة الشراء العمومي على الخط المنصوص عليها بالفصل 148 من هذا الأمر تسيير منظومة الشراء العمومي على الخط "تونس" لإنجاز مختلف عمليات الشراء العمومي على الخط".

الخامس بعنوان "أحكام خاصة بالشراء العمومي على الخط" وذلك بموجب المادة 77 وما يليها. وقد تأكد الطابع الإلزامي للتعاقد الإلكتروني للصفقة العمومية في مذكرة عامة حول وجوبية إعتقاد طريقة الشراء العمومي على الخط « TUNEPS » في إبرام الصفقات العمومية¹. وكذا قرار رئيس الحكومة المؤرخ في 18 أوت 2018، المتعلق بالمصادقة على دليل الإجراءات الخاص بإبرام الصفقات العمومية على طريقة الشراء العمومي على الخط، حيث جاء فيها؛ أنه تطبيقاً لأحكام الأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، فإن كافة المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية (بما في ذلك المستشفيات المحلية ومجامع الصحة الأساسية والمستشفيات الجهوية والمعاهد والمراكز ومدارس وعلوم التمريض الخاضعة لإشراف وزارة الصحة مدعو إلى وجوبية إعتقاد الإجراءات الإلكترونية لإبرام كافة الصفقات العمومية عبر منظومة الشراء العمومي على الخط « TUNEPS » وذلك ابتداءً من 01 ديسمبر 2019).

تعتبر الصفقات العمومية من أهم الوسائل في تنفيذ مخططات التنمية والبرامج الإستثمارية، ومن أهم الأدوات الفعالة التي تساهم في النهوض والرقى بالإقتصاد الوطني وتنشيط الحياة اليومية للمواطن، لذلك عمل المنظم الجزائري على غرار باقي التنظيمات المقارنة، على إخضاع هذا المجال للكثير من التعديلات وخصه بالكثير من الإهتمام، وحاول الخروج من النمط التقليدي لإبرام الصفقات العمومية إلى النمط الإلكتروني من خلال تجسيد البوابة الإلكترونية، كوسيلة منه لتحقيق الشفافية من جهة ومحاولة منه لمكافحة الفساد وصيانة المال العام من جهة أخرى، وذلك باعتبار أن الصفقات العمومية هي الأرضية الخصبة للفساد.

غير أن الإشكال الذي واجهنا هو؛ أنه في خضم الاختلاف الحاصل حول تكوين الصفقة العمومية الإلكترونية وتنفيذها، من تنظيم لآخر. وتذبذب النصوص القانونية من حيث إعتقاد الطابع الإلزامي أو الإختياري لتبادل المعلومات إلكترونياً. هل يخضع التعاقد الإلكتروني للصفقة العمومية من حيث أحكامه ومبادئه وآثاره للنظام القانوني للصفقة العمومية التقليدية، أم أن الأمر يتطلب نظاماً قانونياً مستجداً يلبي حاجيات البيئة الرقمية في ظل توصيف العقد بالطابع الإلكتروني؟

تتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات القانونية منها؛

¹ مذكرة عامة تحت رقم 6061/2019، حول وجوبية إعتقاد طريقة الشراء العمومي على الخط « TUNEPS » في إبرام الصفقات العمومية، اللجنة الوزارية لمراقبة الصفقات العمومية (وزارة الصحة) صادرة بتاريخ 18 مارس 2019.

- هل يمكن الحديث عن حرية التعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية بإعتبارها عقد إداري يجعل للإدارة حق التمتع بإمتيازات خاصة؟
 - ما مدى وجود تعاقد الكتروني في مجال الصفقات العمومية؟ أم أن الأمر يقتصر عن مجرد إعلان وإعلام إلكتروني للصفقات العمومية؟
 - هل الإدارة في عقود الصفقات العمومية الإلكترونية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية تدخل ضمن عقود التجارة الدولية. أم يمكنها المحافظة على خصوصيتها بإعتبارها عقد إداري يحمل طابع إستثنائي متميز عن القانون الخاص؟
 - ما هو واقع البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية في إطار تحسين الخدمة العمومية في ظل الإدارة الإلكترونية؟
 - هل إعتد المنظم الجزائري مسألة نزع الصفة المادية عن الصفقة العمومية من المرحلة التحضيرية إلى مرحلة ما بعد التنفيذ، أم إقتصر الأمر على مجرد تبادل المعلومات والإتصال بالطريقة الإلكترونية؟ وهل يمكننا ضمان تكوين صفقة عمومية وتنفيذها وإثباتها وكذا فض المنازعات الناشئة عنها بطريقة إلكترونية؟
 - مامدى وجود أمن معلوماتي يحمي التعاملات الإلكترونية للصفقة العمومية؟
- تتدرج أهمية الدراسة في عدّة إعتبرات منها؛ أنّ موضوع المعاملات الإلكترونية في الصفقات الإلكترونية، يطرح عدّة إشكالات، مآل ذلك أنّ المنظم الجزائري تبنى التعاقد الإلكتروني في الصفقات العمومية من الناحية القانونية، لكنّه لم يجسد ذلك فعلياً، ممّا يطرح الكثير من الإشكالات لدى المتعاملين المتعاقدين، كما أنّ الموضوع يطرح أهمية من خلال بيان ضرورة تبنى حكومة إلكترونية، من خلال ضمان إستقطاب أكبر عدد من المتنافسين وضمان شفافية المعاملات. ضف إلى ذلك التراجع الحاصل في مجرد تفعيل تعاقد إلكتروني ذو طابع جوازي في الوقت الذي نجد فيه بعض التنظيمات المقارنة، نصت على وجوبية التعاقد على الخط للصفقة العمومية ومنها فرنسا وتونس. وإزدادت أهمية البحث في ظل الأحداث الأخيرة التي عاشها العالم، وما خلفته جائحة كوفيد-19- من تذبذب في المعاملات في جميع القطاعات، ما أثر سلباً على التنمية الإقتصادية والإجتماعية، فلو كانت هناك معاملات إلكترونية في جميع الميادين من بينها الصفقات العمومية التي كانت ستبرم وتنفذ إلكترونياً لو كانت البوابة الإلكترونية مفعلة. لما كانت هناك مشاريع تتوقف، ولا تحديات تظهر من الناحية العملية. فهذه الأوضاع -الآثار التي خلفتها جائحة كوفيد 19 على تنفيذ العقود- نزعت الضبابية حول موضوع التعامل الإلكتروني وثمنته. بالإضافة إلى الأهمية الخاصة

لعقود الصفقات العمومية في الجزائر، نظراً للطابع التدخلّي للدولة الذي جعل من الصفقات العمومية أداة لتنفيذ برامج الدولة ومخططاتها، كما تعتبر الصفقة العمومية أكثر العقود الإدارية شيوعاً.

أصبح إدخال تكنولوجيا المعلومات في كافة الأعمال الحكومية هو هدف العديد من الدول التي تسعى للتقدم والرقى، وقد أدى ظهور بعض الأجهزة التقنية الحديثة إلى إحداث ثورة حقيقية في المعلومات، بحيث ساد الاعتقاد بأنّ الريادة الحقيقية للدول سوف تكون من نصيب المجتمع المعلوماتي، هذا فضلاً عن أنّ الحكومة الإلكترونية تتطلب إدخال التقنية الحديثة إلى بيئة العمل الإداري من خلال دمج تقنية المعلومات بثورة الإتصالات بهدف إدخال تغييرات أساسية في أنظمة الإدارة وفي الهياكل التنظيمية. حيث إجتاحت العالم إختراعات ذات تقنية تكنولوجية عالية، شملت مختلف مجالات الحياة البشرية، وأصبحت هناك ضرورة حتمية تدعو لتطوير كلّ ما هو تقليدي، حيث أثرت ثورة المعلوماتية على تنظيم الإدارة، وغيّرت من كيفية تعاملاتها، وقد تبنت أغلب دول العالم مشروع الحكومة الإلكترونية، أين أصبحت هناك ضرورة إلى تطوير أساليب التعاقد الإداري، في ظلّ المستجدات الحاصلة وكذا المزايا التي يوفرها التعاقد الإلكتروني من القضاء على الحدود الجغرافية وتدعيم مبدأ المنافسة وتمكين أغلبية المتعاملين من المشاركة في الصفقة، وكذا القضاء على الدعائم الورقية وإستبدالها بدعائم تقنية.

محاولة منا الإلمام بجميع جوانب الموضوع؛ إقتضت الدراسة إستعمال المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل المواد القانونية ومقارنتها ببعضها، غير أنّ المنهج الوصفي فرض نفسه على الدراسة نظراً لحدّثة الموضوع، خاصة في ظل غياب كلّ تعريف الصفقات العمومية الإلكترونية أو نزع الصفة المادية عن هذا النوع من العقود.

تتمثل أسباب إختيار الموضوع؛ في عنصر الحداثة الذي يثيره الموضوع، حيث لم يتطرق الباحثين لدراسة موضوع النظام القانوني للتعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية، وقد لمسنا القلة من المؤلفين كتبوا في موضوع العقد الإداري الإلكتروني، ولم يخصصوا الدراسة للصفقات العمومية، كما أنّ من أسباب إختيار الموضوع أيضاً، نجد ضرورة حتمية للتعامل الإلكتروني في مجال الصفقات نظراً للإيجابيات التي يعالجها الموضوع ومحاولة كسر التحديات الكامنة خاصة في ظل محدودية التعامل الإلكتروني لدى المتعاملين من جهة وموظفي الإدارة من جهة أخرى، بالإضافة إلى ضعف البنية التحتية من نقص إنترنت وحواسيب...إلخ. فمن خلال دراستنا حاولنا تبيان الأطر القانونية التي تخص الموضوع ومن ثمّ معالجة التحديات التي واجهت

تكوين الصفقة العمومية الإلكترونية وكذا تنفيذها، والإشكالات التي تثار فيما يتعلق بالمنازعات التي تنشأ بين أطراف العلاقة التعاقدية وكيفية إثبات ذلك.

للإجابة على الإشكال المطروح، حاولنا تقسيم بحثنا إلى بابين، حيث تطرقنا لدراسة تكوين الصفقة العمومية الإلكترونية (الباب الأول)، والتي عالجنا فيها تأثير الوسائط الإلكترونية على إبرام عقد الصفقة العمومية (الفصل الأول)، بعد ذلك بيّنا تأثير الوسائط الإلكترونية على مبادئ الصفقة العمومية (الفصل الثاني). ثم تطرقنا للأثار القانونية المترتبة على التعاقد الإلكتروني للصفقة العمومية (الباب الثاني) والذي عالجنا من خلاله؛ تنفيذ الصفقة العمومية الإلكترونية (الفصل الأول)، ثم بيّنا كيفية تسوية منازعات الصفقات العمومية الإلكترونية (الفصل الثاني).

الباب الأول: تكوين عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

يرى البعض أنّ أحدث تشغيل إلكتروني توصلت إليه عمليات التطوير هي الحكومة الإلكترونية أو الإدارة الإلكترونية، حيث يتم أداء الأعمال من خلال استخدام نظم تبادل ونقل البيانات إلكترونياً والتي تتطلب ربط الجهات ذات العلاقة ببعضها ببعض بأحد وسائل الإتصال. كما أنّ استخدام هذه الشبكات ساهم في عملية التطوير الإداري مما أدى إلى تحسين مستوى الأداء وتسهيل الإجراءات¹.

ولّد إنتشار التكنولوجيا وما خلقتة من ثورة معلوماتية عن طريق الإنترنت، حاجة لدى الإدارة والأفراد في التعامل لتعدد الحاجات وتنوعها، ولتباعد المسافات بين دول وأخرى وحتى بين الدولة الواحدة، لذلك فإنّ شبكة الإنترنت هي من تساهم في نقل المعلومة، وهي الأداة الرئيسية لإبرام العقد الإلكتروني².

ساير المنظم الجزائري على غرار التنظيمات المقارنة نظام الإدارة الإلكترونية من خلال تفعيل الصفقات العمومية الإلكترونية ضماناً للمال العام وكذا تحسين الخدمة العمومية، لكن ما مدى تجسيد ذلك على أرض الواقع؟ بمعنى ضرورة دراسة الصفقات العمومية مابين النظرية والتطبيق. لذلك وجب علينا البحث هنا عن مدى ملائمة القواعد العامة لتكوين عقد الصفقات العمومية الإلكترونية؟

للإجابة على هذا التساؤل وجب علينا التطرق لتأثير الوسائل الإلكترونية على إبرام عقد الصفقات العمومية (الفصل الأول)، لنتطرق بعدها إلى تأثير هذه الوسائل على مبادئ الصفقات العمومية الإلكترونية (الفصل الثاني).

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2018، ص 31 و32.

² عبد الفتاح بيومي حجازي: الحكومة الإلكترونية بين الواقع والطموح، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 41.

الفصل الأول: أثر البيئة الرقمية على إبرام عقد الصفقات العمومية

تبنى المنظم الجزائري على غرار التنظيمات المقارنة، المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، وذلك للنهوض بعجلة التنمية الاقتصادية خاصة بعد تبني النظام الرأسمالي وتأمين مبدأ المنافسة، حيث كان من الضروري سن نصوص قانونية تتماشى والتطور المعلوماتي، وقد كان القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المتضمن تحديد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية¹، بمثابة نقطة إنعطاف للتغيير المرجو نحو صنع إدارة إلكترونية، حيث أصبحت الإدارة تسعى نحو عصنة معاملاتها ومواكبة المستجدات الحاصلة، بإعتبار أنّ المعاملات الإلكترونية أصبحت بمثابة مادة أولية لنجاعة الخدمة العمومية بما يتماشى مع ما تفرضه البيئة الرقمية من معطيات، وهو ما فرض على رجال القانون ضرورة البحث والتحري وخلق نظام قانوني يتلائم والمستجدات الحاصلة. وبيان مدى صحة هذه المعاملات من الناحية القانونية وكذا الإقرار بآثارها فعلياً.

نبيّن هنا؛ أنّه في ظل غياب نصوص صريحة في قانون الصفقات العمومية للإطار التنظيمي الخاص بالصفقات العمومية الإلكترونية، وجب علينا تبيان الإطار المفاهيمي لها وبيان خصائصها التي تميزها عن الصفة التقليدية، وكذلك توضيح النظام الإجرائي لها. لذلك كان حري بنا دراسة جميع جوانب تكوين الصفة العمومية من خلال تأثير الوسائط الإلكترونية عليها.

بياناً لمدى تأثير الوسائط الإلكترونية على إبرام عقد الصفقات العمومية، كان لابد من تحديد البيئة الموضوعية لعقد الصفقات العمومية الإلكترونية (المبحث الأول)، لنحدّد بعد ذلك البيئة الإجرائية لإبرامها (المبحث الثاني).

¹ القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدّد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية...، مرجع سابق.

المبحث الأول: البيئة الموضوعية لعقد الصفقات العمومية الإلكترونية

يقتضي الواقع المعيش للإنسان بروز مستجدات تواكب حياته اليومية، فقد تصادفنا مصطلحات جديدة بصفة مستمرة ودائمة نظراً للتطور الحاصل في المجتمع الإنساني، خاصة في ظل تفجير الثورة المعلوماتية أين أصبحنا أمام عالم إفتراضي بمصطلحات ومفاهيم جديدة، وبتقنيات غير مألوفة. أين فُرض علينا جبراً كضرورة حتمية التعامل مع هذه المفاهيم المستحدثة. فبات من الضروري مواكبة العصرنة الإدارية، من خلال التعامل بالوسائط الإلكترونية والتعايش مع البرمجيات والمعطيات الرقمية التي تتطلب مهارات فنية.

تعتبر الصفقات العمومية الإلكترونية موضوع مستحدث، تماشياً والإنفجار المعلوماتي الذي غزى كل المجالات، وفي ظل هذه الحداثة، قد نجد صعوبة في تحديد الإطار المفاهيمي بمدلول دقيق، حيث لم يعرف المنظم الجزائري على غرار بعض التنظيمات المقارنة الصفقات العمومية الإلكترونية، بل إكتفوا بالنص على أن تكون المبادلات في إطار هذه المعاملات بالطريق الإلكتروني.

تحديد الإطار المفاهيمي الموضوعي للصفقات العمومية الإلكترونية يستوجب لا محالة تبيان تعريفها (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى خصائصها (المطلب الثاني)، وكذا تحديد أركانها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

في ظل غياب تعريف واضح للصفقات العمومية الإلكترونية سواء في التنظيم الجزائري أو في التنظيمات المقارنة، وجب علينا تعريف كل من الصفقات العمومية التقليدية (الفرع الأول)، ثم نتطرق بعدها لتعريف العقد الإداري (الفرع الثاني)، ثم نقوم بتعريف العقد الإلكتروني (الفرع الثالث)، لنصل إلى تعريف العقد الإداري الإلكتروني والذي من خلاله يتضح تعريف الحوكمة الإلكترونية لنستشف تعريفاً للصفقات العمومية الإلكترونية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف عقد الصفقات العمومية

تنص المادة 2 من المرسوم رقم 15-247 على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به. تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات". وتبين المادة 29 من نفس المرسوم مجالات الصفقة العمومية بنصها: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

- إنجاز الأشغال،
- اقتناء اللوازم،
- إنجاز الدراسات،
- تقديم الخدمات،

عندما تشمل الصفقة العمومية عدّة عمليات من تلك المذكورة أعلاه تبرم المصلحة المتعاقدة صفقة إجمالية طبقاً لأحكام المادة 35".

عرف المنظم المغربي¹ الصفقات العمومية بموجب المادة 13/4 تحت عنوان "تعريفات" على أنها: "عقود بعوض تبرم بين صاحب مشروع من جهة وشخص ذاتي أو إعتباري من جهة أخرى، يدعى مقاولاً أو مورداً أو خدماتياً، وتهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات وفق التعاريف الواردة بعده..."، بالإضافة إلى المادة 13 من نفس القانون التي عرفتها على أنها: "الصفقات عقود مكتوبة تتضمن

¹ مرسوم رقم 2.12.349 لسنة 2013، المتعلق بالصفقات العمومية المغربية، مرجع سابق.

دفاتر تحملات تحدّد شروط إبرامها وتنفيذها. وتتألف دفاتر التحملات من دفاتر الشروط الإدارية العامة ودفاتر الشروط المشتركة ودفاتر الشروط الخاصة".

عرف المنظم التونسي الصفقات العمومية، بموجب الأمر عدد 1039 لسنة 2014¹، في نص الفصل الثاني من الباب الأول، البند الثامن، على أنها: "الصفقة العمومية عقد كتابي بمقابل يلتزم بمقتضاه صاحب الصفقة، عمومي أو خاص، إزاء المشتري العمومي بإنجاز أشغال أو التوريد بمواد أو إسداء خدمات أو إعداد دراسات". وعرفها أيضا في الفصل رقم 3 من الباب الثاني المعنون بمجال التطبيق والمبادئ العامة، حيث جاء فيه: "الصفقات العمومية هي عقود كتابية تبرم من قبل المشتريين العموميين بمقابل قصد إنجاز طلبات عمومية".

تعتبر طلبات عمومية إنجاز أشغال أو التوريد بمواد أو إسداء خدمات أو إعداد دراسات.

يعتبر مشترياً عمومياً على معنى هذا الأمر الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية التي لاكتسي صبغة إدارية والمنشآت العمومية.....". ولم نلمس تعريفا للصفقات العمومية من المنظم المصري في قانون التعاقدات لسنة 2018².

إنطلاقاً من التعاريف أعلاه؛ يتبين أنّ المنظم الجزائري عرف الصفقات العمومية على أنها عقد مكتوب تبرم بين متعامل إقتصادي من جهة والإدارة من جهة أخرى، ويكون ذلك بمقابل ووفق نطاق محدّد باعتبار أنّ المادة حدّدت مجالات معيّنة لعقد الصفقة العمومية، كما تطرق أيضا للجانب العضوي في إبرام الصفقات العمومية، حيث بيّن أطراف العلاقة التعاقدية ممثلةً في المتعاملين الإقتصاديين الذين أشار إليهم صراحة، في مواجهة المصلحة المتعاقدة التي لم يرد ذكرها في المادة بل يتضح ذلك ضمناً. معنى هذا أنّ المنظم أغفل طرفاً من أطراف العلاقة التعاقدية ممثلاً في المصلحة المتعاقدة. وقد أشار المنظم الجزائري في نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلى الجهات التي تعتبر متعاملاً عمومياً³. لذلك نقترح إضافة

¹ الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المنقح والمتمم بموجب الأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، مرجع سابق.

² قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، مرجع سابق.

³ تنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 115-247، على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية

محل نفقات:

- الدولة،
- الجماعات الإقليمية،=

"المصلحة المتعاقدة كطرف أول في عقد الصفقة العمومية". وهذا خطأ لم تقع فيه باقي التنظيمات كتونس والمغرب، اللتان ذكرتا طرفي العلاقة التعاقدية تحت مسمى (صاحب المشروع من جهة وشخص ذاتي أو إعتباري من جهة أخرى)، (صاحب الصفقة، عمومي أو خاص، إزاء المشتري العمومي).

تبيّن المواد المذكورة أعلاه صراحة أنّ الصفقات العمومية تتم بمقابل، أي أنّ هناك عوض يحصل عليه المتعامل الإقتصادي الذي تكفل بتنفيذ موضوع الصفقة سواء كانت في شكل أشغال عمومية أو لوازم أو خدمات أو دراسات. وهذا أمر طبيعي بإعتبار أنّ الصفقات العمومية من عقود المعاوضة ومن العقود الملزمة لجانبين وليست من عقود التبرع¹.

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري

تعتبر الصفقة العمومية عقداً إدارياً مكتوباً²، على رأي أغلبية فقهاء القانون الإداري، مثل "Kahn"، "Dargo، Jack Moreau"، حيث يرون أنّ جميع الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال والتوريدات والخدمات المبرمة من طرف الإدارة بالإعتماد على قانون الصفقات العمومية تعتبر عقوداً إدارية³. غير أنّ هناك إتجاه آخر أمثال؛ "Frank Moderne، Laurent Richer، Michel Guibal" الذين يرون أنّ الصفقة العمومية ليست

= - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية،
- وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة".

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 (القسم الأول)، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017، ص 72.

² إنّ إعتبار الصفقة العمومية عقداً إدارياً لا يعني عدم وجود تمييز بينهما، لأنّ تضمين الصفقة العمومية لمعايير العقد الإداري، معناه أنّ كلّ صفقة عمومية عقد إداري والعكس غير صحيح، تعتبر الصفقات العمومية عقوداً إدارية محدّدة بموجب التشريع، ولا شك أنّ المشرع بتقنيته للعمل والنشاط التعاقدية للإدارة يكون قد حدّد معالم وعناصر تتميز بها الصفقة العمومية. غير أنّ وضع معايير للصفقات العمومية من جانب المنظم لم يمنع القضاء وكذلك الفقه من تقديم التفصيل حول هذه المعايير. بل إنّ كثيراً من هذه المعايير ذات منشأ قضائي ولعب الفقه دوراً كبيراً في تحليلها وتأسيسها سواء في فرنسا أو مصر أو في الجزائر لذلك وجب علينا البحث في الشروط التي تتميز الصفقة العمومية عن باقي العقود الإدارية؟

يمكن التمييز في شرط الكتابة والشرط المالي وكذا شرط المحل. للتفصيل أكثر راجع، كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة منقحة، دار النشر جيطلي، الجزائر 2012، ص (28-30).

³ Patrick Shultz : Eléments du droit des marchés publics, L G D J, Paris 1996, p 28.

بالضرورة عقداً إدارياً إلا إذا إستجابت لتطبيق المعايير القضائية، حيث أنه يمكن للإدارة أن تبرم عقوداً خاضعة للقانون الخاص لتلبية حاجياتها من التوريد والخدمات¹.

يعتبر العقد الإداري حسب رأي القضاء والفقهاء هو ذلك الإتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها وتظهر النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات إستثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد². فالعقد الإداري هو ما تبرمه الإدارة من عقود بصفقتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات خاصة تنعكس على شروط العقد.

يعتبر العقد الإداري وسيلة التعاقد الطبيعية للإدارة في سبيل تحقيق أغراضها والقيام بمشاريعها، إذ أن الإدارة قد تلجأ في سبيل تسيير المرافق العامة وإدارة مشاريعها وأموالها إلى إبرام عقود، ولما كانت الإدارة تستعمل أساليب القانون العام وأساليب القانون الخاص فهناك عقود إدارية تبرمها الإدارة بإعتبارها سلطة عامة وفقاً لأساليب القانون العام وتخضع لإختصاص القضاء الإداري، وهناك عقود مدنية تخضع لقواعد القانون الخاص وإختصاص القانون العادي³.

تحديداً لعلاقة الصفقات العمومية بالعقد الإداري، نجد من حيث المفهوم الإصطلاحي هي عقد إداري باعتبارها عمل قانوني صادر عن توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية. والعقد الإداري كما هو معلوم شأنه شأن العقود المعروفة في القانون الخاص. إلا أنه يتميز عن هذه الأخيرة كون الإدارة طرفاً جوهرياً فيه، وهي تحوز إمتيازات لا مثيل لها في الأحكام المتعلقة بالعقود الخاصة. إذ لا وجه للتساوي بين المراكز القانونية لطرفي العقد، فالإدارة تتمتع بجملة من الإمتيازات القانونية في كافة المراحل التي تمرّ بها عملية إبرام العقود الإدارية إلى غاية تنفيذها وإنهائها. وعليه تعتبر الصفقة العمومية نوع من التصرفات القانونية التي تصدرها الإدارة في إطار أداء الوظيفة الإدارية وتحقيق الخدمة العمومية وتسيير المرافق العمومية، ومن حيث التأسيس القانوني هي عبارة عن عقد إداري، إلا أن هذا الأخير يتخذ طبيعة وشكل محدد يجعله مختلف في

¹ Patrick Shultz : Eléments du droit des marchés publics, op.cit, p 29.

² ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية (مصر) 2004، ص15. أيضاً، صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، دار الفكر والقانون، المنصورة (مصر) 2018، ص 10. أيضاً، رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2010، ص 50.

³ فؤاد العطار: القانون الإداري (أصول النظام الإداري وتنظيم الإدارة العامة)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 1977، ص 572.

العديد من جوانبه عن العقود الخاصة التي تقتضي توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية، فضلا عن ذلك إحتواء الصفقات العمومية على بعض الجوانب الفنية وتعلق إنجاز مشاريعها على تقنيات وخبرات معينة جعلها بذلك تنفرد بالعديد من الأحكام التشريعية والتنظيمية مقارنة بالعقد بمفهومه العام الذي يكتفى فيه بتطابق إرادتين على إحداث آثار قانونية¹.

الفرع الثالث: تعريف العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة دولية للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل²، بإستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات وبمقصد إنشاء إلتزامات تعاقدية "فالعقد الإلكتروني هو إلتقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للإتصالات والمعلومات بقبول مطابق لها صادر من طرف القابل بنفس الطريقة بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها. وقد عرف العقد الإلكتروني بأنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه من خلال وسائل الإتصال الإلكترونية³، وفيه يتم التعاقد عن بعد دون تواجد مادي متزامن لطرفي التعاقد، وذلك من خلال شبكة المعلومات الدولية⁴، أو من خلال أي وسيلة

¹ عمارة مسعود: "دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المؤرخ في 16-09-2015، المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، ص 27 و28.

² صلاح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2005، ص 12. أيضا، أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2017، ص 157.

³ عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 7/97، الصادر في 20 مايو 1997، المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، الإتصالات الإلكترونية على أنها: "أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي المتزامن لهما وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف".

Article (2) directive 97/7 ce du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats a distance.

⁴ ظهرت الشبكة العالمية للمعلومات (WWW) في مارس 1989، عندما إقترح تيم بيرزلي (الذي يعمل في المركز الأوروبي للأبحاث النووية الذي يضم مجموعة من الباحثين الأوروبيين في مجال الفيزياء والطاقة)، مشروعا لنقل الأبحاث والأفكار فعليا ضمن مركزهم، حيث كان الإتصال الفعلي من أحد أهداف المركز لأنّ العاملين فيه كانوا موزعين في عدد مختلف من البلدان. وتسهم هذه الشبكة في الحصول على المعلومات اللازمة في كافة المجالات من خلال التصفح في المواقع الموجودة بهذه الشبكة، وبالتالي يمكن للمنظمات عمل صفحات لها تشير لنشاطاتها والمنتجات التي تقدمها للجمهور سواء سلع أو خدمات حكومية أو خاصة. أي توفير كافة المعلومات بحيث يكون العملاء على معرفة تامة بالخدمات التي تهمهم داخل الموقع والإستفادة منها بأقل جهد ووقت من خلال تسهيل الإجراءات للمستخدمين. ويجب أن نأخذ في الإعتبار أنّ سرعة توصيل المعلومات من خلال نظم ونقل وتبادل المعلومات عبر الشبكة يعدّ من الحلول المبتكرة لمشاكل العمل الإداري على المستوى=

إلكترونية كالفاكس أو التلكس، أو التلغراف¹. وهناك من عرفه بأنه عقد إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل².

عرفت المادة 6 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري³ العقد الإلكتروني بنصها: "العقد الإلكتروني بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والامتثال لأطرافه بالّجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني". فالعقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يبرم من خلال وسائط إلكترونية، ويتم التعاقد عن بعد، دون الحضور والتواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية.

= العالمي، كما يمكن الوصول إلى نماذج جديدة يمكنها تغيير شكل العمل الإداري. تستهدف الشبكة العالمية للمعلومات، تبادل المعلومات الخاصة بالملكية الفكرية والأدبية والفنية، كتبادل نصوص المؤلفات والعروض التصويرية للمعلومات وقواعد البيانات والعروض البصرية وانتقاء المعلومات الأخرى. أنظر؛ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2018، ص 25. أيضا، سليم عبد الله الجبوري: الحماية القانونية لمعلومات شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2011، ص 30.

¹ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 9. ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2013، ص 142.

² مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2018، ص 109.

³ قانون رقم 18-05، مؤرخ في 24 شعبان 1439، الموافق لـ 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، الصادر بتاريخ 30 شعبان 1439، الموافق لـ 16 مايو 2018.

الفرع الرابع: تعريف العقد الإداري الإلكتروني

يحتل العقد الإداري الإلكتروني أهمية كبيرة في استمرار المرفق العام بانتظام كونه متطلب من متطلبات سير المرفق وقابليته للتغيير والتطور المستمر بإعتباره أهم مبادئ عمل المرفق العام الذي يعد الشريان النابض لعمل الإدارة¹.

لكن الإشكال المطروح هنا؛ يتمثل في كون عقد الصفقات العمومية الإلكترونية عقداً تنزع فيه الصفة المادية في ظل الغياب المادي لأطراف العلاقة التعاقدية، وكونه إلكترونياً فإنه يأخذ التوصيف الدولي، وعليه هل يحتفظ العقد على صفته الإدارية لإحتواءه شروط غير مألوفة أم أنه يصبح عقداً تجارياً بإعتباره عقداً عابراً للحدود ويصبح خاضعاً للتجارة الإلكترونية؟

يمثل العقد الإداري الإلكتروني أحد إنعكاسات الثورة المعلوماتية والوسائط الإلكترونية على نشاط الإدارة. وقد عرف العقد الإداري الإلكتروني بأنه؛ ذلك العقد الذي تبرمه الدولة مع دولة أخرى أو شخص معنوي عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص أصالة، أو عن طريق تفويض صريح أو ضمنى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة أو تسيير وتنظيم المرفق العام عن طريق شبكة الإنترنت، وذلك بتضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص². فالعقد الإداري الإلكتروني هو عقد تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط الإلكترونية، وبالأخص شبكة الإنترنت من جانب أشخاص قانونية عامة، بقبول يعبر عنه بتلك الوسائط لإتمام العقد³، كما أنه لا يعدّ صورة من صور العقد الإداري، إنّما هو ذات العقد، لكن الإختلاف يكمن في وسيلة التعاقد، فالعقد الإداري التقليدي يبرم وفق الإجراءات والطرق العادية المستندة إلى الكتابة الورقية أساساً. في حين العقد الإداري الإلكتروني يبرم بطريقة إلكترونية عن بعد ودون تبادل مادي للأوراق والوثائق والمستندات. وترتيباً على ذلك إكتسب

¹ ظافر مدحت فيصل: العقود الإدارية الإلكترونية وأحكامها القانونية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (8)، المجلد (4)، العدد (29)، آذار 2016، ص 234.

² رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 54. حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن) 2019، ص 172.

³ RUIS Philippe : La dématérialisation des procédures des marches publics, mémoire pour l'obtention du Diplôme des études supérieures spécialisées, Institut des études politiques de Bordeaux, Paris 2003, p 15.

العقد الإداري الإلكتروني أهمية كبيرة في ظل التطور التقني والتقدم التكنولوجي، وبات هو وسيلة الإدارات الحكومية لتحقيق التنمية¹.

يعتبر العقد الإداري الإلكتروني بمثابة إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة الإتصال عن بعد، بوسيلة مسموعة أو مرئية، سلكية أو لاسلكية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل².

تعتبر الصفقات العمومية الإلكترونية جزءاً لا يتجزأ من العقد الإداري الإلكتروني، ونظراً لحدثة هذه المعاملات، فإنه لا النصوص القانونية ولا الفقهاء ولا حتى الإجهادات القضائية عَنَوْا بتعريفها.

جاءت المادة 203 من المرسوم رقم 15-247 تحت عنوان "الإتصال بالطريقة الإلكترونية"، بنصها على أنه: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تسيّر من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيا الإعلام والإتصال، كلّ فيما يخصه، ويحدّد، في هذا المجال، قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيا الإعلام والإتصال صلاحيات كل دائرة وزارية.

يحدّد محتوى البوابة وكيفية تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية". في حين جاءت المادة 204 وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تحت عنوان؛ "تبادل المعلومات بطريقة إلكترونية" حيث نصت على أنه: "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني يحدّد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية حسب الجدول الزمني المذكور سابقاً.

كلّ عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية.

تحدّد كفايات تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

¹ أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 159 و 160.

أيضاً، حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 172.

² Lauboutier Flora et Ramos Angélicia : « La dématérialisation à l'une de la réforme de la commande publique », contrats publics, n°167, juillet-aout 2016, p 22.

يفهم من المواد أعلاه أنّ تبادل المعلومات في الصفقات العمومية الإلكترونية يتم عبر وسيط إلكتروني، حيث يجب تأسيس بوابة إلكترونية تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال. فإذا تمت الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية، فإنّ الردّ يكون بذات الطريقة أي إلكترونياً. ضف إلى ذلك أنّه بالنسبة للإجراءات؛ فإنّ المستندات الورقية التي كانت تتم بها الصفقة العمومية تتحول إلى دعائم إلكترونية لامحالة.

يستعمل المنظم الفرنسي مصطلح *dématérialisation*، والذي يقصد به نزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية، أو إمكانية إبرام صفقات عمومية بالطريق الإلكتروني، إمّا باستعمال الرسائل الإلكترونية أو استخدام أرضية على شبكة الإنترنت. ونزع الصفة المادية ليس له تأثير على المعلومات التي تعدّ مستقلة عن شكل أو طريقة نقل المعلومة¹.

تعني الترجمة الحرفية لمصطلح "La dématérialisation" "إزالة الطابع المادي" أو "أن نكسب الشيء مظهراً لا واقعياً"، وضدها "matériel" بمعنى "مادي" أو أن نستخدم فيه وسائل مادية. وانطلاقاً من هذه الفكرة يمكن إستبدال المحررات الورقية بمحررات إلكترونية في مختلف إجراءات عقد الصفقة العمومية الإلكترونية². فنزع الصفة المادية عن الصفقة العمومية، يقصد به إزالة الطابع المادي عن الصفقة العمومية وفي ذلك تأكيد عن التعامل الإلكتروني لإبرام الصفقة، سواء عن طريق البوابة الإلكترونية أو البريد الإلكتروني³.

¹ La dématérialisation est définie comme étant la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de document par des moyens électroniques ou optiques, ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI) ou la messagerie électronique. La dématérialisation des marchés publics est une des principales applications de l'e-administration G to B. Elle signifie l'utilisation des moyens électroniques pour les opérations de traitement, de publication, d'échange et de stockage des informations concernant les opérations d'achat institutionnel dans les organismes publics. C'est l'une des mesures importantes entreprises en matière d'administration électronique dont les enjeux économiques sont sans doute considérables.

Dématérialisation des marchés publics : c'est la possibilité de conclure des marchés par voie électronique, soit par l'utilisation de la messagerie électronique, soit par l'emploi d'une plate- forme en ligne sur Internet.

La dématérialisation répond à la fois à une volonté de simplification et de modernisation de la procédure de passation de marchés publics. Elle s'inscrit également dans une démarche de développement durable.

Voir ; Marc Alphanféry: Les marchés publics informatiques, territorial éditions, Paris 2014, p31.

² هيئة سردوك: المناقصة العامة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية (مصر) 2009، ص

³ Philippe Delelis: la dématérialisation des marchés publics "principaux aspects juridiques et organisationnels", revue legicom, N 31, volume 02, 2004. =

يمكننا تعريف الصفقات العمومية الإلكترونية من خلال بيان تعريف الحكومة الإلكترونية، هذه الأخيرة عُرفت على أنها استخدام تكنولوجيا المعلومات الرقمية في إنجاز المعاملات الإدارية، وتقييم الخدمات المرفقية، والتواصل مع الموظفين بمزيد من الديمقراطية. وهناك من يعرفها على أنها مفهوم جديد يعتمد على استخدام تكنولوجيا الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات للوصول إلى الاستخدام الأمثل للموارد الحكومية، وكذلك لضمان توفير خدمة حكومية مميزة للمواطنين، والشركات والمستثمرين الأجانب¹، حيث تتجلى خدمة الحكومة الإلكترونية في إنجاز الأعمال الإدارية والحكومية إلكترونياً وقيام أجهزة الحكومة بإنجاز أعمالها وتقديم خدماتها للجمهور إلكترونياً دون الذهاب إلى الجهات الحكومية وتنفيذ الخدمة عبر الإنترنت وذلك بهدف استثمار الوقت والجهد والمال، مما يعود بالفائدة على المجتمع والأفراد نحو التقدم، وكمثال على ذلك نشر الصفقات العمومية الإلكترونية². فالحكومة الإلكترونية بمفهومها الواسع تعني الاستخدام الواسع للتكنولوجيا الحديثة، لإعادة تنظيم الإدارات الحكومية وتطوير البنية التحتية المحلية اللازمة لذلك، بشكل يؤدي إلى إستفادة الإدارات من الإنترنت والمعلومات والاتصالات التكنولوجية لإنجاز معاملات الأفراد بسهولة وسرعة. أما معناها الضيق فيعني التبادل غير المادي للبيانات الرقمية فيما بين المرافق العامة والجمهور، فالحكومة الإلكترونية ما هي إلا أسلوباً جديداً ومتطوراً لإدارة المرافق العامة في الدولة، يهدف من وراءه إلى رفع مستوى أداء الخدمات العامة، وتقديمها بصورة سريعة وواضحة لطالبي الإنتفاع بها³.

نستخلص من خلال ما سبق تعريفاً للصفقات العمومية الإلكترونية على أنها: "عقود مكتوبة تبرم بمقابل من أحد الجهات المشار إليها في المادة 6 من هذا المرسوم مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط القانونية عن طريق وسيط إلكتروني، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم

= يقول ماجد راغب الحلو في معنى La dématérialisation أي إزالة الطابع المادي لإجراءات إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية؛ أنه لم يجد في اللغة العربية كلمة واحدة مستعملة أو واضحة تقابل كلمة La dématérialisation. وقد فسرها أو ترجمها من خلال إشتقاقات متعددة قد يصعب فهمها وذكر منها:

- تمعين الإجراءات ، أي تحويلها من أمور مادية إلى أخرى معنوية.
- تطويق الإجراءات، أي تحويلها من مادة إلى طاقة، وإن كان التطويق يفيد معنى الإحاطة والمحاصرة.
- كهربية الإجراءات، أي تحويلها من إجراءات مادية إلى إشارات كهربائية. ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 141.

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 34.

² راجع، المرجع نفسه، ص 39 و40.

³ رحيمة الصغير نمديلي: "أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)"، مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني (2)، جانفي 2011، ص 190.

والخدمات والدراسات". ويمكن تعريفها على أنها: "تلك العقود التي يتم إبرامها من طرف أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص باستعمال وسائل إلكترونية، وهي من بين العقود التي تيرم عن بعد، أي أن الصفقة العمومية الإلكترونية يتم إبرامها مع متعاملين إقتصاديين باستعمال وسائل إلكترونية من أجل تلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال أو اللوازم والخدمات أو الدراسات". فهي نفسها الصفقة العمومية العادية أي التقليدية، فقط الإختلاف بينهما يكمن في الوسيلة المعتمدة في التعاقد من خلال إستعمال الوسيط الإلكتروني.

تتمثل الصفقة العمومية في نزع الصفة المادية عن المعاملات، لكن لو إستعملنا الوكيل الإلكتروني المؤتمت دون تدخل للعنصر البشري، لأصبحنا أمام صفقة أوتوماتيكية. أو ما يعرف بالحاسب الآلي الذكي. والذي تثار بشأنه إشكالات قانونية كثيرة، خاصة فيما يتعلق بالشخصية القانونية للوكيل.

ننوه إلى أنّ غياب تعريف للصفقات العمومية الإلكترونية يحدّ ذاته تحدياً أمام تبني حكومة إلكترونية كإستراتيجية فعالة للمعاملات الإدارية. بل والأكثر من ذلك أنّ مصطلح الحكومة الإلكترونية يعتبر دخليلاً نوعاً ما لحدائته من جهة ولغياب أرضية فكرية للمعاملات الإدارية الإلكترونية. وعليه يجب زرع الوعي بتبني فكرة الإتصال الإلكتروني كضرورة حتمية تفرضها علينا التقنية الرقمية خاصة في ظل الغياب المادي لأطراف العلاقات. وكذا تفعيل الدعائم الإلكترونية في ظل غياب المستندات الورقية، مما يثمن ضرورة البحث عن نظام قانوني يسير المعاملات الإدارية الإلكترونية.

المطلب الثاني: خصائص الصفقات العمومية الإلكترونية

تختلف الصفقة العمومية الإلكترونية عن الصفقة العمومية التقليدية في كون الأولى تكون عبر وسيط إلكتروني مما يجعل منا نلم بخصائص الصفقة العمومية من جهة وخصائص العقد الإلكتروني من جهة ثانية. وعليه سنبيّن خاصية الوسيط الإلكتروني (الفرع الأول)، لنتطرق بعدها لدراسة الطابع الدولي للصفقة العمومية الإلكترونية (الفرع الثاني)، وصفة التفاعلية (الفرع الثالث)، وكذا لإتصال المعاملة الإلكترونية بتسيير وتنظيم مرفق عام (الفرع الرابع)، وضرورة أن يكون أحد أطراف العلاقة التعاقدية شخصاً عاماً (الفرع الخامس)، بالإضافة إلى تضمين العقد للشروط الإستثنائية (الفرع السادس).

الفرع الأول: استعمال الوسيط الإلكتروني

يعدّ نظام الإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية من أهم المستجدات التي أدرجها المنظم الجزائري على غرار التنظيمات المقارنة في المنظومة القانونية الإدارية، وذلك بهدف ضمان الخدمة العمومية وتحسين نوعيتها بما يتناسب وتطبيق مشروع الإدارة الإلكترونية الذي مس العديد من المجالات خاصة الصفقات العمومية وذلك لحسن سير المرفق العام.

يبرم عقد الصفقات العمومية الإلكترونية طريق الوسائل الإلكترونية، وهذه الخاصية تعدّ من أهم الخصائص التي تميّز العقد الإلكتروني عن باقي العقود العادية والتقليدية، فهما لا يختلفان من حيث الموضوع أو الأطراف، بل من حيث طريقة الإبرام ووسائل الإثبات، حيث يمكن أن يرد محل العقد على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها، أما عن أطرافه فهم أنفسهم في أيّ عقد آخر؛ فهم مستهلكون أو مستأجرون أو مقدمو خدمات أو بائعون، فضلا عن أنّه يتم إبرام العقد بين الأفراد والأشخاص المعنوية من مؤسسات وهيئات عامة¹.

الإتصال بالطريقة الإلكترونية عملية تسمح بوضع الوسائل الإلكترونية للقيام بعمليات الدراسة وتبادل وجمع المعلومات دون استعمال للوسائل الورقية، وفي ذلك هي إستبدال الوثائق وإجراءات حقيقية ملموسة بوثائق وإجراءات رقمية، ومن وجهة نظر عملية الإتصال الرقمي من أجل إنجاز عمليات الدراسة وتبادل وجمع المعلومات دون استعمال وسائل ورقية². وقد عرف المنظم الفرنسي وسيلة الإتصال الإلكترونية بموجب البند الثاني من المادة 1/41 من القانون رقم 360-2016³ على أنّها: "عبارة عن معدات معالجة إلكترونية، بما في ذلك الضغط الرقمي، ومعدات تخزين البيانات المنشورة والمنقولة والمستلمة عن طريق الأسلاك أو الراديو أو الوسائل البصرية أو غيرها من الوسائل الكهرومغناطيسية".

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 244 و 245.

² بلغول عباس: "الصفقات العمومية الإلكترونية في المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد (02)، المجلد (06)، ديسمبر 2019، جامعة سعيدة، ص 41 و 42.

³ Selon l'aliéna 2er du I. de l'article 41 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Un moyen de communication électronique est un équipement électronique de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données diffusées, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques».

الوسيط الإلكتروني في الصفقات العمومية الإلكترونية لا يتجلى فقط في مجرد واسطة إلكترونية، بتوفر الحاسب الآلي وكذا ضرورة توفر الإنترنت لتفعيل الخدمة بل يجب توافر بوابة إلكترونية تسمح بتبادل المعلومات الخاصة بالصفقات العمومية، لذلك سنتطرق لكل تقنية معلوماتية على حدى بالشرح المفصل؛

أولاً: توفر الإنترنت

لا يمكن تصور تطبيق الإدارة الإلكترونية دون بنية تكنولوجية حديثة، تؤمن التواصل وتبادل المعلومات بشكل إلكتروني، وتتمثل هذه البنية في شبكة الاتصالات من خطوط هاتفية وألياف بصرية وشبكات الاتصالات اللاسلكية والوسائل التكنولوجية الحديثة لنقل المعلومات عبر الإنترنت، والتي يعول عليها في توفير خدمات الإدارة الإلكترونية بجودة عالية وبصورة مستمرة، ويتعلق الأمر بالشبكات الداخلية والشبكة الخارجية والإنترنت¹.

¹ تتعلق البنية التحتية في توفير خدمات الإدارة الإلكترونية بما يأتي:

- **الشبكات الداخلية:** وهي بمثابة الويب الداخلي، وهي عبارة عن شبكة مصممة لخدمة الحاجة إلى المعلومات داخل المنظمة باستخدام مفاهيم وأدوات الويب وقدرات الإنترنت فهي بمثابة شبكة الإنترنت المستخدمة لأغراض داخلية في المنظمة، والتي يتم توظيفها لغرض التواصل بين أفراد المنظمة، وهذه الشبكة الداخلية لا يمكن دخولها إلا للمرخص لهم مما يسهل عملية تبادل المعلومات والتعليمات، والبرامج بين أفراد المنظمة.
 - **الشبكة الخارجية:** فتمثل في الشبكة التي يتم توسيعها لتكون خارجية من أجل إشراك بعض الأطراف من ذوي المصلحة مثل المرتفقين والمقاولات مع الإدارة مما يزيد من سرعة تبادل المعلومات والإستجابة لطلبات أصحاب المصلحة. حيث تمكن الجمهور من تقاسم قواعد ومستودعات بيانات المنظمة من أجل المساهمة في تطويرها، بنفس القدر الذي تستخدم المنظمة صلاحيتها الخارجية لتطوير علاقاتها وقدراتها والتي يكون الكثير منها خارج المنظمة ولكن شبكتها الخارجية تساعدها على تحويلها إلى قدرات داخلية.
 - **الإنترنت:** تعدّ بلا منازع أعظم إنجاز حققته البشرية، حيث استطاعت هذه الشبكة تغيير نمط الحياة وتتمثل الإنترنت في شبكة الحواسيب العالمية التي تتميز بالقدرة الفائقة في الحصول على المعلومات وإسترجاعها وتبادلها في عدّة مجالات...، فشبكة الإنترنت أصبحت القطاع الأكثر أهمية في جميع الميادين، لذلك سعت جل الإدارات إلى الإستفادة من الإمكانيات الهائلة التي توفرها الشبكة العنكبوتية، ووضع عبارة Com خلف إسمها لتؤكد على وجودها على الشبكة.
- جاءت الإنترنت إختصار (Interconnected network) وتعني لغويا الترابط بين كلّ الشبكات الحاسوبية، حيث تتكون من عدد من الشبكات الحاسوبية المتناثرة في العالم لتكوّن شبكة واحدة ضخمة تنقل المعلومات من منطقة إلى أخرى. للتفصيل في الموضوع أكثر راجع؛ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية "الصفقات العمومية نموذجاً"، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط (المغرب) 2015، ص 134. أيضاً، نعيم إبراهيم الظاهر: الطريق نحو الحكومة الإلكترونية "رؤية متكاملة"، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن 2014، ص ص (75-78).

تشمل البنية التقنية تطوير وتحسين شبكة الإتصالات بحيث تكون مكتملة وجاهزة للإستخدام ومستوعبة لذلك الكم الهائل من الإتصالات في آن واحد، بمعنى تحقق الهدف من إستخدام شبكة الإنترنت، فتتطلب مستوى عال من البنية التحتية التي تتضمن شبكة حديثة للإتصالات والبيانات وبنية تحتية متطورة للإتصالات السلكية واللاسلكية تكون قادرة على تأمين التواصل ونقل المعلومات¹.

يتضمن تسيير البوابة بالإضافة لإيواء البنية التحتية المعلوماتية؛ تسيير الأنظمة والشبكات وقاعدة البيانات، وتسيير الدخول في البوابة، وكذا صيانة البوابة لا سيما بضمان مستوى أمن مناسب ضد التهديدات الإلكترونية، بالإضافة إلى ديمومة وإستمرارية وإمكانية الدخول للخدمات المقدمة من طرف البوابة، وتسيير التطورات التقنية بإدراج الوظائف الجديدة، وكذا نشر المعلومات والوثائق المنصوص عليها في المادة 3 من القرار المتعلق بالبوابة الإلكترونية².

يثبت الواقع العملي أن لا وجود ولا تجسيد فعلي للصفقات العمومية الإلكترونية، لأن تطبيق نظام الحكومة الإلكترونية يتطلب بنية تحتية وأساسية تتمثل في أجهزة علمية متطورة، والمنتجات الخاصة بأنظمة تقنية المعلومات والإتصالات الصوتية والمرئية التي توفرها، بالإضافة إلى برامج الثقة في التطبيقات العلمية، السياسات والمقاييس لتكنولوجيا المعلومات مما يساهم في تحقيق الإصلاح الإداري وتسهيل وصول الخدمات من خلال تبادل المعلومات بشكل فوري (On line)، وكذلك حزم إتصال واسع لتسهيل عملية الإتصال. وعليه فإن توفير البنية التحتية هو الحجر الأساس ونقطة النقل التي تقوم عليها الحكومة الإلكترونية³.

يتميز العقد الإلكتروني من خلال وسيلة إبرامه، حيث أنه يتم عبر شبكات الإنترنت، فهو لا يختلف من حيث الموضوع عن العقد التقليدي⁴، ولكون الصفقات العمومية الإلكترونية تتم عن طريق بوابة إلكترونية، فإن هذه الأخيرة لن تتأني ما لم تتوفر الإنترنت التي تتمثل في مجموعة من الحاسبات المنتشرة جغرافياً عبر

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 134 و135.

² المادة 6 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية، مرجع سابق.

³ أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 51 و52.

⁴ شحاتة غريب شلقامي: التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية (مصر) 2015، ص 43.

العالم والمرتبطة من خلال شبكات منطقة محلية (LAN)¹ - هذه الأخيرة تسمح للمستخدمين بالمشاركة في استخدام الأجهزة والمعدات والبرمجيات عن طريق حاسب يسمى خادم الشبكة، ويمكن استخدام هذه الشبكة في شركة أو وزارة أو هيئة- وشبكات منطقة واسعة (WAN)² - وتكون هذه الشبكة على مستوى المنظمات الكبرى والشركات والبنوك والدول- موزعة في أنحاء العالم بهدف نقل وتبادل المعلومات والبيانات، وهذه الحاسبات قد تكون متصلة بخطوط الهاتف أو الكابلات أو أقمار صناعية أو وصلات لاسلكية. ويلزم لتوفر الإنترنت وجود الأدوات الآتية:

- جهاز حاسب آلي.
- العنصر البشري، ويشترط أن يكون لديه القدرة على التعامل مع شبكة المعلومات وأن يكون مؤهلاً لاستخدام الحاسب الآلي.
- الموقع وهو العنوان الأساسي للوصول إلى المنظمة أو الشركة أو وزارة عبر الشبكة، ويعبر عن شخصيتها ووظائفها وأنشطتها وتوظيف البيانات والمعلومات بشكل حديث أكثر سهولة، وأسرع في أداء الأعمال الإدارية³. والموقع عبارة عن معلومات مخزنة على شكل صفحات، وكل صفحة تشتمل على معلومات معينة عن صاحب الموقع، تمت بواسطة مصمم الصفحة، عن طريق مجموعة من الرموز، تسمى بلغة تحديد النص الأفضل (Hyper Text Mark Up Language) ويرمز لها بالحروف الأولى (Html)، ويمكن للمستفيد رؤية هذه الصفحات، عن طريق طلب استعراض شبكة المعلومات (Www Browser) ثم يقوم بجل رموز (Html)، ثم إصدار التعليمات بإظهار الصفحات التي يريد تصفحها⁴.
- الإنترنت عبارة عن شبكة من الحواسيب العالمية التي تتميز بالقدرة الفائقة في الحصول على المعلومات واسترجاعها وتبادلها في عدة مجالات...، فشبكة الإنترنت أصبحت القطاع الأكثر أهمية في جميع

¹ شبكة العمل المحلية (LAN) هي شبكة تسمح للمستخدمين بالمشاركة في استخدام الأجهزة والمعدات والبرمجيات عن طريق حاسبي يسمى خادم الشبكة، ويمكن استخدام هذه الشبكة في شركة أو وزارة أو هيئة.

² شبكة العمل الواسعة، وتكون هذه الشبكة على مستوى المنظمات الكبرى والشركات والبنوك والدول.

³ راجع، عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 24.

⁴ رضا المتولي وهدان: النظام القانوني العقد الإلكتروني والمسؤولية عن الإعتداءات الإلكترونية (دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقهاء الإسلامي)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة 2017، ص 13.

الميادين، لذلك سعت جل الإدارات إلى الاستفادة من الإمكانيات الهائلة التي توفرها الشبكة العنكبوتية، ووضع عبارة Com خلف إسمها لتؤكد على وجودها على الشبكة¹.

ثانياً: توفر الحاسب الآلي والمعدات التقنية

تقتضي عملية تحديث وعصرنة الإدارة الإلكترونية توفر معدّات تكنولوجية حديثة، لأنّ إجراء العمليات الإدارية في ظل الإدارة الإلكترونية يتم إنطلاقاً من تلك المعدات والأجهزة، التي تتمثل أساساً في أجهزة الحاسوب، والهواتف الشبكية وآلات الطباعة... وغيرها من المعدّات التي تمكن الإدارة من الإتصال بالشبكة العالمية والداخلية. وهي أجهزة يتعين توفرها في كلّ الإدارات العمومية، وحتى بالنسبة للمتعاملين مع الإدارة وذلك عن طريق إتاحتها في الأسواق بأثمنة معقولة تتيح لمعظم الناس الحصول عليها، حتى يتمكنوا من الاستفادة من الخدمات التي تقدمها الإدارة الإلكترونية². والحاسب الآلي عبارة عن جهاز إلكتروني قادر على تخزين ومعالجة وتحليل واسترجاع البيانات والمعلومات بطريقة إلكترونية³. لذلك يعتبر عنصر فاعل في تجسيد بنية حقيقية لانجاح عملية تبادل المعلومات والبيانات بالطريقة الإلكترونية.

يحتاج التعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية إلى أجهزة علمية متطورة، وقد كثرت وتتنوع الأدوات والمنتجات الخاصة بأنظمة تقنية المعلومات والاتصالات المسموعة والمرئية التي يجب توفرها لإمكان تطبيق نظام الحكومة الإلكترونية بنجاح⁴. ومن المعدّات التقنية الحديثة نجد؛ آلات البريد المصور (الفاكس)، الحواسيب، الأسطوانات المضغوطة، الأشرطة المرئية والمسموعة والأقمار الإصطناعية وخطوط الإتصال البصرية، وشبكات الموجات الدقيقة، وأجهزة الإستقبال، والمساحات وآلات التصوير والطابعات... إلخ.

نظراً لحدائثة التعاقد الإلكتروني، فإننا نجد نقص فادح في المعدّات والتجهيزات التقنية من الإدارة ومن المتعاملين الإقتصاديين، لذلك يجب زرع الوعي حول ضرورة إستعمال المعدّات التقنية الحديثة تماشياً

¹ راجع؛ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 134.

² المرجع نفسه، ص 136.

³ طارق إبراهيم الدسوقي عطية: الأمن المعلوماتي (النظام القانوني للحماية المعلوماتية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية (مصر) 2009، ص 87.

⁴ سمية بومروان: الحكومة الإلكترونية ودورها في تحسين الإدارات الحكومية (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض (المملكة العربية السعودية) 2014، ص 25.

والمستجدات الحاصلة في العالم الرقمي، وبالتالي نجد أنّ نقص أو عدم توفر الوسائل التقنية الحديثة يعتبر عائقاً تقنياً أمام المعاملات الإلكترونية في الصفقات العمومية.

ثالثاً: البوابة الإلكترونية أو تبادل المعلومات بطريقة إلكترونية للصفقات العمومية

لا يكفي مجرد توافر وسيط إلكتروني لتنفيذ الصفقات العمومية إلكترونياً، بل لابد من وجود بوابة مخصصة لتبادل المعلومات إلكترونياً وتكون مخصصة للصفقات العمومية. على أن يتم تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بواسطة البوابة في ظل إحترام المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية، حسب نص المادة 8 من القرار الوزاري الخاص بالبوابة الإلكترونية¹.

1- تعريف البوابة الإلكترونية

يقصد بالتبادل الإلكتروني للمعلومات مجموعة من الآليات المستخدمة في تبادل معلومات العمل بين أجهزة الكمبيوتر التابعة للإدارة والمتعاملين معها بطريقة إلكترونية لا تعتمد على الورق². وتعتبر بوابة الصفقات العمومية من بين أهم تطبيقات الإدارة الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، حيث تعتبر بمثابة القناة التي يتم من خلالها تبادل المعلومات بين الإدارة والمتعاملين معها...، تتولى هذه البوابة وضع معلومات واضحة ومنظمة في خدمة المواطن متعلقة بحقوقه وواجباته، قصد إعلام العموم بكل ما يتعلق بالصفقات، خاصة ما يتعلق بالبرامج التوقعية، والمعلومات المرتبطة بمرحلة إبرام الصفقة والمتمثلة أساساً في إعلانات طلبات العروض ونتائج المنافسة ومستخرجات من محاضر جلسات فحص العروض...، فموقع البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية يُمكن جميع المعنيين بالأمر من الإطلاع على موضوع الصفقات، وعلى مكان إبرامها، ويُمكن المقاولين الذين يرغبون في المشاركة في الصفقة من سحب الملف الخاص بها الذي نشرته الإدارة المعنية بهذا الموقع، كما أنّه في حال إدخال معطيات جديدة أو القيام

¹ تنص المادة 1/8 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المتضمن تحديد محتوى البوابة الإلكترونية...، على أنّه: "يتم تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بواسطة البوابة في ظل إحترام أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم".

² آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 108.

بتغييرات على الصفقة من طرف الإدارة فإنّ هذه الأخيرة تقوم بنشر كلّ مستجد وذلك لضمان نزاهة وشفافية الإدارة وتعزيز التواصل بينها وبين المواطن على الصعيد الوطني¹.

تعتبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية بمثابة القناة التي يتم من خلالها الإعلان للعموم عن مجمل الصفقات العمومية الوطنية والدولية محل تعاقد مستقبلي، وهي إمكانية إبرام صفقات عمومية إلكترونية إمّا عن طريق إستعمال البريد الإلكتروني أو عن طريق وضع أرضية خصبة على الإنترنت²، فهي عبارة عن موقع متخصص في الصفقات العمومية، بإعتبارها فضاء واسع لجميع المتعاملين العموميين في مجال الصفقات العمومية ولكلّ المهتمين بها، وتهدف إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وكذلك إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية³، وهي موقع إلكتروني متخصص بتجميع المعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، يتيح خدمات للمصالح المتعاقدة وللمتعاملين الإقتصاديين، ولكلّ المهتمين عن طريق تسجيلهم به، ودعوتهم إلى المنافسة بشكل إلكتروني وإيداع العروض بطريقة إلكترونية، ويتم من خلالها عملية التبادل الإلكتروني بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الإقتصادي⁴.

عرف المشرع المصري بوابة التعاقدات العامة، في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018⁵، بموجب الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الفصل الأول تحت عنوان "تعريفات" بنصها: "في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعنى المبين قرين كلّ منها:

- بوابة التعاقدات العامة هي الموقع الإلكتروني المخصص على شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" للنشر على البيانات والمعلومة المتعلقة بالتعاقدات العامة التي تجربها الجهات الإدارية الخاضعة لهذا القانون. والإجراءات المتعلقة بها في الحدود المنصوص عليها به واللائحة التنفيذية له".

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 114 وما يليها.

² بلغول عباس: "الصفقات العمومية الإلكترونية في المرسوم الرئاسي 15-247"، مرجع سابق، ص 38.

³ ودان بوعبد الله ومحمد البشير مركان: "البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية"، مجلة المالية والأسواق، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، العدد الأول، سبتمبر 2015، ص 111.

⁴ والي عبد اللطيف ودندن جمال الدين: "استحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد الأول، المجلد الرابع، مارس 2019، ص 150.

⁵ قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، مرجع سابق.

أدى التطور التكنولوجي لوسائل نقل وتخزين المعلومات إلى وضع نظم معلوماتية حديثة تعمل على رفع كفاءة المعلومات الناتجة، وإعطاء مفهوم موسع للبيانات، باعتبار أنها تشمل كل أنواع البيانات التي تحتاجها الإدارة، بحيث يمكن إجراء التعديلات اللازمة بسهولة لمواجهة الإحتياجات الحديثة للإدارة¹.

2- وظائف البوابة الإلكترونية:

تتضمن البوابة الإلكترونية مجموعة من الوظائف تمكن المتعاملين الإقتصاديين والمصلحة المتعاقدة والمتهمين بالصفقات العمومية إلى الولوج إليها لتلبية الحاجات ومتطلبات المصلحة العامة، وتتمثل في:

أ- النشر: يقصد بالنشر الإلكتروني الإختزان الرقمي للمعلومات مع تطويعها وبنها وتوصيلها وعرضها إلكترونياً أو رقمياً عبر شبكات الإتصال، هذه المعلومات قد تكون في شكل نصوص، صور، رسومات، يتم معالجتها آلياً. وهناك من يعرفه على أنه إستخدام الأجهزة الإلكترونية في مختلف مجالات الإنتاج الإدارية وتوزيع المعلومات على المستخدم وهذا يماثل النشر بالأساليب التقليدية².

تهدف البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية التي تدعى في ما يأتي "البوابة". إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وكذلك إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية³. وتضمن نشر جميع المعلومات والوثائق؛ مثل النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقة العمومية، والإستشارات القانونية المتعلقة بها، وكذا قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعيين والمقصيين من المشاركة في الصفقة، بالإضافة إلى البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة وقوائم الصفقات المبرمة أثناء السنة المالية السابقة وكذا أسماء المؤسسات وتجمعات المؤسسات المستفيدة منها، مع تقارير المصالح المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقة...إلخ⁴.

ب- التسجيل: تضمن البوابة عدّة وظائف تتمثل في؛ تسجيل المصالح المتعاقدة عن طريق البوابة، تسجيل المتعاملين الإقتصاديين عن طريق البوابة، بحث متعدّد المعايير، التنبيه على المستجدات، تحميل الوثائق، التعهد عن طريق البوابة، تسيير تبادل المعلومات بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين،

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 27.

² والي عبد اللطيف وندن جمال الدين: "إستحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في مادة الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 150.

³ المادة 2 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المتضمن تحديد محتوى البوابة الإلكترونية، مرجع سابق.

⁴ المادة 3 من نفس القرار.

ترميز الوثائق، تاريخ وتوقيت الوثائق، التمرن على التعاقد الإلكتروني، الإمضاء الإلكتروني للوثائق، صحيفة الأحداث، دلائل تفاعلية لمستعملي البوابة، كل وظيفة أخرى ضرورية للسير الحسن للبوابة¹.
 يكون دخول المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين للوظائف المخصصة لهم، متوقف على تسجيلهم في البوابة الإلكترونية، ويتم التسجيل في هذه البوابة بعد ملء وإمضاء وإرسال الإستمارة، المرفقة نماذجها بهذا القرار إلى مسير البوابة عن طريق البريد الإلكتروني، ويمكن إيداع الإستمارات مباشرة لدى مسير البوابة، لذلك يجب على المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين المعنيين تعيين شخص طبيعي مرخص له بالدخول للوظائف المذكورة، يكون مزود بعنوان إلكتروني². ويتضح من وظيفة التسجيل التي تكون بواسطة البريد الإلكتروني أنها وسيلة دخول إلى البوابة الإلكترونية التي بدورها تمنح حساب خاص وكلمة سر لكلا الجهتين مع ضرورة تحمل المسؤولية عن محتوى المعلومات والوثائق التي تكون مرفقة في البريد لنجاح التسجيل بصورة صحيحة³. وقد بيّنت المذكرة العامة لوزارة الصحة التونسية، المتعلقة بوجوبية إعتقاد منظومة الشراء العمومي على الخط «TUNEPS» في إبرام الصفقات العمومية⁴، كيفية التسجيل وذلك قصد الإستعداد الجيد لإستعمال هذه المنظومة ضمن الآجال الترتيبية، وعليه فإنه يتعين على جميع المؤسسات والهيكل الصحية إتباع إجراء التسجيل بالمنظومة؛

• بالنسبة لكل مشتري عمومي:

- 1- النفاذ إلى الموقع ثم الضغط على الرابط "تسجيل المشتري العموميين"،
- 2- تعمير نموذج "تسجيل المشتري العمومي" وإرساله إلى وحدة الشراء العمومي على الخط بالهيئة العليا للطلب العمومي ممضي من طرف المسؤول الأول عن الإدارة.
- 3- يمكن الإطلاع على مدى تقدم معالجة الطلب من خلال الضغط على الرابط "حالة تسجيل المشتري العموميين".

- في صورة عدم ورود المؤسسة المعنية ضمن قائمة المشتريين العموميين، يتم توجيه مراسلة في الغرض إلى وحدة الشراء العمومي على الخط تتضمن إسم المؤسسة بالعربية والفرنسية والإنجليزية.

¹ المادة 4 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المتضمن تحديد محتوى البوابة الإلكترونية، مرجع سابق.

² المادة 10 من نفس القرار.

³ والي عبد اللطيف وندند جمال الدين: "إستحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في مادة الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 151.

⁴ المذكرة العامة لوزارة الصحة التونسية رقم 6061، المتعلقة بوجوبية إعتقاد منظومة الشراء العمومي على الخط «TUNEPS» في إبرام الصفقات العمومية وذلك إبتداء من 1 سبتمبر 2019، مرجع سابق.

ت- البحث: إستراتيجية البحث هي وظيفة جاءت لتوفر للمستخدمين وسيلة العثور على المحتوى، حيث يمكن لهم تحديد المحتوى من خلال البحث عن الكلمات أو العبارات المعنية، دون الحاجة إلى التنقل من خلال بنية موقع ويب، هذا يمكن أن يكون أسهل وأسرع طريقة للعثور على المحتوى، وخاصة المواقع الكبيرة، كما أنّ البوابة الإلكترونية توفر للمستخدمين حرية الوصول إلى المنشورات الخاصة بها، وذلك بالضغط على زر تشغيل البحث أو عن طريق إضافة رابط لصفحة تتضمن نموذج البحث. وعليه فإنّ وظيفة البحث تقوم بالتطابق بين البيانات المراد العثور عليها والبيانات الموجودة داخل قواعد البيانات والتي توجد ضمن أنظمة البحث في البوابة الإلكترونية، وهي من أهم الوظائف التي تقدمها البوابة الإلكترونية، فهي تساعد المستخدمين على إيجاد المعلومات بسهولة ويسر¹.

3- تفعيل وتجسيد البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

يعتبر عدم تفعيل البوابة على أرض الواقع عائقا أمام تكوين صفة عمومية إلكترونية، ونظرا للتطور المعلوماتي وظهور ظروف طارئة عطلت مصالح الأطراف المتعاقدة، اضطرتنا الحاجة لضرورة العمل بالبوابة واقعا، وهو ما قامت به وزارة البريد والمواصلات أين أطلقت بوابة للصفقات والإستشارات في قطاعها، حيث أشرف يوم 05 أوت 2020، وزير البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، رفقة كل من الوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالمؤسسات المصغرة، والوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بإقتصاد المعرفة والمؤسسات الناشئة، على الإطلاق الرسمي لبوابة المناقصات والإستشارات لقطاع البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، والتي تمّ إعدادها بالتشاور والتنسيق بين الأطراف الثلاث، تجسيدا لبنود الإتفاقية الإطار التي تمّ إبرامها في شهر جوان المنصرم، والرامية لتشجيع ومرافقة الشباب حاملي المشاريع، من خلال الرابط؛ <http://www.safqatic.dz>.

تستهدف هذه البوابة أصحاب المؤسسات المصغرة للحصول على الصفقات العمومية في قطاع البريد والمواصلات، حيث أكد وزير البريد قائلا أنّ: "إطلاق المؤسسات المصغرة للحصول على الصفقات العمومية في قطاعه كالمناقصات والإستشارات ترمي لتمكين الشباب من المشاركة بقوة في مشاريع الطلب العمومي في ظل الشفافية وتكافؤ الفرص. وأنّ هذه البوابة تضمن معرفة المؤسسات ممّا يمكننا من تقديم المعلومات لطالبيها من الشباب المستثمر وفرصة مضمونة لحصوله على المشاريع التي يطلبها".

¹ والي عبد اللطيف ودندن جمال الدين: "إستحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في مادة الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص

هذا وإن إعتبرنا أن فتح بوابة إلكترونية خاصة بقطاع البريد والمواصلات يعدّ قفزة نوعية، إلا أنه في نظرنا يعدّ عيباً في حدّ ذاته، لأنه في ظل التجسيد الفعلي للبوابة الإلكترونية المنصوص عليها في القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، سيغني كلّ وزارة من فتح بوابة بصفة فردية.

4- إنعكاسات البوابة الإلكترونية على إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية

يؤدي تفعيل البوابة الإلكترونية لتبادل المعلومات والاتصال بالطريقة الإلكترونية إلى إحداث جملة من التغييرات أهمها:

- أ- **القضاء على البيروقراطية والفساد الإداري:** تبرز أهمية الصفقات العمومية الإلكترونية كتوجه نحو الإدارة الإلكترونية، من خلال التغلب على مشكلة البيروقراطية في إجراءات إبرام الصفقة، إذ أنّ اعتماد الإدارة العامة على شبكة الإنترنت في أعمالها يقلّل من الإجراءات والروتين الحكومي، ولعلّ التقدم في مجال شبكات الكمبيوتر والبرمجيات، يؤدي إلى خلق مكاتب الموظفين دون ورق، ودون حدود¹. حيث سيحدّ التبادل الإلكتروني للمعلومات من التدخل البشري في الإدارة، وبالتالي الحد من ظاهرة الرشوة والفساد في هذا القطاع الذي يعتبر من القطاعات المهدّدة أكثر من غيرها بهذه الآفة².
- ب- **القضاء على الدعائم الورقية:** عقد الصفقات العمومية الإلكترونية غير مثبت على دعامة ورقية على خلاف الصفقات العمومية التقليدية التي تكون مثبتة على دعائم ورقية، لأنّ في العقد الإلكتروني تتجرد الآلية التعاقدية من ركيبتها المادية³، هذا ما يدفعنا للقول بضرورة إستحداث معدّات تكنولوجية ذات جودة عالية، لأنّه لا يمكننا تصور إدارة ذات نمط تكنولوجي دون توفرها على أجهزة الحاسوب والهواتف الشبكية... الخ، لذلك لا بد من توفير هذه المعدّات بأسعار معقولة حتى يتسنى للجميع إقتناءها.
- ت- **خلق بنية تحتية للتكنولوجيا الرقمية:** يقصد بالبنية التحتية الجانب المحسوس في الصفقات العمومية الإلكترونية من تأمين أجهزة الحاسب الآلي وربط الشبكات الحاسوبية السريعة والأجهزة المرفقة معها وتأمين وسائل الإتصال الحديثة⁴، فالبنية التحتية تعتبر متطلب تقني ضروري لتفعيل وإنجاح الصفقات العمومية الإلكترونية.

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 228 و 229.

² آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 109.

³ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 245.

⁴ عنتر بن مرزوق وحفيظي نور الدين وقرقاد عادل وبن ناعة الطاهر: إدارة الموارد البشرية في عصر الإدارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان (الأردن) 2018، ص 48.

تتطور البنية التحتية لتكنولوجيا الاتصالات من خلال توفير حزمة إتصالات واسعة تسهياً لعملية الإتصال، ومن خلال توفير أجهزة الكمبيوتر، وكذا تدريب وتأهيل العنصر البشري للعمل من خلال الحكومة الإلكترونية مع إعداد المجتمع بمختلف شرائحه لقبول الحكومة الجديدة، وذلك من خلال نشر المعرفة الإلكترونية بين أفرادها بخدماتها والفوائد التي ستعود عليهم من تطبيقها وبالتالي تفاعلهم وتعاملهم معها¹. ومن ثمّ القضاء على الأمية الرقمية التي تشكل عائقاً أمام تبني نظام معلوماتي في الإدارات.

ث- تنمية الموارد البشرية إلكترونياً (الكوادر البشرية المؤهلة): يحتاج تطبيق نظام الحكومة الإلكترونية بنجاح إلى إعداد الكوادر البشرية المؤهلة والمدرّبة على العمل في هذا المجال، وهذا يقتضي من الإدارات المختلفة إدخال التغيير والتطوير على العنصر البشري العامل بها حتى يتمكن من إدارة المشروع بشكل فعال².

يعتبر العنصر البشري المحرك الأساسي لكلّ تغيير، إذ يجب على الإدارة أن تهتم بتأهيله والرفع من كفاءته المهنية، بالشكل الذي يتوافق ويتطابق مع الطموحات المراد تحقيقها وهو ما لا يتحقق إلاّ بفعل التكوين الجيد عبر التقنيات الحديثة، لذلك يجب على الإدارة تبني إستراتيجية ملائمة تستجيب لمفهوم تدبير المؤهلات وإعادة تأهيل الموظفين، وتوسيع أو تحديد الكفاءات الموجودة، وعلى أساس ذلك يعدّ التكوين شرطاً ضرورياً لنجاح تطبيق الإدارة الإلكترونية، لأنّ غايته قائمة على رفع مستوى الموظف وتأمين قدرته المهنية على التعامل مع الأجهزة الإلكترونية³. فقلة الموظفين المعلوماتيين يعتبر عائقاً بشرياً أمام تسيير البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، على اعتبار أنّ التوفر على الأطر المختصة في المجال المعلوماتي يعتبر بمثابة مقدمة أساسية لتحقيق الإستخدام الأمثل لهذه التكنولوجيا، والمقصود بالموظفين المعلوماتيين كلّ من التقنيين ومديري مراكز المعلومات ومحليّ النظم والمبرمجين ومهندسي الصيانة والإتصال، فوجود هذه الفئة مسألة حيوية لتطبيق الإدارة الإلكترونية، لأنّها هي من تتولى دراسة الأنظمة المتوفرة، ووضع هذه الخطط الضرورية لإدخال التكنولوجيا الحديثة، وتنفيذ هذه الخطط عن طريق تصميم الأنظمة الآلية وبرمجتها، ومواكبة هذا التنفيذ من خلال إصلاح الخلل الذي قد يقع على الحواسيب، مثل حالة تعطلها أو

¹ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة 2014، ص 27.

² سمية بومروان: الحكومة الإلكترونية ودورها في تحسين الإدارات الحكومية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 24. أيضاً، حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 35.

³ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 127.

إصابتها بفيروسات، بالإضافة إلى وضع بنوك المعلومات لتطوير الإجراءات المتعلقة بتحسين الأداء الإداري¹. لذلك نرى ضرورة؛

- فرض تكوين رقمي وفق برامج تدريبي لضمان كفاءة عالية لدى الموظفين.
- إعداد خبراء من لجان الصفقات العمومية في البرمجة المعلوماتية لمواجهة المخاطر المعلوماتية والتحديات التي تواجه إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية الإلكترونية.
- توفير نظام رقمي وقواعد بيانات محكمة لضمان تكوين راق.

أدرجت المذكرة العامة التونسية حول وجوبية اعتماد منظومة الشراء العمومي على الخط « TUNEPS » في إبرام الصفقات العمومية²، من أجل الإستعداد الجيد لهذه المنظومة ضمن الأجل الترتيبية، التكوين كإجراء حتمي لإنجاح المنظومة؛ حيث بيّنت أنه إثر الإنتهاء من المراحل السابقة -التسجيل وإقتناء شهادة المصادقة الإلكترونية-، يتم مراسلة وحدة الشراء العمومي على الخط قصد تأمين دورة تكوينية للمتصرفين حول كيفية إستعمال المنظومة.

ج- توفير التكلفة المادية على الإدارة: يعدّ مشروع الإدارة الإلكترونية من المشاريع الضخمة التي تحتاج إلى أموال طائلة لكي تضمن له الإستمرار والنجاح وبلوغ الأهداف المنشودة من تحسين مستوى البنية التحتية، وتوفير الأجهزة والأدوات اللازمة والبرامج الإلكترونية، وتحديثها من وقت لآخر وتدريب العناصر البشرية بإستمرار، وهذه المتطلبات تستلزم ميزانية مستقلة للمشروع³. غير أننا نرى أنه رغم التكلفة العالية والضخمة لإعداد مشروع الإدارة الإلكترونية وتجسيد بوابة إلكترونية وإعداد كوادر بشرية مكونة رقمياً، وكذا ضمان توفير أجهزة الذكاء الإصطناعي، وإنشاء مواقع وتطوير أجهزة رقمية، إلا أنّ ذلك له أثر إيجابي من خلال ضمان توفير التكلفة المالية للإدارة عند التجسيد الفعلي للمشروع وبداية العمل به، حيث نرى أنّ نشر العروض في الصحف الورقية، وإعادة نشرها يستوجب خسائر مالية للإدارة، والدعائم الرقمية تقضي لا محالة على الدعائم الورقية ومن ثمّ توفير غطاء مالي في المجال الإلكتروني.

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 124.

² المذكرة العامة التونسية رقم 6061، حول وجوبية اعتماد منظومة الشراء العمومي على الخط « TUNEPS » في إبرام الصفقات العمومية وذلك ابتداء من 1 سبتمبر 2019، مرجع سابق.

³ عنتر بن مرزوق وحفيظي نور الدين وقرقاد عادل وبن ناعة الطاهر: إدارة الموارد البشرية في عصر الإدارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 135.

كما أنّ عدد الموظفين يتقلص بكثرة نظراً لتعويض العنصر البشري بالآلة، وهذا أيضاً يوفر قدراً من المال. رغم أنّه يعتبر أثراً سلبياً في تفتيش البطالة.

ح- تخفيف الأعباء على المتعاملين: من الإيجابيات التي ترتبت عن تطبيق التبادل الإلكتروني للمعلومات تمكين المتعاملين المتعاقدين الذين يرغبون في المشاركة في الصفقة من تخفيف عناء التنقل إلى المصلحة لسحب ملف الصفقة، حيث وفر لهم الوقت والجهد الذي كان يبذل للتنقل للمصلحة المعنية، كما وفر لهم قسط من المال فبالإضافة إلى التنقل كان الملف يسحب مقابل مبلغ نقدي¹. فقد أصبح بالإمكان الولوج إلى البوابة الإلكترونية في أيّ وقت، وذلك لمعرفة المعلومات والإجراءات المتعلقة بإنجاز معاملاته، دون إنتظار المواعيد الإدارية التي تعمل بمواقيت معينة، ضف إلى ذلك القضاء على مسألة ضياع الوقت والجهد.

الفرع الثاني: الطابع الدولي للصفقة العمومية الإلكترونية غالباً

يمتاز العقد الإلكتروني بالطابع الدولي لأنّ شبكة الإنترنت شبكة عالمية يترتب عنها جعل معظم دول العالم في حالة إتصال دائم على الخط. وتعرف العقود عن بعد بأنّها: "كلّ عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة يتم بمبادرة من المورد، دون حضور مادي متزامن بينه وبين المستهلك، بإستخدام تقنية الإتصال عن بعد بغية نقل السلعة وطلب الشراء من المستهلك"². رغم أنّ العقد الإلكتروني عقد دولي بطبيعته، إلاّ أنّ الإنترنت قد تجعل من عقد محلي يظهر على أنّه عقد دولي نظراً للطابع العالمي لشبكة الإنترنت³.

تعتبر الصفقة العمومية عقداً إدارياً، بإعتبار أنّ العقد يبرم بين الإدارة من جهة ومتعامل إقتصادي من جهة ثانية، لكن أنّ تتم الصفقة العمومية عن طريق وسائط إلكترونية، فإنّ الأمر يستدعي منا البحث في صفة هذا العقد هل هو عقد إداري بإعتبار أنّ الإدارة طرفاً في العقد ومن ثم تضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أم أنّ العقد يصبح تجارياً كون العقد في هذه الحالة أصبح عابراً للحدود؟ فهل تؤثر الوسائط الإلكترونية في مضمون العقد وجوهره؟ أو بمعنى آخر، إذا كان عقد الصفقات العمومية الإلكترونية يبرم عبر شبكة المعلومات الدولية من خلال البريد الإلكتروني أو الموقع الإلكتروني. فهل هذا

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 108 و 109.

² رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 46.

³ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2006، ص 55.

يعني إدراج هذه العقود ضمن عقود التجارة الإلكترونية، أم أنها ستحتفظ بخصوصية العقود الإدارية ذات الطابع الإستثنائي؟

يتسم عقد الصفقات العمومية الإلكترونية بالطابع الدولي، لكون وسيلة إبرامه السائدة هي شبكة الإنترنت التي تشترك بها غالبية دول العالم، وهذه السمة تثير الكثير من الوسائل القانونية كمعرفة القانون الواجب التطبيق، فضلاً عن المحكمة المختصة بمنازعات إبرام العقد الإلكتروني¹، وكون هذا العقد يتسم بالطابع الدولي، فإنه يقترب بشكل كبير من عقود القانون الخاص، إذ أنهما يقعان في نطاق عقود التجارة الإلكترونية بالمفهوم الواسع، وهذا النوع من العقود تحكمه إتفاقات ومعاهدات دولية، ذلك أن التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية وما يحتويه من تحديد أركان العقد والآثار المترتبة عليه وكيفية تنفيذه، قد تم تنظيمه على الصعيد الدولي من خلال منظمة التجارة العالمية، ومنظمة التعاون الإقتصادي والتنمية والأمم المتحدة من خلال لجنة اليونسترال، حيث قامت هذه المنظمات بتنظيم المسائل الخاصة بالتجارة الإلكترونية عن طريق الإتفاقيات².

يتم العقد الإلكتروني من خلال وسيط إلكتروني، وهذا الوسيط لا يتدخل في جوهر عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، وبالتالي فإنه لا يوجد ما يمنع من إمكانية وجود عقود إدارية تحتوي على شروط إستثنائية أو تخضع لنظام قانوني إستثنائي خاص يميزها عن العقود العادية أو التقليدية، الأمر الذي يعني إمكانية التعاقد عن طريق الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الجهة الإدارية على موقعها الإلكتروني للسماح للمتعاقد الآخر بمعرفة شروط العقد³. هذا ونجد أن التوجيهات الأوروبية الخاصة بإبرام العقود الإدارية لاسيما التوجيه الأوروبي رقم 18-2004، فيما يتعلق بإتصال العقد بتنظيم وإدارة المرافق العامة، وفي تحديد العقد الإداري قد خص عقد التوريد وعقد الأشغال وعقد الخدمات بالإبرام عن طريق وسائل إلكترونية. وهو نفس ما أكد عليه كل من المنظم الفرنسي والجزائري.

نوه أن توصيف العقد بالطابع الدولي راجع لإستعمال شبكة الإنترنت الدولية كوسيط، بمعنى أنه قد يكون أطراف العلاقة وطنيين، لكن هذا لا يعني عدم وجود علاقة دولية من حيث الأطراف، لأن البوابة الإلكترونية تفتح باب المنافسة أمام الأجانب أيضاً.

¹ أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 162.

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 245.

³ المرجع نفسه، ص 250 و251.

الفرع الثالث: صفة التفاعلية (عقد فوري متعاصر)

يبرم العقد الإلكتروني بين حاضرين في الزمان غائبين من حيث المكان، بسبب التواجد اللحظي بينهم ويتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الإنترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكومي افتراضي ولذلك فهو عقد فوري متعاصر. ويمكن تعريف التفاعل بأنه: "إمكانية التبادل بين مستعمل النظام والآلة بواسطة نهاية طرفيه المتصلة بشاشة للرؤية"¹.

الفرع الرابع: إتصال المعاملة الإلكترونية بتسيير أو تنظيم مرفق عام

نوهنا سلفاً أنّ الصفة العمومية عقد إداري، وهذا المعيار يشترط إتصال العقد بالمرفق العام، حيث يجب أن تكون هناك علاقة وثيقة بين العقد والمرفق العام، أي يجب أن يتم إبرام العقد من جانب أحد أشخاص القانون العام بهدف تنظيم المرفق العام وتسييره، ويعرف المرفق العام من الناحيتين العضوية والموضوعية؛ فمن الناحية العضوية يعني الهيئة أو المنظمة التي تكون جزءاً من الإدارة وتمارس عن طريق موظفيها نشاطاً معيناً من أجل إشباع الحاجات العامة، ومن الناحية الموضوعية يعني النشاط الذي هو بطبيعته ضروري للجماعة أي النشاط الذي يشبع حاجيات عامة، ويؤدي إلى تحقيقها منافع عامة، فلا يمكن بسبب هذه الطبيعة أن يتولاه القطاع الخاص². وقد عرفه القضاء الإداري على أنه: "كل مشروع تتولاه الإدارات العامة بنفسها أو تحت إشرافها ورقابتها للوفاء بالحاجات ذات النفع العام كمرفق الصحة والعدل والتعليم والمواصلات والدفاع"³.

تشكل فكرة المرافق العامة دعامة رئيسية من دعامات القانون الإداري الحديث وقد مرت بأدوار مختلفة وحدث بمضمونها تطور كبير، ذلك أنّ مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يتضمنه

¹ «Interactivité : faculté d'échange entre l'utilisateur d'un système informatique et la machine, par l'intermédiaire d'un terminal doté d'un écran de visualisation». BRESSE Pierre, BEAURE D'AUGERES Guillaume ET THUILLIER Stéphanie: paiement numérique sur Internet « état de l'art, impact sur les métiers et aspects juridiques, THOMSON Publishing, Paris 1997, p 76.

² لمياء هاشم سالم قبع: إختلال التوازن في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر 2013، ص 25. توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2019، ص 63.

³ عبد الله طلبية: مبادئ القانون الإداري، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق 1990، ص 298.

القانون الإداري من خروج على المؤلف في القانون الخاص وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم¹.

تعدّ فكرة المرفق العام أحد أهم ركائز المادة الإدارية بشقيها القانوني والقضائي، فعلى الرغم مما لاقتته فكرة المرفق العام وعلى مدار العقود السابقة من أزمات وتحولات، إلا أنها مازالت تحظى بنفس القدر من الأهمية في مادة القانون الإداري عامة وفي نظرية العقد الإداري على وجه الخصوص، إذ يعدّ معيار المرفق العام أحد أبرز وأهم المعايير المعتمدة لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة، فلا تضافى الصفة الإدارية على عقود الإدارة إلا إذا كانت على إتصال وإرتباط بالمرفق العام ومساهمة فيه سواء كان ذلك من خلال إستحداثه وإنشاءه أو من خلال ضمان سيره وإدارته وتنظيمه².

يعرف المرفق العام الإلكتروني على أنه نشاط يتم تنفيذه بوسائل إلكترونية، تضطلع به الإدارة بنفسها أو بواسطة أشخاص آخرين تحت إشرافها وتوجيهها، بقصد إشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات العامة للجمهور. فالمرافق العامة الإلكترونية تدار بوسائل إلكترونية بدلاً من إدارتها بالطريقة التقليدية وما تتسم به من بطء في الإنجاز، وزيادة في النفقات، ومشكلات في الأداء، وذلك مع تطوير وتفسير المبادئ العامة التي تحكم المرافق العامة للتوافق مع النظام الإلكتروني. وبهذا لا تختلف المرافق العامة التقليدية عن المرافق العامة الإلكترونية إلا من خلال الوسائل الإلكترونية المستخدمة في تقديم الخدمات³.

الفرع الخامس: أن يكون أحد أطراف العقد شخص قانوني عام

يتطلب القضاء لإعتبار العقد إدارياً، أن يتم من قبل شخص معنوي عام، فكلّ عقد لا يكون أحد الأشخاص المعنوية طرفاً فيه لا يطلق عليه عقد إداري وعلى النقيض ممّا سبق، فإنّ العقود التي يبرمها فرد أو أفراد لحساب الشخص المعنوي تعتبر عقوداً إدارية. والمقصود بأن تكون الإدارة طرفاً فيه، أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام سواء في ذلك الدولة أو الأشخاص المصلحية⁴. وطبيعي جداً أن يشترط في طرف عقد الصفة العمومية أن يكون شخصاً قانونياً عاماً، لإضفاء الصفة الإدارية

¹ لمياء هاشم سالم قبع: إختلال التوازن في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 25.

² بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، (دراسة فقهية، تشريعية وقضائية)، طبعة جديدة منقحة ومزودة، دار الهدى، الجزائر 2018، ص 133.

³ حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 65 و66.

⁴ لمياء هاشم سالم قبع: إختلال التوازن في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 21.

على العقد، لأنّ القواعد الإدارية لا يجري تطبيقها إلاّ على نشاطات أشخاص القانون العام، لذلك فأيّ عقد مبرم بين أشخاص القانون الخاص يخرج من نطاق العقود الإدارية ولا يحظى كأصل عام بهذا الوصف. إلاّ أنّ القضاء الإداري ولإعتبارات موضوعية قد تراجع نوعاً ما عن هذا الشرط، حيث أقر إنطلاقاً من نظرية الوكالة بإمكانية حيازة العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص على الصفة الإدارية كإستثناء من الأصل المقرر، وذلك متى كانت الغاية من العقد تحقيق الصالح العام ومتى ألم الأخير بباقي عناصر العقد الإداري¹.

حصر المنظم الجزائري النطاق الشخصي للصفة العمومية، في الأشخاص المنصوص عليها في المادة 6 من المرسوم 15-247. فمتى كان أحد أطراف العلاقة من الأشخاص المنصوص عليه في هذه المادة نكون بصدد صفة عمومية، وهناك يظهر لنا الإستثناء المقرر على المعيار العضوي المعتمد، حيث أشار المنظم في الفقرة الأخيرة من نص المادة 6، إلى المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وهذا يعني إستبعاد العمل بالمعيار العضوي والإكتفاء بالمعيار المادي كمعيار تكميلي إستثنائي².

الفرع السادس: تضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة

الشروط الإستثنائية كما سنوضح ذلك لاحقاً؛ تضعها الإدارة بوصفها سلطة تتمتع بحقوق والتزامات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وهي شروط غير مألوفة في القانون الخاص...، ووجود الشروط غير المألوفة في عقد الصفقات العمومية، إنّما يهدف إلى ضمان حسن سير المرافق العامة، كما أنّه لا يعني تعسف الإدارة في إستعمال هذه الشروط، وإنّما هي تستخدمها بالقدر الذي يحقق هذا الغرض³. ومن أمثلة الشروط

¹ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 132.

² للتفصيل أكثر في الموضوع راجع، بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص ص (140-142).

³ توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 45 و46.

يجب تضمين العقد عنصر الشروط الإستثنائية، لإعتبار العقد إدارياً، والشروط الإستثنائية هي تلك الشروط التي تقرّر عدم المساواة بين المتعاقدين والتي من شأنها أن تمنح الشخص مركزاً أسمى وأعلى من المتعاقد معه، وتعرف بأنها الشروط التي تكون باطلة لو أدرجت في عقد من عقود القانون الخاص لمخالفتها للنظام العام. والمعيار المميّز في العقد الإداري مختلف فيه، حيث فصل مجلس الدولة المصري أنّ وجود الشروط الإستثنائية وحدها في العقد لا يكفي لإعتبار العقد إدارياً،=

الإستثنائية غير المألوفة التي تعرفها الإدارة نجد؛ الحق في إعطاء الأوامر والتعليمات أثناء تنفيذ العقد، الحق في فرض الجزاءات على المتعاقد المخل بإلتزاماته والحق في فسخ العقد. كما يحق للإدارة أن تتدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه من حيث تنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور، كما لها أن تلزم الأفراد بتقديم العطاء في طلب العروض، فوجود هذه الشروط غير المألوفة في العقد يكشف عن نية الإرادة في استعمال وسائل القانون العام بما تتضمنه من إمتيازات خارقة للشريعة العامة، فالشروط الإستثنائية المنصوص عليها في عقد الصفقة العمومية هي مظهر من مظاهر السلطة العامة¹.

المطلب الثالث: أركان عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

يعتبر ركن العقد بمثابة مادة أولية لتكوينه، حيث يترتب على غياب أحد الأركان بطلان العقد بطلاً مطلقاً، وإنعدامه من حيث الأصل.

تقوم العقود عامةً ومنها العقود الإدارية على أركان ثلاثة تتمثل في الرضا والمحل والسبب. ويعتبر ركن الشكلية ركناً خاصاً ببعض العقود ومنها الصفقات العمومية، لذلك سنتطرق للتراضي الإلكتروني في عقد الصفقات العمومية (الفرع الأول)، وركن المحل (الفرع الثاني)، وكذا ركن السبب (الفرع الثالث)، بالإضافة إلى ركن الشكلية (الفرع الرابع).

= بل يجب علاوة على ذلك أن يتعلق العقد بمرفق عام، فالثلاثية التي أرسنها أحكام القضاء الإداري المصري في تمييز العقود الإدارية عن سواها، يعتبر إجتماعها في عقد واحد ضرورياً، على العكس من ذلك ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي، الذي تبنى معياراً تخبيرياً بين إتصال العقد بمرفق عام إتصلاً وثيقاً مباشراً أو أن يحتوي العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة. فالمعيار المميز في الوقت الحاضر هو إشتمال العقد على شروط إستثنائية، سواء اعتبرت تلك الشروط كذلك نظراً لإتسامها بطابع السلطة العامة أو لأنها شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وتكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام والخضوع لمبادئه وأحكامه وما تتضمنه من عناصر السلطة العامة وإمتيازاتها، ومن هذه الإمتيازات سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة وسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد إذا أخل بإلتزاماته وكذلك منح الملتمزم حق تحصيل رسوم من المنتفعين وتمتع المتعاقد بحق إرتفاق على الأموال العامة. راجع؛ لمياء هاشم سالم قبع: إختلال التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 27 و28. أيضاً، هيبه سردوك: المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 49 وما يليها.

¹ فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقيقية، بيروت (لبنان) 2014، ص 31 و32. راجع أيضاً، علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية في ضوء القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 74 وما يليها.

الفرع الأول: التراضي الإلكتروني في عقد الصفقات العمومية

(الإيجاب والقبول الإلكتروني)

الرضا هو التعبير عن إرادة طرفي العقد بالقيام بإبرام التعاقد بحسب ما تمّ الإتفاق عليه وإنتاج الآثار القانونية المترتبة عن العقد، ويستحيل تصور قيام رابطة تعاقدية بين طرفي العقد دون توافر الإيجاب والقبول¹. ويقصد بالرضا في أيّ عقد إتجاه إرادتين وإتفاقهما نحو إحداث أثر قانوني، ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي، إلاّ أنّه في مجال العقود الإدارية تغلب الصفة الشكلية عن الرضا وذلك بواسطة الكتابة².

نعني بركن الرضا في الصفقات العمومية الإلكترونية؛ تلاقي الإيجاب والقبول من الإدارة والمتعاقد معها، أو هو التقاهم بين الطرفين المتعاقدين والتعبير عن إرادتهما دون إخلال بالنصوص القانونية، والرضا بالنسبة للإدارة كطرف في العقد يجب أن يكون صادراً من الجهة المختصة بالتعاقد وفقاً للنظم المقررة من حيث الإختصاص والشكل، وإبرام العقود بإسم الإدارة لا يملكه إلاّ أشخاص حدّدهم المشرع وفقاً للعقود العامة بحيث لا يجوز لغيرهم ممارسته كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته إلاّ في الحدود والقيود التي يضعها المشرع³.

يعني الحديث عن ذاتية الإيجاب والقبول في العقد الإداري، محاولة إيجاد الملامح التي تعطي لهذا المفهوم كيانه الخاص، مما يجعله مستقلاً عن نظيره المدني. بمعنى أنّ الرضائية في نطاق العقود الإدارية، يجب أن لا تؤخذ كمسلمة، على أساس أنّها قرينة حتمية للرضائية في العقود بين الأفراد، بل يجب أن تطرح على أساس أنّها تستقل بجملة من الخصائص والمحدّدات تجعلها تأخذ وضعاً قانونياً متميّزاً⁴، فإذا كان مبدأ الحرية التعاقدية بالنسبة للأفراد يعدّ من المسلمات، فإنّ الأمر لا يكون كذلك بالنسبة للعقود التي

¹ محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005، ص 41. أيضاً، خالد ممدوح

إبراهيم: أمن المستندات الإلكترونية، دار الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 35.

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 258.

³ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 49.

⁴ مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت

(لبنان) 2005، ص 25.

تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها، لذلك فإنّ إثبات وجود حرية تعاقدية لهذه الأشخاص العامة يغدو ضرورياً، لأنّها تشكل المقدمة المنطقية لأيّ فعالية تعاقدية لإرادة مثل هذه الأشخاص¹.

أولاً: الإيجاب في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

يعتبر الإيجاب عرضاً باتاً وكاملاً للتعاقد وفقاً لشرط معيّنة يوجهه شخص إلى آخر للتعاقد معه، بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد².

1- تعريف الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب الإلكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد؛ حيث يتم من خلال شبكة دولية للإتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، وليس هناك خلاف بين الإيجاب التقليدي وبين الإيجاب الإلكتروني كما هو واضح إلّا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة؛ فلفظ "إلكتروني" إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا تتال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقاً للنظرية التقليدية في الإلتزامات وقانون العقود، فالعقد مجرد وصف لا أكثر بسبب إختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في عصر رقمي قوامه إلكترونيات تتجسد في وسائل الإتصال الحديثة عن طريق النقر على الحاسب الإلكتروني ليظهر التعبير عن الإرادة على شاشة هذا الحاسب³.

عرف التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 1997-47، الإيجاب الإلكتروني، على أنّه: "كلّ إتصال عن بعد يتضمن كلّ العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب، من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد في هذا النطاق مجرد الإعلان".

¹ مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2005، ص 29.

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 256.

³ المرجع نفسه، ص 259. أيضاً، خالد ممدوح إبراهيم: أمن المستندات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 40.

⁴ التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 1997-7.

Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du conseil du 20 mai concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, J.O.C.E, n° L 144 du 04 juin 1997.

أكد المشرع الفرنسي في قانون الثقة في المعاملات الرقمية الصادر في 21 يونيو 2004 أنه نظراً لخصوصية التعاقد عبر شبكة الإنترنت، وسرعة التعامل من خلالها، يجب على موجه الإيجاب أن يلتزم به، طالما أنه مازال متاحاً عبر الشبكة أو عبر الوسائل الإلكترونية¹.

خلصنا في تعريفنا لعقد الصفقة العمومية الإلكترونية، أنها لا تختلف عن الصفقة التقليدية إلا في الوسيط المستخدم لإبرامها، لذلك نقول أن الإيجاب الإلكتروني في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد مع الإدارة عن طريق طلب عروض يتم من خلال شبكة الاتصالات الدولية بوسيلة مسموعة مرئية على النماذج الإلكترونية والمعدّة لذلك من قبل جهة الإدارة المتعاقدة، على أن تتضمن هذه النماذج كل العناصر اللازمة لإبرام العقد حال قبول الإدارة له².

2- سريان الإيجاب الإلكتروني

لا يكون للإيجاب الإلكتروني فعالية بمجرد صدوره من الموجب، وإنما يكون بعرضه على الموقع عبر شبكة الإنترنت على الجمهور أو إرساله بالبريد الإلكتروني "Email"، أو غير ذلك من طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة، مشتملاً العناصر الجوهرية اللازمة للتعاقد، ويترتب على ذلك نشوء حق لمن وجه إليه الإيجاب الإلكتروني في قبوله، ولكن هذا الحق لا ينشأ إلا منذ وقت علم الموجب له بالإيجاب، فلا يترتب على مجرد صدور الإيجاب من الموجب أي إلزام طالما لم يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه³، وللموجب في الإيجاب الإلكتروني، كما في الإيجاب التقليدي، الرجوع عن إيجابه، ويكون ذلك بسحبه من موقع عرضه على شبكة الإنترنت بشرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع عن الإيجاب، فيعدم بذلك أثره القانوني، إلا أن هناك إستثناء على ذلك حيث يكون الإيجاب ملزماً إذا كان مقترناً بأجل القبول، غير أن هذا العدول لا يكون له أي أثر قانوني إلا إذا علم به الموجب له، ويقع عبء إثبات ذلك على الموجب⁴.

¹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. J.O n°143 du 22 juin 2004, « Sans préjudices des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteure reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait ».

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً...، مرجع سابق، ص 186.

³ خالد ممدوح إبراهيم: أمن المستندات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 43، أيضاً، محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 260.

⁴ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 261.

ثانياً: القبول في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

1- تعريف القبول الإلكتروني

لم يرد نص صريح في القانون الوضعي يبين ماهية القبول، ومع ذلك عرفه رجال القانون بأنه: "الإرادة الثانية في العقد، حيث يرتضي الشخص الإيجاب الذي وجه إليه بكل عناصره، حتى يتم التوافق بينه وبين الإيجاب الصادر من الموجب"، إذن القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادرة ممن وجه إليه الإيجاب، ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد، أي يصدر منجزاً بلا قيد أو شرط، ويجب أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب¹. ويتمثل القبول طبعاً في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية إتمام الصفقة ورسوها على متعاقد دون آخر.

2- تطابق الإيجاب والقبول في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

يقصد بتطابق الإيجاب والقبول ليس تطابقهما في كل المسائل التي تدخل في العقد بل تطابقهما في شأن المسائل الجوهرية والرئيسية وعدم إختلافهما في شأن المسائل التفصيلية، وهو ما يثير مسألة غاية في الأهمية وهي إختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني، إذا كان قرار الإحالة من الإدارة العامة على المتعاقد معها بمثابة قبول، فإن هذا القبول قد يتم أيضاً بوسائل إلكترونية، وعندها يوصف بالقبول الإلكتروني...، فالقبول هو التعبير عن الإرادة البات الصادر من الطرف الذي وجه إليه الإيجاب ويشترط فيه أن يكون مطابقاً للإيجاب غير معدّل فيه، وأن يكون صادراً ممن وجه إليه الإيجاب، وأن يرد القبول على إيجاب قائم لم يسقط بعد، وفي مجال العقود الإدارية وإن كانت إلكترونية يجب على الموجب أن يبقي على إيجابه، حتى تعلن نتيجة الصفقة، إذ يتحرر مقدمو العطاءات جميعاً بإستثناء من ترسو عليه الصفقة، الذي يظل ملزماً بعطائه إلى أن يتم إتمام المناقصة، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بنفس الإتجاه، ففضى في قضية (Grande) منذ لحظة تقديم العطاء أن يلتزم المتقدمون نهائياً تجاه البلدية، بناء على ذلك فإدعاء السيد (Grande) بأنه قد أبدى رغبته بسحب عطائه أمر لا قيمة له. ويرى الفقيه الفرنسي الأستاذ (De Laubader) أنه إذا كان بعض فقهاء القانون الخاص يرون أنّ المتقدم بالعطاء في القانون المدني يلتزم بعطائه عندما يحدّد مدّة لذلك يلتزم خلالها، فإن لم يحدّد مدّة جاز له سحب عطائه متى شاء، فإنّ عكس ذلك ما يحصل في الصفقات العامة، حيث لا يستطيع المتقدم للعطاء مع الإدارة سحب عطائه. ونجد أنّ القبول بواسطة شبكة المعلومات قد يتحقق بطريقتين:

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 264.

- الطريقة الأولى: من خلال موقع العرض (Website) نفسه، بأن يقوم القابل بإدخال البيانات الخاصة بالعقد المعروض على (accept/ok) الشاشة، والنقر على المفتاح الخاص بالقبول.
- أما الطريقة الثانية: من خلال البريد الإلكتروني (E-mail) بأن يقوم القابل بتضمين الرسالة الإلكترونية قبوله¹.

نرى من خلال ما قلناه أنه لا يوجد ما يمنع من تقديم العروض إلكترونياً عن طريق البريد الإلكتروني (E-mail)، وبأسلوب يحفظ سرية البيانات المقدمة، حيث يقوم كل متقدم للصفقة بإرسال هذه البيانات والمعلومات إلى بريد لجنة العطاء الإلكتروني، وهذا ما يحقق السرعة ويضمن عدم ضياع العرض أو فقدان جزء من محتوياته. وبذلك يصبح لدينا ما يعرف (بصندوق العطاءات الإلكتروني)، بدلاً من صندوق العطاء التقليدي، ويستعاض عن المفاتيح التقليدية بشفيرة إلكترونية ورموز سرية، يحتفظ كل عضو من أعضاء لجنة العطاءات بجزء منها، بحيث لا يمكن الدخول إلى هذا الموقع، أو فتح هذا البريد الإلكتروني إلا بمشاركة أعضاء اللجنة كافة، حيث يقوم كل منهم بإدخال رمزه السري، ويتم فتح صندوق العطاءات الإلكتروني السالف الذكر، من قبل اللجنة، وذلك باستخدام وسائل تقنية حديثة، تتيح للعارضين الإطلاع على هذه العملية إلكترونياً وبالوقت نفسه الذي تجري فيه عملية الفتح، دون اشتراط حضورهم مادياً لدى اللجنة، وإنما يتم الإتصال بهم عن بعد. وبعد إكمال اللجنة أعمالها تقدم الخلاصات التي توصلت إليها إلى لجنة أخرى أرفع منها مستوى للبت بنتيجتها والتي تملك صلاحية إصدار القرار بقبول أي من العروض وعلى أساس ذلك يحدّد طرف العقد².

يمكن للإدارة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية أن تلجأ إلى إحدى الطريقتين المذكورتين، سواء في طلب العروض أو في أسلوب التراضي، ويتم ذلك بالتعبير عن القبول عبر شبكة المعلومات الدولية. وهنا نلمس الاختلاف الحاصل بين القبول التقليدي والقبول الإلكتروني، ففي هذا الأخير نلمس خروجاً عن القواعد العامة من خلال عدم إمكانية التعبير عن القبول الإلكتروني إلا بالكتابة، على عكس القبول التقليدي الذي يعتدّ بجميع الطرق مثل الإشارة أو اللفظ وكذا الكتابة. وعليه فالعقد لا ينعقد على شبكة المعلومات الدولية بمجرد إتخاذ القابل موقفاً معيناً، أو باللفظ أو بالإشارة؛ إذ لا بد من صدور تعبير بالقبول، ومن الحالات التي لم تعترف بها التجارة الإلكترونية في التعبير عن القبول "السكوت والعرف والإيجاب

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 264 و 265. أيضاً، حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 184 و 185.

² أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 185.

الموصوف¹. وكذلك الشأن بالنسبة للإيجاب، حيث في مجال الصفقات العمومية لا يمكن تقديم إيجاب إلا في صورة كتابة وعلى نماذج تصدرها جهة الإدارة (دفتر الشروط) والإيجاب هنا نطلق عليه مسمى العطاء الذي يتم إعداده وفقا للشروط والمواصفات الفنية التي أعلنتها الإدارة ويجب أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التي حددتها جهة الإدارة الداعية إلى التعاقد². وهذا ما يؤكد لنا أن إعداد دفتر الشروط من المصلحة المتعاقدة لا يعتبر إيجاباً، فالإعلان عن الصفقة وفتحها لمن يشاء هو دعوة للتعاقد وفق شروط نموذجية تقرضها الإدارة. وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل لاحقاً.

نتساءل هنا عن مدى جواز إعداد دفاتر الشروط بطريقة إلكترونية؟ سنجيب على ذلك في ركن الكتابة باعتبار أن دفاتر الشروط تعتبر بمثابة الوثائق التي من خلالها تدعو الإدارة للتعاقد معها³.

الفرع الثاني: ركن المحل

يقصد بمحل العقد كل ما يلتزم به المدين سواء كان عملاً أو امتناع عن عمل شريطة أن يكون قانونياً، وهو أيضاً العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين، فيشترط به أن يكون موجوداً أو ممكناً، معيّناً أو قابلاً للتعيين ومما يجوز التعامل به⁴. وبالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد الصفقات العمومية محدّدة في أربعة أشكال وذلك بموجب المادة 2 منه، ونجد أنّ المادة 29 فصلت في مشتملات الصفقة وأشكالها، حيث جعلت الصفقة تشتمل على أحد العمليات التالية: "إنجاز أشغال وإنجاز دراسات وكذا إقتناء اللوازم، بالإضافة إلى تقديم الخدمات"، فموضوع الصفقة يندرج في أربعة أشكال المذكورة والتي سيأتي بيانها لاحقاً. ومحل الصفقة يستوجب توافر جملة من الشروط؛

أولاً: أن يكون المحل ممكناً وغير مستحيل

يعني شرط الإمكانية وعدم الإستحالة؛ أن يكون محل الإلتزام موجوداً، معنى ذلك أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجوداً وقت إبرام العقد. وفي حالة ما إذا تعاقد الطرفان على اعتبار أنّ الشيء موجود وقت التعاقد، وتبين أنه هلك قبل ذلك بفعل صاعقة. يترتب على ذلك بطلان العقد. لكن إذا

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 265 و 266.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً...، مرجع سابق، ص 159.

³ راجع، الفرع الرابع من هذا المطلب، ص 51.

⁴ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 51. أيضاً، أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا

الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 167.

هك الشيء محل الإلتزام بعد نشوء الإلتزام، فإنّ الإلتزام ينشأ صحيحاً وينعقد العقد، ونكون في هذه الحالة بصدد إستحالة تنفيذ الإلتزام، وبالتالي إذا كانت الإستحالة هذه ليست راجعة لعمل المدين إنّما لقوة قاهرة، فإنّ العقد يفسخ من تلقاء نفسه، أمّا إذا كانت راجعة إلى فعل المدين، فإنّ الإلتزام لا ينقضي ويلتزم بالتالي المدين بالتعويض ويدخل ضمنه هذا الشرط إمكان وجود الإلتزام، أي لا يكون محل الإلتزام مستحيلاً، والإستحالة قد تكون مطلقة حيث يعجز كلّ الناس على القيام بمحل الإلتزام. ويجوز أيضاً أن يكون محل الإلتزام ممكناً مستقبلاً¹.

ثانياً: أن يكون المحل معيّناً أو قابلاً للتعيين

تعيين المحل في مجال العقد الإلكتروني عادة يتم عن طريق شبكة الإنترنت، حيث توصف السلعة على شبكة الكمبيوتر بطريقة الصور (الكatalog الإلكتروني)، كما هو في الكatalog الورقي مع إرسال رسالة إلكترونية للمستقبل تؤكد له جودة السعة وتحدّد الصفات الرئيسية لها².

يجب أن يكون المحل في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية معيّناً عن طريق وصف المنتج أو الخدمة وصفاً مانعاً للجهالة على شاشة الكمبيوتر عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، سواء من خلال صفحات الويب أو الكatalog الإلكتروني³. والمقصود بالمعاينة هو الإطلاع على المبيع إطلاعاً يمكن من معرفة حقيقته وفقاً لطبيعته، وذلك بالطرق التي يمكن أن يتحقق بها العلم الكافي لدى العميل بحقيقة المبيع، والمعاينة التي يتحقق بها العلم الكافي لدى العميل بحقيقة المبيع، هي التي تحصل عند إبرام العقد، بحيث يرد العقد على المبيع، وهو معلوم للمشتري علماً كافياً⁴، حيث يشترط أن يكون المحل معيّناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أو بذكر الأوصاف المميّزة.

ثالثاً: أن يكون المحل مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة

يشترط في محل العقد أن يكون ممّا يجوز التعامل به أي أن يكون مشروعاً. والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية بهذا الشأن ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية، فمحل العقد يحدده الطرفان غير أنّ الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة إستناداً إلى الإمتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد، ويعتبر شرط المشروعية

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 273.

² أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته...، مرجع سابق، ص 116 و 117.

³ أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 168.

⁴ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 52.

من أهم شروط صحة المحل، وذلك بأن يكون المحل ممّا يجوز التعامل به، فإذا كان غير مشروع يعدّ العقد باطلاً لمخالفته للنظام العام¹. وأساس النظام العام، المصلحة العامة التي تتضمن المصلحة الاجتماعية والسياسية والأدبية والإقتصادية، وأساس حسن الأداب هو الرأي العام، وما يتأثر به من مثل عليا، ومبادئ أخلاقية وإجتماعية مبنية على الدين والعرف والتقاليد، ومن المعروف أنّ النظام العام وحسن الأداب يعتبران من الأفكار المتطورة والتي تتباين من مجتمع لآخر، متأثرة بالظروف المحيطة².

الفرع الثالث: ركن السبب

ركن السبب في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية لا يختلف عن القواعد العامة التي تحكم ركن السبب عامة، حتى وإن إستحدثت من المعاملات التي أصبحت محلاً للعقد الإداري مثل الصفقات التي تبرم على مجموعة برامج، أو مجموعة معلومات، والتي تتم إبراماً وتنفيذاً على شبكة المعلومات الدولية، حيث أنّ عملية التعاقد الإداري تتم برمجتها عبر شبكة المعلومات الدولية³.

يعرف السبب بأنه الغرض الذي يقصده المتعاقدان من هذا الإتفاق، وتكاد أحكام القضاء الإداري تكون قليلة في هذا الشأن، وسبب ذلك أنّه من النادر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو لسبب باطل، ولكن يمكن القول أنّ السبب ركن جوهري وأساسي في العقد الإداري، وأنّه محكوم في المقام الأول بالقواعد المدنية هو الآخر، مع مراعاة ما يتعلق بالعلاقات الإدارية، بمعنى أنّه من النادر أنّ ينعدم السبب في تصرفات الإدارة...، لأنّ الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائماً في تحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة⁴. فبالرجوع لتعريف الصفقات العمومية نجد أنّها تهدف لتحقيق المصلحة العامة وهذا هو سبب التعاقد، ولا يختلف السبب في الصفقة التقليدية عنه في الصفقات الإلكترونية، فهو في كلا الحالتين ركناً لإنعقاد العقد. غير أنّ الإختلاف يظهر إذا إثّر إشكال حول مشروعية السبب، لأنّ الصفقة العمومية الإلكترونية تكون غالباً دولية لا تعترف بالحدود الزمكانية، ومن ثمّ فإنّ توفر مشروعية التعاقد تتذبذب لا محالة خاصة في ظل غياب رقابة المشروعية عبر الإنترنت، وعليه يجب توخي الحيطة

¹ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 51.

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 274.

³ المرجع نفسه، ص 276.

⁴ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 52 و53.

في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية الدولية والبحث إذا ما كانت غير مخالفة للنظام العام الداخلي. لأنّ العبرة في العقد الدولي بالنظام العام الدولي.

يشير الفقه إلى وجوب توافر السبب في العقد الإداري كالعقد المدني، إلاّ أنّه يلاحظ ندرة القرارات القضائية في هذا الصدد، وقد علّل الفقه ذلك، بأنّ الإدارة لا تتعاقد دون سبب أو بسبب باطل، والكلّ يجمع على ضرورة تحقق السبب كركن في العقود الإدارية، أو أنّ الأحكام المدنية هي عينها التي تحكم السبب في هذا المجال¹.

الفرع الرابع: ركن الشكلية

تعتبر الشكلية حالة استثنائية عن مبدأ الرضائية الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 59 ق م ج² التي نصت على أنّه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وقد عرف المشرع العقد الرسمي في المادة 324 من نفس القانون على أنّه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه"، وهذه المادة تعالج في الواقع مسألة الإثبات³، حيث نجد أنّ هناك فرق بين العقد الذي هو التصرف القانوني وأداة إثباته أيّ الورقة الرسمية، فقد يكون العقد صحيحاً والورقة الرسمية غير صحيحة والعكس. وبغض النظر عن دقة التعبير، فالنص يعتبر الشكلية ركن في العقد⁴.

أولاً: مدى وجوب الكتابة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

بالرجوع لنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإنّنا نجد أنّها تنص على أنّ الصفقات العمومية عقود مكتوبة. ما يعني صراحة النص على وجوب الكتابة كركن أساسي لإبرام عقد الصفقات

¹ علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص 324.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

³ - ³ فيلالي علي: الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر 2005، ص 233.

العمومية. والتي يقابلها نص المادة 1/15 من القانون الفرنسي رقم 360-2016، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية¹.

يستشف من عبارة "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به" الواردة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أنّ الصفقة العمومية من العقود الشكلية التي تفنّد فيها الإدارة كأصل عام لحريتها في إختيار شريكها في العقد، فالمنظم يفرض من خلال التنظيم الواجب التطبيق شرط الكتابة والتوثيق والشكلية في كلّ إجراء تباشره بدءاً بالإعلان عن الرغبة في التعاقد إلى فتح العروض وتحليلها، فإرساءها أو تعديلها بموجب الملحق أو العدول عنها وفسخها... إلخ².

نص المنظم التونسي في الفصل 30 من الفرع الأول المعنون "بوثائق الصفقة"، من القسم السادس المعنون "بوثائق الصفقة والتنصيصات الوجوبية"، من الأمر رقم 1039 لسنة 2014، المنقح والمتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية³ على أنه: "تبرم الصفقات كتابياً في وثيقة مادية أو لامادية، وتكون الصفقة ملفاً وحيداً يتضمن كراسات الشروط والعرض".

نُلاحظ من خلال النصوص أعلاه، أنّه رغم إعتبار الكتابة ركناً لإنعقاد الصفقة، إلّا أنّ المنظم الجزائري لم يفرد نصاً خاصاً ينص على ضرورة الكتابة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، إلّا أنّه قياساً على نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي بيّنت أنّ الصفقة عقد مكتوب، فإنّه من باب أولى أن تكون الصفقة العمومية المبرمة بالطريق الإلكتروني مكتوبة نظراً لخصوصية التعاقد الإلكتروني وصعوبة إثباته، بإعتبار أنّه يتم في بيئة رقمية غير ملموسة، أي الغياب الكليّ للدعائم الوثيقة. وتتعدّد صور الكتابة بتعدّد وسائلها لا سيما في ظل تطور التكنولوجيا الرقمية، غير أنّ الكتابة المعنية في الصفقة هي الصورة الورقية للكتابة، ما عدا ما ورد في النص وبإحتشام بالنسبة لتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية⁴. خلافاً للمنظم التونسي، الذي رغم ذكره لعنصر الكتابة في تعريفه للصفقة، إلّا أنّه أفرد لها نصاً خاصاً، وقد بيّن

¹ Art 15/1 du Décret no 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT sont conclus par écrit».

² بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص117.

³ الأمر رقم 1039 لسنة 2014، المنقح والمتمم بالأمر الحكومي رقم 416 لسنة 2018، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، مرجع سابق.

⁴ النوي خرشي: الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، دار الهدى، الجزائر 2018، ص 16.

الوسيلة المعتمدة في الكتابة والتي قد تكون إما بالطريقة التقليدية أو الإلكترونية، ما يفيد التبني الصريح للمنظم التونسي للكتابة الإلكترونية في الصفقات العمومية.

شدّد المنظم الجزائري على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية كما رأينا للأسباب المذكورة، إلاّ أنّه أورد استثناء على القاعدة، وهو ما حدّته المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247 بنصها على أنّه: "في حالة الإستعجال الملح المعلّل بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدّد إستثمارا أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنّه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلّل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة".

أعطى المنظم الجزائري للمتعاقدين آلية جديدة لإبرام الصفقة مفادها الإستعجال الملح، وذلك حفاظاً على السير الحسن للمصلحة العامة ودرء المخاطر، وحفاظاً على صحة المواطنين ومنع إنتشار عدوى وباء فيروس كورونا المستجد (كوفيد -19-)، بين الأشخاص، حيث أصدر المرسوم الرئاسي رقم 20-237، المحدّد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19-) ومكافحته¹، والذي نص في مادته الأولى على أنّه: "يهدف هذا المرسوم إلى تحديد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19-) ومكافحته". وتضيف المادة الثانية أنّه: "بغض النظر عن أحكام المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436، الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، وفي إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19-) ومكافحته، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي، بموجب مقرر معلّل، أن يرخص بالشروع في بدء تنفيذ الخدمات

¹ مرسوم رئاسي رقم 20-237، مؤرخ في 12 محرم 1442، الموافق ل 31 غشت سنة 2020، المحدّد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19-) ومكافحته، ج ر عدد 51، الصادر بتاريخ 12 محرم عام 1442 هـ، الموافق ل 31 غشت سنة 2020.

قبل إبرام الصفقات العمومية، ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط للتمكين من مواجهة الظروف المذكورة أعلاه".

يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بطلبات من نفس الطبيعة. بموجب مقرر معلّل أو مقررات معلّلة، مع نفس المتعامل المتعاقد. كما يمكن أن تكون الخدمات المنفذة في إطار المرسوم 20-237، بصفة إستثنائية محل تسوية مالية، قبل إبرام صفقة التسوية وبعد أداء الخدمة المصادق عليها من قبل الأمر بالصرف المختص¹.

يتبين من النصّ أعلاه، أنّ المنظم جعل الأصل أنّ التنفيذ عملية لاحقة على الإبرام وهذا الأخير مرهون بالكتابة، فلا تنفيذ إلاّ بعد توقيع الصفقة من الجهة المخولة قانوناً بذلك، غير أنّه - المنظم - منح ترخيصاً للمصلحة المتعاقدة، فمكّنها من إجراء تنفيذ العقد أو الصفقة قبل عملية الإبرام، وعلّق الأمر على ترخيص يمنح من الوزير الوصي على القطاع المعني بالصفقة أو الوالي المختص إقليمياً، وهذا بموجب مقرّر ولا شك أنّه لا يمكن اللجوء لهذا الأسلوب أو هذا الترخيص إلاّ في حالات محدّدة، لذلك جاء نص المادة أعلاه بعبارة: "... في حالة وجود خطر يهدّد الإستثمار أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة"، ويبقى أنّ المصلحة المتعاقدة هي أول من يتحرك لدى الجهات المخولة بالترخيص. ويقع عليها عبء تبرير وجه الخطر، نطاقه وأثاره. كما تبين في حالات أخرى جانب المساس بالملك محاولة منها لإقناع الجهات المعنية (الوزير أو الوالي) بهدف إصدار الترخيص. وإذا صدر الترخيص من الجهة المركزية أو المحلية وجب إرسال نسخة منه لوزير المالية بما يعكس أثر الصفقة العمومية على الخزينة العامة وإلاّ ما كان أن يلزم الوزير المعني أو الوالي المختص إقليمياً بإرسال نسخة من الترخيص لوزير المالية.

ركن الكتابة في الصفقة العمومية لا يقصد به الكتابة التوثيقية التي تتم في مكتب موثق، كتلك المتعلقة بعقود الأفراد كعقد البيع أو الإيجار أو الشركة أو الرهن وغيرها، بل المقصود الكتابة الإدارية والمثبتة بوثائق إدارية وتتضمن توقيع وختم الطرفين²، أي الكتابة المتبعة في الإدارات العمومية والمثبتة على ورق عادي يشار فيه لسائر البيانات التي حدّدها المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية، ووُقع من قبل أطراف الصفقة ويختم ويذكر فيه التاريخ دون حاجة لإفراغه في شكل عقد توثيقي على يد موثق، فالإدارة كما تصدر قراراتها الإدارية، وتتمتع بالطابع التنفيذي، دون حاجة للجوء لسلطة أو جهة أخرى، فكذا هي

¹ المادتين 3 و5 من المرسوم الرئاسي رقم 20-237، المحدّد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19) ومكافحته، مرجع سابق.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 72.

من تكتب سائر بنود الصفقة بالنسخ المطلوبة وبعدها تبدأ عملية التوقيع. وطبعاً هذا يدخل أيضاً في مرونة النشاط الإداري فلا يعقل إلزام الإدارة باللجوء للموثق كلما تعلق الأمر بتحرير صفقة عمومية¹.

يتضح جلياً أنّ القاعدة السائدة في النظام القانوني الجزائري هي إلزامية الكتابة في العقود التي تبرمها الإدارة، وذلك حسب ما أفادت به المادة الثانية السالفة الذكر، كما أنّ معظم مواد الصفقات العمومية قد أكدت على إلزامية الكتابة في إبرام عقود الإدارة، حيث نجد أنّ عقد البرنامج يشكلّ إتفاقية سنوية أو متعدّدة السنوات تكون بمثابة مرجع يتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقاً لما تنص عليه نصوص المرسوم ذاته. كما تقضي نصوص هذا المرسوم بإلزامية تقديم العروض مكتوبة وإرفاقها بالوثائق والمستندات التي تثبت المواصفات التقنية والتصاميم والرسوم وغيرها².

يتضح جلياً أنّ القصد من تقرير شرط الكتابة هو تسهيل مهمة بسط الرقابة على أعمال المصلحة المتعاقدة من الجهات المختصة، لا سيما في ظل الصفقات العمومية التي تعتبر محلاً للتعامل بالمال العام وترتبط بمخططات التنمية الاقتصادية الكبرى. ولما تتحملة الدولة من أعباء كبيرة في سبيل تنفيذها³، بالإضافة إلى تامين مبدأ الشفافية في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، كما سيأتي بيانه لاحقاً⁴.

بالنظر لأهمية الصفقة وما يمكن أن ينتج عنها من نزاعات إشتربت المادة شكلية الكتابة في البنود التي تحدّد الإلتزامات المتبادلة للأطراف المتعاقدة والتي تعتبر عنصر إثبات في مجال التعاقد، غير أنّ عنصر الكتابة ضمن النص لم يخص البنود التعاقدية للصفقة فقط، بل وأيضاً الأعمال التحضيرية التي تسبق إبرامها وكذا التي تأمر بتنفيذها، بل وأيضاً بصورة عامة كلّ ما يستتبعها، فقد إشتربت تحرير وتوقيع محاضر فتح العروض وتقييمها، ومحاضر التفاوض، ومحاضر لجان الصفقات وما يتعلق بتسجيل إستلام العروض والأمر بالخدمة ومحاضر الإستلام وغيرها، وبذلك يكون النص قد أعطى أهمية لكتابة وتوقيع كلّ ما يتعلق بالصفقة من أعمال⁵.

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 124.

² هيبية سردوك: المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 54.

³ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 117 و118.

⁴ للتفصيل أكثر في الموضوع؛ راجع، المطلب الثالث، من الفصل الثاني من الباب الأول، ص 160 وما يابها.

⁵ النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 15.

ثانياً: تعزيز ركن الكتابة من خلال وثائق الصفقة

تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف كل من يرغب في التقدم بعبء كل الوثائق الضرورية التي تكفل إحاطتهم بكل المعلومات المتعلقة بموضوع الصفقة المعلن عنها، ويمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المترشح الذي يطلبها. وتشمل هذه الوثائق على الأخص وصفاً دقيقاً لموضوع الخدمة والمواصفات التقنية المطلوبة. والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات أو التصاميم أو الرسوم -الضمانات المالية والوثائق المطلوبة- اللّغة أو اللّغات الواجب إستعمالها في تقديم التعهدات، كصفات التسديد، العنوان الدقيق وآخر أجل لتقديم العروض بالإضافة إلى أجل صلاحية العروض¹.

نص المنظم التونسي في الأمر رقم 1039 لسنة 2014 المنقح والمعدل بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018²، في الفصل 27 منه، على أنه: "يجب أن تتضمن الوثائق المكتوبة للصفقة جميع التنصيصات التي من شأنها توضيح موضوعها للمترشحين طبقاً لملف صفقات نموذجي تعدّه الهيئة العليا للطلب العمومي". وينص في الفصل 1/28 على أنه: "تتكون وثائق الدعوة للمنافسة من جميع الوثائق والمعلومات التي يعدها المشتري العمومي لضبط موضوع الصفقة وخصائصها وشروط تنفيذها. وتسلم هذه الوثائق للمترشحين مجاناً. غير أنه يمكن للمشتري العمومي أن يقرّر تسليمها بمقابل يتم ضبطه، وينص إعلان الدعوة العمومية للمنافسة على مبلغ هذا المقابل وإجراءات دفعه".

1- دفاتر الشروط

يعتبر المنظم التونسي أنّ دفاتر الشروط تضبط قواعد إبرام الصفقات وتنفيذها وتشتمل على الوثائق العامة والخاصة³، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁴.

¹ هبة سردوك: المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 139 و140.

² الأمر رقم 1039 لسنة 2014، المنقح والمتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسية، مرجع سابق.

³ راجع، الفصل 29 من الأمر رقم 1039 لسنة 2014، المنقح والمتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسية، مرجع سابق.

⁴ المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه: "توضح دفاتر الشروط المحينة دورياً، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص ما يأتي:="

تأكيداً لإلزامية الكتابة في عقد الصفقة العمومية، ألزم المنظم المصلحة المتعاقدة بوضع دفاتر شروط تصاحب صفقاتها، وتوضح كل الشروط التي تيرم وتنفذ وفقها الصفقة العمومية، ويعدّ دفتر الشروط أحد أبرز الشروط والعناصر الشكلية الضرورية في عملية إبرام الصفقة. بل ويعدّ مكوناً من مكونات الصفقة وجزءاً لا يتجزأ منها، ومصدراً للحقوق والإلتزامات المتبادلة التي ترتبها. وتتضمن المعلومات اللازمة المتعلقة بالصفقة، مما يسهل للمتعاقد التعرف على حقوقه وإلتزاماته. وعادة ما تحدّد الجهة الإدارية التي تتوي التعاقد إحتياجاتها في دفاتر خاصة نموذجية معدّة مسبقاً، تسمى دفاتر الشروط¹.

أ- **تعريف دفاتر الشروط:** دفاتر الشروط عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام التي تطبق على الصفقة العمومية وهي عناصر مكونة للصفقة، كما تمثل جزءاً لا يتجزأ منها. ويجب أن يشار إليها في صلب الصفقة الأمر الذي يترتب عنه سريان بنودها وما تتضمنه من شروط وقواعد وأحكام على الصفقة². وتعتبر دفاتر الشروط حجر الأساس في إبرام الصفقات العمومية إذ أنّ هذه الأخيرة بمثابة المرجع الذي يستند عليه في كل مرة، وذلك لما تحتويه هذه الدفاتر من الجوانب الخاصة بكلّ صفقة لا سيما الجانبين التقني والقانوني، وبعد أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتحضير دفتر الشروط تقوم بعرضه أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بحسب التقدير الإداري للمشروع³.

=- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي،

- دفاتر الشروط التقنية المشتركة التي تحدّد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني،

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدّد الشروط الخاصة بكلّ صفقة عمومية".

¹ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 118.

² شقظمي سهام: النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 36.

Les cahiers des charges sont des documents rédigées par l'administration, qui s'intègrent au marché et prennent ainsi un caractère contractuel ; dans cette mesure le contrat administratif s'apparente au contrat d'adhésion.

Michel Rousset et Olivier Rousset : Droit administratif 1, l'action administrative, deuxième édition, P U G, Paris 2004, P177.

³ خالد خليفة: طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القنون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر 2017، ص 30.

ب- أنواع دفاتر الشروط: تنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص ما يأتي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي،

- دفاتر الشروط التقنية المشتركة التي تحدّد الترتيبات التقنية المطبقة على كلّ الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللّوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني،

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدّد الشروط الخاصة بكلّ صفقة عمومية". يقابلها الفصل 29 من الأمر التونسي رقم 1039 لسنة 2014، المنقح والمتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية¹، وكذا المادة 2/15 من المرسوم الفرنسي رقم 360-2016، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية².

ب-1- دفاتر البنود الإدارية العامة (دفاتر الشروط الإدارية العامة): تحدّد دفاتر الشروط الإدارية العامة المقتضيات التي تطبق على جميع صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو على صنف معين من هذه الصفقات. وتتم المصادقة على هذه الدفاتر بمرسوم وإذا تضمن صفقة عدّة أصناف من الأعمال، يطبق دفتر الشروط الإدارية العامة المطابق إلى الصنف الراجح من هذه الأعمال. وإذا لم يوجد دفتر شروط إدارية عامة خاص بالأعمال موضوع الصفقة، يجب أن تحيل الصفقة إلى أحد دفاتر الشروط

¹ الأمر التونسي رقم 1039 لسنة 2014، المنقح والمتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

² Art 15/2 du Décret no 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Les clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :

- 1- Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;
- 2- Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés. Lorsque l'acheteur fait référence à des documents généraux, le marché public comporte, le cas échéant, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge ».

الإدارية العامة الجاري بها العمل الأكثر ملائمة، وذلك مع إدخال التعديلات الضرورية¹. وتعتبر دفاتر البنود الإدارية العامة جزءاً أساسياً من العقد، كونها تتضمن بنوداً تطبق على كافة العقود الخاصة بالإدارات العامة، وتحدّد الأحكام الإدارية العامة المتعلقة بكلّ نوع من الأنواع، كما تهدف لبيان الأحكام الملزمة لكلّ طرف، كما نجد الإختيار العام للإدارة من بين مختلف الكيفيات التنظيمية².

ب-2- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة: وهي الدفاتر التي تحدّد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني³.

ب-3- دفاتر التعليمات الخاصة: تحدّد دفاتر الشروط الخاصة الشروط المشتركة المتعلقة بكلّ صفقة، وتتضمن الإحالة إلى النصوص العامة المطبقة، والإشارة إلى مواد دفاتر الشروط المشتركة، وعند الإقتضاء دفاتر الشروط الإدارية العامة التي قد يتم الحيد عنها طبقاً لمقتضيات هذه الدفاتر⁴.

2- وثائق الصفقة التي تصاحب دفاتر الشروط

تتنوع الوثائق التي تصاحب دفاتر الشروط، وتتعلق جميعها بالتفاصيل الجزئية لعملية التعاقد. ومن أمثلة هذه الوثائق؛

أ- قوائم الأسعار أو جداول الفئات التي تبيّن تقديم الإدارة لأسعار الأعمال المطلوب تنفيذها أو المواد المراد توريدها، وكذلك القياسات والمواصفات المتعلقة بكيفية ونوعية الأعمال المطلوبة، وأيضاً المواد المستعملة ومصدرها وكيفية تسليم الأصناف وتسديد الثمن. وهذه الوثائق وإن كانت من صنع الإدارة بمفردها إلاّ أنّها لا تستطيع التنازل عنها أو عن بعضها بعد إبرام العقد مع المتعاقد⁵.

¹ محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب) 2015، ص 53.

² بن سريّة سعاد: الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق بودواو، جامعة محمد بوقرة بومرداس، تاريخ المناقشة 18 أفريل 2018، ص 43.

³ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 119. أيضاً، بن سريّة سعاد: الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 44.

⁴ محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 53.

⁵ هيبية سردوك: المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 142.

ب- وثائق الإستشارة: عرف المنظم الفرنسي وثائق الإستشارة بموجب المادة 38 من المرسوم رقم 360 لسنة 2016، على أنها: "جميع المستندات التي قدمها المشتري أو التي يشير إليها من أجل تحديد احتياجاته ووصف شروط وإجراءات الشراء، بما في ذلك إشعار الدعوة إلى المنافسة. والمعلومات المقدمة بدقة بما يكفي للسماح للمشغلين الإقتصاديين بتحديد طبيعة ومدى الحاجة وتقرير ما إذا كانوا سيطلبون المشاركة في الإجراء أم لا"¹، وهو نفس النص الوارد في المادة ر2132-1 من المرسوم المتضمن الجانب التنظيمي للصفقات العمومية، رقم 1075-2018²، والذي جاء فيها: "وثائق الإستشارة هي جميع المستندات التي يقدمها المشتري أو التي يشير إليها من أجل تحديد الحاجيات ووصف شروط إجراء الشراء. بما في ذلك إشعار الدعوة إلى المنافسة، والمعلومات المقدمة تكون دقيقة بما يكفي للسماح للمتعاملين الإقتصاديين بتحديد طبيعة ومدى الحاجة وتقرير ما إذا كان يريد طلب المشاركة في الإجراء أم لا"³، وقد يتم توفير وثائق الإستشارة مجاناً للمتعاملين الإقتصاديين حسب الحالة⁴.

¹ Art. 38 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 : « Les documents de la consultation sont l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir ses besoins et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure ».

² Décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, NOR : ECOM 188600D, Disponible sur legifrance-Source : Legifrance- Mis à jour le 31/12/2019. Modifié par : Décret n° 2019-1344 du 12 Décembre 2019, modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances- NOR : ECONOM1923341D.

³ Article R2132-1 : « Les documents de la consultation sont l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir son besoin et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure ».

⁴ Article R2132-2 : « Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Pour les marchés qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes et dont la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, cette mise à disposition s'effectue sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code. Lorsque les spécifications techniques sont fondées sur des documents gratuitement disponibles par des moyens électroniques, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante. L'avis d'appel à la concurrence, ou le cas échéant l'invitation à confirmer l'intérêt, mentionne l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles ». Aussi,

Selon l'alinéa 1er du I. et l'alinéa 1er du IV. de l'article 39 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, l'obligation consistant à ne mettre gratuitement à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur que les seuls documents de la consultation des « marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée » et des marchés publics, dont le montant estimé du besoin à satisfaire est égal ou supérieur à 90 000 € HT, passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, s'applique jusqu'au 1er octobre 2018. Voir ; PARENT Julien : La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux, op.cit, p 15.

المبحث الثاني: البيئة الإجرائية لإبرام عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

تتم الصفقات العمومية في الجزائر طبقاً للقاعدة العامة وفق منافسة شريفة ونزيهة وشفافية وإعلان ووضوح تام، بدءاً بالرغبة في التعاقد عبر إعلان منشور يتضمن سائر البيانات المحددة تنظيماً. ويتم التنافس وفق شروط معيّنة، وزمن واضح لتقديم العروض، ومعايير موضوعية للإنتقاء، وزمن محدد لدراسة العروض¹. وقد إتضح ذلك من خلال دراستنا للمبادئ العامة للصفقات العمومية.

تنص المادة 2/204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنص على أنه: "كلّ عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكيف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية".

يعني هذا أنّ إجراءات إبرام الصفقة العمومية التقليدية هي نفس الإجراءات المطبقة على الصفقة العمومية الإلكترونية. وقد أكدّ المنظم المصري على أنه من أهداف القانون الجديد أعمال الإجراءات الإلكترونية في التعاقد الإداري، حيث نص في المادة 4/2 من القانون رقم 189 لسنة 2018² على أنه: "يهدف تطبيق أحكام هذا القانون إلى: تطبيق أساليب الإدارة الحديثة، والانتقال مرحلياً إلى استخدام التكنولوجيا الحديثة في الإجراءات". أمّا المنظم الفرنسي فقد نص بموجب المادة 11-2132، لسنة 2018، على أنه: "يمكن للمرشحين ومقدمي العطاء الذين ينقلون مستنداتهم إلكترونياً إرسالها إلى المشتري، على حامل ورقي أو الوسيط المادي الإلكتروني، نسخة احتياطية من هذه المستندات أنشئت وفقاً للإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير الإقتصاد الملحق بهذا القانون"³. وأكدّ أيضاً بدوره المنظم الفرنسي وأقر على الطابع الإلزامي لتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، مؤكداً في القانون رقم 360-2016⁴، على أنه يتم تنفيذ جميع الإتصالات وجميع عمليات تبادل المعلومات عن طريق وسائل الإتصال الإلكترونية عند الشروع في إستشارة أو إرسال إشعار عن المنافسة للنشر إعتباراً من 1 أبريل 2017 بالنسبة لمراكز الشراء، ومن 1 أكتوبر 2018 بالنسبة للمشتريين الآخرين⁵، كما أقر -المنظم الفرنسي- في

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية... القسم الأول، مرجع سابق، ص 195.

² قانون التعاقدات العامة المصري رقم 189 لسنة 2018، مرجع سابق.

³ Article R2132-11: « Les candidats et soumissionnaires qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie, annexé au présent code ».

⁴ Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, op.cit.

⁵ Art. 41 – I – du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par des moyens de communication électronique lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1er avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1er octobre 2018 pour les autres acheteurs. Un moyen de=

الفقرة الأولى من الفصل 40 على نزع الصفة المادية للصفقة العمومية، والتي أكد من خلالها أنه مع مراعاة أحكام المادة 41 السالفة الذكر، في جميع إجراءات إبرام الصفقات العمومية، يجوز إجراء تبادل المعلومات والاتصالات بالوسائل الإلكترونية¹. أما الفقرة الثانية فقد بينت أنه بالنسبة للعقود العامة التي تبرمها الدولة، ومؤسساتها العمومية غير تلك التي تحمل الطابع الصناعي و التجاري والمجموعات الإقليمية ومؤسساتها العمومية وجمعياتها، تطبق الأحكام الآتية:

- لا يجوز للمشتري رفض إستلام الطلبات والعروض المرسله إلكترونيا.
 - بالنسبة للصفقات العمومية المتعلقة بتوريد معدّات تكنولوجيا المعلومات والصفقات المتعلقة بخدمات تكنولوجيا المعلومات التي تلبّي حاجة تبلغ قيمتها التقديرية أو تزيد عن 90000 يورو خارج الرسوم، يتم إرسال الطلبات والتعهدات إلكترونيا². فرغم إعتقاد إجراءات إبرام الصفقات العمومية إلكترونياً في فرنسا بصورة إجبارية منذ تاريخ 01 أكتوبر 2018³. غير أنّ المشتري غير ملزم بطلب إستخدام وسائل الإتصال الإلكترونية في الحالات المحدّدة في الفقرة 2 من المادة 41 من نفس القانون.
- ولبيان كيفية إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية، وجب علينا التطرق للمرحلة ما قبل التعاقدية من خلال التطرق للإعلان الإلكتروني لعقد الصفقة العمومية (المطلب الأول)، ثم نتعرض بالتفصيل، للتعاقد الإلكتروني في الصفقات العمومية الإلكترونية من خلال طلب العروض كأصل (المطلب الثاني)، لنصل إلى دراسة التعاقد الإلكتروني للصفقة العمومية من خلال أسلوب التراضي كإستثناء (المطلب الثالث).

=communication électronique est un équipement électronique de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données diffusées, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ».

¹ Selon l'aliéna 1er du I. de l'article 40 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, jusqu'au 1er octobre 2018 «dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations, effectués en application du présent décret peuvent être effectués par voie électronique ».

la dématérialisation complète des procédures s'imposera à tous, acheteurs comme opérateurs économiques, et ce, quelle que soit la procédure de passation utilisée.

² Art 40-II - : «Pour les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, les dispositions suivantes s'appliquent : 1o L'acheteur ne peut refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique ; 2o Pour les marchés publics de fournitures de matériels informatiques et les marchés publics de services informatiques répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 90 000 euros HT, les candidatures et les offres sont transmises par voie électronique ».

³ Art. 41 - I : «Toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par des moyens de communication électronique lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1er avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1er octobre 2018 pour les autres acheteurs ».

المطلب الأول: المرحلة ما قبل التعاقدية لإبرام عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

(الإعلان الإلكتروني وسرية المعاملات بين الحتمية والإضافية)

بعد تحديد الحاجات العمومية، وإنجاز الدراسات من دراسة الجدوى الإقتصادية، ودراسة القابلية للإنجاز ودراسة الملائمة وكذا دراسة المحيط والأثر على البيئة، يأتي بعدها ضرورة تسجيل المشاريع والتأكد من وجود الإعتماد المالي، حيث يلزم قبل التعاقد وجود الإعتماد المالي المخصص الذي يغطي تعاقدات الإدارة لمواجهة الأعباء التي تتحملها الإدارة نتيجة لذلك وحتى لا تتعثر المشروعات نتيجة عدم وجود مبالغ مالية بالموازنة تدفع للتعاقد، ومن ثم يجب على الإدارة ألا تتجاوز ما هو مقدر لذلك في قانون الميزانية¹. إلى أن نصل إلى مرحلة إعداد دفاتر الشروط. وبمجرد الإنتهاء من المرحلة التحضيرية، تأتي أهم خطوة في المرحلة ما قبل التعاقدية تتمثل في الإعلان الإلكتروني وسرية المعاملات، حيث تعتبر الصفقات العمومية أحد أهم وسائل الدولة لتحقيق أهدافها، فمن غير الممكن أن تبقى بمعزل عن التطورات السريعة والمتلاحقة في مجال الإتصال وتكنولوجيا المعلومات، لذا بات من الضروري نزع الصفة المادية على عملية إبرام الصفقات العمومية لما توفره من سرعة وتقليل التكاليف وتوسيع دائرة المنافسة، وتبعاً لذلك إتسعت وسائل الإعلان، لتضاف إلى جانب الوسائل المكتوبة التقليدية ووسائل أخرى إلكترونية أقل تكلفة عبر شبكة الإنترنت، حيث كان لإستخدام هذه الأخيرة في إبرام الصفقات العمومية أثراً إيجابياً في زيادة الشفافية وعدد المتنافسين من الراغبين في التعاقد مع الإدارة خاصة وأنّ العقد الإلكتروني يتسم في أغلب الأحوال بالطابع الدولي. وبذلك يوسع الإعلان عن الصفقة من نطاق المنافسة بحيث لا تحتكر على فئة محدودة من الموردين.

تأكيداً لحرية المنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة وما يتعلق بالإعلان بالوسائل الحديثة والإلكترونية، فقد إستُخدمت وسائل جديدة لإعلام الجمهور بالإعلان وذلك عن طريق الإنترنت حيث يوجه الإعلان إلى عدد كبير من الناس ومن الدول في مختلف الأماكن ممن يستطيعون الإطلاع على الإعلان

¹ محمد بن سعيد بن حمد العمري: الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2011، ص 177.

عن طريق الإنترنت مما يوفر فرصة لعدد هائل من الناس لإبداء رغبتهم في التعاقد الإداري¹. ضف إلى ذلك الطابع البطيء للنشر الورقي في الجرائد اليومية لأنه يأخذ مجالاً زمنياً. لذلك كان لزاماً إعطاء أهمية للنشر الإلكتروني لما يتسم به من سرعة وفعالية. لأنّ شبكة المعلومات الدولية تعتبر من أنجع وسائل الإعلان عن رغبة الإدارة في التعاقد، ذلك أنّ هذه الشبكة متاحة لإطلاع كافة الأشخاص في الداخل والخارج، ومن السهولة بما كان الإطلاع على ما ينشر عليها في مختلف أرجاء الأرض، وتقوم الإدارة بالإعلان عن العطاءات (Wibsite) على موقعها على هذه الشبكة، حيث يقوم المعنيون عادة باستعراضها بشكل دائم ومستمر².

لكن التساؤل المطروح هنا يتمثل في مدى تنظيم المرسوم الرئاسي رقم 15-247، الإعلان عن الصفقة العمومية الإلكترونية بطريقة تضمن إستقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين في إطار إحترام المبادئ الأساسية لنجاعة الطلب العمومي؟

لم يعد الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الطريقة الوحيدة المستعملة في إعلام المتنافسين عن وجود الصفقات العمومية، حيث شهدت وسائل الإعلان تطوراً كبيراً وأصبحت الوسائل الإلكترونية الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت، تلعب دوراً لا يستهان به بعد أن أثبتت فوائد عملية، فالإعلان عن الصفقة أصبح يتخطى الحدود الإقليمية للدول بمجرد عرضه على شبكة الإنترنت³. لذلك يقتضي الموضوع تبيان معنى الإعلان الإلكتروني عن الصفقة العمومية الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نوضح الأساس القانوني له (الفرع الثاني) وكذا البيانات الواجب إدراجها في الإعلان (الفرع الثالث) ومن ثم ندرس الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني عن الصفقة العمومية الإلكترونية (الفرع الرابع).

¹ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 84، أيضاً، محمد بكر حسين: الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 292. أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 178.

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 282.

³ هيبية سردوك: المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 136.

الفرع الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني في عقد الصفقة العمومية

يرمي الإعلان المسبق عن الصفقة إلى إعلام كل من يعنيه الأمر بموضوع الصفقة وشروطها وتاريخ إجرائها ومكانها على أن يكون ذلك ضمن مهلة زمنية كافية تمكنهم من الإطلاع على دفتر الشروط الخاص بالصفقة، وما تضمنه من تفاصيل تتعلق باللوازم أو الأشغال أو الخدمات، وتكون المهلة الزمنية كافية لإتاحة الفرصة أمامهم لتحضير ما يلزم من المستندات لقبول الإشتراك في الصفقة¹. ويمثل الإعلان الخاص بالصفقة إجراء شكلي جوهري تلزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال طلب العروض، وكذلك الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب المسابقة²، وتصحح عن رغبتها في التعاقد وفقاً للقواعد والشروط المقررة قانوناً. لأن الإعلان هو ميلاد العقد وبدأ عملية إبرامه والكشف عنه.

يكتسي الإعلان أهمية بالغة في مجال التعاقد، والنظام الإجرائي للإعلان يتأتى حسب وسيلة الإعلان، ويتمثل الإعلان الإلكتروني في قيام الجهة الإدارية المتعاقدة باستخدام وسائل الإتصال الحديثة كشبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) كوسيلة للإعلان عن الصفقة فهو أحد إجراءات إبرام عقد الصفقة العمومية، حيث يوفر للإدارة مزيداً من العلنية للعقود المراد إبرامها، ويوجه الدعوة بشأن هذه العقود إلى أكبر عدد من المتنافسين من خلال شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) التي غزت بقاع الأرض³. فالإعلان يعتبر آلية من آليات حرية الدخول للمنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية، بل إن فعالية المنافسة لن تتأتى ما لم يكن الإعلان متوفراً. والإعلان الصحيح يوفر إمكانية المنافسة بين عدد كبير من الأشخاص وبالتالي تحقيق المصلحة العامة التي تقصدها الإدارة وذلك بالتعاقد مع أفضل المتقدمين وبأحسن الشروط، من الناحية المالية والفنية، ولهذا يجب أن يكون الإعلان موافقاً للقانون⁴، فالإعلان المسبق عن الصفقة العمومية هو الشرط الضروري المطلوب بداية لتأمين مراعاة المبادئ الأخرى التي تقوم عليها الصفقات العمومية، فعنصر المنافسة بين الراغبين في الإشتراك في الصفقة لا يقوم أصلاً، إذا كانت المناقصة تتم

¹ عبد اللطيف قطيش: الصفقات العمومية تشريعاً وفقها وقضاء (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2013، ص 14.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 251. راجع المواد 61 و62 و65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

³ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 124 وما يليها.

⁴ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 84.

في الخفاء، وبدون علم جميع من تتوفر فيهم شروط الإشتراك فيها، فالإخلال بالإعلان يقضي بداية على مبدأ المنافسة، ويقضي من باب أولى، على مبدأ المساواة¹.

يعتبر الإعلان ضرورياً حتى يكون هناك مجالاً حقيقياً للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلى ذلك من ناحية أخرى يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا²، فعن طريق شبكة الإنترنت يمكن أن يتم الإعلان عن تعاقداتها، وبيان شروطها التفصيلية، والذي يستحق ضمان وصول الإعلان لكافة الشركات المتنافسة، وضمان إستمرارية الإعلان من خلال قدرة الشركات على الدخول لموقع المشتريات الحكومية والإطلاع على صورة الإعلان كاملة في أي وقت وفي أي مكان³.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للإعلان الإلكتروني عن الصفقة العمومية

لا شك أنّ الإعلان على شبكة المعلومات عن الصفقات العمومية يوفر مزيداً من العلانية⁴، ويوجه الدعوة بشأنها لتقديم العطاءات الإلكترونية أو العروض الإلكترونية لعدد لا يكاد يقع تحت حصر، وليس فقط في الدولة المعلنة، وإنما في مختلف دول العالم⁵.

إتبع بعض الدول المتقدمة أساليب حديثة في إبرام الصفقات العمومية في ظل التطور التكنولوجي، والتي منها الإعلان عن طريق الحاسوب أو بطريق شبكة الإنترنت، حيث لا يوجد تعارض بين نصوص القانون وبين إتباع الوسائل الحديثة لغرض التعاقد الإداري، حيث أصدرت فرنسا مجموعة من المراسيم

¹ عبد اللطيف قطيش: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 14.

² سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 264. هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 81.

³ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 81.

⁴ نوضح في هذه النقطة الفرق بين الإعلان ومبدأ العلنية، يقصد بالعلانية أن يعلم الكافة برغبة الإدارة العامة في التعاقد، حيث لا يجوز اللجوء إلى السرية عند إبرام العقود الإدارية، وذلك حتى لا تبرم في أجواء يعتريها حولها الشك، فالعلانية دليل على النزاهة والشفافية من قبل الإدارة العامة. وتتحقق العلانية من خلال الإعلان عن رغبة الإدارة بالتعاقد بمختلف الوسائل المعروفة والمألوفة، سواء الصحف المحلية أو الإذاعة أو التلفاز، أو وسائل الإعلام الأخرى المحلية والدولية. وتعتبر شبكة المعلومات الدولية من أنجع وسائل الإعلان...، راجع؛ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 282.

⁵ مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية (مصر) 2018، ص 114 و 115.

والقرارات تتيح إمكانية قيام المؤسسات الحكومية بإتخاذ إجراءات الإعلان باستخدام شبكة الإنترنت، ومنها المرسوم رقم 99-68، بتاريخ 3 فيفري 1999، حول آلية وضع نماذج المعاملات الإدارية مباشرة وكذلك إجراءات التعاقد الإداري عبر شبكة المعلومات الدولية، وذلك من خلال موقع خاص أنشأته الحكومة على شبكة الإنترنت ومن ثم أصبحت الإعلانات الخاصة بالمناقصة والتقدم إليها أمر جائز في فرنسا باستخدام شبكة الإنترنت¹. وكذا المرسوم رقم 2002-692، والذي ينص في المادة الثانية منه على أنه: "يتم الإعلان عن تعاقدات الجهات الإدارية على الموقع الإلكتروني للنشرة الرسمية لإعلانات العقود الإدارية، وعلى الموقع الإلكتروني لجهة الإدارة المسؤولة عن التعاقد"².

تنص المادة 54 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 2004-18، على ضرورة الإعلان الإلكتروني بالنسبة لإجراءات المزيدة الإلكترونية والتي تضمن إلزام الشخص المعنوي بالإعلان عن الصفقة في شبكة الإنترنت مع بيان شروط المزيدة وبيان ثمنها الإبتدائي، ونوع المزيدة ودفتر الشروط الخاص بها. أجاز المنظم المصري الإعلان بأي وسيلة، ما يعني عدم النص على إلزامية النشر الإلكتروني في القانون رقم 89 لسنة 1998³، لكن تماشياً مع المستجدات الحاصلة الناتجة عن الثورة الرقمية، صدرت

¹ Décret n 99- 68 du 2 février 1999, relative à la mise en ligne des formulaires administratifs. Cite par :

أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 183. أيضاً، هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونيًا، مرجع سابق، ص 140 و 141.

² Décret n 2002-692 du 30 Avril 2002 pris en application du 1er et du 2 de l'article 56 du code des marchés publics et relatif a la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics.

³ بعد أن نص القانون المصري رقم 89 لسنة 1998، على أن يكون الإعلان عن المناقصة والممارسة العامة في الصحف اليومية مع إمكانية أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار، والذي يمكن أن يفهم منه أنه يجيز الإعلان عبر شبكة الإنترنت، حيث جاء فيها: "تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكلتاها إما داخلية أو خارجية تعلن عنها في مصر أو في الخارج، ويكون الإعلان في الصحف اليومية، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار".

نلمس من خلال المادة أن المشرع المصري لم ينص صراحة على تبني الإعلان الإلكتروني، إنما أشار إلى إمكانية النشر بأي وسيلة من وسائل الإعلام. لذلك وتداركاً منه لضرورة النص الصريح على الإعلان عبر شبكات الإنترنت، تم تعديل المادة 12 من اللائحة التنفيذية للقانون والصادرة من وزير المالية تحت رقم 1367 لسنة 1998، والمنشورة تحت رقم 201 بتاريخ 6-9-1998، بالنص صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 12 عن الإعلان عن طريق الوسائل الإلكترونية، وذلك بموجب قرار من وزير المالية رقم 497 لسنة 2006، حيث جاء فيها: "يتم الإعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب على مرتين في صحيفة يومية واسعة الانتشار... ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار بما فيها الوسائل الإلكترونية وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد".

قرارات وزارية تلزم بالنشر الإلكتروني في الصفقات العمومية، لذلك ومسايرة منه للقوانين المستجدة أوجب المنظم المصري النشر الإلكتروني في المادة 1/20 من القانون رقم 182 لسنة 2018¹ المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الإدارة الإعلان عبر البوابة، وذلك بنصها على أنه: "يجب النشر عن العمليات التي يتم طرحها بجميع طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة 7 من هذا القانون على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب إعتبرات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقا لما تقدره السلطة المختصة. على أن يتضمن النشر طريق التعاقد وشروطه والأساليب المبررة لإتباع هذا الطريق وأسلوب التقييم الفني والمالي وغيرها من البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

نلاحظ من خلال النص أعلاه أنّ المنظم المصري في تعديل 2018، ساير القرارات الوزارية التي تنص على إلزامية النشر الإلكتروني. حيث أصدر قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم 33 لسنة 2010، بشأن النشر الإلكتروني عن المناقصات والمزايدات الحكومية في الجهات المختلفة²، ونص صراحة بموجب مادته الأولى على وجوب النشر الإلكتروني عن المناقصات والمزايدات الحكومية في الجهات المختلفة، وذلك على موقع المشتريات الحكومية إعتبراً من 1-1-2010، والذي تضمن في مادته الأولى على أن تقوم وحدات الجهاز الإداري للدولة بنشر صورة كاملة ومطابقة من كراسات الشروط والمواصفات الخاصة بالمناقصات والممارسات العامة والمحدودة والمحلية التي تطرحها بعد إعتماها من السلطة المختصة وما يطرأ عليها من تعديلات بناءً على جلسات الإستفسار على موقع بوابة المشتريات الحكومية وعنوانه www.etenders.gov.eg وذلك كـله بهدف تحقيق أقصى درجة من الشفافية وتكافؤ الفرص في مجال المشتريات الحكومية. وقد تمّ تطوير النظام البرمجي للموقع الإلكتروني لبوابة المشتريات الحكومية ليسمح بنشر نتائج البت الفني والبت المالي والترسية من خلاله وبما يعزز مبدأ الشفافية³. وتلاه مجلس الوزراء رقم 463 لسنة 2012، بشأن النشر الإلكتروني عن نتائج البت الفني والبت المالي والترسية للمناقصات والممارسات والمزايدات بجميع أنواعها بالجهات الحكومية⁴.

¹ قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، مرجع سابق.

² قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم 33 لسنة 2010، المؤرخ بتاريخ 4 نوفمبر 2009، بشأن النشر الإلكتروني عن المناقصات والمزايدات الحكومية في الجهات المختلفة، الصادر برئاسة مجلس الوزراء بتاريخ 4 يناير 2010.

³ (كتاب دوري) رقم 5 لسنة 2012 بشأن النشر الإلكتروني عن نتائج البت الفني والبت المالي والترسية للمناقصات والممارسات والمزايدات بجميع أنواعها بالجهات الحكومية، صادر برئاسة مجلس الوزراء بتاريخ 28 ماي 2012 (مصر).

⁴ قرار مجلس الوزراء رقم 463 لسنة 2012، بشأن النشر الإلكتروني عن نتائج البت الفني والبت المالي والترسية للمناقصات والممارسات والمزايدات بجميع أنواعها بالجهات الحكومية، صادر برئاسة مجلس الوزراء في 28 أبريل 2012 (مصر).

نص المنظم التونسي بموجب القانون رقم 1039، في الفصل 51 / 3 منه على أنه: "يتم إشهار الدعوة إلى المنافسة وجوباً في الصحف وعن طريق موقع الواب الخاص بالصفقات العمومية وعند الإقتضاء عن طريق كل الوسائل المادية أو اللامادية الممكنة وذلك قبل إنقضاء آجال معقولة لقبول العروض يتم تحديدها من قبل المشتري بما يدعم درجة المشاركة في تلبية الحاجيات ويتلائم مع أهمية الصفقة وطبيعة الإجراءات المبسطة". وأكد ذلك في الفصل 53 (نقحت هذه المادة بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، المؤرخ في 11 ماي 2018)¹، حيث نص على أنه: "ينشر إعلان الدعوة إلى المنافسة ثلاثون (30) يوماً على الأقل قبل التاريخ الأقصى المحدد لقبول العروض عن طريق منظومة الشراء العمومية على الخط وبواسطة الصحافة وعلى موقع الواب الخاص بالصفقات العمومية بالهيئة العليا للطلب العمومي. ويمكن التخفيض في هذا الأجل إلى خمسة عشر (15) يوماً في صورة التأكد المبرر. يمكن بالإضافة إلى ذلك نشر إعلان الدعوة إلى المنافسة على موقع الواب الخاص بالمشتري العمومي عند الإقتضاء.

ويتم الإعلان عن المنافسة على منظومة الشراء العمومي على الخط "تونيبس" طبقاً للفصل 77 وما بعده من هذا الأمر الحكومي...".

تنص المادة 2 من القرار الوزاري الذي يحدّد محتوى البوابة الإلكترونية² على أنه: "تهدف البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، التي تدعى فيما يأتي "البوابة"، إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وكذلك إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية".

بيّنت المادة أعلاه؛ دور البوابة الإلكترونية في نشر ومبادلة الوثائق المتعلقة بالصفقة العمومية، كما كرست المواد 03 و 15 و 16 من نفس القرار، عملية نشر الإستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، وذلك سعياً لتحقيق الشفافية، وتكافؤ الفرص وتخفيض التكاليف والحدّ من مشكلة البعد الجغرافي، وتقديراً لمحدودية النشر في الجرائد الذي لم يحقق النجاح المطلوب في مجال توسيع المنافسة والقضاء على المحسوبية³.

¹ أمر رقم 1039 لسنة 2014، المعدل بموجب الأمر الحكومي التونسي عدد 416 لسنة 2018، مرجع سابق.

² القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدّد لمحتوى البوابة الإلكترونية، مرجع سابق.

³ راجع، رقرافي محمد زكريا: نزع الصفة المادية عن إجراءات إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد 01، ماي 2020، ص 38. مراجعة المواد 3 و 15 و 16 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدّد لمحتوى البوابة الإلكترونية...، مرجع سابق.

تنص المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "يحرر إعلان طلب العروض باللّغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل. كما ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م. ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض عندما يكون ذلك ممكناً. مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكلّ العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية...".

يتضح قصور المادة أعلاه من خلال عدم مسايرة المنظم الجزائري للتنظيمات المقارنة من جهة وعدم مسايرة المادة لباقي النصوص من نفس المرسوم، وهذا يعدّ عيباً في التحكم في النصوص لأنّ المنظم الجزائري وإن كان قد تدارك ضرورة التعاقد الإلكتروني من خلال النص على قسم خاص بالمعاملات الإلكترونية، إلاّ أنّه لم يسقط هذا التعامل على جميع النصوص. حيث نلمس من المادة النص على الإعلان الورقي دون الإلكتروني، وهذا القصور يجب تداركه لأن الإعلان هو ميلاد الصفقة العمومية.

نلمس من خلال استقرائنا للمواد المتعلقة بالإعلان الإلكتروني أنّه لا يعدو أن يكون وسيلة إضافية ومكمّلة لوسائل النشر الإلكتروني الأخرى ذات الصفة المادية، والتي تمّ الإحتفاظ بوظيفتها الإجرائية كاملة، بدليل أنّ النشر الإلكتروني لا يعني صاحب المشروع من نشر العروض في جريدتين على الأقل¹، ما يعني أنّ التنظيمات خصت النشر العادي بأسبقية على النشر الإلكتروني، ويرجع ذلك لإحتساب الآجال الفاصلة بين تاريخ نشر إعلان طلب العروض وبين التاريخ المحدّد لإستلام العروض، خاصة إذا تعلق الأمر بوجود نشر وثيقة مقيدة بأجل، وبعبارة أدقّ فإنّ إحداث البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية يسدي خدمة مرفقية تكميلية لفائدة الفاعلين الإقتصاديين من خلال توسيع مجال إعلامهم فيما يعنيه من شؤون الصفقات، ولا يتجاوز ذلك إلى درجة الإعتماد بشكل كامل على النشر الإلكتروني وربما يكون ذلك مبرراً لعدم تبني غالبية الدول للإدارة الإلكترونية، كما أنّ الفاعلين الإقتصاديين ما يزالون يتعاملون بالوسائل التقليدية، ويجدون ضمانات لا توفرها الوسائل التكنولوجية...، فالنشر الإلكتروني يعدّ وسيلة تكميلية للنشر، وأنّ الأساس هو الإعلانات القانونية بالجرائد¹. حيث يتم نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 101. راجع المادة 20 من المرسوم رقم 2.12.349 لسنة 2013، المتعلق بالصفقات العمومية المغربي، مرجع سابق، والمادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

المتعامل العمومي "BOMOP"، ويتم الأمر عملياً عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار "ANEP" المكلفة بعملية النشر الوطنية، وذلك بصفة وجوبية.

يتم الإعلان بالطريقة الإلكترونية على مستوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، ويكون ذلك في الوقت المتزامن مع إرسال الإعلانات للنشر في الجرائد والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو إرسال رسائل الإستشارة للمتعاملين الإقتصاديين المعنيين. هذا ما توضحه المادة 15 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية²، حيث جاء فيها: "يتم نشر الإعلان عن الإعلانات في المناقصات والدعوات إلى الإنتقاء الأولي أو رسائل الإستشارة على البوابة في نفس الوقت مع إرسال الإعلانات في الجرائد وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو إرسال رسائل الإستشارة للمتعاملين الإقتصاديين المعنيين". وعند وضع المصلحة المتعاقدة وثائق الإعلان عن المنافسة في متناول المتعهدين أو المتنافسين بالطريقة الإلكترونية، يجب عليها أن تحدّد عنوان تحميل الوثائق في الإعلان الصحفي، حيث تنص المادة 11 من القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية على أنه: "عندما تضع المصالح المتعاقدة وثائق الإعلان عن المنافسة في متناول المتعهدين أو المترشحين بالطريقة الإلكترونية، يجب عليها أن تحدّد عنوان تحميل الوثائق في الإعلان الصحفي". والملاحظة التي يمكن إبدائها هنا، أنه وبالنظر لطول المدة التي قد يستغرقها النشر في الصحف والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، فإنّ احتمال نشر الإعلان في البوابة الإلكترونية قبل النشر في هذه الوسائل وارد.

تبنى المنظم المغربي مسألة الإشهار الإلكتروني في نص المادة 1/20-ك- المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 20 مارس 2013 والمتعلق بالصفقات العمومية³، بنصها: "أولاً: كلّ طلب عروض مفتوح يجب أن يكون موضوع إعلان يبيّن: ...

- عند الإقتضاء العنوان الإلكتروني للموقع المستعمل لنشر إعلان طلب العروض. وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة: "... 2- ينشر إعلان طلب العروض المفتوح في بوابة الصفقات العمومية وفي جريدتين توزعان على الصعيد الوطني على الأقل يختارها صاحب المشروع، تكون إحداها باللغة العربية والأخرى بلغة أجنبية، ينشر الإعلان عن طلب العروض المفتوح بلغة نشر كلّ من الجريدتين". كما عالج النشر الإلكتروني صراحة بموجب المادة 147 من نفس المرسوم حيث جاء فيها:

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 101 و102.

² قرار وزاري مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية...، مرجع سابق.

³ المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 20 مارس 2013 والمتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب، مرجع سابق.

"ينشر في بوابة الصفقات العمومية ما يلي:

- إعلانات الإشهار المتعلقة بمايلي:

- طلبات العروض المفتوحة

- طلبات العروض بالإنقاء المسبق

- المباريات

- المساطر التفاوضية

- الإستشارات المعمارية

- إعلانات المناقصات الإلكترونية المعكوسة

تبقى شروط نشر هذه الوثائق في بوابة إلكترونية، رهينة قرار الوزير المكلف بالمالية بعد إستشارة

لجنة الصفقات".

تنظيم عملية الإتصال وتبادل المعلومات إلكترونيا بموجب نصوص خاصة، لا يعني تجسيد ذلك على أرض الواقع، لأنّ عملية إبرام الصفقات العمومية لازالت تتم بواسطة الطرق التقليدية فقط، كما أنّه لا يوجد ما يشير إلى الطابع الإلزامي للنشر الإلكتروني وهذا مايجعله جوازياً، وندعو هنا المنظم الجزائري إلى الإستفادة من تجارب الدول الأخرى (فرنسا، المغرب وتونس) والتي خطت خطوات معتبرة في هذا المجال. حيث يثبت الواقع العملي عدم مواكبة الإدارة في الجزائر للتطور التكنولوجي رغم إمتلاكها لوسائل معلوماتية ووسائل إتصال، وخبرات بشرية، لكنها غير مستغلة فيما يخص الصفقات العمومية رغم التنصيص عليها في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في المادتين 173 و174، وتأكيد ذلك في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، في نصوص المواد من 203 إلى 206¹.

كنا قد تطرقنا سالفاً لنص المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي أقرت أنّ وثائق الدعوة إلى المنافسة للصفقات العمومية تتم بالطريقة الإلكترونية، وأنّ المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية يردون على الدعوة إلى المنافسة بذات الطريقة. وأكدت هذه المادة في فقرتها الأخيرة أنّ: "كلّ عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية".

إذا كان نشر طلب العروض في الموقع الإلكتروني للإدارة المعنية أمر نشي عليه نظراً لمحاسنه الكثيرة، وحتى نساير التطور التكنولوجي ووسائل الإتصال الحديثة، إلّا أننا نشير إشكالية عدم تعرض البوابة

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 252.

الإلكترونية لمسألة الرد الإلكتروني من جانب المتعهد وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الإلكترونية، خاصة أمام ما نشهده من تطور رهيب في هذا المجال. ويبدو أنه كلما تطورت الاختراعات في مجال المعلوماتية وأنظمة الحماية كلما ظهرت أساليب للقرصنة من الصعب النجاة منها وتفاديها. فالأسلوب العادي للمنافسة في شكل طلب العروض يفرض وجود ظرف لكلّ عارض يكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ويشار فيه لمراجع طلب العروض، ولا يفتح إلا في جلسة علنية وبحضور المتعهدين أنفسهم أو ممثلين عنهم، فكيف نكفل ضمانات سرية العرض إذا كان رد المتعهد بالطريق الإلكتروني؟

تفرض الإجابة على هذا الإشكال وجود نظام معلوماتي غير قابل للإختراق والقرصنة من شأنه ضمان سرية العروض وسرية الردود وحماية المتعهدين¹. وبالرجوع لنص المادة 2/8 نجدها تنص على ضرورة ضمان الحماية اللازمة للمعلومات عبر البوابة بنصها: "... تزويد البوابة بنظام ملائم لضمان أمن البيانات وحمايتها".

الفرع الثالث: البيانات الواجب إدراجها في الإعلان

تنص المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،
- كيفية طلب العروض،
- شروط التأهيل أو الإنتقاء الأولي،
- موضوع العملية،
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض،
- مدة صلاحية العروض،

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 255. وللتفصيل في الموضوع حول سرية المعلومات الإلكترونية للصفقات العمومية، راجع، الفصل الثاني من هذا الباب، ص 191 وما يليها.

- إلزامية كفالة التعهد، إذا إقتضى الأمر،
 - تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض،
 - ثمن الوثائق عند الإقتضاء".
- نظراً لتكريس المنظم الجزائري لنص خاص بتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، فقد كان حريّ به إضافة فقرة أخيرة تخص؛
- "العنوان الإلكتروني". وبذلك يكون قد كفل للمتنافسين فرصة المشاركة من خلال إطلاعهم على شكل طلب العروض، موضوع الخدمة ومحل الصفقة ومجالها وكذا الوثائق المطلوبة. وهذا إن دلّ على شيء إنّما يدل على إعمال وتجسيد مبدأ المساواة بين المتنافسين وكذا علانية الإجراءات. وهو ما أخذ به المنظم المغربي كما ذكرنا سابقاً، حيث نص في المادة 20-1-ك- على أنّه: "كل طلب عروض مفتوح يجب أن يكون موضوع إعلان يبين:
 - عند الإقتضاء العنوان الإلكتروني للموقع المستعمل لنشر إعلان طلب العروض"¹.
- نلاحظ أنّ عدم تجسيد البوابة الإلكترونية من الناحية العملية على أرض الواقع، في حدّ ذاته يعتبر تشجيعاً على النشر الورقي مقارنة بالنشر الإلكتروني، ما يعني أنّ الإعلان وإن كان ضرورةً حتميةً وإلزامي في عقد الصفقة العمومية، إلا أنّ القول برقمته حتى يكون إعلاناً إلكترونياً يعتبر أمراً تكميلياً إضافياً، وكي يصبح هو الآخر ضرورة حتمية وإجراء إلزامي، لا بد أولاً من تجسيد البوابة الإلكترونية والعمل بها، مثلما أخذت به وزارة البريد والمواصلات.

¹ المرسوم رقم 2.12.349 لسنة 2013، المتعلق بالصفقات العمومية المغربي، مرجع سابق.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني عن الصفقة العمومية

يثار تساؤل حول طبيعة الإعلان الإلكتروني هل هو دعوة للتعاقد أم إيجاب بات؟

يعني الإعلان توجيه الدعوة إلى الكافة للتقدم بعروضهم طبقاً للشروط الواردة في دفتر الشروط المعلن عنه، فالإعلان في الصحف والإذاعات المرئية والمسموعة هو دعوة للتعاقد فقط، وليس الإيجاب الذي يترتب عنه إنعقاد العقد. فالإيجاب هو قيام الشخص إعتباري كان أو طبيعي بالتقدم بعبءه للإدارة الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة حتى ينعقد العقد، فعندما ترغب الإدارة في إنشاء مشروع معين تقوم بالإعلان عن رغبتها بالتعاقد كشرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاون معها، وتتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها. إذ يتوجب على الإدارة أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة وجداول الكميات التي تبيّن للأفراد البنود والإجراءات الواجب إتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة الإخلال بأحكامه أو التأخير في تنفيذه إضافة إلى الصفقة وشروط العقد العامة¹.

تنص المادة 64 ق م ج²، على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإنّ الموجب يتحلّل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر عن طريق الهاتف أو أيّ طريق مماثل.

غير أنّ العقد يتم ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أنّ الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".

يستفاد من نص المادة أعلاه أنّ الموجب عبر شبكة الإنترنت أصدر إيجابه دون تخصيصه أو توجيهه إلى شخص معين، بل صدر موجهاً إلى الجمهور مع انتظار قبول أحدهم، بمعنى أنّ الطرف الآخر غير ملزم بالقبول الفوري بل بعد الإطلاع على الإعلان.

لذلك نقول أنّه لكي يعتبر العرض الموجه إلى الجمهور إيجاباً، يجب الأخذ بالشروط الآتي ذكرها:

¹ مفتاح خليفة عبد المجيد: العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 145.

² أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05،

المؤرخ في 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31، الصادرة في 27 مايو 2007.

- أن يكون الإيجاب محدداً للسلعة تحديداً نافياً للجهاالة وأن يحدّد الثمن والعناصر الأساسية للتعاقد، فالإيجاب يعبر عن إرادة باتة ونهائية في التعاقد، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد في الحال إذا ما صادفه قبول مطابق.
- أن يكون الإيجاب خالياً من كل لبس أو إبهام أو غموض.

حسب رأينا فإن الإعلان الإلكتروني الموجه إلى الجمهور عبر الوسائط الإلكترونية ما هو إلا دعوة للتعاقد في مرحلة تفاوضية تسبق إبرام العقد. لأنّ المهني قد يتلقى قبولاً أكبر من عدد السلع والخدمات المقدمة، وقد لا يتلقى القبول من أحد. كما أنّه لا يمكنه تحديد ثمن السلعة والخدمة، بالإضافة إلى تعذر الإتفاق على الشروط الجوهرية للعقد أثناء مرحلة الإعلان.

المطلب الثاني: التعاقد الإلكتروني للصفقة العمومية من خلال طلب العروض

كأصل

تتشكل الحرية التعاقدية من مقولة أنّ تكوين العقد يجب أن يترك بشكل كامل لإرادة أطرافه، وهذه الحرية يجب أن تكون حاضرة في كلّ لحظة وفي كلّ مرحلة من هذا التكوين، وذلك يتجلى خصوصاً من حيث حرية التعاقد أو عدم التعاقد، وحرية إختيار المتعاقد، وحرية تحديد محتوى العقد، وكذلك من حيث التفاوض مع المتعاقد المحتمل¹. ولا تملك الإدارة حرية واسعة عند التعاقد مثلما هو الحال في إبرام الأفراد لعقودهم، إذ فرض المنظم عدّة قيود وإجراءات تلتزم الإدارة بإتباعها حفاظاً على المصلحة العامة والمال العام².

مسايرة مع المبادئ العامة لإبرام الصفقات العمومية فقد جعل المنظم الجزائري على غرار القوانين الأخرى، من مبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين وكذا شفافية الإجراءات صيغاً أصلية، ويتجلى ذلك في أسلوب طلب العروض. أمّا الإستثناء والذي جاء في صيغة تفاوضية ينحصر في أسلوب التراضي، حيث تنص المادة 39 من المرسوم رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، على أنّه: "تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي". يقابلها في التنظيم التونسي نص الفصل 1/41 من القسم الأول المعنون ب "أحكام عامة"، في الباب الثاني بعنوان "في طرق إبرام الصفقات العمومية"، من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المنقح

¹ مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 33.

² مفتاح خليفة عبد المجيد: العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 140.

والمتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018¹، بنصه حيث نص على أنه: "تبرم الصفقات العمومية بعد الدعوة إلى المنافسة عن طريق طلبات العروض إلا أنه يمكن بصفة إستثنائية إبرام صفقات عمومية بالتفاوض المباشر". ونص المنظم المصري في المادة 1/7 من القانون رقم 182 لسنة 2018، المتضمن إصدار قانون التعاقدات التي تصدرها الجهات العامة²، على إعتقاد المناقصة العامة لإبرام الصفقة العمومية، حيث نصت على أنه: "يكون التعاقد على شراء أو إستئجار المنقولات أو العقارات على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة"، ويكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في جميع أشكال العروض³، وهو نفس ما نص عليه المنظم الفرنسي في المادة 25 من القانون رقم 2016-360⁴.

تفصيلاً منا لموضوع طلب العروض كان لزاماً علينا تعريفه (الفرع الأول)، ثم التطرق لبيان أشكاله (الفرع الثاني)، لنصل بعدها إلى دراسة الإجراءات الواجب إتباعها في طلب العروض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف طلب العروض

عرف بعض الفقه طلب العروض بأنه أسلوب من أساليب إبرام العقود الإدارية، فهو تقنية لتبادل الإيجاب والقبول في نطاق إبرام عقد إداري، يستند على المنافسة والعلانية، ويعطي للإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية، لأنَّ الإرساء فيها يتم بناء على عدد من المعايير لا يخضع للحصر، على خلاف أسلوب

¹ أمر عدد 1039 لسنة 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، منقح ومتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، مرجع سابق.

² قانون رقم 182 لسنة 2018، المتضمن قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بمصر، مرجع سابق

³ تنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- طلب العروض المحدود،
- المسابقة".

⁴ Art. 25 du Décret no 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Sous réserve des articles 28 et 29, lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés publics selon l'une des procédures formalisées suivantes :

- 1- L'appel d'offres ;
- 2- La procédure concurrentielle avec négociation ;
- 3- Le dialogue compétitif ».

المناقصة الذي يخضع إلى معيار السعر فقط¹. وقد تدارك المنظم الجزائري ذلك ليستبدل مصطلح طلب العروض الذي يقابله باللغة الفرنسية "Appel d'offre" بدلا من المناقصة². ونلاحظ أنّ المنظم المصري أبقى على مصطلح المناقصة العامة مخالفاً بذلك التنظيمات المقارنة.

عرف المنظم الجزائري طلب العروض بموجب المادة 40 من المرسوم رقم 15-247 على أنه: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إستنادا إلى معايير إختيار موضوعية، تعدّ قبل إطلاق الإجراء". يقابلها البند الثاني من الفصل 2 تحت الباب الأول بعنوان "أحكام عامه" من القانون التونسي رقم 1039 لسنة 2014، بنصه: "طلب العروض هو الطريقة الأساسية التي يتم بمقتضاها تنظيم المنافسة لإختيار عرض أو عدة عروض على أساس معايير يتم ضبطها مسبقاً...".

¹ مهندس مختار نوح: الايجاب والقبول في العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 718.

² مصطلح المناقصة من الناحية الشكلية، وبمجرد سماع اللفظ، يساق الفهم أنّ معيار المفاضلة بين العارضين يكون على أساس المعيار المالي وحده، أي يتم إختيار العارض الذي يقدم أقل الأثمان، فمصطلح المناقصة يرتبط ويلتصق بالمعيار المالي، رغم أنّ معيار المفاضلة بين العارضين لا يؤسس على الجانب المالي لوحده بل ولجوانب موضوعية وتقنية، وما كرسه نصوص عديدة تتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في المرحلة السابقة لسنة 2015، هذا بإستثناء مرحلة الأمر رقم 67-90 والذي أقام المناقصة على الإعتبار المالي دون سواه. وإنطلاقاً مما سبق ذكره، وحتى لا ينصرف الفهم والتصور أنّ المناقصة تقوم على الإعتبار المالي، وهو أساس ترجيح العروض جاء المرسوم الجديد لسنة 2015 بمصطلح "طلب العروض"، وهو مصطلح أدق وأبلغ. فكأتما الإدارة تطلب من خلال الإعلان المنشور بين العارضين أن يتقدموا بعروضهم، فهي تطلب عروضاً على هذا النحو، ومن هنا أحسن المشرع إستعمال وتوظيف وإختيار المصطلح الدال على العملية التعاقدية.

فصلت المادة 40 من المرسوم رقم 15-247، لسنة 2015 في معيار إنتقاء العروض وأرست مبدأ "العرض الأفضل" فجاء فيها: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إستنادا إلى معايير إختيار موضوعية، تعدّ قبل إطلاق الإجراء". وبهذه الأحكام التي حملها المرسوم الجديد يكون المشرع قد ضبط مصطلح طلب العروض تقاديا لأي إشكالية في فهم معناه الحقيقي لو أدرج بعنوان مناقصة، وحسناً فعل. ومن جهة أخرى ترك للجهة المعنية مجالاً لإختيار المتعاقد معها على أساس العرض المالي لوحده، بل وعلى أسس موضوعية أخرى، وهنا إعتترف لها بسلطة التقدير والإختيار والجمع بين أكثر من معيار بحثاً عن العرض الأفضل، وليس الأقل ثمنا بالضرورة كما كان الوضع في مرحلة سابقة. راجع؛ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 193 وما يليها.

رغم أنّ التعريف مهمة الفقه إلا أنّ المنظم الجزائري أبى إلا أن يعرف طلب العروض من خلال بيان أهدافه المتمثلة في؛ الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية.

يمثل طلب العروض الصيغة الأكثر تنافسية من جملة الصيغ المتاحة، إذ أنّها تتضمن أكبر قدر ممكن من الشفافية، لإعتمادها على طابع الشكلية في كلّ إجراءاتها¹.

يستفاد من خلال نص المادة 40 التي تعرف طلب العروض، أنّ إختيار المتعامل الإقتصادي (العارض)، يكون على أساس أحسن عرض. حيث أرست مبدأ العرض الأفضل، كما جعل المنظم للمصلحة المتعاقدة كامل الحرية في إختيار المتعامل معها، لا على أساس العرض لوحده، بل وعلى أسس موضوعية أخرى، ومن هنا اعترف لها بسلطة التقدير والإختيار، والجمع بين أكثر من معيار بحثاً عن العرض الأفضل، وليس الأقل ثمنا بالضرورة كما كان الوضع في مرحلة سابقة². أين كان يعتبر طلب العروض مجموعة من الإجراءات تهدف في مجملها إلى دعوة الجمهور لغرض المشاركة في العملية التي تطرحها المصلحة المتعاقدة بهدف الوصول إلى المتعهد الذي يتقدم بأرخص الأسعار للتعاقد³.

طلب العروض الإلكتروني هو ذلك الإجراء الذي يتقدم بموجبه المترشح لإبرام الصفقة العمومية بتعهده عن طريق وسيط إلكتروني في المدة الزمنية التي تحددها المصلحة المتعاقدة⁴.

ننوه إلى أنّ مصطلح "Appel d'offre" ترمج إلى مصطلح الدعوة إلى التعاقد، وهذه الترجمة محل نظر، لأنّ كلّ إجراء لإبرام العقود أياً كان (مناقصة- طلب عروض- ممارسة)، يقوم على العلانية، وهذه العلانية، كما هو مستقر عليه، ليست إلا دعوة إلى التعاقد، وبالتالي فإنّ هذه الإجراءات تنطوي على دعوة للتعاقد، ومن ثمّ فإنّ ترجمة "Appel d'offre" إلى مصطلح الدعوة إلى التعاقد إنّما ينطوي على نوع من

¹ النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 149.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 196. ننوه إلى أنّ إختيار أحسن عرض في القوانين التي سبقت المرسوم 15-247، لم تكن تأخذ بأحسن عرض على المستوى التقني إنّما أخذت بالأقل سعراً يعني المعيار المالي وليس التقني.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، مصر 2005، ص 102.

⁴ قيدار عبد القادر صالح: "إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (1)، العدد 37، سنة 2008، ص 168.

الخلط بين المصطلحات، وهذا الخلط بلغ ذروته حين إعتبر جانب من الفقه أنّ تقنية طلب العروض ليست إلاّ صورة جديدة للمناقصة، وأطلق عليها تسمية الممارسة عن طريق المناقصة العامة، علماً أنّ هذا المصطلح لم يتم تبنيه لا قانوناً ولا قضاءً ولا فقهاً في فرنسا منذ ظهور مصطلح "Appel d'offre" حتى يومنا هذا، كما أنّ تقنية الممارسة ظلت مستقلة تماماً عبر كلّ التشريعات التي تعاقبت وقننت الأحكام المتعلقة بتقنيات التعاقد¹.

الفرع الثاني: أشكال طلب العروض

نوهنا سلفاً أنّ الصفقات العمومية وثيقة الصلة بالخزينة العامة من جهة وبمخططات التنمية من جهة أخرى، لذلك وجب تحديد وإحكام الأشكال التي تبرم بها الصفقات العمومية. كما تلزم الإدارة بإتباع هذه الأشكال.

تنص المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنّه: "يمكن طلب العروض وطنياً و/ أو دولياً، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- طلب العروض المحدود،
- المسابقة".

يتضح من المادة أعلاه وجود عدّة أشكال لطلب العروض، فهو إمّا أن يكون مفتوحاً، أو يكون مفتوحاً مع اشتراط قدرات دنيا، وقد يكون طلب العروض محدوداً، كما قد يأخذ أحياناً صيغة المسابقة، لذلك سنتطرق لكلّ شكل على حدى؛

أضاف المنظم الجزائري على غرار المنظم المغربي والفرنسي طرقةً مستحدثة في أشكال طلب العروض، والتي تتمثل في المزاد الإلكتروني العكسي وكذا الفهارس الإلكترونية، حيث تنص المادة 206 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، على أنّه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث الإمتيازات الإقتصادية في حالة صفقة إقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية اللّجوء :

¹ مهندس مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 721.

- إجراء المزاد الإلكتروني العكسي، بالسماح للمتعهدين بمراجعة أسعارهم أو عناصر آخر من عروضهم القابلة للقياس الكمي.
 - للفهارس الإلكترونية للمتعهدين، في إطار نظام إقتناء دائم، تنفيذاً لعقد برنامج أو عقد طلبات. تحدد كيفية تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".
- سنتطرق إنطلاقاً من المواد أعلاه، لأشكال طلب العروض التقليدية ثم نبين الطرق المستحدثة؛

أولاً: الطرق التقليدية لطلب العروض

1- طلب العروض المفتوح

إعترف المنظم الجزائري للإدارة المتعاقدة بموجب المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247، بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة باعتبارها صاحبة المصلحة، وإليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية، فقد تفتح الإدارة المعنية مجال المنافسة واسعاً فيكون حينئذ طلب العروض مفتوحاً، ويتسع على ضوءه مجال المشاركة¹. حيث تنص المادة 43 على أنه: "طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً".

يعتبر طلب العروض المفتوح الصيغة الأكثر تنافسية من جملة الصيغ المتاحة في النص، فهو إجراء يوجه إلى كافة المتنافسين بدون حصر أو تخصيص أو إستثناء، بحيث يحق للجميع سحب دفاتر الشروط المحددة في الإعلان وبالتالي تقديم عروضهم للمشاركة في الإجراء، وعلى ذلك فإنه يضمن أوسع ما يمكن توفيره من مشاركة واحترام للمبادئ العامة المتعلقة بالشفافية وحرية المنافسة وسهولة المشاركة للوصول للطبقة العامة، فضلاً عن ذلك فإن طلب العروض المفتوح يوجه إلى أشخاص غير معروفين بذواتهم².

يتوقف الترشيح في طلب العروض المفتوح على الإستجابة للشروط والكيفيات التي تحددها الإدارة من خلال الإعلان المنشور طبقاً للتنظيم الجاري به العمل. وعبارة العرض المفتوح لا تعني أبداً أن مجال المنافسة والمشاركة يفسح لكلّ عارض، بل فقط العارض المؤهل. وهو من تنطبق عليه الأوصاف والشروط المحددة في الإعلان. هذا ويكفل أسلوب التعاقد في شكل طلب العروض المفتوح بدون شك لكلّ عارض

¹ عمار بوضياف: شرع تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 201.

² النوي خرشى: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 156 و157.

مؤهل لتقديم عرضه، وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين، فليس هناك شروطاً إنتقائية أو إقصائية أو نوعية. وبإمكان من توفرت فيهم الشروط العامة المعلن عنها المشاركة فيها وتقديم العرض¹.

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

أ- تعريف طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: عرف المنظم الجزائري طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، بموجب نص المادة 1/44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد. ولا يتم إنتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة".

يعتري نص المادة أعلاه نوع من اللبس، حيث نرى بدورنا أنّ طلب العروض إمّا أن يكون مفتوحاً، وإمّا أن يُشترط فيه قدرات دنيا. لإعتبارين؛ الأول هو نص المنظم الجزائري على أشكال العروض كلّ على حدى، فلو إعتبرنا أنّ طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا شكل من أشكال طلب العروض المفتوح لما نص عليه المنظم كشكل مستقل. كما أنّ طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا لا يعتبر في أصله طلب عروض مفتوح لأنّ الإختلاف بينهما وارد، كون المنافسة في الأول توجه فقط إلى فئة يجب أن تتوفر فيها شروطاً محدّدة مسبقاً، فلا يسمح بشأنه بتقديم تعهد إلاّ من قبل المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط الدنيا التي تحددها المصلحة المتعاقدة بالنظر إلى ما يقتضيه المشروع من خصوصيات أو ما تراه المصلحة المتعاقدة ضرورياً، دون أن يعني ذلك توجيه طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا إلى فئة معروفة بذواتها، وإتّما فقط بصفاتها، وبذلك لا يختلف طلب العروض المفتوح سوى في أنّ هذا الأخير موجه على العموم، وطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا وإن إتخذ طابع العلانية إلاّ أنّه موجه على الخصوص لفئة تتوفر فيها شروط تراها المصلحة المتعاقدة ملائمة أو ضرورية لحسن إنجاز المشروع دون أن يتعلق الأمر بأشخاص معيّنين أو معروفين مسبقاً².

نوهنا سلفاً أنّ الإدارة المعنية تفتح مجال المنافسة واسعاً فيكون حينئذ طلب العروض مفتوحاً، ويتسع على ضوءه مجال المشاركة. وقد تضبط جهة الإدارة المعنية الإعلان فلا يشارك في العرض إلاّ من توفرت فيهم شروطاً خاصة، ومؤهلات دنيا، فيكون طلب العروض حينئذ مغلقاً أو محدّداً ومشروطاً أو مقيداً

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 198.

² النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 158.

بشروط ومؤهلات وقدرات دنيا مشار إليها في الإعلان، فيضيق مجال المشاركة¹. وعليه يكون طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا ضيقاً مقيداً بشروط وليس مفتوحاً. لذلك نقترح تسميته طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا، فنعتبر مصطلح مفتوح زائد على النص يجب حذفه، فتصبح المادة على الشكل الآتي: "طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط الدنيا المؤهلة...".

ب- شروط طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: تنص المادة 2/44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع".

يستفاد من نص المادة أعلاه أنّ طلب العروض في هذا الشكل محدد بموجب شروط مؤهلة نوردها فيما يأتي:

- ب-1- القدرات التقنية: تتعلق بالوسائل التي بحوزة المرشح والتي ستخصص لتنفيذ موضوع الصفقة، فلا يمكن السماح لكل مرشح من تقديم عرضه إلا من إستجاب للشروط التقنية المحددة في الإعلان.
- ب-2- القدرات المالية: تفرض الإدارة أحيانا على المترشح وسائل مادية وبشرية يستوجبها المشروع. أو معدل رقم الأعمال لمدة ثلاث سنوات الأخيرة.
- ب-3- القدرات المهنية: قد تفرض الإدارة المعنية مثلا شهادات تأهيل من نوع معين أو شهادات أخرى. أو قد تفرض سجل تجاري في النشاط محل المنافسة. وقد تفرض شهادات حسن الإنجاز في المشاريع المماثلة للمشروع محل العرض أو محل المنافسة².
- ب-4- ضرورة تناسب القدرات مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع: إشتراط المشرع الجزائري في النص السابق، ضرورة تناسب القدرات المالية والتقنية والمهنية مع طبيعة المشروع، طبعاً والإختلاف حاصل لا محالة من صفقة لأخرى.

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 200.

² المرجع نفسه، ص 199 و200.

3- طلب العروض المحدود

تنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "طلب العروض المحدود هو إجراء لإستشارة إنتقائية، يكون المرشحون الذين تم إنتقائهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد. يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدّد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد إنتقاء أولي لخمسة منهم".

طلب العروض المحدود لا يعدّ شكلاً مستحدثاً، إنّما جاء تحت تسمية جديدة، حيث كان يسمى في القانون الملغى "الإستشارة الإنتقائية"، ويسمى في التشريعات المقارنة "طلب العروض على مرحلتين". وهو عبارة عن عملية تقييم لعروض تمّ تقديمها بناء على إعلان عن طلب العروض في مرحلته الأولى، لذلك يعتقد أنّ إعلان الترشح للإنتقاء الأولي يجب أن يبيّن على الخصوص طبيعة وكمية الخدمات وتحديد شروط التأهيل للمتنافسين، وكذا المعايير التي يتمّ تقييم المتنافسين على أساسها، ويدرج كلّ ذلك ضمن دفتر الشروط. ويفترض أنّ التقييم الأولي يتناول المؤهلات الخاصة بالمتنافسين، ويتمّ على أساس قدرات المتنافسين المادية والبشرية والمالية ومدى ملائمتها لتنفيذ الصفقة، وتجربتهم بصدد تنفيذ صفقات متشابهة. إنّ المنح المؤقت للصفقة أيّ كانت صيغة إبرامه يتمّ بعد تقييم العروض وإختيار المتعامل المتعاقد الذي سيؤكل له تنفيذ الصفقة، بعد إتمام الرقابة والمصادقة عليها وفق ما ينص عليه التنظيم، غير أنّه بصدد طلب العروض المحدود (الإستشارة الإنتقائية) بالنظر لخصوصيتها، نجد أنّها تمرّ إمّا على مرحلة أو على مرحلتين، وفي هذه الحالة نجد أنّ لكلّ مرحلة عملية تقييم خاصة بها¹.

4- المسابقة

تنص المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48، مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعدّه صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة".

إعتمد النص في تعريفه للمسابقة على ثلاثة أركان:

¹ النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 162.

أ- **من حيث الأطراف:** حصر المنظم الجزائري الأشخاص المعنيين في المسابقة في رجال الفن، وبالتالي فإنّ المسابقة بهذا المفهوم تستدعيها أسباب فنية أو جمالية، فهل يستبعد هذا التعريف المواضيع الأخرى التي ليست بالضرورة ذات طابع جمالي وفني، بقدر ما تقتضي تفعيل الفكر للبحث عن الحلول الأكثر ملائمة للمجتمع كتلك المتعلقة بالدراسات الإجتماعية أو الفكرية أو المالية التي تتطلب إختصاصاً أو مجموعة إختصاصات معيّنة لدى المتنافسين، أو تلك التي تهدف إلى إنتاج برمجيات وبرامج في مختلف الميادين مثل البرامج التعليمية أو التثقيفية أو التكوينية المتعددة الوسائط، لذلك فإنّ حصر المسابقة في رجال الفن رغم سعة ما يمكن أن يفهم في كلمة رجال الفن، هو حصرها في مجالات لا تغطي كافة المواضيع التي قد تحتاج لمنافسة وفق هذا الإجراء¹. ضف إلى ذلك أنّ المعنى الحرفي لرجال الفن يستثني الأشخاص المعنوية من المسابقة، لأنّ مصطلح رجال يخص الأشخاص الطبيعيين دون غيرهم في حين مصطلح أشخاص يخص كلّ من الأشخاص الطبيعية والمعنوية سواء.

ب- **من حيث المحل:** حسب نص المادة 47 السالف الذكر، فإنّ المسابقة لا يمكن أن تتم إلاّ بشأن مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعدّه صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة. أمّا في القانون الفرنسي فإنّ المسابقات تكون في مشاريع الأشغال العمومية الخاصة بتهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والمدنية، ويكون الهدف منها إنجاز هذه المشاريع من دراسة جدول الأعمال، إلى تحضير جميع المخططات الخاصة بكل خطوات المشروع وإلى تنفيذها².

ت- **من حيث الإجراءات:** يقتضي الإجراء الخاص بالمسابقة رأي لجنة التحكيم، وبرنامج يعدّه صاحب المشروع تتم على أساسه المنافسة، وعلى العموم يتم الإعلان عن المسابقة بنفس إجراءات طلب العروض، ويقع على الراغبين في المشاركة توجيه طلب للمشاركة، إذ أنّ المشاركة في المسابقة لا تعتبر مقبولة إلاّ إذا تمّ قبول طلبهم مسبقاً، كما يخضع الإجراء إلى تحديد الحاجات وتبيان كيفية تقييم المقترحات ومنهجية إنتقاءه، ويتكفل بتحديد هذه الجوانب برنامج المسابقة الذي يعرض مسبقاً، على لجنة الصفقات المختصة³.

¹ النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 169.

² رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 110.

³ النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 170.

ثانيا: الطرق المستحدثة لطلب العروض

تنص المادة 206 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، على أنه: "يمكن للمصحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث الإمتيازات الإقتصادية في حالة صفقة إقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية اللجوء:

- لإجراء المزاد الإلكتروني العكسي، بالسماح للمتعهدين بمراجعة أسعارهم أو عناصر أخرى من عروضهم القابلة للقياس الكمي.
 - للفهارس الإلكترونية للمتعهدين، في إطار نظام إقتناء دائم، تنفيذا لعقد برنامج أو عقد طلبات. تحدد كيفية تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية". يقابلها نص المادة 2125 من النظام رقم 1075-2018، المتضمن الجانب التشريعي لتقنين الطلبات العامة بفرنسا¹ بنصها: "يجوز للمشتري، وفقا للقواعد المطبقة على الإجراءات المحددة في هذا العنوان، إستخدام تقنيات الشراء للإختيار المسبق للمشغلين الإقتصاديين الذين من المحتمل أن يوفوا باحتياجاته أو يسمحوا بتقديم العروض أو إختيارهم وفق شروط محددة.
 - تقنيات الشراء العام هي كالاتي:
 - الإلتفاق الإطاري.....
 - المنافسة.....
 - نظام التأهيل المخصص...
 - نظام الإستحواذ الديناميكي...
 - الكتالوج الإلكتروني، الذي يسمح بتقديم العروض أو أحد عناصرها إلكترونيا في شكل منظم.
 - المزيادات الإلكترونية، والغرض منها هو الإختيار بالوسائل الإلكترونية، لعقد توريد بمبلغ مساوٍ أو أكبر من عتبات الإجراء الرسمي. من خلال السماح للمرشحين بمراجعة أسعارهم إلى أسفل أو إلى تغيير قيمة بعض العناصر الأخرى القابلة للقياس الكمي لعروضهم".
- سنوضح من خلال دراستنا، شكلي المزاد الإلكتروني العكسي وكذا الفهارس الإلكترونية كل على حدى:

¹ Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, op.cit.

1- المزاد الإلكتروني العكسي

ظهر المزاد الإلكتروني العكسي لأول مرة في هولندا، حيث يتقدم المترشحون بطلباتهم في أظرفة مغلقة وبطريقة سرية إلى الإدارة، ويقوم محافظ البيع بالمزاد العلني بالإعلان عن بدء المزاد العلني عن طريق الإنترنت، ثم يبدأ التنافس بينهم حتى التوصل إلى الثمن الأقل ورسو المزاد على ذلك¹.

أ- **تعريف المزاد الإلكتروني العكسي:** عرف البند "او" من قرار الجمعية العامة للجنة الأمم المتحدة، بموجب المادة 30 منه، المزاد الإلكتروني العكسي، والذي يقصد بالمزاد الإلكتروني العكسي أحد عمليات المناقصة التي تشهد رواجاً متزايداً. والمزاد العكسي هو عملية مناقصة لإشراء المنتجات أو الأشغال أو الخدمات، تتاح فيها للمورد معلومات عن العروض الأخرى المقدمة، ويتسنى له تعديل عرضه بشكل مستمر على سبيل منافسة العروض الأخرى، دون معرفة هويات الموردين الآخرين عادة. ويقدم الموردون في هذا النوع من المزاد عروضهم إلكترونياً عن طريق موقع المزاد الإلكتروني الذي يوجد عادة على الإنترنت (التي فاق استخدامها بكثير النظم الخصوصية)، مستخدمين المعلومات الخاصة بالترتيب أو المبلغ المطلوب للتفوق على عروض الموردين الآخرين، ويستطيع الموردون أن يطلعوا إلكترونياً على سير العروض خلال المزاد وأن يدخلوا تعديلات على عروضهم تبعاً لذلك. وقد يتم المزاد خلال فترة زمنية محدودة، أو قد يتواصل إلى حين إنقضاء وقت معين دون تلقي عروض جديدة².

تعرف المزادات الإلكترونية العكسية على أنها تفاوض ديناميكي على الخط، أين يدعو مشتري العديد من الموردين بتحسين عروضهم تدريجياً في فترة قصيرة من أجل الفوز بالصفقة³. فهو إجراء إختيار عروض بطريقة إلكترونية، بحيث يتمكن المتنافسين من مراجعة أسعارهم التي يقترحونها بالتخفيض أو

¹ رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 115.

² الجمعية العامة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة السابعة والثلاثين، نيويورك/14 حزيران/يونيه-2 تموز/يوليه 2004 تحت عنوان الأعمال الممكنة مستقبلاً في مجال الاشتراء العمومي البند 9 من جدول الأعمال المؤقت، ص 10.

Enchères inversées : C'est un outil de négociation qui va mettre en relation l'acheteur et les fournisseurs sélectionnés à une date donnée et durant un temps imparti dans le but que les fournisseurs modifient en direct leur offre à la baisse. Laura Berlandis: Comment faire adhérer à une population d'acheteurs industriels l'utilisation d'un outil e-Achats ? Le cas des enchères inversées : Département PP&E, Schneider Electric. Gestion et management, Université GRONPBLE, Paris 2014, p 28.

³ « Une enchère inversée peut se définir comme une négociation dynamique en ligne, où un acheteur invite plusieurs fournisseurs afin d'améliorer progressivement leurs offres sur une période de courte durée afin de gagner un marché spécifique ». Laura Berlandis : Ibid, p 30

عناصر أخرى من عروضهم القابلة للقياس الكمي طيلة سريان المزاد وذلك في حدود التوقيت المحدد لهذا المزاد¹.

تبنى المشرع المغربي المناقصات الإلكترونية المعكوسة بموجب نص المادة 151 من القانون رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية²، وذلك في الفقرة الأولى والثانية والثالثة بنصها: "المناقصة الإلكترونية المعكوسة مسطرة لإختيار العروض تنجز بطريقة إلكترونية بحيث تمكن المتنافسين من مراجعة الأثمان التي يقترحونها بالتخفيض طيلة سريان المناقصة وذلك في حدود التوقيت المحدد للمناقصة.

يقبل صاحب المشروع، عند نهاية المناقصة، عرض المتنافس الأقل ثمناً الذي يتم تعيينه نائلاً للصفقة المزمع إبرامها.

يخضع إبرام الصفقة الناتجة عن مسطرة المناقصة الإلكترونية المعكوسة للقواعد المقررة في هذا المرسوم". تأكد هذا التكريس التنظيمي للمناقصات الإلكترونية المعكوسة لدى المنظم المغربي أيضاً، بموجب الفصل الثالث المعنون بـ "كيفية وشروط اللجوء إلى المناقصات الإلكترونية وإجرائها" في نص المادة 15 من القرار الوزاري رقم 14-20، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية³، والتي نصت على أنه: "طبقاً لمقتضيات المادة 151 من المرسوم رقم 2.12.349، يمكن لصاحب المشروع اللجوء إلى مسطرة المناقصات الإلكترونية بالنسبة لصفقات التوريد الجارية المتعلقة بشراء منتجات موجودة في السوق والتي لا تتطلب مواصفات خاصة وفق الشروط المنصوص عليها في هذا الفصل".

تقابلها المادة 6/2125 من قانون الطلبات العمومية الفرنسي رقم 1075-2018، السالفة الذكر، والمادة 2/206 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية الجزائري.

¹ بلغول عباس: "الصفقات العمومية الإلكترونية في المرسوم الرئاسي 15-247"، مرجع سابق، ص 53.

Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres, réalisée par voie électronique, et permettant aux candidats de réviser leurs pris à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre. (art 54) Voir ; Jérôme Michon : Les marches publique en 100 questions (Guide pratique à l'usage des acheteurs et des prestataires), 5 édition, Le MONITEUR Editions, Paris 2012, p 440.

² قانون رقم 2.12.349 لسنة 2013، المتعلق بالصفقات العمومية المغربية، مرجع سابق.

³ قرار لوزير الإقتصاد والمالية المغربي رقم 14-20، المؤرخ في 4 سبتمبر 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، مرجع سابق.

نلاحظ من خلال المواد أعلاه، أنّ المنظم الجزائري أحسن إنتقاء التسمية "مزايد إلكتروني عكسي"، فإذا كان المزايد الإلكتروني يرسى على أعلى مبلغ، فإنّ المزايد العكسي يرسو على أقل مبلغ، لذلك نرى أنّ المنظم المغربي بنصه على المناقصات الإلكترونية المعكوسة، لم يحسن الصياغة، فالمناقصة في حدّ ذاتها ترسو على العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية والفنية والتي تعتبر الثمن الأقل، أحد معاييرها.

ب- نطاق المزايد الإلكتروني العكسي

يتمحور نطاق المزايد الإلكتروني العكسي في بيان محله، وكذا الإجراءات الخاصة به؛

ب-1- من حيث المحل:

لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ للمزايد الإلكتروني العكسي إلا بالنسبة لصفقات إنشاء اللوازم وتقديم الخدمات العادية بالنسبة للمنظم الجزائري، ويضيف المنظم الفرنسي أنّ الخدمات أو أعمال فكرية أو أشغال عمومية لا يمكن أن تكون محلاً للمزايد الإلكتروني العكسي. أما المنظم المغربي فقد نص على أنه لا يجوز لصاحب المشروع أن يلجأ للمناقصة الإلكترونية المعكوسة إلا بالنسبة لصفقات التوريدات الجارية والمتعلقة بشراء منتجات موجودة في السوق لا تتطلب خصائص مميّزة، كما أنّ إدارة الدفاع الوطني غير ملزمة بالمناقصات الإلكترونية المعكوسة¹. وهو نفس ما أخذ به المنظم الفرنسي.

● **صفقة التوريد (إقتناء اللوازم):** تعتبر صفقة اللوازم بأنها إتفاق يبرم بين طرفين أحدهما من أشخاص القانون العام والثاني من أشخاص القانون الخاص، يلتزم بموجبه الأخير بتوريد منقولات ضرورية لسير المرفق العام في مقابل مبالغ مالية محدّدة متفق عليها بشكل مسبق². كتوريد أجهزة كمبيوتر والمعدّات التقنية وغيرها من السلع.

● **صفقة تقديم خدمات:** تعتبر الصفقة العمومية للخدمات بمثابة الإطار القانوني التعاقدية الذي يمكن جهة الإدارة من الإستفادة من خدمة معيّنة يقدمها الغير بمقابل تلتزم بدفعه³.

ب-2- من حيث الإجراءات

● **مراجعة الأسعار:** تقبل المصلحة المتعاقدة، عند المزايد، عرض المتنافسين الأقل ثمناً، الذي يتم تعيينه المتحصل على الصفقة المزمع إبرامها. حيث يتسنى للمورد الإطلاع على معلومات عن العروض الأخرى المقدمة، ويمكنه بذلك تعديل عرضه بشكل مستمر على سبيل منافسة العروض الأخرى، دون معرفة هويات

¹ المادة 171 من القانون رقم 2.12.349 لسنة 2013، المتعلق بالصفقات العمومية المغربية، مرجع سابق

² بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 129.

³ المرجع نفسه، ص 130.

الموردين الآخرين عادة. وبعد تقديم الموردين لعروضهم إلكترونياً عن طريق موقع المزاد الإلكتروني يمكنهم الإطلاع إلكترونياً على سير العروض خلال المزاد وأن يدخلوا تعديلات على عروضهم تبعاً لذلك. حيث يتمكن المتعهدين من مراجعة أسعارهم التي يقترحونها بالتخفيض أو عناصر أخرى من عروضهم القابلة للقياس الكمي طيلة سريان المزاد وذلك في حدود التوقيت المحدد لهذا المزاد.

• **مراجعة العناصر المتعلقة بالقياس الكمي:** تستخدم المزادات العكسية على الأكثر في المنتجات والخدمات القياسية التي يشكّل السعر فيها المعيار الوحيد أو الأساسي على الأقل لمنح العقد، لأنّ السعر هو الوحيد عادة الذي يظهر في عملية "المزايدة". بيد أنّ بالإمكان استخدام معايير أخرى وإدراجها في مرحلة المزاد، أو تقييمها في مرحلة منفصلة في العملية بأكملها¹.

ربط كلّ من المنظم الجزائري والفرنسي المزاد الإلكتروني العكسي بالسعر وعروض أخرى قابلة للقياس الكمي، في حين نجد المشرع المغربي يربط المناقصات الإلكترونية المعكوسة بمراجعة الأثمان فقط والتي يقترحونها طيلة سريان العرض. وتقبل المصلحة المتعاقدة، عند المزاد، عرض المتنافسين الأقل ثمناً، الذي يتم تعيينه المتحصل على الصفقة المزمع إبرامها.

يتعين أن تتقيّد المصلحة المتعاقدة حين لجوءها للمزاد الإلكتروني العكسي بقواعد الإشهار المسبق، وعليها أن تنشر إعلان المزاد الإلكتروني العكسي في بوابة الصفقات العمومية طيلة مدة محدّدة قانوناً. ويجب أن يتضمن الإعلان موضوع المزاد بالتفصيل والشروط المطلوبة في المتنافسين وكيفية المشاركة في المزاد الإلكتروني العكسي، والعدد الأدنى للمتنافسين الذين يجب تسجيلهم للمشاركة في المزاد الإلكتروني العكسي².

¹ المادة 31 من قرار الجمعية العامة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، تحت عنوان: "الأعمال الممكنة مستقبلاً في مجال الإشتراء العمومي البند 9 من جدول الأعمال المؤقت"، مرجع سابق، ص 10.

² بلغول عباس: "الصفقات العمومية الإلكترونية في المرسوم الرئاسي 15-247"، مرجع سابق، ص 53 وما يليها. راجع، المادة 16 من قرار وزير الإقتصاد والمالية المغربي رقم 14-20، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، مرجع سابق.

2- الفهارس الإلكترونية للمتعهدين

يلجأ المتعهدون في إطار إقتناء دائم، تنفيذاً لعقد برنامج أو عقد خدمات، إلى الفهارس الإلكترونية، فقد تكون هذه الفهارس نسخاً إلكترونية من فهارس ورقية تقليدية أو تتضمن مرافق لإرسال الطلبات إلكترونياً، وهي أساليب يتزايد إستخدامها. وعلى المستوى العملي، تستطيع جهة مشتريّة أن تستخدم ترتيب الفهرس الإلكتروني كوسيلة لإستبانة الموردين من أجل الحصول على بيانات الأسعار (أو على عروض مستمرة) ويكون لهذه الوسيلة في الواقع أثر مماثل لمفعول قائمة التأهل الإلزامية أو لإتفاق إطاري متعدّد الموردين¹.

أ- تعريف الفهارس الإلكترونية: نص المنظم الفرنسي بموجب المادة 86 من المرسوم رقم 2016-360، المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، والتي تنص على أنه:

"1- عندما يكون إستخدام وسائل الإتصال الإلكترونية مطلوباً، يجوز للمشتري أن يطلب تقديم العروض في شكل كتالوج إلكتروني أو تضمين كتالوج إلكتروني.

قد تكون العروض المقدمة في شكل كتالوج إلكتروني مصحوبة بمستندات داعمة أخرى.

أ- يتم إعداد الكتالوجات الإلكترونية من قبل المرشحين أو مقدمي العطاءات وفقاً للمواصفات الفنية والشكل المقدم من المشتري، أنها تتوافق مع المتطلبات المطبقة على أدوات الإتصال الإلكترونية وكذلك أي متطلبات إضافية يحددها المشتري وفقاً للمواد 38 إلى 41". وبما أنّ الفهارس الإلكترونية تنحصر في عقود البرنامج والطلبات، فقد أفردتها المنظم الفرنسي بتنظيم خاص بموجب المواد من (ر 2162-52 إلى ر 2162-56) بعنوان "الفهارس الإلكترونية Catalogues électroniques".

عندما يكون مستخدم وسائل الإتصال الإلكترونية مطلوباً، يجوز للمشتري أن يطلب تقديم العروض في شكل فهرس إلكتروني أو تضمين مثل هذا الفهرس². ويشير المشتري في إشعار العقد، في الدعوة إلى تأكيد الفائدة أو الدعوة لتقديم العروض، سواءً كان يأذن أو يطلب تقديم العروض في شكل فهارس إلكترونية³.

¹ المادة 39 من من قرار الجمعية العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 2004، مرجع سابق.

² Article R2162-52: « Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques est requise, l'acheteur peut exiger que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique ou qu'elles comportent un tel catalogue ».

³ Article R2162-53: « L'acheteur indique dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans l'invitation à soumissionner s'il autorise ou exige la présentation des offres sous la forme d'un catalogue électronique.

Il précise également, dans les documents de la consultation, toutes les informations requises en ce qui concerne le format, l'équipement électronique utilisé ainsi que les modalités de connexion et les spécifications techniques du catalogue ».

ب- نطاق الفهارس الإلكترونية: حدّد تنظيم الصفقات العمومية نطاق الفهارس الإلكترونية في إطار نظام إقتناء دائم، تنفيذاً لعقد برنامج أو عقد طلبات¹؛

ب-1- عقد البرنامج: تنص المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنّه: "يكتسي عقد البرنامج شكل إتفاقية سنوية أو متعدّدة السنوات تكون مرجعاً، ويمكن أن يتداخل في سنتين ماليّتين أو أكثر، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقاً لأحكام هذا المرسوم".

يأخذ عقد البرنامج شكل إتفاقية سنوية أو متعدّدة السنوات، تحدّد طبيعة الخدمات الواجب تأديتها، وأهميتها، والموقع، ومبلغ عقد البرنامج، وبرنامج إنجازها، وتكون مرجعاً لصفقات تنفيذية، تبرم وفقاً للإلتزامات المتبادلة ضمن عقد البرنامج، وبذلك لا يشكل عقد البرنامج صيغة من الصيغ التي حدّدها التنظيم بل مجرد كيفية من كيفية إبرام الصفقات، يراد بها تسهيل عمل المصالح المتعاقدة لما توفره هذه الإمكانية من السماح للمصلحة المتعاقدة من برمجة تجميع إحتياجاتها من جهة وتوزيعها زمنياً أو تسلسلياً من جهة أخرى².

ب-2- عقد الطلبات: تنص المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنّه: "تشمل صفقة الطلبات على إنجاز الأشغال أو إقتناء اللّوازم أو تقديم الخدمات أو إنجاز الدراسات ذات النمط العادي والطابع المتكرر".

¹ Article R2162-55 : « Lorsque, dans le cadre de la procédure de passation d'un accord-cadre conclu avec plusieurs opérateurs économiques, des offres ont été présentées sous la forme de catalogues électroniques, l'acheteur peut prévoir que la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre pour l'attribution des marchés subséquents est effectuée sur la base des catalogues actualisés. Formations et assistance aux marchés publics Entreprises : Répondre aux marchés publics - Acheteurs publics: Passation des marchés publics Page 84 sur 323 Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique Dans ce cas, l'acheteur utilise l'une des méthodes suivantes :

1- Soit il invite les titulaires de l'accord-cadre à présenter de nouveau leurs catalogues électroniques, adaptés aux exigences du marché subséquent ;=

= 2- Soit il informe les titulaires de l'accord-cadre qu'il entend recueillir, à partir des catalogues électroniques déjà présentés, les informations nécessaires pour constituer des offres adaptées aux exigences du marché subséquent, pour autant que l'utilisation de cette méthode ait été annoncée dans les documents de la consultation de l'accord-cadre. Dans ce cas, l'acheteur informe les titulaires de l'accord-cadre de la date et de l'heure à laquelle il entend procéder à cette collecte d'information et leur donne la possibilité de refuser cette collecte. Il prévoit un délai adéquat entre la notification et la collecte effective des informations. Avant d'attribuer le marché subséquent, l'acheteur transmet les informations collectées à chaque titulaire concerné afin de lui permettre de contester ou de confirmer que l'offre ainsi constituée ne comporte pas d'erreurs matérielles ».

² النوي خوشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 120.

تعرف صفقة الطلبية على أنها: "الصفقات التي تهدف إلى تلبية حاجات ذات طابع عادي ومتكرر، وبالتالي فإنّ هذه الطلبات تكتسي صبغة ثابتة ومتوقعة يمكن إبرامها عن طريق تحديد المقدارين الأدنى والأقصى لقيمة وكميات الطلبات الممكن إقتنائها أثناء المدّة المحدّدة للصفقة، والتي تمتد كحد أقصى لخمس سنوات، يتم تجديد العمل بالصفقة طيلة كلّ هذه الفترة بتبليغ الصفقة من جديد بعنوان السنة المعيّنة، على أن تضبط سندات الطلب التي تنفذ بها المعلومات المتعلقة بكميات كلّ طلب ومكان وتاريخ التسليم، في حين يكون الحد الأعلى للكميات ملزماً للمتعاقل المتعاقد ومحدّداً لشروط إبرام الصفقة فإنّ الحد الأدنى وحده هو الذي يلزم المصلحة المتعاقدة، وهكذا يتبيّن أنّ صفقة الطلبية تخص الحاجات ذات الطابع العادي والمتكرر"¹.

الفرع الثالث: إجراءات طلب العروض عبر البوابة الإلكترونية

يمكن استخدام الإتصالات الإلكترونية في كلّ مراحل عملية الإشتراء وذلك لتوزيع وثائق الصفقة والدعوة إلى المشاركة فيها، وتقديم وثائق الإثبات المسبقة للأهلية، وتقديم العروض والإقتراحات ضمن غيرها، وتشمل مزايا هذا الاستخدام الحد من تكاليف التجهيز، والإتصال بمزيد من السرعة، وإمكانية التقليل من فرص الفساد والإساءة (نتيجة تقليل الإتصال المباشر بين المسؤولين والموردين، وزيادة إخفاء هوية مقدمي العروض)، وتوافر إتصالات موثوقة نسبياً للموردين غير المحليين، في البلدان التي لا يمكن التعويل فيها على خدمات التوزيع البريدي، ويمكن أن تقضي هذه المزايا إلى زيادة المنافسة، كأن تؤدي إلى توسيع مشاركات المنشآت غير المحلية².

نص الفصل الأول من القانون المغربي على كيفية وشروط إيداع وسحب أظرفة المتنافسين وفتحها وتقييم العروض بطريقة إلكترونية³. حيث نص على إيداع وسحب أظرفة وعروض المتنافسين وكذا فتح وتقييم العروض الذي يمكن أن يتم بطريقة إلكترونية ولهذا الغرض تتيح بوابة الصفقات العمومية لصاحب المشروع؛ الإشارة إلى إمكانية الرد الإلكتروني على طلب العروض وتحديد محتوى الأظرفة الإلكترونية

¹ النوي خرشى: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 128.

² المادة 24 من من قرار الجمعية العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 2004، مرجع سابق، ص 8.

³ قرار لوزير الإقتصاد والمالية بالمغرب رقم 20.14 صادر في 8 ذي القعدة 1435 (4 سبتمبر 2014)، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، ج ر عدد 6298، الصادر بتاريخ 14 ذو الحجة 1435 الموافق ل 9 أكتوبر 2014.

المطلوبة، وكذا تحديد المفاتيح المزدوجة للتشفير وفك تشفير الأطراف الإلكترونية المرتبطة بطلب العروض، بالإضافة إلى نشر تاريخ جلسة فتح الأطراف وتقييم العروض، أمّا بالنسبة للجنة طلب العروض؛ فتقوم بفك تشفير الأطراف والعروض الإلكترونية المودعة من طرف المتنافسين وتدبير قبول المتنافسين وكذا حصر نتيجة جلسة فتح الأطراف وتقييم العروض، بالإضافة إلى دعوة المتنافسين إلى إستكمال ملفاتهم أو تصحيح الأخطاء المادية المحتملة عند الإقتضاء.

أمّا فيما يتعلق بالمتنافسين؛ فعليهم طلب العروض وإيداع أطرفتهم وعروضهم إلكترونياً وكذا ضرورة إرفاق وثائق مودعة في بوابة الصفقات الإلكترونية للمقاولين والموردين والخدماتيين بطلب عروض بالإضافة إلى سحب عرض إلكتروني مودع في بوابة الصفقات العمومية وكذا إستكمال ملفاتهم وتصحيح الأخطاء المادية المحتملة من لجنة طلب العروض¹.

¹ المادة 4 من قرار لوزير الاقتصاد والمالية بالمغرب رقم 20.14، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، تنص على أنه: "تطبيقاً لمقتضيات المادتين 148 و 149 من المرسوم رقم 2.12.349، فإن إيداع وسحب أطرفة وعروض المتنافسين وكذا فتح وتقييم العروض يمكن أن يتم بطريقة إلكترونية ولهذا الغرض، تتيح بوابة الصفقات العمومية لصاحب المشروع:

- الإشارة إلى إمكانية الرد الإلكتروني على طلب العروض؛
- تحديد محتوى الأطراف الإلكترونية المطلوبة (نوع الأغلفة)؛
- تحديد المفاتيح المزدوجة للتشفير وفك تشفير الأطراف الإلكترونية المرتبطة بطلب العروض؛
- نشر نتائج جلسة فتح الأطراف وتقييم العروض.

للجنة طلب العروض:

- فك تشفير الأطراف والعروض الإلكترونية المودعة من طرف المتنافسين؛
- تدبير قبول أطرفة المتنافسين؛
- حصر نتيجة جلسة فتح الأطراف وتقييم العروض؛
- دعوة المتنافسين إلى استكمال ملفاتهم أو تصحيح الأخطاء المادية المحتملة عند الإقتضاء.

للمتنافسين :

- طلب كل معلومة أو توضيح يتعلق بطلب عروض؛
- إيداع أطرفتهم وعروضهم الإلكترونية؛
- إرفاق وثائق مودعة في بوابة الصفقات العمومية (قاعدة المعطيات الإلكترونية للمقاولين والموردين والخدماتيين) بطلب عروض كما هو منصوص عليه في الفصل الثاني بعده؛=

أما الفصل 55 من القانون التونسي¹ فقد نص على أنه: "تكون الإجراءات مادية أو على الخط"، وتضيف الفقرة 7 من نفس النص على أنه: "في حالة اعتماد الإجراءات على الخط فإنه يتم إرسال العروض الفنية والمالية وجوباً عبر منظومة الشراء العمومي على الخط طبقاً لدليل إجراءات يتم إعداده من قبل الهيئة العليا للطلب العمومي."

تخول منظومة الشراء العمومي على الخط للمشاركين إرفاق الوثائق الإدارية المنصوص عليها بالفصل 56 من هذا الأمر لعرضهم بصورة آلية². وقد أكد المنظم التونسي على وجوبية إبرام الصفقة العمومية عبر منظومة الشراء العمومي "تونيبس"، بالنسبة للصفقات العمومية الخاصة بالوزارات والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والمنشآت العمومية عبر منظومة الشراء العمومي³. وقد أفرد المنظم المصري نصا خاصا يوضح من خلال تبنيه الصريح للتعاقد عبر الخط في مجال الصفقات العمومية، حيث نص في المادة 4/2 تحت عنوان "أهداف هذا القانون" والتي نصت على أنه: "تطبق أساليب الإدارة الحديثة، والانتقال مرحلياً إلى استخدام تكنولوجيا المعلومات في

== سحب عرض إلكتروني مودع في بوابة الصفقات العمومية؛

- إستكمال ملفاتهم أو تصحيح الأخطاء المادية المحتملة بطلب من لجنة طلب العروض."

وحسب نص المادة 23 من نفس القرار فإنه: "تجرى المناقصة الإلكترونية حسب ثلاثة مراحل:

تتمثل المرحلة الأولى في فحص وحصر لائحة المتنافسين المقبولين للمناقصة.

تمكن المرحلة الثانية المتنافسين من المناقصة بطريقة إلكترونية بشكل آني موازاة مع سريان المناقصة الإلكترونية وذلك لتمكينهم من مراجعة الأثمان التي اقترحوها بالتخفيض.

تتعلق المرحلة الثالثة بإسناد الصفقة وإعداد محضر المناقصة الإلكترونية".

¹ الأمر رقم 1039 لسنة 2014، منقح و متمم بموجب الأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، مرجع سابق.

² راجع الفصل 56 من نفس الأمر.

³ تنص المادة 77 من الأمر رقم 1039 لسنة 2014 (منقحة بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، المؤرخ في 11 ماي 2018) على أنه: "تتولى وحدة الشراء العمومي على الخط المنصوص عليها في الفصل 148 من هذا الأمر تسيير منظومة للشراء العمومي على الخط "تونيبس" لإنجاز مختلف عمليات الشراء العمومي على الخط.

تبرم وجوباً الصفقات العمومية الخاصة بالوزارات والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والمنشآت العمومية عبر منظومة الشراء العمومي وتتم المصادقة عليه بمقتضى قرار من رئيس الحكومة ينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وذلك بإستثناء حالات التعذر الفني الطارئة وغير المتوقعة التي تعلن عنها وحدة الشراء على الخط عبر المنظومة أو بأي طريقة أخرى مادية وغير مادية".

الإجراءات". وأقر بدوره المنظم الفرنسي رقمنة الطابع الإجرائي للصفقة، من خلال تبادل المعلومات والوثائق إلكترونياً¹. وتتمحور إجراءات طلب العروض في جملة من المراحل نذكرها كالآتي:

أولاً: تقديم العروض إلكترونياً

يقضي مبدأ حرية المنافسة الذي يحكم إجراءات إبرام عقد الصفقات العمومية الإلكترونية أن يتقدم المتعامل الإقتصادي الذي تتوفر فيه الشروط القانونية إلى الإدارة بطلب العروض.

إكتفى المنظم الجزائري بالنص على تقديم العروض بالطريقة التقليدية، رغم تبنيه لمسألة تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، على خلاف بعض التنظيمات المقارنة التي عمدت على النص صراحة على كيفية تقديم العروض بالطريقة الإلكترونية بطريقة موازية للصفقة التقليدية. ومع ذلك أفرد المنظم الجزائري نصاً خاصاً، وذلك بموجب المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه: "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني يحدّد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية حسب الجدول الزمني المذكور سابقاً.

كلّ عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية.

تحدّد كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

يتضح من المادة أعلاه، أنّ المنظم الجزائري على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية صراحة، لكنه لم يبيّن الإجراءات المتبعة في ذلك.

أعطى المنظم الفرنسي الحرية للموردين في إرسال عروضهم سواء عن طريق البريد العادي أو عن طريق البريد الإلكتروني أو الوسائط الإلكترونية، وعلى كلّ الموردين الذين إختاروا استعمال الإجراءات

¹ Art 31. 1/3 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur ».

الإلكترونية حفظ كراسة الشروط والوثائق التكميلية للممارسة سواء كانت عامة أو محدودة في حواسبهم الآلية، وذلك لإستعمالها كأدلة إثبات في حالة قيام المنازعة، ويترتب على ذلك؛ أنّ تقديم العروض يتم إما عن طريق الوسائط الإلكترونية أو البريد العادي، ومهما كانت الوسيلة، يجب أن تكون العروض موقعة سواءً من أصحابها أو من الممثل القانوني عن طريق التوقيع الإلكتروني في حالة إختيار أسلوب الوسائط الإلكترونية وهذا ما نصت عليه المادة 3 من المرسوم رقم 2002-1692¹.

بيّن المنظم المغربي في القانون المتضمن نزع الصفة المادية عن الصفة العمومية كيفية تقديم العروض إلكترونياً، حيث يضع صاحب المشروع ملف طلب العروض والوثائق والمعلومات التكميلية رهن إشارة المتنافسين على بوابة الصفقات العمومية، ويوضح كيفية الرد الإلكتروني على طلب العروض المذكور لهذا الغرض، ويرفق صاحب المشروع مفاتيح مزدوجة للتشفير بطلب العروض ببوابة الصفقات العمومية. كما أنّ المتنافسين حسب إشارتهم في الإعلان لهم إرسال الملفات بطريقة إلكترونية إلى صاحب المشروع أو إيداعها على حامل ورقي².

تجمع كلّ الوثائق التي يحتوي عليها كلّ غلاف في ملف إلكتروني طبقاً لشروط إستعمال بوابة الصفقات الإلكترونية ويوقع عليها إلكترونياً من طرف المتنافسين أو من يؤهله لتمثيله قبل إدراجها في الملف الإلكتروني³.

¹ راجع؛ رحيمة الصغير نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني ...، مرجع سابق، ص 100 و101.

² أنظر المادة 6 و7 من القرار الوزاري المغربي رقم 14.20، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، مرجع سابق.

تنص المادة 6 من القرار أعلاه على أنه: "بالإضافة إلى البيانات المضمنة في إعلان طلب العروض كما هو منصوص عليه في المادة 20 من المرسوم رقم 2.12.349 المشار إليه أعلاه، يشير صاحب المشروع في الإعلان المذكور إما إلى إمكانية الاستلام الإلكتروني للعروض، وإما إلى تقديم العروض على حامل ورقي".

تنص المادة 7 من نفس القرار على أنه: "يمكن للمتنافسين إما أن يرسلوا ملفاتهم بطريقة إلكترونية إلى صاحب المشروع أو أن يودعها على حامل ورقي، طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 31 من المرسوم رقم 2.12.349 المشار إليه أعلاه".

³ المادة 8 من نفس القرار تنص على أنه: "تجمع كلّ الوثائق التي يحتوي عليها كلّ غلاف من الأغلفة المنصوص عليها في المادة 29 من المرسوم رقم 2.12.349 المشار إليه أعلاه في ملف إلكتروني طبقاً لشروط إستعمال بوابة الصفقات العمومية. =

تأكدت مسألة تقديم العروض إلكترونياً من خلال المادة 148 من المرسوم رقم 2013 المغربي¹ بنصها على أنه: "يمكن إيداع أظرفة وعروض المتنافسين بطريقة إلكترونية في بوابة الصفقات العمومية.

تتحدّد بقرار الوزير المكلف بالمالية بعد إستطلاع وسحب أظرفة وعروض المتنافسين".

يتضح جلياً من خلال هذه المادة أنّ المتنافسين يمكنهم إستعمال التكنولوجيا الحديثة لإرسال ترشيحاتهم وعروضهم إلى صاحب المشروع ويكون لهاته الترشيحات نفس الأثر القانوني الذي يترتب عن تقديم الترشيحات بالطرق العادية، هذا ما توضحه المادة 189 من نفس المرسوم بنصها على أنه: "يتم فتح الأظرفة وكذا تقييم العروض المودعة بطريقة إلكترونية من طرف المتنافسين وفق مقتضيات المواد من 36 إلى 45". وهي المواد التي نصت عن العروض المقدّمة بالشكل العادي، وعلى الرغم من هذه المقتضيات الهامة إلّا أنّنا نلاحظ أنّ المنظم ربط بين تفعيل تلك المواد وبين صدور قرار الوزير المكلف بالمالية الذي يحدّد شروط وكيفيات إيداع وسحب أظرفة وعروض المتنافسين². على اعتبار أنّ المنظم المغربي لم يعتمد الدعوة للمنافسة كآلية إلزامية، بل اعتمد قاعدة مكملة حيث يجوز للأطراف إعمالها من عدمه، فلم تبني الطريقة الإلكترونية أو التقليدية. إلّا أنّنا نلمس تناقضاً في النصوص القانونية باعتبار أنّ وزارة المالية المغربية ترفض التأشير على أي صفقة عمومية لم يتم الإعلان عنها بالبوابة الإلكترونية³.

ننوه هنا إلى أنّ تسجيل السجل الإلكتروني في الصفقات إلكترونياً واقع عملي لتبني الإدارة الإلكترونية، (جميع الإدارات تكون إلكترونية منها وزارة التجارة). حيث نصت التعليمات الوزارية رقم 1164 المؤرخة في 20 ماي 2020، على إلزامية تقديم السجل التجاري الإلكتروني في الصفقات العمومية⁴، والتي جاء فيها: "تطبيقاً لتعليمات السيد الوزير، وفي إطار رقمنة قطاع التجارة وعملاً بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-112 المؤرخ في 05 أفريل 2018، المعدل والمتمم، المحدّد لنموذج مستخرج السجل التجاري الصادر

= يوقع إلكترونياً على الوثائق المبينة أعلاه كل واحدة على حدى، من طرف المتنافسين أو من يؤهله لتمثيله، قبل إدراجها في الملف الإلكتروني".

¹ المرسوم رقم 2.12.349 لسنة 2013 المغربي، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

² آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 103.

³ بلغول عباس: "الصفقات العمومية الإلكترونية في المرسوم الرئاسي 15-247"، مرجع سابق، ص 43 و44.

⁴ التعليمات الوزارية رقم 1164 المؤرخة في 20 ماي 2020، المتعلقة بإلزامية تقديم السجل التجاري الإلكتروني في الصفقات العمومية.

بواسطة إجراء إلكتروني. يطلب من ممثلي القطاع على مستوى لجان الصفقات العمومية ضرورة الحرص على إلزامية تقديم السجل التجاري الإلكتروني ضمن الملف الإداري (دفتر الشروط) والتأكد من وجوده ضمن الملف قبل المصادقة على الصفقة".

ثانياً: مرحلة فحص العروض (فتح العروض والبث فيها إلكترونياً)

تعدّ عملية فحص كافة العطاءات المقدمة وتقييمها وإختيار أفضل المتقدمين للتعاقد مع الإدارة أهم مراحل التعاقد عن طريق تقديم العروض، بل هي لب أو فحوى أو غاية إبرام العقد الإداري. حيث تفحص العروض ثم ترتب من قبل لجنة مختصة مستحدثة في إطار الرقابة الداخلية وهذا ما نصت عليه المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247¹. وحسب نص المادة 23 من القرار الوزاري المغربي المتعلق بنزع الصفة المادية على الصفقات العمومية² فإنه: "تجرى المناقصة الإلكترونية حسب ثلاثة مراحل: ت- تتمثل المرحلة الأولى في فحص وحصص لائحة المتنافسين المقبولين للمناقصة، وتبين المادة 24 من نفس القرار على أنه: "في المرحلة الأولى، تجتمع لجنة المناقصة الإلكترونية في اليوم والساعة المحددين في نظام المناقصة الإلكترونية وتقوم بفحص أظرفة المتنافسين. في حالة غياب أحد أعضاء اللجنة أو في حالة وجود صعوبات تقنية متعلقة ببوابة الصفقات العمومية، تؤجل الجلسة بثمان وأربعين (48) ساعة.

إذا أعلن هذا اليوم عيد أو عطلة، ينعقد الاجتماع في نفس الساعة من أول يوم عمل موالي.

وتقوم اللجنة بفحص وثائق الملفين الإداري والتقني المنصوص عليهما في المادة 19 أعلاه، وتقصي:

أ- المتنافسين الذين لم يقدموا الوثائق المطلوبة؛

¹ تنص المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، أنه: "تحدث المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الإقتضاء، تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءاتهم.

يمكن للمصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض".

² القرار الوزاري المغربي رقم 14.20 لسنة 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، مرجع سابق.

ب- المتنافسين الذين تبين أن مؤهلاتهم المالية والتقنية غير كافية بالنظر إلى المقاييس الواردة في نظام المناقصة الإلكترونية.

وتحصر اللجنة بعد ذلك لأئحة المتنافسين المقبولين للمشاركة في المناقصة الإلكترونية.

تحرر لجنة المناقصة الإلكترونية، خلال الجلسة، محضراً للإجتماع المتعلق بجلسة القبول".

ولتبيان إجراءات فتح العروض والبت فيها إلكترونياً، يجب أن نتطرق لتشكيلة اللجنة، ثم نبين الكيفية المعتمدة لفتح العروض والبت فيها إلكترونياً؛

1- تشكيل لجنة فتح العروض والبت فيها

في حالة تشكيل لجان لفض العروض وتقييمها إلكترونياً، لا بد من إضافة عضو فني في مجال الحسابات وتكنولوجيا المعلومات للتشكيل السابق والمقرر بمقتضى القانون مما يتطلب تعديلاً تشريعياً بذلك، وذلك تحسباً لوجود أي خلل بالنظام الإلكتروني سواء لتلقي العروض أو حفظها أو تقييمها، فيصبح مسؤولاً عن أي خطأ تكنولوجي يحدث أثناء ذلك¹. لذلك نوهنا سلفاً لضرورة تكوين الموارد البشرية إلكترونياً، تسهيلاً للمعاملات من جهة وتحسباً لوجود أي خلل إلكتروني أثناء تبادل المعلومات إلكترونياً.

تنص المادة 22 من القرار الوزاري رقم 20.14 المغربي المتضمن نزع الصفة المادية للصفقة العمومية² على أنه: "تعيّن المناقصة الإلكترونية من طرف السلطة المختصة أو الأمر بالصرف المساعد، وتتكون هذه اللجنة من الأعضاء المحددين بعده والذين يعتبر حضورهم ضرورياً؛

- ممثلاً لصاحب المشروع، رئيساً؛

- ممثلين إثنين لصاحب المشروع ينتمي أحدهما على الأقل إلى المصلحة المعنية بالعمل موضوع الصفقة.

- إلا أنه بالنسبة للصفقات التي يكون مبلغها التقديري يفوق مائتي ألف (200.000) درهم مع احتساب الرسوم تتكون هذه اللجنة وفقاً لمقتضيات المادة 35 من المرسوم رقم 2.12.349 المشار إليه أعلاه بالنسبة لصفقات الدولة والمؤسسات العمومية ووفقاً لمقتضيات المادة 134 من المرسوم السالف الذكر بالنسبة لصفقات الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات".

¹ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 180.

² القرار الوزاري المغربي رقم 14.20 لسنة 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، مرجع سابق.

2- كيفية فتح العروض والبت فيها إلكترونياً

أ- فتح العروض إلكترونياً: تقوم لجنة فتح الأظرفة بفتح عروض المناقصات التقليدية في جلسة علنية، وبحضور من يرغب من المتعهدين، ويوقع أعضاء اللجنة الحاضرون بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب إستكمال، وهو ما أكدته المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بالرغم من الدور الكبير الذي تلعبه هذه اللجنة إلا أنّ دورها يبقى إستشاري.

تجتمع لجنة فتح الأظرفة في اليوم والساعة الموافقين لآخر يوم وساعة لإيداع العروض، لتباشر أشغالها في جلسة علنية يحضرها المتعهدون، والذين يتم إعلامهم مسبقاً في دفتر شروط¹.

يمكن تصور أن تجتمع لجنة فتح الأظرفة الفنية والمالية بطريقة إلكترونية عن طريق تحديد ميعاد معين لفتح تلك الأظرفة، ويتم ذلك من خلال دخول مقدمي العطاءات واللجنة على موقع إلكتروني محدّد لطلب العروض، لا يعلم كلمة السر للدخول للموقع إلا من قدم عطاءه وأعضاء اللجنة، ممّا يتيح للمتقدمين متابعة فتح الأظرفة عن طريق البث المباشر (مؤتمر الفيديو كونفرنس) عبر الموقع الإلكتروني لجهة الإدارة أو بوابة المشتريات الحكومية الإلكترونية، وتحميلها على موقع الويب المعني بذلك على الفور، وهو إجراء مكافئ لما هو مطبق في الفتح التقليدي للعطاءات العمومية².

تبنى المنظم الجزائري إجراءات إدارة عملية فتح الأظرفة بطريقة إلكترونية بصورة جد محتشمة، حيث إكتفى بالنص على الصورة التقليدية لذلك فقط، كما أنّ القرار الوزاري للبوابة الإلكترونية لم يشر إلى كيفية فتح العروض المودعة إلكترونياً، بإستثناء ذكر الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى فتح النسخة الورقية البديلة المودعة، إذا كان العرض الإلكتروني يحمل فيروساً، أو لم يصل في الآجال القانونية، أو لم تتمكن الإدارة من فتحه³. بمعنى أنّ المنظم الجزائري أقر بفتح الأظرفة إلكترونياً دون تبيان الإجراءات المتبعة في ذلك. كما أجاز المنظم الفرنسي في المادة 3/41، للمترشحين أو المتعهدين الذين يرسلون مستنداتهم إلكترونياً أن يرسلوا إلى المشتري، على الورق أو على حامل مادي إلكتروني، نسخة إحتياطية من هذه المستندات، يتم إعدادها وفقاً للإجراءات المقررة بقرار من الوزير المكلف بالإقتصاد⁴.

¹ راجع المادة 70 من المرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 240.

³ المادة 12 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدّد لمحتوى البوابة الإلكترونية...، مرجع سابق.

⁴ L'article 41/ III. « Les candidats et soumissionnaires qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de=

وما يعاب على هذه المواد أن إرسال النسخة الورقية سيفتح الباب من جديد لجرائم الفساد الإداري، التي سنبين لاحقاً أنّ المعاملات الإلكترونية قضت عليها بشكل كبير في ظل غياب العلاقة الفعلية بين الموظف العمومي والمتعامل الإقتصادي.

إعتمد المنظم التونسي عنصر الإحالة في الفصل 3/82 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المنقح والمتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018¹ بنصه: "يخضع فتح العروض والترشيحات إلى الأحكام المقررة بالفصول من 58 إلى 62 من هذا الأمر"، وهي الأحكام الخاصة بالصفقات العمومية التقليدية. غير أنّه تبنى إجراء فتح الأظرفة إلكترونياً، حيث نص في الفصل 2/61 من نفس الأمر على أنّه: "في حال إعتقاد الإجراءات على الخط، يستخرج محضر فتح العروض آلياً من منظومة الشراء العمومي على الخط، وتتثبت لجنة فتح العروض من المعطيات المنصوص عليها بالنقاط من 2 إلى 6 من هذا الفصل بمحضر الجلسة.

يتم التأشير على محضر الجلسة من قبل أعضاء اللجنة الحاضرين".

نجد أنّ بعض التنظيمات². نصت على ذلك صراحة حيث نجد؛ نص المادة 11 من القرار الوزاري

=sauvegarde de ces documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie».

¹ أمر عدد 1039 لسنة 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، منقح ومتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، مرجع سابق.

² بالإضافة إلى القانون المغربي نجد قانون المشتريات والمناقصات والمزايدات الدائرة المالية (أبو ظبي) في المادة 3/59 و4 حيث جاء فيها:

"- يتولى سكرتير لجنة فتح المظاريف بالتزامن مع فتح المظاريف الورقية وفي نفس الجلسة إستخراج العروض الإلكترونية من الحاسب الآلي مدونة إلكترونياً على تقرير ورقي يوقعه أعضاء اللجنة بالتزامن مع توقيع العروض الورقية وتدون كافة العروض الورقية والإلكترونية في نفس محضر الجلسة.

- يعتمد تقرير الحاسب الآلي المحتوي على بيانات العروض الإلكترونية والمختوم بخاتم اللجنة والموقع من أعضاءها كعطاءات رسمية مثل تلك المقدمة ورقياً".

نصت تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الإشتراك فيها بالأردن رقم 1 لسنة 2008 في المادة 48 منها على أنّ:

أ- تحتفظ الدائرة بصندوق له ثلاثة مفاتيح يحتفظ كل من رئيس اللجنة وعضوين منها بمفاتيحه ويقوم المناقصون أو مندوبيهم بإيداع العروض في الصندوق من خلال فتحة فيه يمكن إغلاقها بلسان خاص، ويجوز للمتناقصين سحب=

المغربي عدد 20.14، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية¹ التي جاء فيها: "يتم فتح الأظرفة وتقييم عروض المتنافسين المرسله بطريقة إلكترونية طبق نفس الشروط المنصوص عليها في المواد 36 إلى 40 من المرسوم رقم 349.12.2، وذلك إلى حين إنتهاء أشغال لجنة طلب العروض.

يتم فتح الأظرفة المقدمة على حامل ورقي وتلك المرسله بطريقة إلكترونية خلال نفس جلسة فتح الأظرفة.

تسلم إلى رئيس اللجنة حقوق الولوج ومفاتيح التشفير المتعلقة بطلب العروض حسب شروط استخدام بوابة الصفقات العمومية.

يلج رئيس لجنة العروض، عبر الخط، إلى الأظرفة الإلكترونية المودعة ببوابة الصفقات العمومية.

وفي حالة وجود صعوبات تقنية يمكن إرجاعها إلى عدم توفر خدمات بوابة الصفقات العمومية، أو إختلالات تعوق فتح وتقييم العروض المودعة بطريقة إلكترونية عند التاريخ والساعة المحددين لفتح الأظرفة، يرجى رئيس لجنة طلب العروض جلسة فتح الأظرفة بثمانية وأربعين (48) ساعة".

نلاحظ من خلال نص المادة أعلاه، أنّ المنظم المغربي على خلاف المنظم الجزائري عالج مسألة فتح الأظرفة إلكترونياً بصفة صريحة، حيث تبنى جملة الإجراءات المتبعة لفتح العروض وتقييمها إلكترونياً. إذ يتضح مدى تمكن جهة الإدارة من عملية فتح العروض إلكترونياً وتقديمها بصورة إلكترونية مع عدم الإخلال بمبدأ الشفافية من خلال إتاحة المعلومات الخاصة بتقديم العروض لمقدميها بصورة مستمرة مع عدم الإخلال بمبدأ السرية، فلا يجوز أن يطلع أحد من المتقدمين على عرض غيره².

=عروضهم أو تعديلها بموجب طلبات خطية موقعة ومختومة تودع في الصندوق قبل إنتهاء آخر موعد لتقديم العروض ولا يجوز سحب العرض بعد الطلب الخطي في هذه الحالة إلا بعد الموعد المحدد لفتح الصندوق.

ب- على الرغم مما ورد بالفقرة (أ) أعلاه يجوز استخدام الوسائل الإلكترونية لغايات تطبيق أحكام الفقرة (أ) من حيث فتح العروض الإلكترونية ويحق للمتناقص إلغاء عرضه أو التعديل عليه إلكترونياً قبل موعد فتح العروض".

¹ القرار الوزاري المغربي رقم 14.20 لسنة 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، مرجع سابق.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونيا "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 181.

معنى ذلك أنه؛ ليس هناك ما يمنع من إجراء هذه المرحلة إلكترونياً من خلال فتح صندوق العروض الإلكتروني، على أن تستخدم وسائل تقنية جديدة تتيح للمتعهدين المشاركين الإطلاع على هذه العملية إلكترونياً، في نفس الوقت الذي تجري فيه عملية الفتح، دون إشتراط حضورهم مادياً لدى اللجنة، وإنما عن بعد، وبما أن هذه الأمور التقنية إضافة إلى ما تتطوي عليه بعض العقود الإدارية من جوانب وأمر فنية دقيقة، يصعب على أعضاء لجنة العطاءات تقديرها والحكم عليها، لذلك أجاز المشرع الإستعانة بالخبراء والفنيين من موظفي الحكومة وغيرهم، للإستفادة من خبراتهم في دراسة عروض العطاءات المطروحة، ويجب أن تكون هذه الدراسات والإستشارات والفحوصات صادقة وحقيقية، وهو أمر يتحقق منه القضاء الإداري، فيتولى رقابة صدق وموضوعية تقارير اللجان الفنية¹.

يجب على المنظم الجزائري تكييف النصوص القانونية والإجراءات مع ما يتلائم وعملية فتح الأظرفة إلكترونياً دون إشتراط الحضور المادي للأطراف، وذلك تطبيقاً للنص الذي جاءت به المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بنصها: "كلّ عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية".

ب- **تقييم العروض (العطاءات) إلكترونياً:** يساعد إستخدام التقييم الإلكتروني للعروض على تحقيق مبدأ المساواة بين المتناقصين ويقضي على وجود شبهة ميل أو تواطؤ من قبل لجنة البت بالنسبة لأحد المتقدمين بعروضهم على غيره، وهو ما يتوافق مع الهدف الرئيسي للتشريع في المشتريات العامة من ضمان المنافسة الحرة العادلة مع منع تفضيل أحد المتقدمين بعطاءه على الآخر، كما أنه سيتيح إمكانية تقديم عدد كبير من عروض الشركات بصورة دقيقة في وقت قصير².

تبنى قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية مسألة تقديم العروض بالطريقة الإلكترونية، وذلك بموجب نص المادة 11 منه، والتي نصت على أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز إستخدام البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض"³.

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 293. أيضاً، حازم محمد الشرعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 217.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 186 و187.

³ قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، المتعلق بإشتراء السلع والإنشاءات والخدمات، مرجع سابق.

تناولت التتحيات المحتملة لقانون اليونسترال النموذجي لإشتراء السلع والإنشاءات والخدمات، تنظيم عملية التقييم الإلكتروني للطلبات بموجب المادة 25 بنصها على أنه: "2- ...المتطلبات أثناء المناقصة الإلكترونية،

ب- يجري تقييم أوتوماتيكي لجميع العطاءات وفقا للمعايير والإجراءات والصيغ التي وفرت لمقدمي العطاءات بمقتضى المادتين (47 و48) من هذا القانون حسب الإنطباق،

ج- يجب أن يتلقى كل من مقدمي العطاءات بصورة آلية ومستمرة أثناء المناقصة معلومات كافية تمكنه من تحديد مرتبة عطاءه قياساً إلى العطاءات الأخرى،

د- لا يجوز إجراء أي إتصال بين الجهة المشتريّة ومقدمي العطاءات أو فيما بين مقدمي العطاءات إلاّ حسبما تنص عليه الفقرتين (أ) و(ج) من هذه الفقرة.

3- لا يجوز للجهة المشتريّة أن تفصح أثناء المناقصة عن هوية أيّ من مقدمي العطاءات.

4- تقفل المناقصة وفقاً للمعايير التي حدّدت لمقدمي العطاءات بمقتضى المادتين (47 و48) من هذا القانون حسب الإنطباق".

أعطى القانون الفرنسي حرية للموردين في إرسال عطاءاتهم على مرحلتين، وذلك تأكيداً لمبدأ السرية والشفافية، حيث تتيح المرحلة الأولى للشخص العام فرصة معرفة التوقيع الإلكتروني المحمي للموردين أو المقاولين، وفي المرحلة الثانية يتم إرسال العروض موقعة بنفس التوقيع، على أن لا تتجاوز المدّة أربعة وعشرين ساعة وإلاّ كانت عروضهم مرفوضة.

يلاحظ أنّ القانون الفرنسي قد أضاف ضمانات جديدة لمبدأ السرية والشفافية في إبرام عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، فإذا تجاوزت المدّة الأربعة وعشرين ساعة يعتبر العروض مرفوضاً، على عكس ما إتجه إليه سابقاً القضاء الإداري في فرنسا، حينما إعتبر أنّ العروض المقدمة خارج المواعيد المحدّدة يعتبر عروضاً غير كاملة، وذلك في حكمه الصادر سنة 1968¹. أما المنظم الجزائري فقد نص على التاريخ بموجب نص المادة 16 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر سنة 2013، المحدّد لمحتوى البوابة

¹ رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 101.

الإلكترونية، حيث جاء فيها: "التاريخ الذي يؤخذ بعين الاعتبار لحساب مدة تحضير العروض هو التاريخ المطبق في إطار الإجراءات المتبعة بالنسبة للحامل المادي الورقي".

ترتيباً على ذلك فإن إرسال العروض عن طريق الوسائط الإلكترونية يكون في مواعيد أقل من مواعيد إرسالها عن طريق البريد العادي، لأنه يتم عن طريق البريد الإلكتروني، حيث يمكن إرسالها في ثوان أو دقائق سواء كان المورد من الداخل أو الخارج، مما يعطي فعالية لحرية المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية من جهة، وقلّة التكاليف من جهة أخرى¹.

اعتبرت المادة 10 من المرسوم الفرنسي رقم 2002-692، المتعلق بنزع الصفة المادية عن إجراءات الصفقات العمومية، أنّ العروض التي تتعرض لفيروس معلوماتي، تكون غير مقبولة من الشخص العام أو يمكن إقرارها أساساً وكأنّها لم ترسل من طرف المترشحين، وإعلامهم بذلك لوضع العروض تحت نظام حماية خاص². أمّا المنظم الجزائري فقد اعتبر المادة 14 من القرار الوزاري المتعلق بالبوابة الإلكترونية أنّه في حالة إكتشاف فيروس في الوثائق المتعلقة بالملف الإداري، فإنّ المصلحة المتعاقدة تطلب من المتعهد أو المترشح القيام بإرسال آخر، أمّا في حالة إكتشافها لفيروس في الوثائق المتعلقة بالعرض، فإنّه يتم فتح النسخة البديلة، إذا تمّ إرسالها أو أرسلت وكانت تحتوي على فيروس، تجري المصلحة المتعاقدة محاولة لإصلاح العرض أو النسخة البديلة وتواصل تقييم العروض إذا نجح الإصلاح. هذا وتعتبر الملفات التي تحتوي على فيروس والتي كانت محل محاولة إصلاح فاشلة ملغاة أو غير كاملة، وتمّ الاحتفاظ بأثر الفيروس وإبلاغ المتعامل الإقتصادي المعني بذلك. ويوضح المنظم المغربي، أنّه في حالة وجود صعوبات تقنية يمكن إرجاعها إلى عدم توفر خدمات بوابة الصفقات العمومية. أو الإختلالات تعوق فتح وتقييم العروض المودعة بطريقة إلكترونية عند التاريخ والساعة المحددين لفتح الأظرفة، يرجى رئيس لجنة طلب العروض جلسة فتح الأظرفة بثمانية وأربعين ساعة³.

يتضح جلياً الفرق بين إجراءات تقديم العطاءات بالطريقة التقليدية عن تقديمها إلكترونياً، وذلك من حيث المدة أو من حيث الحماية المقررة في ذلك.

¹ رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 102.

² L'article 10 du décret 2002- 692, de la dématérialisation des procédures des marchés publics, Op.cit.

³ الفقرة الخامسة من المادة 11 من القرار الوزاري رقم 20.14 لسنة 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، مرجع سابق.

ت- البت في طلب العروض الإلكتروني: تعقد لجنة فتح الأظرفة جلسة علنية يحضرها مقدمو العروض أو مندوبيهم، حيث تقوم بفتح الأظرفة ودراسة العروض المقدمة للتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية، وبعد إختيارها لأفضل العروض¹، تنتهي عملية لجنة البت الفني الإلكتروني بعمل محضر أعمالها على نموذج إلكتروني معد مسبقاً لذلك بملء حقوق هذا النموذج في حالة التقييم التقليدي للعناصر الغير قابلة للقياس، واعتماد ما انتهى إليه التقييم الآلي للعطاءات من رفع التقرير للسلطة المختصة لإعتماده ثم نشر بيان بأسماء العطاءات المقبولة فنياً، والمرفوضة فنياً، وأسباب الرفض وذلك على الموقع الإلكتروني لجهة الإدارة المتعاقدة، كما يمكن إرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني على عنوان البريد الإلكتروني للمتقدم بعطاءه للتعاقد، يوضح فيها موقفه من التقييم الفني لعطاءه، أو بأي طريقة إلكترونية تتيح للمتقدمين للتعاقد معرفة نتيجة التقييم الفني، وهذا ما أكدته المادة 6 من المرسوم الفرنسي رقم 692-2002، المتعلق بنزع الصفة المادية عن إجراءات الصفقات العمومية، بنصها على أنه: "يتم إعادة العطاءات المالية للمفوضين فنياً عن طريق البوابة الإلكترونية لجهة الإدارة أو عن طريق البريد الإلكتروني".

يتعين في حالة طلب العروض المحدود، بعد الإعلان عن الصفقة وتقديم العطاءات عبر الوسيط الإلكتروني، قيام الشخص المعنوي العام بنشر قائمة المترشحين المقبولة عروضهم على شبكة الإنترنت، ثم التفاوض معهم للوصول إلى أفضل العروض فنياً ومالياً، ويتم هذا التفاوض، بأي وسيلة².

ثالثاً: المنح المؤقت للصفقة أو إرساء العروض

بعد تقديم العروض والعطاءات وبعد فحصها ودراستها من اللجنة المختصة، يحال الأمر إلى الجهة المختصة لإرساء الصفقة على من يتقدم بأفضل العروض، وهو الإجراء الذي يصطلح عليه قانوناً بالمنح المؤقت³. وتعتبر هذه المرحلة حاسمة ينجم عنها إختيار عارض بالنظر لتوافر عطاءه أو عرضه على مجموعة من الشروط والمواصفات مما دفع بجهة الإدارة لإختياره دون سواه عن بقية العروض وفقاً لمعايير وطبيعة وموضوع كل صفقة⁴. ويدرج المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب

¹ رحيمة الصغير نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني ...، مرجع سابق، ص 103. أيضاً؛ أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر

التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 192 و193.

² راجع رحيمة الصغير نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني ...، مرجع سابق، ص 104.

³ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 165.

⁴ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 295.

العروض عندما يكون ذلك ممكناً مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكلّ العناصر التي سمحت بإختيار الصفة¹.

يعتبر المنح المؤقت إجراءً إعلامياً بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور بإختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما، نظراً لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المقدم، بكلّ محتوياته وتفاصيله وفقاً للمعايير المحددة في دفتر الشروط².

إنّ قرار لجنة البت بإختيار أفضل العروض فنياً ومالياً، ليس هو القبول الذي يتم به العقد...، وفي مجال المعاملات الإلكترونية فقد جاءت غالبية القوانين خالية من تحديد زمان إنعقاد العقد، ممّا ينتج عنه الرجوع للقواعد العامة، وبالتالي فإنّ إنعقاد عقد الصفقات العمومية يكون بعد وصول إخطار السلطة المختصة بالإبرام إلى المترشح المقبول، وتأكيد به وصول هذا القبول من طرف الجهات المختصة بتوثيق العقود، وهي مقدمة خدمة التوثيق حسب التوجيهات الأوروبية والقانون الفرنسي، وهنا يكمن دور هذه الجهة في توثيق عقد الصفقات العمومية الإلكترونية وإعطائها الحجية القانونية لتكون حجة على الكافة³.

تقوم اللجنة بإحالة العروض على المتعامل المتعاقد المقدم لأفضل العروض مالياً وفنياً وتقنياً، والمستوفية للشروط المطلوبة مع مراعاة الجودة المطلوبة، وإمكانية التنفيذ ضمن المدة المحددة ومدى قدرة المتعامل المتعاقد على إنجاز صفقته حسب الشروط ومواصفات دفتر الشروط وذلك بالإعتماد على ما يُعرف بالمنح المؤقت للصفة.

يتم إدراج هذا الإعلان في الجرائد التي نشرت فيها المناقصة مع تحديد كلّ البيانات المتعلقة بالمشروع والسعر وكذا آجال الإنجاز، وكلّ العناصر التي سمحت بإختيار المتعامل المتعاقد معها. وتجدر الإشارة إلى أنّه من المفروض في هذه المرحلة أن يتم الإعلان عن المترشح بطريقة رقمية إمّا عن طريق الصحافة الإلكترونية أو عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بالمتعامل المتعاقد أو عن طريق الموقع الإلكتروني.

¹ المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 296.

³ رحيمة الصغير نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 105. أيضاً؛ أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 194.

تأت مرحلة إرساء الصفقة بعد دراسة العروض من طرف لجنة فتح الأطرقة وتقييم العروض التي تقوم بالعمل الإداري والتقني، فتقوم المصلحة المتعاقدة باتخاذ القرار الذي يمكن أن يكون إما بالإعلان عن منح الصفقة أو عدم جدوى الإجراء أو إلغاءه أو بإلغاء المنح المؤقت للصفقة.

يعتبر المنح المؤقت من الإلتزامات التعاقدية التي ينبغي على المصالح المتعاقدة إتخاذها والإعلان عنها عبر البوابة الإلكترونية، حيث يتم تبادل البيانات والمعلومات بالنسبة للمصالح المتعاقدة حسب نص المادة 9 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية، حتى يتسنى للمتعاملين الإقتصاديين طلب نتائج تقييم العروض والطعون بطريقة إلكترونية. كما يستلزم تبليغ القرار للمرشح الفائز عبر بريده الإلكتروني، فالقبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه¹.

رابعاً: الإعتماد والتوقيع الإلكتروني للصفقة العمومية

اعتبرنا مرحلة المنح المؤقت وإرساء الصفقة مرحلة حاسمة، إلا أنها لا تعدّ المرحلة الأخيرة، بل لابد من إعتماد النتيجة رسمياً ومباشرة إجراءات التعاقد مع المرشح الفائز بالصفقة لإضفاء الطابع النهائي والرسمي عليها، والإعلان عن إتمام إجراءاتها، فالمنح المؤقت رغم فوائده الكبيرة، إلا أنه يبقى مجرد منح مؤقت².
إعتماد الصفقة لا يكون إلا بموافقة السلطة المختصة حسب ما جاءت به المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية³، بحيث لا تُصبح الصفقة نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة مثل الوزير بالنسبة للصفقات الوطنية أو الوالي بخصوص الصفقات المحلية. وبذلك تدخل الصفقة العمومية حيز التنفيذ، فالتوقيع الإلكتروني والإعتماد الإلكتروني يجعل الصفقة نهائية.

¹ رحيمة الصغير نمديلي: "أثر الحكومة الإلكترونية على اساليب ابرام العقد الاداري"، مرجع سابق، ص 197.

² راجع، عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 302 و303.

³ تنص المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "الصفقات العمومية لا تكون صحيحة ونهائية، إلا إذا

وافقت عليها السلطة المختصة وهي:

- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.

الوزير.

الوالي.

رئيس المجلس الشعبي البلدي.

المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية".

لكن المؤسف أنه بالرغم من تنظيم نصوص قانونية متعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلا أن الواقع أثبت غياب تطبيق هذه الوسائل الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، هذا الأمر يجعل تطبيق الإدارة الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية مجرد تنصيص قانوني لاغير.

المطلب الثالث: التعاقد الإلكتروني للصفقة من خلال أسلوب التراضي كاستثناء

يعتبر أسلوب التراضي إستثناءً على القاعدة، حيث جعل المنظم الجزائري على غرار التنظيمات المقارنة أن طلب العروض هو أصل إبرام الصفقة العمومية، وبينا أن كل عارض يحق له المشاركة، بمعنى أنه ليس للإدارة الحق في إختيار المتعامل المتعاقد -إذا توفرت فيه الشروط القانونية طبعاً- أو إقصاء أو إستبعاد أو تفضيل أي عارض عن الآخر، حيث يتبع العارض في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية جملة من الإجراءات تطرقنا إليها سالفاً، غير أنه كاستثناء على ذلك يجوز للإدارة إختيار المتعامل المتعاقد دون الخوض في الإجراءات المتبعة في طلب العروض.

تفقد المصلحة المتعاقدة حريتها في إبرام الصفقة وفي إختيار المتعامل المتعاقد في أسلوب طلب العروض، نظرا للقيود الشكلية والإجرائية التي تُلزم بمراعاتها عند العمل به فإنها تستعيد تلك الحرية من خلال التعاقد بأسلوب إستثنائي يعفيها من التقيد بشكليات وإجراءات طلب العروض¹. وتسمى بالإتفاق المباشر وهي أسلوب مرن لا يتبع الإجراءات التي يعتمد في طلب العروض لأنها تترك للإدارة حرية أكبر في إختيار المتعامل المتعاقد معها. هذا ما جاء بيانه في المادة 41 من المرسوم 15-247.

لبيان أسلوب التراضي في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية سنتطرق لتعريفه (الفرع الأول)، ثم بيان أشكاله المتمثلة في التراضي البسيط والتراضي بعد الإستشارة (الفرع الثاني)، ثم نتطرق لإجراءات إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية بأسلوب التراضي بين الحرية والتقييد (الفرع الثالث).

¹ راجع في نفس المعنى؛ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية، قضائية)، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر 2010، ص 167. أيضا، عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 305.

الفرع الأول: تعريف أسلوب التراضي

يختلف التراضي في عقد الصفقات العمومية عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فوجود هذا الأخير لازم في كلّ العقود سواءً كانت بين أطراف القانون الخاص أو القانون العام، على إعتبار أنّه لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا¹، فغياب ركن الرضا يترتب عليه بطلان العقد لا محالة. والقصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أنّ الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية التي رأيناها في أسلوب طلب العروض، وتمكينها مباشرة من إختيار المتعاقد معها دون التقيد بهذه الإجراءات، فرضاها بارز إنطلاقاً من حريتها في الإختيار خلافاً لأسلوب طلب العروض أين تفقد نسبياً هذه الحرية وتخضع لجملة من القيود الشكلية والإجراءات القانونية².

يسمى أسلوب التراضي بالإتفاق المباشر وهو أسلوب مرن لا يتبع الإجراءات التي تعتمد في طلب العروض لأنها تترك للإدارة حرية أكبر في إختيار المتعامل المتعاقد معها هذا ما جاء بيانه في المادة 41 من المرسوم 15-247، ففي هذا الأسلوب تتحلل الإدارة من إتخاذ الإجراءات التي رسمها المنظم لها لإختيار من تتعاقد معه، ومن ثمّ لا يرخص به القانون إلاّ على سبيل الإستثناء وفي مجالات معينة وبالتعاقد مباشرة مع من ترغب من الموردين أو المقاولين دون التقيد بالإجراءات السالفة الذكر في أسلوب طلب العروض، وتتمتع الإدارة في هذا الأسلوب بالحرية الكاملة في إختيار من تتعاقد معه دون إتخاذ إجراءات سابقة...، فللإدارة أن تختار وتتفاوض وتساوم على كلّ شيء دون قيد أو شرط³. فالإتفاق بالتراضي هو عقد خاص تجريه الإدارة مع من تختاره من العارضين أو الموردين، دونما حاجة إلى عرض الصفقة على العموم أو على فئة محصورة من العارضين ودونما حاجة إلى الحصول على عدد من العروض لإختيار الأفضل من بينها، ففي هذا النوع من التعاقد لا يكون من حيث المبدأ- سوى عرض واحد تختاره الإدارة⁴.

عُرف أسلوب التراضي بأنه ذلك الإجراء الذي يخص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون دعوة الشكلية للمنافسة، ولأسلوب التراضي شكلين؛ التراضي البسيط (المادة 49) والتراضي بالاستشارة (المادة 51).

¹ راجع، عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 132.

² راجع، المرجع نفسه، ص 133.

³ ريم على إحسان محمد العزوي: وسائل إبرام العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 233.

⁴ عبد اللطيف قطيش: الصفقات العمومية تشريعاً وفقهاً وإجتهداً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2013، ص

عرف المنظم الجزائري أسلوب التراضي بموجب المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أن: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

إكتفى المنظم الجزائري بتعريف التراضي أنه إجراء يتضمن منح صفقة لمتعامل متعاقد دون حاجة لإتباع الإجراءات الشكلية، وتحمل عنصر الزمن، بما يتبعه من طول ميلاد الصفقة، ولم يشر التعريف أنّ إعفاء المصلحة المتعاقدة كان بسبب توافر أحد حالات التراضي، لنربط الإستثناء وهو التراضي بالقاعدة وهي طلب العروض، وكان الأجدر أن يبرر المنظم عبارة ذات قيمة موضوعية، وثقل في المحتوى، ليكتمل معنى التعريف الحقيقي. لذلك لا بد من الإشارة لعبارة حالات التراضي وذكر المواد المعنية بهذه الحالات بإضافة فقرة: "ويتم وفقاً للحالات المحددة في المواد.... من هذا المرسوم". باعتبار أنّ الفقرة الأولى بينت عنصر الشكل وذلك بالتصريح بإعفاء المتعاقدة من جانب التقيد بالإجراءات ولم تذكر الحالات¹.

يعتبر أسلوب التراضي طريق إستثنائي لإبرام الصفقات العمومية سواء التقليدية أو الإلكترونية، وقد عرفه المنظم الجزائري في المادة أعلاه؛ على أنه تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد دون إتخاذ إجراءات شكلية أي دون الدعوة إلى المنافسة كما رأينا في أسلوب طلب العروض، كما عرفه من خلال بيان أشكاله.

يعرف أسلوب التراضي الإلكتروني أو الإتفاق المباشر الإلكتروني على أنه؛ قيام وحدات الجهاز الإداري للدولة بالتعاقد مع من ترغب في التعاقد معه سواءً بال شراء أو بالبيع وفي حدود مبلغ معين ودون التقيد بالإجراءات المنصوص عليها في طلب العروض، على أن يتم التفاوض بين جهة الإدارة والمتعاقد معها وصدور الإيجاب والقبول والإتفاق على كافة الشروط والتفاصيل الخاصة بالتعاقد عبر الوسائل الإلكترونية أيّاً كانت هذه الوسائل².

تستدعي الأوضاع الحالية التي تعيشها البلاد في ظل جائحة كوفيد -19- والتي إصطبغت بالطابع الإستثنائي الغير متوقع، تعطيل وعرقلة النشاطات التجارية والإقتصادية، ممّا يؤدي بدهاءة إلى جعل أسلوب التراضي رغم أنه إستثناء على القاعدة إلاّ أنّه أصبح ضرورة حتمية أين أصبح الحل في إبرام الصفقات

¹ راجع؛ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 222.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونيا "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 223.

نظراً للتعقيدات وطول أمد إجراءات طلب العروض، لذلك أصبح من الضرورة بما كان اللجوء إلى أسلوب التراضي.

الفرع الثاني: أشكال التراضي

تتمثل أشكال التراضي في؛ التراضي البسيط، والتراضي بعد الإستشارة.

أولاً: التراضي البسيط

توضيحاً للتراضي البسيط؛ يستوجب تعريفه وبيان حالاته؛

1- تعريف التراضي البسيط

التراضي البسيط هو صيغة تفاوضية موجهة إلى شخص أو مجموعة أشخاص معرفين بذواتهم ولا تشترط أي شكلية معينة للإتصال بالمتنافسين، ويوفر اللجوء إلى هذا الإجراء البساطة في الإجراءات، وبالتالي الربح في تلبية الحاجيات ربحاً للوقت حيث تستدعي هذه الصيغة رقابة أكبر وأخلاقيات أعمق من أجل ذلك أنيط اللجوء إليه بمجموعة من الشروط¹.

2- حالات التراضي البسيط

تلجأ الإدارة إلى أسلوب التراضي البسيط في حالات الإستعجال أو عندما يكون من تتعاقد معه صاحب إحتكار أو أنّ العقد فيه درجة من السرية تتطلبها مستلزمات الأمن الوطني، حيث يتميز هذا الأسلوب بالإختصار والإبتعاد عن الإجراءات التي يتطلبها أسلوب طلب العروض أو إختزال جزء من تلك الإجراءات، كما يمنح هذا الأسلوب الإدارة قدراً من السلطة التقديرية في إختيار من تتعاقد معه².

تنص المادة 49 من المرسوم الرئاسي لسنة 2015، على أنه: **تُلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط...**

أ- **حالة المتعامل المحنك الوحيد:** عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل إقتصادي وحيد يحتل وضعية إحتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لإعتبرات تقنية ولإعتبرات ثقافية أو فنية، وتوضح

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

² صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 97 و98.

الخدمات المعنية بالإعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية¹.

يستفاد من هذه الفقرة أنّ الطابع الإحتكاري هو الذي يبرر اللجوء للتراضي إعتباراً من أنّ الخدمة التي تطلبها الإدارة المتعاقدة لا يلبّيها إلا مؤسسة إحتكارية واحدة. لذلك نرى أنّه من غير المنطق إلزام المصلحة المتعاقدة بالإجراءات الشكلية، وتحمل المدّة في حين هناك متعهد واحد يلبي الخدمة المطلوبة، أو يتوفر على القدرات التقنية التي تشترطها المصلحة المتعاقدة. وهذه حالة موضوعية مبررة تستوجب اللجوء للتراضي وتطبيق الإستثناء. وقد أحسن المشرع في تحرير الإدارة من الخضوع لإجراءات طلب العروض. بل وحتى الإستشارة في هذه الحالة طالما ثبت أنّ هناك متعاقد وحيد يحتكر النشاط وتوافرت فيه المواصفات التقنية المطلوبة من جهة الإدارة، فلماذا نتبع إجراءات الإعلان أو نلزم الإدارة بالخضوع لإجراءات طلب العروض الطويلة، وهناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة؟².

ب- حالة الإستعجال الملح: في حالة الإستعجال الملح والمعلّل بوجود خطر يهدّد إستثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع إجراءات إبرام الصفقات بشرط أنّه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الإستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها³.

تحمل عبارة الإستعجال الملح معنى الخطر المتفاجئ، أي الخطر الذي لا يزيده تقدم الوقت إلاّ تهديداً للملك، ومعنى ذلك أيضاً أنّ الخطر في بدايته لا يشكل خطراً ملحاً، إلاّ إذا تفاقم آثاره وأصبحت ترى آثارها أكثر من ذي قبل، وتؤكد هذه الفكرة مصطلح "المعلّل بوجود خطر"، إذ أنّ من صفات الخطر الإحتمالية والضرر الناتج عنه يبدأ إحتمالياً ليصبح ملحاً فيكون إلحاحه وسيلة تأكيد وجود الضرر الناتج عنه والكفيل بتبرير اللجوء إلى التراضي البسيط، غير أنّه يشترط أيضاً أن يكون هناك علّة وسبب بين الخطر والضرر الممكن أن ينتج عنه، وهو ما عبرت عنه المادة بإضافة عبارة "المعلّل"، كما إشتطرت المادة ضرورة أن يكون هذا الخطر يهدّد إستثماراً أو ملكاً للمصلحة العامة⁴.

¹ الفقرة الأولى من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 224.

³ الفقرة 2 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁴ للتفصيل أكثر راجع، النوي الخرشى: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 184 وما يليها.

ت- حالة تمويل مستعجل ذي شروط خاصة: في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي إستوجبت هذا الإستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها¹. ويستوجب اللجوء للتراضي البسيط في مجال التمويل، إذا تعلق الأمر بمواد أو منتجات يطلبها الأفراد، وهو ما عبرت عنه الفقرة "بتوفير حاجات السكان الأساسية"، فكأنما نحن أمام حالة ميدانية تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة ماسة وسريعة لأن تتحرك بغرض ضمان حسن توزيع، وحسن تمويل وتوفير جيد ومستمر ومنظم لحاجة مادة معينة للسكان، كما لو تعلق الأمر بمادة القمح أو الزيت أو الحليب أو أي مادة ذات الإستهلاك الواسع. فلو ألزمت الإدارة المتعاقدة بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تكلفه من نشر وآجال وإجراءات لأثر ذلك سلباً على السوق، حيث يحدث خللاً من حيث توفير الحاجيات العامة، مما يضر بالسكان. كما مصطلح "ضمان" يجعل الإدارة ملزمة بتوفير الحاجات الأساسية في وقت قياسي، كأن يتعلق الأمر بزلزال أو فياضانات أصابت منطقة معينة من مناطق الدولة. وأن الإدارة تحت هذا الظرف أو الوضع تكلفت بتمويل السكان بمواد إستهلاكية معينة².

ث- في حالة مشروع ذي أهمية وطنية: يمكن اللجوء إلى التراضي البسيط عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعاً إستراتيجياً هو فتح لإمكانيات اللجوء إلى صيغة غير تنافسية لمجرد وصف المشروع بأن له أهمية وطنية ويكتسي طابع الإستعجال³.

ج- في حالة ما ذا تعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج: تتمثل الحكمة من إدراج هذه الحالة في تمكين الإدارة المعنية من إبرام الصفقة في زمن يسير بقصد ترقية الأداة الوطنية للإنتاج، بشرط الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء أو إجتماع مجلس الحكومة حسب الحد المالي للصفقة، المبينة في الفقرة 5 من المادة 49، والمحددة بمبلغ يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار⁴.

¹ المادة 3/49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 226 و 227. أيضاً، النوي خرشى: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 189 و 190.

³ للتفصيل أكثر راجع، النوي خرشى: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص ص (189-193).

⁴ راجع المادة 4/49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق. وللتفصيل في الموضوع أكثر، راجع، عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 227 و 228. أيضاً، النوي خرشى: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 193.

ح- في حالة ما إذا تعلق الأمر بنص تشريعي أو تنظيمي يمنح صفقة لمؤسسة صناعية وتجارية حصرياً للقيام بالخدمة، أو عندما تنجز هذه الأخيرة كل نشاطاتها مع الهيئات والإدارات العمومية ذات الطابع الإداري: هذه الحالة رغم أنها فقرة واحدة إلا أنها تخص حالتان يتمثلان في:

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية.
- عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

نلاحظ من خلال الحالتين أعلاه، أنّ المنظم جعل للحالة الأولى إمتياز حصري لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تقديم خدمة عمومية في مجال محدد، ويعطيها مكنة التعاقد بطريق التراضي حين إبرام الصفقات العمومية. وننوه أنّ الصفة الحصرية لهذه المؤسسات لا تعني أبداً الصفة الإحتكارية هذه الأخيرة التي كرستها الفقرة الأولى من المادة 49 والتي تدل على وجود متنافس وحيد يحتكر نشاطاً معيناً وينفرد به. بينما الصفة الحصرية تعني أنّ هناك العديد من المؤسسات التي تنشط في مجال واحد ويصدر النص معترفاً بمنح أحدها بصفة الحق الحصري للقيام بالخدمة العمومية¹. أمّا الحالة الثانية، فإنّه من الأهمية حصر إمكانيات لجوء هذه المؤسسات العمومية إلى المناولة من الباطن، إمّا بتحديد نسبة الأعمال التي يسمح بتنفيذها عن طريق المناولة، أو بالإرجاع والإحالة على ما تسمح به المادة أعلاه التي تلزم اللجوء إلى الصفقات في حالة التمويل العمومي الكلي أو الجزئي المؤقت أو النهائي².

خ- في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته: هذه الحالة لم ينص عليها المنظم في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إنّما جاءت نتيجة الظروف الإستثنائية التي مرت بها البلاد، والآثار السلبية التي تركها فيروس كوفيد 19 على إبرام الصفقة العمومية، لذلك تدارك المشرع الجزائري الوضع، فنص في المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 20-237، المحدد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19) ومكافحته³، على أنّه: "يمكن المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط لإبرام صفقات عمومية في

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 230 و231.

² المرجع نفسه، ص 194.

³ مرسوم رئاسي رقم 20-237، مؤرخ في 12 محرم 1442، الموافق ل 31 غشت سنة 2020، المحدد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19) ومكافحته، ج ر عدد 51، الصادر بتاريخ 12 محرم عام 1442 هـ، الموافق ل 31 غشت سنة 2020.

إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19) ومكافحته، ويمكن أن تتم المفاوضات على أساس الأسعار المتداولة في السوق".

نلاحظ من خلال هذه الحالة أنه رغم ذكر المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على سبيل الحصر، حيث لا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة¹. لذلك لم ندخل هذه الحالة التي فرضتها الظروف المستجدة نتيجة جائحة كوفيد 19، وإعتبرناها حالة مستقلة أدخلت بقوة القانون ضمن حالات التراضي البسيط.

يتضح من خلال نص المادة أعلاه وجود خطأ مادي، "المصلحة" تصبح، يمكن "للمصلحة المتعاقدة" بمعنى إضافة الحرف "ل". كما أننا نرى أنه رغم تدارك المشرع للأمر، لكننا لمسنا التأخير الحاصل، فمنذ تفشي هذا الفيروس في أواخر 2019، والأخذ بالتدابير الاحترازية منذ شهر مارس 2020. لم يصدر النص إلى غاية شهر أوت من نفس السنة، ونحن نعلم أن الصفقات العمومية تعتبر العمود الفقري للإقتصاد الوطني، لذلك يجب تكريس نصوص قانونية بصفة دائمة حسب المستجدات الحاصلة في المجتمع. وتجسيد التعاقد الإلكتروني لها، بإعتبره إمكانية وجود تعاقد افتراضي بسبب غياب التعاملات التقليدية في ظل الغلق الكلي إتباعا للتدابير والإجراءات الوقائية، ومن ثم الدفع بعجلة التنمية للبلاد.

ثانيا: التراضي بعد الإستشارة

حسب المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، فإنه يمكن للإدارة اللجوء للتراضي بعد الإستشارة في حالة عدم جدوى أسلوب طلب العروض للمرة الثانية، غير أنه يمكن اللجوء إليها أيضا في حالة عدم جدوى أسلوب المسابقة.

1- تعريف التراضي بعد الإستشارة: يعتبر التراضي بعد الإستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية، غير أنها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدراً ولو قليلاً من المنافسة التي تنعدم في التراضي البسيط، ففي حين يتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره، فإنّ التفاوض بعنوان التراضي بعد الإستشارة يتوجه إلى مجموعة أشخاص وفيه تتمكن المصلحة المتعاقدة من حصر إستشارتها في قائمة مؤسسات مستخرجة من بطاقة المتعاملين وعلى ذلك يفترض أن تكون هذه

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 231.

المؤسسات مؤهلة للغرض المطلوب إنجازه، كما توفر هذه الصيغة البساطة في الإجراءات فهي تستجيب إلى حالات الإستعجال النسبية¹.

2- حالات اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الإستشارة:

تنص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على حالات اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الإستشارة:

أ- حالة الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية: تنص المادة 2/40 من عندما تقوم الإدارة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب طلب العروض لإبرام صفقاتها، وتكون أمام حالة عدم جدوى للمرة الثانية، فإنه يمكنها المرور من أسلوب طلب العروض إلى أسلوب التراضي بعد الإستشارة، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 51 من المرسوم رقم 15-247، وتبعاً للمادة 40 من نفس المرسوم فإنه يعلن عن عدم جدوى طلب العروض في ثلاث حالات:

- عندما لا يتم إستلام أي عرض،
- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط،
- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

الجدير بالذكر أنه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإنه لا يمكن للإدارة اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الأولى، بل يجب أن يعيد الإجراء بإستثناء حالة إتباعها بداية لأسلوب المسابقة، حيث نصت المادة 7/48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أن يتم إعلان عدم جدوى المسابقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من نفس المرسوم، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة.

ب- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض: تحدّد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو الطابع السري للخدمات، مثال ذلك: قائمة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة المرتبطة بنشاطات الهيئة الوطنية

¹ النوي خوشي: تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 170. أيضاً، نبيل أزياب: سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية (مصر) 2018، ص 55.

للوفاية من الفساد ومكافحته التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء للمناقصة (طلب العروض حالياً)، والتي تحددت بموجب القرار الوزاري المشترك لسنة 2014، المحدد لقائمة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء للمناقصة¹، وقد تضمنت القائمة المذكورة الصفقات الآتية:

- تقديم خدمات الدراسات المتعلقة بالتحقيقات وعمليات سبر الآراء المسندة إلى مكاتب الدراسات العمومية ذات الصلة بمهام الهيئة،

- تقديم خدمات الدراسات المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته،

- تقديم الخدمات المتعلقة بعمليات إنتاج ونشر وطبع وترجمة وتوزيع نسخ المصنفات والمنشورات المتعلقة بميادين الهيئة،

- تقديم الخدمات المتعلقة بتنظيم المعارض والندوات والمؤتمرات والملتقيات،

- تقديم الخدمات المتعلقة بإخراج الأفلام والأشرطة الوثائقية والعلمية والومضات الإخبارية ذات الصلة بموضوع الوقاية من الفساد ومكافحته،

- تقديم الخدمات المتعلقة بالإيواء والإطعام وكراء المكاتب وقاعات المؤتمرات ووسائل النقل المختلفة.

ت- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة: كوزارة الدفاع مثلاً، وتحدّد قائمة هذه الدراسات واللوازم والخدمات والأشغال بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.

تتعلق هذه الحالة حصرياً بعقد الأشغال العمومية دون سواه من الصفقات. وهو من العقود التي تتحمل عنصر الزمن، ومن عقود العلن والوضوح والإشهار والإجراءات الطويلة كقاعدة عامة، لا عقود السرية والتراضي، غير أنه ونظراً لإتصاله بقطاع سيادي فرض الأمر طابع السرية واتخذ شكل وأسلوب التراضي بعد الإستشارة².

ث- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت بطبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب العروض: تعتبر هذه الحالة موضوعية تبرر اللجوء للتعاقد بطريق التراضي طالما أنّ المصلحة المتعاقدة كانت قد مرت بصفحة إقتناء لوازم أو أشغال أو خدمات في مرحلة طلب العروض، تطبيقاً للقواعد العامة، وتمّ إختيار العارض طبقاً للأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي، وتمّ توقيع الصفقة من قبل المصلحة المؤهلة. وبدأت

¹⁻² القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 9 جويلية 2014، المحدد لقائمة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء للمناقصة، ج ر عدد 63، الصادرة بتاريخ 22 أكتوبر 2014.

مرحلة التنفيذ. غير أنه نتيجة أسباب موضوعية حدث الفسخ وتعذر إجراء عملية إشهار جديدة بحكم أنّ المشروع المراد إنجازه لا يتحمل آجال طلب عروض جديد بالكيفيات المشار إليها في المرسوم الرئاسي، من إشهار وتلقي العروض والمنافسة، وتقييم العروض وإعلان النتيجة والطعن فيها وباقي الإجراءات، لذلك، ولدواعي موضوعية، رخص المشرع للمصلحة المتعاقدة بالتعاقد بطريق التراضي بعد الإستشارة. ولها أن تبرر ذلك عند ممارسة أيّ رقابة عليها من قبل الجهات المخولة قانوناً، فثبتت حالة الفسخ أولاً. وثبتت وضعية أو حالة عدم تحمل المشروع لآجال جديدة ثانياً¹.

ج- حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار إتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات عندما تنص إتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة حصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 235.

الفرع الثالث: إجراءات إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية بأسلوب التراضي بين

الحرية والتقييد

تعتبر إجراءات أسلوب التراضي جدّ بسيطة مقارنة بالإجراءات الشكلية السالف بيانها في اعتماد طلب العروض الإلكتروني، لأنّ الإدارة في أسلوب التراضي تتمتع بقدر من الحرية عكس ما رأيناه في طلب العروض، لذلك نجد أنّ الإجراءات تنقلص في هذا الأسلوب، وقد تعفى منها الإدارة حسب كلّ حالة؛

أولاً: حرية الإدارة في إختيار المتعامل المتعاقد بالتراضي

يمكن أسلوب التراضي الإدارة من إختيار المتعاقد معها دون حاجة إلى اللجوء للإشهار والدعوة إلى المنافسة، فأسلوب التراضي يعني المصلحة المتعاقدة من حيث الأصل من أهم قيد من قيود التعاقد ألاّ وهو قيد الإعلان¹. فالتعاقد عن طريق التراضي يعطي للإدارة حرية في التعاقد مع من تختاره، عكس ما رأيناه في أسلوب طلب العروض.

يختلف التراضي بعد الإستشارة عن التراضي البسيط في كونه يتضمن قدراً ولو ضئيلاً من المنافسة التي تنعدم نهائياً في التراضي البسيط، ففي حين يتم التفاوض في التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره، فإنّ التفاوض بعنوان التراضي بعد الإستشارة يتوجه إلى مجموعة أشخاص يتم إختيارهم من بطاقة المتعاملين، يفترض أن يكونوا مؤهلين للغرض المطلوب إنجازه. وبالتالي تقع هذه الصيغة في موقف وسط بين صيغ المناقصات المعقّدة والتراضي البسيط، كونها تكفل حداً أدنى من المنافسة من جهة وتوفر بساطة في الإجراءات من جهة ثانية². يفهم هنا أنّ التراضي البسيط تنعدم فيه المنافسة تماماً.

¹ نبيل ازرايب: سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 57.

² مدين أمال: مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، العدد 2، المجلد الأول، 2016، ص 40.

ثانياً: القيود الشكلية الواردة على التراضي بنوعيه

فرضت الضرورة العملية اللجوء إلى أسلوب التراضي بنوعيه تماشياً والظروف المفروضة والتي لا تتفق من حيث طبيعتها للجوء إلى أسلوب طلب العروض. لذلك فإننا نتغاضى عن الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من إختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في زمن معقول. وهي مقيدة بحالات مذكورة على سبيل الحصر¹.

يفترض في إجراء التراضي أن تعفى الإدارة من الأشكال والإجراءات المعقدة لإبرام الصفقات إلا أن هذا ليس مطلقاً ولا كلياً، فقد أخضع اللجوء إلى التراضي البسيط في تنفيذ الخدمات الإستعجالية للموافقة المسبقة في إجتماع الحكومة، كما فرض ضرورة أن تكون الخدمات موضوع التراضي البسيط بسبب عدم إمكانية تنفيذ الصفقة إلا من طرف متعامل واحد نتيجة لإعتبارات فنية أو ثقافية واردة ضمن القائمة التي يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية وكذلك الحال بالنسبة للصفقات مع المؤسسات العمومية التي تملك حقاً حصرياً للقيام بالخدمة العمومية، والتي يجب أن تكون واردة ضمن القائمة التي تحدّد بقرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني، كما أخضع الصفقات المتعلقة بمشروع ذي أولوية وأهمية وطنية وكذا تلك المتعلقة بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج إلى الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء متى كانت قيمتها تساوي أو تفوق عشرة ملايين دينار وللموافقة المسبقة في مجلس الحكومة متى كانت قيمتها أقل من ذلك².

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 231.

² مدين أمال: مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي، مرجع سابق، ص 48 و49.

ثالثاً: وسائل إبرام عقد الصفقة العمومية الإلكترونية بأسلوب التراضي

يعتمد أسلوب التراضي على التفاوض المباشر بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، وكون الصفقة إلكترونية فإنّ وسائل إبرامها لن تتأثّر دون إستعمال الوسيط الإلكتروني، باعتبار أنّ التفاوض يتم عن طريق البريد الإلكتروني أو الواب؛

1- البريد الإلكتروني E-mail

يقصد بالبريد الإلكتروني استخدام شبكات الإنترنت في نقل الرسائل بدلاً من الوسائل التقليدية¹، فهو طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة عبر شبكة الإنترنت². ويمثل البريد الإلكتروني جانباً هاماً من التجارة الإلكترونية، فبالإضافة إلى إرسال الرسائل المتبادلة بين الأطراف يستخدم أيضاً لنقل الملفات، كما يستخدم في التفاوض على العقود وإبرامها، وذلك لقلّة التكلفة وسرية المراسلات، حيث أنّ الوسائل الأخرى للمراسلات مثل الفاكس والتلكس لا تتمتع بنفس الأمان والسرية التي يتسم بها البريد الإلكتروني³.

2- التفاوض عن طريق مؤتمرات الفيديو

يعدّ التفاوض عن طريق مؤتمرات الفيديو، من أهم الطرق الحديثة المستعملة في التفاوض الإلكتروني،

¹ أشرف عبد القادر قنديل: الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2015، ص 66. يرجع الفصل لنشأة البريد الإلكتروني "Ray Tomlinson"، فكان قد صمم على شبكة الإنترنت برنامجاً لكتابة الرسائل يسمى "Sed message" ثم اخترع برنامج آخر بغرض نقل الملفات من جهاز لآخر سمي بـ Cypnet، ثمّ قام بدمج البرنامجين في برنامج واحد، ونتج عن هذا الدمج ميلاد البريد الإلكتروني. وعندما صادفته مشكلة تمثلت في أنّ الرسالة لا تحمل أي دليل على مكان مرسلها فكر بابتكار رمز يوضع بين إسم المرسل والموقع الذي ترسل منه الرسالة وكان إختياره للرمز @ وذلك في عام 1971، وأصبح أول بريد إلكتروني في التاريخ هو: Tomlinson@bbn-tenexa

² حنان ربحان مبارك المضحكي: الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2014، ص 144.

³ خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2007، ص 70. أيضاً، عباس العبودي: تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، (دراسة مقارنة معززة بآخر التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2010، ص 31.

ويتم التفاوض من خلال قيام المصلحة المتعاقدة بتوفير قاعة مؤتمرات مجهزة تحتوي على شاشات تلفزيونية وكاميرات تصوير، تربط الإتصال مباشرة بالمتعامل المتعاقد. ورغم الغياب المادي لأطراف العلاقة التعاقدية إلا أنّ حضورهما يتم إفتراضي من خلال الصوت والصورة أن يتم التفاوض بينهما بشكل مباشر.

3- التفاوض عبر غرف المحادثة

تمكن طريقة التفاوض عبر غرف المحادثة من نقل الصورة وحتى الكتابة في نفس الوقت، من خلال برامج تمكن من تقسيم شاشة الحاسوب إلى قسمين في جهة كتابة طرف، وفي الأخرى جواب الطرف الآخر، هذا دون نسيان الإتصال المباشر مما يمكن من عقد المؤتمرات عبرها. كما يستعان فيها بالأقمار الصناعية والألياف البصرية والتلفزيون الدولي المباشر وكلها وسائل توفر مشقات السفر وتكاليف الإنتقال¹.

¹ محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2003، ص 54.

الفصل الثاني: أثر البيئة الرقمية على مبادئ الصفقات العمومية

أثر التطور التكنولوجي في وسائل الإتصال على التعاقد الإداري بشكل فعال، حيث تطورت المبادئ العامة لإجراءات إبرام عقد الصفقات العمومية التي وضعها المشرع لحماية المتعاقد مع الإدارة ولتحقيق الصالح العام. فإذا كانت الصفقات العمومية محل إنفاق المال العام، فإن ذلك يعتبر من الحالات الخصبة لإهداره، مما يستوجب خلق آليات لحمايته خاصة في ظل المعاملات الإلكترونية. وضماناً لفعالية الصفقات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، فقد نص قانون الصفقات العمومية على وجوب مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، أي إعمال مبدأ حرية المنافسة وكذا مبدأ المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، مع ضرورة إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية. وقد أثبت الواقع العملي مدى التأثير الإيجابي للإدارة الإلكترونية في تفعيل المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، هذه الأخيرة التي تعدّ أهم أداة لجلب المتعامل الإقتصادي وطنياً كان أم أجنبياً. وقد توجهت الجزائر نحو إقتصاد السوق وكرست المبادرة الخاصة دستورياً، من خلال تثمين حرية الإستثمار والتجارة¹. فتكون الجزائر بذلك قد كرسّت لحرية الإستثمار والتجارة، ما يشكل ضماناً قوية للمتعاملين الإقتصاديين أجنبياً كانوا أو وطنيين، من خلال حماية حقهم في ممارستهم أنشطة إستثمارية وتجارية في مناخ يتوفر على قدر من المساواة والشفافية والمنافسة الحرة ودون تمييز، لتحقيق مصالحهم الإقتصادية من جهة وتحقيق أهداف الإدارة العمومية والمتمثلة أساساً في إشباع الحاجات العامة للمواطنين، والتي قد تربطها عقود إدارية يحكمها قانون الصفقات العمومية عندما يتعلق الأمر بتحقيق منفعة عامة أو مصلحة مرفق من المرافق العامة.

¹ نصت المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016، (القانون رقم 01-16، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر في 7 مارس 2016)، على أنه: "حرية الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.

- تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.
- تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين.
- يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة".

تبنى النظام القانوني الجزائري الإقتصاد الليبرالي المرتكز على قواعد المنافسة وحرية التجارة والصناعة، شمل إصلاحات في مختلف قطاعات النشاط الإقتصادي، منها؛ قانون الإستثمار¹، وخصوصة القطاع العام وتحرير الأسعار والتجارة الخارجية وكذا القطاع المالي والنقدي والضريبي².

تماشياً مع التطور المعلوماتي إرتأى المنظم الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة خلق نظام معلوماتي من خلال تبني جملة من المبادئ التقنية التي تتماشى وبالبيئة الرقمية، والتي تعد ضماناً حقيقية لحفظ وسلامة الوثائق من جهة وسرية وتأمين المعلومات من جهة أخرى، وهذا للقضاء على جميع الجرائم المعلوماتية الماسة بأمن وسلامة الوثائق في إطار عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.

سنتطرق من خلال ما سبق إلى بيان؛ مدى تأثير البيئة الرقمية على المبادئ العامة لعقد الصفقات العمومية الإلكترونية أي المبادئ الموضوعية (المبحث الأول)، ثم نتطرق بعدها لبيان تأثيرها على المبادئ الخاصة بنظام المعلوماتية للصفقات العمومية أي المبادئ التقنية (المبحث الثاني).

¹ قانون رقم 16-09، مؤرخ في 29 شوال 1437، الموافق ل 3 غشت 2016، المتعلق بترقية الإستثمار، ج ر عدد 46، الصادرة بتاريخ 3 غشت 2016.

² راجع، بوديوة عبد الكريم: مداخلة بعنوان: (مدى مساهمة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحي "دولة متدخلة أو ضابطة أو مترددة")، من أعمال الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الإقتصادية على المنظومة القانونية القانونية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر إلى 01 ديسمبر 2011، ص 163.

المبحث الأول: أثر البيئة الرقمية على المبادئ الموضوعية لعقد الصفقات

العمومية الإلكترونية (المبادئ العامة)

نص المنظم الجزائري على المبادئ العامة لإبرام عقد الصفقات العمومية بموجب المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية¹، وهي ذات المبادئ المنصوص عليها بموجب المادة 9 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته². وتكاد هذه المبادئ لا تخلو من عنصر النزاهة الذي نصت عليه المادة 9 من القرار الوزاري المتضمن محتوى البوابة الإلكترونية التي نصت على ضرورة التصريح بالنزاهة³، هذا التصريح يعتبر إجراء أولي لتفادي حالات الإقصاء من الصفقة العمومية. وقد نصت عليه المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية. ونظراً لأهمية عنصر النزاهة صدر قرار وزاري يحدّد نموذج التصريح بالنزاهة⁴.

نص التوجيه الأوروبي رقم 18-2004 الصادر في 31 مارس 2004، الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام العقود الإدارية الخاصة بالأشغال والخدمات والتوريد، في المادة الثانية منه على أنه: "في إبرام العقود في الدول الأعضاء بين الدولة والجماعات الإقليمية ومنظمات أخرى للقانون العام، يجب

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

² نصت المادة 9 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية...".

³ أكدت المادة 9 من القرار الوزاري المتضمن محتوى البوابة الإلكترونية على ضرورة التصريح بالنزاهة والتي نصت على أنه: "يكون تبادل الوثائق بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين متعلقاً على الخصوص ب: ... بالنسبة للمتعاملين الإقتصاديين ... - التصريح بالنزاهة".

⁴ قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011، المحدّد لنماذج رسالة العرض والتصريح والإكتتاب والتصريح بالنزاهة، ج ر عدد 24، الصادر بتاريخ 20 أبريل 2011. وبعد إلغاءه صدر قرار وزاري مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437، الموافق لـ 19 ديسمبر 2015، المحدّد لنماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالإكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 7 جمادى الثانية 1437، الموافق لـ 16 مارس 2016.

إحترام سرية حركة البضائع، شرعية المعاملات، والشفافية...¹، وتنص المادة 12 منه على أنه: "السلطات المتعاقدة يمكن أن تستعمل هذه التقنيات من أجل إحترام القواعد المنصوص عليها في التوجيه الحالي ومبادئ الشرعية، وعدم التمييز والشفافية..."². هذا وقد أقرت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003، في الفصل الثاني منها تحت عنوان "التدابير الوقائية"، في المادة 9 بعنوان المشتريات العمومية وإدارة الأموال العامة؛ على تامين المبادئ العامة للمشتريات من خلال المنافسة والشفافية والمساواة³.

¹ Article 2 de la directive Européenne 2004-18- CE du Parlement Européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, « La passation de marchés conclus dans les Etats membres pour le compte de l'Etat, doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence ».

² Article 12 de la directive Européenne 2004-18, op.cit.

³ تنص المادة 9 من إتفاقية الأمم المتحدة لعام 2003، على أنه: "المشتريات العمومية وإدارة الأموال العمومية:

1- تقوم كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم إشتراء مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير الموضوعية في إتخاذ القرارات، وتتسم، ضمن جملة أمور، بفاعليتها في منع الفساد، وتتناول هذه النظم التي يجوز أن تراعى في تطبيقها قيم جدية مناسبة، أمورا، منها:

أ- توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات وعقود الإشتراء، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في المناقصات، والمعلومات ذات الصلة أو الوثيقة الصلة بإرساء العقود، توزيعا عاما، مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين وقتا كافيا لإعداد عروضهم وتقديمها.

ب- القيام مسبقاً بإقرار ونشر شروط المشاركة، بما في ذلك معايير الإختيار وإرساء العقود وقواعد المناقصة.

ج- إستخدام معايير موضوعية ومقررة مسبقا لإتخاذ القرارات المتعلقة بالمشتريات العمومية، تيسيراً للتحقق لاحقا من صحة تطبيق القواعد أو الإجراءات.

د- إقامة نظام فعال للمراجعة الداخلية، بما في ذلك نظام فعال للطعن، ضمانا لوجود سبل قانونية للتنظم والإنتصاف في حال عدم إتباع القواعد أو الإجراءات الموضوعية عملا بهذه الفقرة.

هـ- إتخاذ تدابير، عند الإقتضاء، لتنظيم الأمور المتعلقة بالعملين المسؤولين عن المشتريات، مثل الإعلان عن أي مصلحة في مشتريات عمومية معينة، وإجراءات الفرز، والإحتياجات التدريبية.

2- تتخذ كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، تدابير مناسبة لتعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة الأموال العمومية وتشمل هذه التدابير مايلي:

أ- إجراءات لإعتماد الميزانية الوطنية.

ب- الإبلاغ عن الإيرادات والنفقات في حينها.

ج- نظاما يتضمن معايير للمحاسبة ومراجعة ما يتصل بذلك من رقابة.

د- نظما فعالة وكفوة لتدبر المخاطر وللمراقبة الداخلية.

هـ- إتخاذ تدابير تصحيحية، عند الإقتضاء، في حال عدم الإمتثال للإشترطات المقررة في هذه الفقرة.=

تأكدت هذه المبادئ في القانون المصري بموجب نص المادة 6 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018¹، تأكيداً للمادة 3/2 من نفس القانون من خلال بيان أنّ قانون الصفقات يهدف إلى تعزيز مبادئ الحوكمة، وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، وتجنب تعارض المصالح. أما المنظم الفرنسي فقد أشار إلى هذه المبادئ بموجب المادة 2/4 من القانون رقم 360-2016، والتي بينت أنه يمكن للمشتري استخدام نتائج الدراسات والتبادلات الأولية، شريطة ألا يكون لها تأثير يشوه المنافسة وألا يؤدي إلى إنتهاك مبادئ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، والمساواة في المعاملة بين المترشحين وشفافية الإجراءات²، بالإضافة لنص المادة 73 من نفس القانون³، وقد تأكدت نفس المبادئ في المادة الأولى من القانون المغربي، المتعلق

= 3- تتخذ كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير مدنية وإدارية، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، للمحافظة على سلامة دفاتر المحاسبة أو السجلات أو البيانات المالية أو المستندات الأخرى ذات الصلة بالنفقات والإيرادات العمومية ولمنع تزوير تلك المستندات".

¹ نصت المادة 6 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، على أنه: "تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص". وهذه المادة جاءت تأكيداً للمادة 3/2 من نفس القانون والتي نصت على أنه: "يهدف تطبيق أحكام هذا القانون إلى:

- تعزيز مبادئ الحوكمة ، وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، وتجنب تعارض المصالح".

² L'article 1 du décret n° 2016-230, « Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

وهو ما نصت عليه سابقاً، المادة الأولى من قانون العقود الإدارية رقم 2004-15، والتي جاء فيها: "في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها، يجب إحترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة والمساواة بين المتنافسين، والشفافية في الإجراءات".

L'article 1 du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, J O n° 6 du 8 janvier 2004 Page 37003, texte n° 2 : « ...Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ... ».

³ Article 73 /II : «La procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité.

Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises.

III. - La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. A cette fin, le pouvoir adjudicateur s'abstient de donner toute information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Il informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en application du II de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai suffisant et identique pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à=

بالصفقات العمومية لسنة 2013¹. وكذا الفصل 6 من قانون الصفقات العمومية التونسي لسنة 2014، المنقح والمتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018².

نستشف أنّ المنظم الجزائري هذا حذو المنظم الفرنسي والمصري والمغربي والتونسي وكذا التوجيه الأوروبي فيما يتعلق بالمبادئ العامة لإبرام الصفقات العمومية والمتمثلة في حرية الدخول في المنافسة والمساواة بين المتنافسين وكذا الشفافية في الإجراءات. لكن السؤال المطروح يتمحور في كون المبادئ العامة للصفقات العمومية تتمحور فقط ضمن الإستعمال الحسن للمال ونجاعة الطلبات العمومية، أم أنّ هناك أهدافاً أخرى يجب تداركها؟ وما مدى تأثير الوسائط الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام عقد الصفقات العمومية؟

=nouveau ».

¹ المادة الأولى من المرسوم رقم 2.12.349 لسنة 2013، المتعلق بالصفقات العمومية، تحت عنوان "مبادئ عامة"، حيث جاء فيها: "

يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ التالية:

- حرية الولوج إلى الطلبية العمومية؛
- المساواة في التعامل مع المتنافسين؛
- ضمان حقوق المتنافسين؛
- الشفافية في اختيارات صاحب المشروع؛

ويخضع إبرام الصفقات العمومية كذلك لقواعد الحكامة الجيدة.

يأخذ إبرام الصفقات العمومية بعين الاعتبار احترام البيئة وأهداف التنمية المستدامة. =

= من شأن هذه المبادئ أن تمكن من تأمين الفعالية في الطلبية العمومية وحسن استعمال المال العام. وتتطلب تعريفاً قبلها لحاجات الإدارة واحترام واجبات الإشهار واللجوء إلى المنافسة وإختيار العرض الأفضل إقتصادياً. ويتم تفعيل هذه المبادئ والواجبات وفقاً للقواعد المحددة في هذا المرسوم".

² فقد نص في الفصل 6 من الباب الثاني بعنوان "مجال التطبيق والمبادئ العامة" من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، منقح ومتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، على أنّه: "تخضع الصفقات العمومية إلى المبادئ التالية:

- المنافسة.
 - حرية المشاركة في الطلب العمومي.
 - المساواة أمام الطلب العمومي.
 - شفافية الإجراءات ونزاهتها.
- كما تخضع الصفقات العمومية إلى الحوكمة الرشيدة وتأخذ بعين الاعتبار مقتضيات التنمية المستدامة...".

تستوجب الإجابة على التساؤل المطروح دراسة مبدئية الوصول للطلبات العمومية في عقد الصفقات الإلكترونية (المطلب الأول)، ثم نتطرق لمبدأ المساواة مابين المتنافسين (المطلب الثاني) وأخيرا ندرس مبدأ شفافية الإجراءات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تكريس مبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

(حرية الوصول للطلبات العمومية)

يدل الإهتمام بإعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية على تبني المشرع لإرادة سياسية تهدف إلى الحرية الاقتصادية، بإعتبار أنّ المنافسة تعدّ أحسن وأفضل وسيلة لإستقطاب أكبر قدر من المتعاملين الإقتصاديين. وفي ظل عصر الرقمنة كان لزاماً تفعيل التعاملات الإلكترونية في عقد الصفقات العمومية تفعيلاً لمبدأ المنافسة الذي يضمن بدوره فتح باب التزاحم الشريف أمام المتعاملين المتقدمين بالعروض دون تمييز.

لكن التساؤل الذي يُطرح؛ هو مدى خضوع الصفقات العمومية الإلكترونية لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (المنافسة)، وإذا سلمنا بوجود حماية قانونية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية، فما هو نطاقها؟ وما هي أسسها القانونية؟

للإجابة على هذا التساؤل ولبيان تأثير المعلوماتية على مبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية لابد من دراسة مدى إعمال مبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم بيان نطاق تطبيق مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية (الفرع الثاني)، لنتوصل لمسألة الأسس النظرية والعملية التي يقوم عليها هذا المبدأ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إعمال مبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

تعدّ المنافسة الحرة سمة من سمات النظام الليبرالي الذي إنتهجه الجزائر، هذا ما أدى إلى سعي الدولة إلى إعادة النظر في منظومتها القانونية عن طريق تكريس مبدأ حرية المنافسة خاصة في مجال الصفقات العمومية¹، حيث جعل المنظم أحكام هذه الأخيرة مستوحاة من قانون المنافسة. وبما أنّ الصفقة العمومية تعتبر بمثابة الأداة الإستراتيجية التي حولها المنظم للمصلحة المتعاقدة من أجل تسيير المال العام وإنجاز أعمال وخدمات، فإنّه من الأهمية بما كان أن يتم إخضاعها لنظام قانوني متميز عن غيره من العقود. حيث تقوم المنافسة الحرة على فكرة الليبرالية الإقتصادية القائمة على حرية المنافسة وفكرة المساواة بين الأفراد في الإنتفاع من خدمات المرافق العامة². وتتطوي المنافسة على فوائد كبيرة لا يمكن إنكارها غير أنّ تلك الفوائد تتوقف على نطاق الحرية والتحرر من القيود والإلتزام بالمشروعية، والمساواة، ومراعاة آداب المهنة وتقاليدها، والثقة والنزاهة والأمانة التي من شأنها القضاء على المنافسة المهلكة، بمعنى آخر الحد من فن الحرب في العلاقات الإقتصادية³. وقد باتت المنافسة أمراً طبيعياً ومبدأً أساسياً في عالم الإقتصاد، بعد أن تأكّد أنّ حرية التجارة وحرية المنافسة صنوان لا ينفصلان⁴. فإعتماد المنافسة الحرة في الإقتصاد بوجه عام والصفقات العمومية بشكل خاص وجعلها من ركائز النظام العام الإقتصادي في الدولة يضمن حماية فعالة للمال العام. ويسمح بالإستعمال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على صور الفساد، فيعتبر الإشتراك في الصفقات العمومية حرّاً تماشياً مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة المكفولة دستورياً⁵. حيث يدلّ الإهتمام المتزايد بحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تعميق آليات إقتصاد السوق والحرية الإقتصادية بتكريسها في أجهزة الدولة وإدخالها

¹ ذكر مصطلح المنافسة في القرآن الكريم في قوله تعالى: "خِتَامُهُ مِسْكَ وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ" الآية 26 من سورة المطففين.

² مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 148.

³ محمد سلمان الغريب: الإحتكار والمنافسة غير المشروعة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 50.

⁴ المرجع نفسه، ص 52.

⁵ بروك حليلة: "دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014، ص 300.

إلى المجال الإداري، ومن ثمّ إلزام الأشخاص العامة بإحترام مبدأ المنافسة الحرة¹. ولبين أهمية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية، سنتطرق لتعريفه، ثم نبيّن نطاقه وكذا الأساس القانوني له.

أولاً: تعريف مبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

أصبح الإعلان عن الصفقة العمومية يتعدى الحدود الإقليمية عن طريق عرضه على الشبكة المعلوماتية، وفي مواقع الهيئات الحكومية على الإنترنت من خلال إستحداث بوابة إلكترونية. ما يعني أنّ النشر الإلكتروني يستقطب أكبر عدد من المتنافسين، خاصة وأنّ الصفقات توجه للأجانب أيضاً. فإدخال الوسائط الإلكترونية في إبرام الصفقة العمومية يؤثر على مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة، لأنّ العقد الإلكتروني من ميزاته التعاقد عن بعد، أي لا تكون الصفقة على المستوى الداخلي فقط. لذا فإنّ حرية المنافسة في الصفقات العمومية في العالم الإلكتروني تكون أكبر فعالية مما كانت عليه في الصفقات التقليدية.

تعني المنافسة فتح باب التزاحم الشريف أمام كلّ من يود الإشتراك في الصفقة، والمنافسة بهذا المعنى تقتضي أنّ يعامل كلّ المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه، أو على حسابهم، وهذا يعني أنّ الشروط المطلوبة للإشتراك في الصفقة يجب أن تكون واحدة بالنسبة للجميع². فمبدأ المنافسة يعبر عن حق الأفراد في التقدم للصفقة العمومية دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العرض عليه³، عن طريق إعطاء الفرصة لكلّ من تتوفر فيه الشروط ليتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة، غير أنّ هذا المبدأ لا يعني إنعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة، فالإدارة ملزمة بإحترام مبدأ حرية المنافسة حيث لا يجوز لها إقصاء متعهد أو منعه من المشاركة إلّا في حالة عدم توافر الشروط، كما أنّ إتجاه الإدارة إلى تفضيل أحد المتقدمين على حساب الآخرين يؤدي إلى بطلان هذا الإجراء إلّا إذا

¹ محمد الشريف كتو: "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2010، ص 74. أيضاً، بوديوة عبد الكريم: مداخلة بعنوان: (مدى مساهمة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحي "دولة متدخلة أو ضابطة أو مترددة")، مرجع سابق، ص 163.

² أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2013، ص 70.

³ محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية (الجزء الثاني)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب) 2015، ص 98.

كان التفضيل مستنداً على أساس قانوني¹. فإذا لم يوجد أي مانع قانوني من إشراك أي متنافس في إطار إحترام الشروط القانونية العامة والإجراءات الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة، فلا يجوز للإدارة أن تبعد مترشحاً متى توافرت فيه الشروط القانونية، معنى ذلك أن تقف موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين تطبيقاً للمبدأ الدستوري "حياد الإدارة"، وهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المرشحين التي تدعوها وتلك التي تبعدها، ماعدا الممنوعين فقد حدّد المنظم كليات التسجيلات والسحب من قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، تطبيقاً للقرار الوزاري المحدّد لكيفية التسجيل والسحب من قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية بالإضافة إلى المقصيين منها².

يعتبر مبدأ الدخول إلى المنافسة من أهم المبادئ العامة لإبرام الصفقات العمومية الإلكترونية، ذلك أنّ هذا المبدأ يتلائم مع الغرض من إبرام الصفقة، بإعتبار أنّ أسلوب العروض في الصفقات العمومية يهدف إلى إستقطاب أكبر قدر ممكن من المتنافسين وصولاً إلى رؤو الصفقة عند المتقدم بأحسن عرض فني. بمعنى أنّ هذا المبدأ يتيح فرصة إختيار أحسن عارض. حيث يعتبر هذا المبدأ الطريق الأنسب في طلب العروض، لأنّ الهدف الذي يرمي إليه طلب العروض هو جلب أكبر قدر ممكن من المتعاملين. خاصة وأنّ التعامل الإلكتروني يوسع قدر الإمكان في دائرة العارضين المهتمين بالصفقات العمومية مما يتيح إختيار أفضل عرض من الناحية التقنية سواء تعلق الأمر بالجانب المالي أو الفني. لأنّ الصفقة العمومية

¹ أنظر كلّ من؛ رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 62. أيضاً، صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 67. جابر جاد نصار: المناقصات العامة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة)، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص 14. مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 496. زوزو زوليخة: جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن (عمان) 2015، ص 267. عماد مجدي عبد الملك: العقود الإدارية وأحكامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2011، ص 46. ريم على إحسان محمد العزاوي: وسائل إبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 103.

² راجع، بروك حليلة: "دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 301. راجع أيضاً؛

- القرار الوزاري المؤرخ في 07 ربيع الأول عام 1437، الموافق ل 19 ديسمبر 2015، المحدّد لكيفية التسجيل والسحب قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 16 مارس 2016.
- القرار الوزاري المؤرخ في 07 ربيع الأول عام 1437، الموافق ل 19 ديسمبر 2015، المحدّد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 16 مارس 2016.

الإلكترونية لا تبرم على المستوى المحلي فقط، بل كذلك على المستوى الدولي، وهذا ما يؤدي إلى فعالية المنافسة، حيث يشارك فيها المؤسسات الصغيرة والكبيرة سواءً الدولية منها أو الداخلية، مما يعطي فرصاً أكبر للإدارة للاختيار بين العروض¹. فمبدأ اللجوء إلى المنافسة يفرض تنظيماً إقتصادياً قائماً على إقتصاد السوق قوامه تعدد العروض أمام الطلب. فلا يمكن تصوره في منظومة تنكر الحرية الفردية².

ثانياً: الأساس القانوني لمبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

نص المنظم الجزائري على مبدأ حرية الدخول في المنافسة بموجب المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، على أنه: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن يراعى في الصفقات العمومية مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية...". كما نصت المادة 12 من التوجيه الأوروبي رقم 18-2004 الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات³، على مبدأ حرية المنافسة حيث جاء فيها: "هذه التقنيات تسمح بتوسيع المنافسة وتطوير فعالية المشتريات العمومية". هذا ما أخذ به المنظم الفرنسي في المادة 2/4 من القانون رقم 360-2016، والتي نصت على أنه: "يمكن للمشتري استخدام نتائج الدراسات والتبادلات الأولية، شريطة ألا يكون لها تأثير يشوه المنافسة وألا يؤدي إلى إنتهاك مبادئ حرية الوصول إلى الطلب العمومي"⁴، بالإضافة لنص المادة 2/73 من نفس القانون، والتي نصت على أنه: "يمكن أن يتم الإجراء التنافسي مع التفاوض في مراحل متتالية لتقليل عدد العروض التي سيتم التفاوض عليها من

¹ رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 66.

² راجع، عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 78.

³ التوجيه الأوروبي رقم 18-2004 الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات، مرجع سابق.

⁴ L'article 1 du décret n° 2016-230 : « Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique ».

وهو ما نصت عليه سابقاً، المادة الأولى من قانون العقود الإدارية رقم 15-2004، والتي جاء فيها: "في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها، يجب إحترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة والمساواة بين المتنافسين".

L'article 1 du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, J O n° 6 du 8 janvier 2004 Page 37003, texte n° 2 : « ...Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ... ». et 1 du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics : « ...Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique ... ».

خلال تطبيق معايير المنح المحددة في وثائق الإستشارة...، وفي مرحلة التفاوض النهائية، يجب أن يكون عدد العروض المتبقية للتفاوض كافياً لضمان المنافسة الفعالة...¹.

أكد المنظم المغربي على هذا المبدأ بموجب المادة الأولى من المرسوم رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية²، السالف الذكر على أنه: "يخضع إبرام الصفقات العمومية لمبدأ حرية الولوج إلى الطلبية العمومية".

ثم المشرع التونسي مبدأ المنافسة في الفصل 6 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، منقح ومتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، بنصه على أنه: "تخضع الصفقات العمومية إلى المبادئ التالية:

- المنافسة.

- حرية المشاركة في الطلب العمومي".

نلاحظ إستعمال المنظم التونسي لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في موضعين؛ المنافسة وكذا حرية المشاركة في الطلب العمومي، ما يعني تأكيده على ضرورة إعمال هذا المبدأ.

إدخال الوسائط الإلكترونية في إبرام العقود عموماً، وإبرام العقود الإدارية خصوصاً ولاسيما عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، قد أثر على هذا المبدأ نوعاً ما، باعتبار أنّ حرية المنافسة في هذا الشأن تكون أوسع، وبالتالي تتابع الإدارة فرصة إختيار أفضل العروض مالياً وفنياً. ولاشك أنّ حرية المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية تكون مدعومة بصورة أكبر من خلال مبدأ الشفافية، لأنّ الإعلان عن الصفقة سيتم من خلال شبكة الإنترنت. مفاد ذلك أن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (المنافسة) يرتبط بمبدأ فرعي وهو وجوب الإشهار، وهذا يستلزم إقرار مسؤولية الإدارة الجزئية والإدارية في حال

¹Article 73 /II : «La procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité.

Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises ».

² المرسوم رقم 2.12.349 لسنة 2013، المتعلق بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

إخلالها بقواعد الإشهار والمنافسة النزيفة والشريفة. فمسئوليتها الجزائية مقننة بموجب المادة 9 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹.

تأكد مبدأ حرية المنافسة أكثر في ظل عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، كونه يفتح باب التفاوض بين الإدارة والمتعاقد من أجل الحصول على أفضل العروض، فضلاً على أنّ الإعلان على شبكة الإنترنت يعطي فرصة لجميع المؤسسات سواء كانت صغيرة أو كبيرة للإشتراك في العملية التي تتقدم بها الإدارة، وبالتالي يسهل التفاوض بينهما عن طريق البريد الإلكتروني أو شبكة الويب أو غرفة المحادثة².

الفرع الثاني: نطاق تطبيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الإلكترونية

(حدود مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية)

إعمال مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ليس على طلاقته، حيث يضيق ويتسع حسب أسلوب التعاقد المعتمد، سواء طلب العروض كقاعدة عامة أو التراضي كاستثناء على القاعدة، فلو سلمنا بداهة بوجود منافسة في أسلوب طلب العروض، فإننا لا نتوقع ذلك في أسلوب التراضي. بمعنى وجود منافسة في طلب العروض دون أسلوب التراضي، وهنا نواجه بعض الإشكالات من حيث تذبذب بعض النصوص القانونية. كيف لا ونحن نجد المادة 2/2 من قانون المنافسة³، تنص على أنه: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على:

- الصفقات العمومية، بدءاً من نشر الإعلان عن المناقصة، إلى غاية المنح النهائي للصفقة".

يستفاد من نص المادة 2 من قانون المنافسة أنّ الصفقات العمومية بأسلوبها في التعاقد تخضع لمبدأ المنافسة، وهذا خطأ، حيث أنّ إعتقاد أسلوب التراضي بشكليه لا يخضع للمنافسة الحرة. لذلك كان حري

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 79. راجع المادة 9 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.

² ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 68.

³ أمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424، الموافق ل 19 يوليو 2003، يعدل ويتم القانون رقم 10-05، مؤرخ في 5 رمضان 1431 هـ، الموافق ل 15 غشت 2010 م، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 غشت 2010.

بالمشرع أن يتدارك ضرورة إعادة صياغة النص، فيصبح على الشكل الآتي: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على:

- **طلب العروض**، بدءاً من نشر الإعلان، إلى غاية المنح النهائي". بمعنى إستبدال مصطلح الصفقة العمومية بطلب العروض، على إعتبار أنّ الصفقة تتعقد بشكليين طلب العروض وأسلوب التراضي وهذا الأخير لا جدوى للحديث عن حرية الدخول للمنافسة بصدده.

سلمنا بوجود منافسة في أسلوب طلب العروض، بإعتباره القاعدة العامة. إلا أنّ هذه المنافسة ليست على طلائقتها. حيث نجد أشكاله تعرف بعض القيود على هذا المبدأ، ضيقاً واتساعاً، ويعتبر طلب العروض المفتوح الأسلوب الوحيد الذي يمكننا من خلاله تتمين وتكريس مبدأ المنافسة في التعاقد الإلكتروني في الصفقات العمومية، بإعتبار عدم وجود أي قيد في ذلك.

يجد مبدأ المنافسة تطبيقه الحقيقي في طلب العروض، من خلال إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيهم الشروط للتقدم للصفقة. ذلك أنه من حق كلّ شخص إستوفى الشروط القانونية التنافس حتى يرسو العطاء عليه، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق لغير سبب قانوني¹. هذا وتقضي حرية الوصول للطلبات العمومية أن تتبع الإدارة المعنية إجراءات الإشهار، فلا تكون صفقاتها سرية، إذ كيف يتسنى للعارض تقديم العرض إذا لم يتم إفصاح من جانب الإدارة عن موضوع الصفقة، والعرض محل المنافسة. وهو ما قد يترتب عليه تقديم أكثر من عرض أمامها على الوضع الغالب لتتولى تقييم كلّ عرض. ولقد أثبتت الدراسات أنّ للمنافسة فوائد عدّة سواء بالنسبة للسوق أو للعارضين ولها أيضاً فائدة بالنسبة للإدارة المتعاقدة².

يعتبر مبدأ المنافسة تجسيد واقعي لإلتزام المصلحة المتعاقدة بالوضع في المنافسة، وذلك بالإحجام على عرقلة ترشح أي شخص لتقديم عرض بشأن طلبات الإدارات العامة، وتبعاً لذلك جعل المرسوم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، طلب العروض هو الأصل في إبرام الصفقة العمومية، ولا يتم اللجوء إلى التراضي إلا بصفة إستثنائية³، لذا فإنّ هذا المبدأ يجد حجه الحقيقي في طلب العروض المفتوح، مقارنة بطلب العروض المحدود وطلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا التي وإن كانت المنافسة

¹ عماد مجدي عبد الملك: العقود الإدارية وأحكامها، مرجع سابق، ص 46.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 78 و79.

³ الحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2016، ص 178.

غير غائبة فيها، إلا أنها قاصرة على أشخاص معينين ومعروفين سلفاً للإدارة. ولا يعني طلب العروض إمكانية منح الصفقة لأي شخص يكون قد قدم أحسن عرض، بل لابد من أن تتوفر في مقدم العرض الكفاءة التقنية والمالية والمهنية، فلا يتم التعاقد إلا مع أصحاب الاختصاص، هذا ما تؤكد أحكام المادة 53 من المرسوم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية¹.

نطاق تطبيق مبدأ المنافسة منوط بمدى توافر الشروط القانونية المطلوبة لدى العارضين الذين يودون المشاركة في الصفقة المطروحة، بمعنى أنه إذا لم تتوفر هذه الشروط لديهم، فمن حق جهة الإدارة صاحبة الصفقة المطروحة أن لا تسمح للعارضين بالدخول للصفقة، وبالتالي يتم إستبعادهم منها²، أو قد يمنعون بنص القانون، وقد يرجع ذلك لإعتبارات أهمها؛

- طبيعة الصفقة؛ فمثلاً نجد أن طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهد، بمعنى أن هذا الشكل يعدّ بمثابة مرآة عاكسة لمبدأ حرية المنافسة على الصفقات العمومية الإلكترونية، في حين نجد أن طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا يعترضه إستثناء على مبدأ حرية المنافسة بإعتبار أنه يشترط قدرات دنيا، وهو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد. ولا يتم إنتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة. وتخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع. أما طلب العروض المحدود فهو إجراء لإستشارة إنتقائية يكون المترشحون الذين تمّ إنتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، لأن طلب العروض المحدود مقصور بطبيعته على أشخاص معينين، لذلك تكون المنافسة

¹ تنص المادة 53 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أنه: "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة". وتبعاً للمادة 54 من نفس المرسوم، وما بعدها، فإنه: يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاة مايلي:

- التأكد من القدرات التقنية والمهنية والمالية للمترشحين والمتعهدين، قبل القيام بتقديم العروض التقنية.
- أن تستعلم أثناء تقييم الترشيحات عن قدرات المتعهدين حتى يكون إختياراً سديداً، وذلك بإستخدام كل وسيلة قانونية ولا سيما لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج.
- الأخذ في الحسبان عند تقييم قدرات المرشح أو المتعهد، قدرات المناول المقدم في العرض، وذلك في حالة إعتداد المرشح أو المتعهد أثناء تقديم عرض بقدرات مؤسسات أخرى".

² أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص

في هذه الحالة لمن لهم حق الإشتراك فيها دون غيرهم، وفي أسلوب المسابقة باعتبارها إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعدّه صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة. ففي المسابقة يقتصر طلب العروض على رجال الفن دون غيرهم، ما يعني بمفهوم المخالفة، أنه لا يحق لغير رجال الفن التنافس في المسابقة¹.

- ضمان المصلحة العامة؛ لما كانت الصفقة العمومية الإلكترونية مرتبطة أشد الإرتباط بالمصلحة العامة، فإنّ من واجب الإدارة أن تتأكد مقدماً من صلاحية العارضين، فيتعيّن على هؤلاء أن يثبتوا قيامهم، في عهد قريب، بأعمال تشبه في نوعها الأعمال المطروحة في العرض، حتى لا تتعاقد الإدارة مع بعض المغامرين، فتضار المصلحة العامة².

تملك المصلحة المتعاقدة حرية إختيار المتعامل المتعاقد في أسلوب التراضي دون اللجوء إلى إجراءات المنافسة، وذلك عن طريق الإتفاق المباشر، وهذا مؤداه إقصاء عدد هائل من المتنافسين، لذلك نقول أنّ إعتقاد أسلوب التراضي يشكل قيوداً على حرية المنافسة، لكنّه لا يشكل عائقاً لإبرام الصفقات العمومية الإلكترونية، لأنّ الإتفاق المباشر يتم بين الشخص العام والمرشح، وذلك بإعلان إيجابه الإلكتروني من خلال شبكة المعلومات الدولية، سواءً من خلال البريد الإلكتروني أو غيرها من الوسائط الإلكترونية الأخرى، وتقوم الإدارة بعدها بالتفاوض مع المتعاقد بإرسال القبول من خلال الوسائط الإلكترونية المعروفة، فينعقد العقد بمجرد علم المترشح بذلك³.

¹ راجع المواد 43 و44 و45 و47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، أنظر؛ فيروز حوت: "القيود الواردة على حرية المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية"، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، العدد الخامس (05)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة جوان 2018، ص 185.

² أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص 72.

³ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 106. أيضاً، حوت فيروز: "القيود الواردة على حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية"، رجع سابق، ص 185.

الفرع الثالث: الأسس التي يقوم عليها مبدأ حرية المنافسة

تستند الصفقات العمومية الإلكترونية إلى مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية أو ما يعرف بمبدأ المنافسة، هذا ما رأيناه سالفاً من خلال تبيان النصوص القانونية التي كرسنا ذلك، غير أنّ هذا المبدأ لم يظهر من العدم إنّما هناك أسباب نظرية وأخرى عملية أدت إلى ظهوره؛ وتتجلى هذه الأسباب في:

أولاً: الأسس النظرية

1- الحرية الاقتصادية

بيننا سلفاً أنّ المنهج الليبرالي الذي تبناه المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات ثمن من مبدأ حرية المنافسة.

2- المساواة أمام القانون

رغم أنّ مبدأ المساواة يعتبر مبدأ مستقلاً، إلاّ أنّه يعتبر أساساً لمبدأ المنافسة، لأنّ هذا الأخير لن يتم إلاّ من خلال السماح لكلّ المتقدمين للصفقة بالإشتراك فيها، اللهم إلاّ إذا كانوا ممن استبعدهم القانون صراحة أو أقصاهم، فمبدأ المساواة يعتبر آلية فعالة لضمان المنافسة في عقد الصفقة العمومية.

ثانياً: الأسس العملية

1- مراعاة المصلحة المالية للإدارة عن طريق إستقطاب أكبر عدد من المتنافسين

مبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية يستقطب أكبر قدر من المتنافسين، وهذا ما يؤدي إلى الحصول على أقل سعر ممكن، ممّا يؤدي إلى تحقيق المصلحة المالية للإدارة¹.

2- المحافظة على النزاهة

تحافظ المنافسة على النزاهة في عمليات إبرام العقد، وتمنع شبهة المحاباة عن الإدارة وموظفيها أثناء عملية إبرام الصفقات العمومية، وقد أثبتت التجارب والخبرات التاريخية أنّ فتح باب السلطة التقديرية أمام الإدارة لإختيار المتعامل معها قد أدى إلى الفساد²، ويعتبر عنصر النزاهة في تكوين عقد الصفقات العمومية الإلكترونية أساساً ضرورياً، لذلك أكّد المنظم الجزائري على عنصر النزاهة بموجب المادة 9 من

¹ مهندس مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 500.

² المرجع نفسه، ص 501.

القرار الوزاري المتضمن محتوى البوابة الإلكترونية¹، التي نصت على أنه: "يكون تبادل الوثائق بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين متعلقاً على الخصوص ب: ... التصريح بالنزاهة"، وكما نوهنا سالفاً أنّ هذا التصريح يعتبر إجراءً أولياً لتقاضي حالات الإقصاء من الصفقة العمومية. وقد نصت عليه المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية².

المطلب الثاني: تكريس مبدأ المساواة فيما بين المترشحين في عقد الصفقات

العمومية الإلكترونية

تقف المصلحة المتعاقدة حيال الطلبات والعروض المقدمة موقف الحياد فلا يجوز لها كأصل عام التفضيل والتمييز بين العارضين إلا ضمن الأطر التي حددها القانون. وهذا يفرض تقديم مبدأ المساواة³. فلا يكفي أن تكفل الإدارة حرية المنافسة لجميع من تقدم للصفقة، للوصول إلى أفضل متعاقد، بل يجب عليها إعمال مبدأ المساواة بين جميع مقدمي العروض، بحيث تكون المفاضلة بينهم على أساس الكفاءة الفنية والمقدرة المالية على الإضطلاع بأعباء المشروع موضوع التعاقد. فلكل صفقة شروطها وميعاد التقدم إليها، لذلك يجب إحترام الشروط والميعاد بطريقة واحدة متساوية بين الجميع، فلا يقبل في الصفقة أي شخص لم يستوف شروطها أو تقدم بعد الميعاد، أو تقدم في الميعاد ولكن لم يدفع التأمين كاملاً⁴.

يجب على الإدارة أن تتصرف مع المتعاقدين معها بروح المساواة، بحيث لا تميز بين راغب في التعاقد معها وآخر إلا على أساس الكفاءة المالية والفنية وإمكانية تنفيذ العقد. وتعتبر حسن سمعة المتعاقد مع

¹ قرار وزاري مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية...، مرجع سابق.

² تنص المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "يجب أن تشمل العروض على ملف الترشيح وعرض تقني وعرض مالي.

يوضع ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومحكمة بإحكام، يبين كل منهما تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه، وتتضمن عبارة "ملف الترشيح" أو "عرض تقني" أو "عرض مالي"، حسب الحالة.

وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغفل ويحمل عبارة "لايفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض - طلب العروض رقم ... - موضوع طلب العروض".

1- يتضمن ملف الترشيح ما يأتي:

- تصريح بالترشيح،.....

- تصريح بالنزاهة...."

³ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 80.

⁴ عماد مجدي عبد الملك: العقود الإدارية وأحكامها، مرجع سابق، ص 46 و 47.

الإدارة من موجبات التعاقد معها ولا تتحقق المنافسة الفعلية إلا بالمساواة بين الأشخاص الراغبين في التعاقد. إستنادا إلى ذلك لا يجوز للإدارة وضع شروط على أحد الأفراد دون غيره أو إسقاط بعض المتطلبات عن البعض دون الآخرين أو زيادة في عدد الشروط المطلوبة من بعض الأفراد¹.

يجب لبيان مسألة تكريس مبدأ المساواة فيما بين المترشحين في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية بداية التطرق لتعريف مبدأ المساواة (الفرع الأول)، ثم نبين أساسه القانوني (الفرع الثاني)، لندرس بعد ذلك شروط إعماله (الفرع الثالث)، وكذا تبيان حدوده (الفرع الرابع)، وفي الأخير نبين نتائج إعماله (الفرع الخامس).

الفرع الأول: تعريف مبدأ المساواة

يقصد بمبدأ المساواة بين المرتفقين، أن يقدم المرفق العام خدماته لكل من يطلبها بنفس الشروط المقررة لتقديم الخدمة، ودون اعتبار لمكانة المُرْتَفِق أو مستواه الثقافي، أو وضعيته الإجتماعية أو الإقتصادية أو إنتمائه السياسي، وغيرها من الأمور التي تؤثر على تطبيق هذا المبدأ الذي يعدّ تطبيقا للقاعدة القانونية المعروفة، بأنّ الجميع سواسية أمام القانون...، فكلّ شخص تتوفر فيه الشروط التي تحددها القوانين يحق له الإستفادة من الخدمات العامة ولا يجوز حرمانه من هذا الإنتفاع لأسباب شخصية وإلاّ عدّ ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة، ويجري هذا المبدأ على المرافق العامة أيّاً كان نوعها، ذلك أنّ المرفق العام وجد وأنشئ لتحقيق الصالح العام، فكان من اللازم إشباع حاجيات المجتمع دون تمييز على أساس المال أو القرابة². يعدّ مبدأ المساواة ضماناً حقيقية تكفل حقوق المتعاقدين من خطر الإستبعاد غير القانوني من الصفقة، هنا نلمس نوع من التداخل ما بين مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة، حيث لا يمكننا الحديث عن إمكانية الوصول للطلبية من خلال فتح المنافسة للجميع ما لم يطبق مبدأ المساواة بينهم. لنصل للقول أنّ مبدأ المساواة هو أحد دعائم المنافسة. وهنا نؤكد بدورنا على ضرورة تفعيل الإعلان الإلكتروني لنضمن تحقيق مبدأ المساواة فيما بين المتعاقدين وعدم التمييز بينهم. ولا شك أنّ إتباع نظام التعاقد الإلكتروني في الصفقات العمومية وفق برامج حاسوبية مصممة لإستقبال العروض وفحصها وفرزها وتصنيفها إلكترونياً يضمن المساواة بأجلى صورها ومعانيها، حيث أنّ هذه البرامج لا تعرف التمييز أو المحاباة كالأشخاص

¹ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 85. أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 170.

² آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 45.

الطبيين¹. فنظام الصفقات الإلكترونية سيتغلب على كافة مظاهر الفساد الإداري والمالي، إذا ما تم إتباعه وفق برامج مصممة خصيصاً لذلك بإستخدام تقنيات عالية في هذا المجال².

يقوم مبدأ المساواة بين المتنافسين على أساس أنّ جميع المتقدمين بعطاءاتهم يكونون على قدم المساواة مع بقية المتنافسين وليس للإدارة أن تقيم تمييز بينهم³، بحيث لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معيّنة دون الآخرين، أو طلب إجراءات إضافية من بعض المتعاقدين دون الآخرين، ويقوم هذا المبدأ على أساس وقوف الإدارة موقفاً محايداً إزاء المتنافسين، فالأصل أنها ليست حرة في إستخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المشاركين التي تدعوها، وتلك التي تبعدها⁴، فعلى الإدارة عندما تحدّد شروطها للإشتراك في الصفقة أن تضع نصب عينيها أنّ جميع الأشخاص هم سواء في هذا الإشتراك، فتفسح المجال أمام هؤلاء جميعاً لهذه الغاية، ودون أيّ تمييز أو تفضيل بينهم، ويمنع عليها بالتالي أن تحدث أيّ مفاضلة قانونية أو عمومية أو واقعية من شأنها تأمين ميزة للبعض على حساب البعض الآخر، أو فرض أية عوائق أمام البعض دون الآخر⁵. كما يتوجب على الإدارة -بعد إعلان العرض الأفضل- أن تحافظ على المساواة بين العارضين جميعاً، فلا تعدل في موضوع الصفقة بما يتضمن إستبعاد بعض الراغبين في الإشتراك، ولا تبدل في حجم الصفقة بما يخل في إقتصادياتها...، وهذا يعني أنّه لا يجوز إقصاء مترشح أو إلغاء عروض بهدف إعادة طرحه مرة أخرى، أو قبول أيّ تعديل لأحد العارضين على صفقته أثناء لجنة فتح الأظرفة، أو قبول عرض بعد الموعد، أو النظر في عرض غير مستوف للشروط، أو قبول الطعن من غير مختص، سواء في مرحلة فتح الأظرفة أو الإحالة، فلكل صفقة شروطها وميعاد معيّن للتقدم إليها، ويجب إحترام الشروط والميعاد بطريقة واحدة متساوية بين الجميع. فلا يقبل في الصفقة أيّ شخص لم يستوف شروطها، أو تقدم في الميعاد ولكن لم يدفع التأمين المؤقت كاملاً، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 283.

² حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 201.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 155. أيضاً، أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص 67.

⁴ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 282. أيضاً، حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 200.

⁵ أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص

غير مشروع بين جميع المتقدمين بعروضهم، فلا تطلب من أحدهم ما لا تطلبه من غيره¹، غير أنّ هذا المبدأ لا يؤخذ به في جميع الأحوال، حيث أنّ الإدارة لها إمتيازاتها التي تتمتع بها تجاه المتنافسين، إذ تستطيع أن تفرض شروطاً إضافية على المتقدمين إليها تضمن توافر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معيّنة لا تتوافر إلا لفئة من الراغبين في التعاقد، كما أنّ الإدارة تملك الحق في إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط كإعفاء الشركات الوطنية من التأمين الإبتدائي الواجب تقديمه أو شروط توافر القدرة المالية².

نصل للقول أنّ المساواة هنا ليست المساواة المطلقة والتامة بين كلّ العارضين، والتي يطلق عليها المساواة الرياضية أو الحسابية، فهذه لا يمكن تحقيقها؛ لأنّ الناس متفاوتون في المواهب ومختلفون في القدرات والإستعدادات الفطرية، بل يراد بها المساواة النسبية أو القانونية التي تعني وجوب معاملة المرفق العام لطالبي الإنتفاع بخدماته على قدم المساواة إذا كانت مراكزهم القانونية التي يتواجدون فيها مماثلة³.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ المساواة في الصفقات العمومية

الإلكترونية

كرس مبدأ المساواة دستوريا بموجب المادة 34 من التعديل الدستوري⁴. وهو مبدأ ثابت بموجب المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁵، وقد أشار التوجيه الأوروبي رقم 18-2004، الخاص بإجراءات بإجراءات إبرام عقود الأشغال العامة والتوريد والخدمات، إلى ضرورة إحترام مبدأ المساواة بموجب نص

¹ أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص 68 و69.

² مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 155.

³ داود عبد الرزاق الباز: الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2007، ص 134.

⁴ تنص المادة 34 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنّه: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والإقتصادية، والاجتماعية، والثقافية".

⁵ تنص المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنّه: "كلّ الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما أنّ لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضدّ أيّ تمييز يخل بهذا الإعلان وضدّ أيّ تحريض على تمييز كهذا".

المادة 2 منه¹. وتأكيداً على ذلك أضافت المادة 12 من نفس التوجيه؛ أنه يمكن للسلطات المتعاقدة أن تستعمل هذه التقنيات من أجل إحترام القواعد المنصوص عليها في التوجيه الحالي ومبادئ الشرعية، وعدم التمييز. وهذا تأكيد على وجوب إتباع مبدأ المساواة في الصفقات العمومية الإلكترونية وأن إستعمال الإدارة للوسائل والتقنيات الحديثة يعزز من هذا المبدأ ويجعله أكثر ضماناً. ضف إلى ذلك نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون الفرنسي رقم 360-2016²، وكذلك نص الفقرة الثالثة من المادة 73 من نفس القانون، التي بيّنت أن المفاوضات تجري وفق مبدأ المساواة في المعاملة بين جميع المتعهدين³.
تبنى المنظم الجزائري مبدأ المساواة كما أسلفنا الذكر، بموجب المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية⁴، بالإضافة إلى بعض النصوص المتفرقة والتي يتجلى من خلالها أن مبدأ المساواة يتأتى من المرحلة ما قبل التعاقدية للصفقة، إلى إبرامها.

يجب على المصلحة المتعاقدة تطبيقاً لمبدأ المساواة، أن تعامل المترشحين أو المتعهدين على قدم المساواة، تحت طائلة إعتبارها مخلة بالتزامات الوضع في المنافسة، وتطبيقاً لذلك أوجبت المادة 2/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، على المصلحة المتعاقدة عندما تقرر إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، نشر الإعلان عن الإستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في المرسوم، مع إستعمال نفس دفتر الشروط ماعدا المقترضيات الخاصة بطلب العروض. وإذا كانت المصلحة المتعاقدة مجبرة على تعديل بعض بنود دفتر شروط المنافسة، وجب عليها تقديمه للجنة الصفقات العمومية المختصة بغية دراسة وإطلاق طلب عروض جديد وذلك ضماناً لمعاملة جميع المترشحين على قدم المساواة.

أكدت المادة 2/54 من نفس المرسوم، على وجوب إستناد تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، بمعنى ألا تكون المعايير المستند إليها في تقييم الترشيحات مختلفة بين مترشح وآخر بما يؤدي ذلك إلى الإخلال بمبدأ المساواة، وبالمقابل يجب أن تكون المعايير المستند إليها ذات علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها، وبالتالي فإنّ كلّ معيار مؤسس على المحاباة أو المحسوبية أو الجهوية منبوذ⁵.

¹ التوجيه الأوروبي رقم 18-2004، الخاص بإجراءات إبرام عقود الأشغال العامة والتوريد والخدمات، مرجع سابق.

² Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

³ La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

⁵ لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 181.

أضافت المادة 78 من نفس المرسوم، بأنه يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، وأن تُذكر إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، وأن لا تستند الصفقة لإختيار أحسن عرض من جهة المزايا الإقتصادية سواء إلى عدّة معايير أو إلى معيار السعر وحده¹.

الفرع الثالث: شروط أعمال مبدأ المساواة في الصفقات العمومية الإلكترونية

لا يمكننا الحديث عن مبدأ المساواة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، إلا بتوافر جملة من العوامل التي تساعد على تجسيد هذا المبدأ من الناحية الواقعية، فإذا كان مبدأ المساواة في الصفقات التقليدية يقوم على أسس معيّنة منصوص عليها قانوناً، فإن الأمر يتسع في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية التي تستلزم ما سيأتي بيانه؛

¹ تنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أنه: "يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، ويجب أن تستند المصلحة العامة لإختيار أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية:

1/ إما عدّة معايير، من بينها:

- النوعية،

- آجال التنفيذ والتسليم،

- السعر والكلفة الإجمالية للإقتناء والإستعمال،

- الطابع الجمالي والوظيفي،

- النجاعة المتعلقة بالجانب الإجتماعي، لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة،

- القيمة التقنية،

- الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية،

- شروط التمويل، عمد الإقتضاء، وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية،

- ويمكن أن تستخدم معايير أخرى، بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.

2/ إما إلى معيار السعر وحده، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك.

لا يمكن أن تكون قدرات المؤسسة موضوع معيار إختيار. وتطبق نفس القاعدة على المناولة.

يمكن أن تكون الوسائل البشرية والمادية الموضوعية تحت تصرف المشروع موضوع معايير إختيار

في إطار الصفقات العمومية للدراسات، يستند إختيار المتعاملين المتعاقدين أساساً إلى الطابع التقني للإقتراحات".

أولاً: الإلمام بالمعرفة والدراية الإلكترونية

أصبح الحاسب الآلي أو الكمبيوتر لغة العصر، إلا أنه يلاحظ أنّ أغلب الأفراد لا يملكون هذا الجهاز، ومن ثمّ يتعذر عليهم الدخول للمواقع الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت للحصول على الخدمة المطلوبة، وعليه فإنّ نجاح الحكومة الإلكترونية يعتمد بصفة أساسية على تحقيق المعرفة والدراية الإلكترونية، لذلك فإنه يستلزم على الجهات المختصة تنظيم دورات مجانية للحصول على هذه المعرفة، هذا مع ضرورة توفير الأجهزة الإلكترونية اللازمة بسعر مدعم، وفي حالة تعذر توفر هذه الأجهزة، يمكن إنشاء وإقامة أماكن إلكترونية في كلّ وحدة محلية أو في أماكن عامة يستطيع الفرد الذي لا يملك جهاز كمبيوتر في بيته أن يحصل على الخدمة المطلوبة من خلال دخوله على المواقع المطلوبة للجهة الإدارية المختصة.

يجب على الجهات الإدارية أن تعلن عن موقعها الإلكتروني بصورة واضحة ودقيقة. ليتمكن المتعاملين من إتباع الإجراءات والخطوات اللازمة للحصول على الخدمة، على أن تكون هذه الخطوات موجزة، وموضحة، ويتطلب مبدأ المساواة المعرفة الإلكترونية وضرورة وجود وعي إلكتروني ويتم ذلك من خلال القيام بحملة دعائية واسعة النطاق لإعلام المواطنين بوجود نظام الحكومة الإلكترونية ومجالات الإستفادة منه.

يلاحظ أنّه كلما زادت المعرفة والدراية الإلكترونية لدى الأفراد كلما زادت فرصة حصولهم على الخدمة بدقة وسرعة شديدة، وذلك لكون أبرز عوائق الإستفادة من هذا النظام يتمثل في تفاوت الأفراد في المعارف الإلكترونية¹.

ثانياً: توفير الوسائل التقنية بمساعدة الدولة على كفاءة المساواة

يتطلب مبدأ المساواة بين المتنافسين في حالة إبرام الصفقات العمومية إلكترونياً أن تكون الوسائل التي تختارها الهيئات العامة لإبرام عقودها متوفرة بشكل عام ولا تحد بالتالي من إمكانية مشاركة أحد في الدخول للتعاقد²، وهو ما نص عليه التوجيه الأوروبي رقم 2004-18، الخاص بإبرام المشتريات العامة إلكترونياً، وذلك بموجب المادة 2/42 وكذا المادة 2/48، أين اعتبر أنّه من الخصائص التقنية لأدوات

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 94 و95.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 80.

الإتصال بالوسائل الإلكترونية أن تكون غير تمييزية متاحة عامة وقابلة للتشغيل المتبادل مع منتجات المعلومات والاتصالات المتوفرة للإستخدام العام¹.

ينبغي لتحقيق مبدأ المساواة بشكل فعلي وليس نظري، أن تعمل الدولة على توفير البنية التحتية في كل المناطق وكذا تمكين كل مواطن من جهاز حاسوب، أو وضع إستراتيجية مستحدثة للإستفادة من الخدمات المرفقية عن طريق توفير أماكن أو فروع مراكز خدمة في المناطق السكنية تتوافر بها خطوط الإنترنت وأجهزة الحاسوب لكي يستخدمها من لا يملك جهازاً خاصاً به. ومن ثم نستعمل مشروع حاسوب في كل بيت كأقل تقدير ضماناً لتوفير الخدمات للمواطنين.

ينبغي على الدولة أن تعمل على مساعدة الفقراء الذين لا يملكون جهاز حاسوب، أو لا يمكنهم إستخدامه في الإستفادة بالخدمات المرفقية، عن طريق توفير أماكن أو فروع أو مراكز خدمة، في المناطق السكنية، تتوافر فيها خطوط الإنترنت، وأجهزة الحاسوب لكي يستخدمها من لا يمتلك جهازاً خاصاً به². وهنا نقول أن إنعدام شبكة الهاتف في بعض المناطق من الوطن يعتبر إخلالاً بمبدأ المساواة بين المتقدمين للصفقة، لأنّ تعذر مشاركة الشخص في الصفقة لبعد المسافة أعطاه مكنة أخرى لتقديم عرضه من خلال الوسائط الإلكترونية، لكن عدم وجود شبكة هاتف وشبكة إنترنت بهذه المناطق يستوجب تدخل الدولة في إقامة مشروع واسع النطاق في جميع ربوع الوطن تثمينا لمبدأ المساواة أمام المرفق العام وضماناً لعدم حرمان كل من تتوفر فيهم الشروط القانونية للتقدم إلى الصفقة.

تعدّ البيئة الرقمية ضماناً حقيقية لتكريس مبدأ المساواة أكثر ممّا كان عليه الوضع في الصفقة التقليدية، باعتبار أنّ بعد المسافة يكلف المشارك مبالغ مالية على عكس الإنترنت التي لا تحدث فرقا بين المشارك البعيد أو القريب. فإشتراك الإنترنت الدوري لا يتأثر زيادة أو نقصاناً ببعد المسافة.

¹ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 80.

² داود عبد الرزاق الباز: الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، مرجع سابق، ص

ثالثاً: حياد المرفق العام الإلكتروني

تتمثل مشكلة الأفراد كما رأينا في عدم الإلمام والدراية أو المعرفة الإلكترونية، وتتمثل مشكلة المرافق العامة في عدم حياد هذه المرافق، حيث قد تعتمد بعض الأجهزة إلى الحيلولة بين المسؤولين وبين الحصول على التمويل أو الدعم اللازم لإقامة وتجهيز الموقع المناسب على الإنترنت¹. يرتبط مبدأ المساواة بمبدأ حياد المرافق العامة بقيام تشغيلها على أساس المصلحة العامة وحدها، دون إعتبار للإتجاهات السياسية أو المصالح الخاصة أو المحاباة، ومن المسلم به فقهاً وقضائياً أنّ المساواة أمام المرافق العامة ليست مطلقة وإنما هي مساواة نسبية أو قانونية بين من تماثلت مراكزهم القانونية. فالمساواة أمام المرافق العامة لا تعني المساواة المطلقة، أي تلك التي يجوز فيها لأي فرد في الجماعة أن يستفيد من المرفق العام بدون قيد أو شرط، وإنما تعني المساواة بين أولئك الذين تتوفر فيهم شروط الإنتفاع من المرفق العام، والتي تحددها القوانين والأنظمة الخاصة بالمرفق².

يرتبط مبدأ حياد المرافق العامة بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة ويعني شؤون المرافق العامة بطريقة موضوعية بصرف النظر عن الإعتبارات الشخصية، بما يكفل رفع كفاءتها تحقيقاً للمصالح العام، وتوزيع خدماتها على المستحقين دون تمييز بسبب الإتجاهات السياسية أو الأجناس العرقية، أو المذاهب الدينية، أو الإعتبارات الجغرافية. وسيؤدي نظام الإدارة العامة الإلكترونية والحياد الإلكتروني إلى التغلب ولو بشكل متدرج على مشكلة الوساطة والمحسوبية التي باتت تهدد الإدارات الحكومية على نحو سيؤدي إلى إنهيارها بعد إنتشار الفساد الإداري بها، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يتعارض مع مبدأ المساواة وضع رقم سري بخدمات المرفق، حيث غالباً ما يستلزم التعامل الإلكتروني إدخال كلمة المرور أو فتح الشبكة وتسمى Password وكذلك إسم المستخدم Use name مادامت هذه الكلمة أو ذاك الإسم يتسم بالتجريد ولا يميّز بين فئات طالبي الخدمة³.

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 96.

² حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 70 و71.

³ المرجع نفسه، ص 73.

رابعاً: ضرورة توفر المتنافسين على الشروط والمؤهلات القانونية والتقنية والمالية المطلوبة

تقتصر المشاركة في طلبات العروض على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يثبتون توفرهم على الشروط والمؤهلات القانونية والتقنية والمالية المطلوبة، ويوجدون في وضعية جبائية قانونية لكونهم أدلوا بتصريحاتهم ودفَعوا المبالغ المستحقة أو في حالة عدم التسديد لكونهم قدموا ضمانات يرى المحاسب المكلف بالتحصيل أنها كافية، ويكونون منخرطين في الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي، ويدلون بصفة منتظمة بتصريحاتهم المتعلقة بالأجور لدى هذه المؤسسة ويوجدون في وضعية قانونية إزاء الصندوق المذكور، وما يفيد أنهم أدوا الضمان المؤقت وأنهم مقيّدون في السجل التجاري بالنسبة للملزمين بالقيّد في ذلك السجل، وقدموا تصريحاً بالشرف يتضمن مجموعة من البيانات تتعلق بإحترام شروط إبرام الصفقات¹. وتماشياً والتطور المعلوماتي الحاصل، وفي ظل تجسيد الصفقة العمومية الإلكترونية، صدرت تعليمية وزارية بضرورة التسجيل الإلكتروني للسجل التجاري كما ذكرنا سابقاً.

خامساً: تقديم الضمان المؤقت

يحدّد دفتر الشروط الخاصة بأهمية الضمانات المالية الواجب على كلّ متنافس تقديمها برسم الضمان المؤقت وفق الشروط المحدّدة في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها، ويعبر عن مبلغ الضمان المؤقت بالقيمة²، ولضمان جدية التقدم إلى طلبات العروض، يلزم المنظم المتنافسين بتقديم وصل ضمان مؤقت أو شهادة الكفالة الشخصية والتضامنية التي تقوم مقامه عند الإقتضاء...، ويترتب على عدم تقديم الضمان إقصاء المتنافسين الذين لا يقدمون هذا الضمان عندما يكون مطلوباً، بل إنّها تقوم أيضاً بإقصاء حتى المتنافسين الذين قدموا إيصالات الضمان أو الكفالة، وكانت غير أصلية أو لا يتطابق موضوعها مع موضوع طلب العروض أو الذي يكون مبلغه أقل من المبلغ المطلوب أو يتضمن تحفظات أو قيود³.

¹ محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 98 و99.

² المادة 21 من مرسوم رقم 2.12.349 لسنة 2013، المتعلق بالصفقات العمومية المغربي، مرجع سابق.

³ محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 100 و101.

الفرع الرابع: حدود مبدأ المساواة في الصفقات العمومية الإلكترونية

ترد على مبدأ المساواة في الصفقات العمومية جملة من الإستثناءات نص عليها القانون، ويرجع ذلك إلى اعتبارات مختلفة، فبالإضافة إلى طبيعة الصفقة، نجد ضرورة توافر شروط في المتنافسين، من خلال إعطاء الأفضلية للمقاول الوطني، وكذا القيود الواردة على مبدأ المساواة من خلال حرمان بعض الأشخاص من المشاركة في الصفقة. بالإضافة إلى القيود الواردة على مبدأ المساواة من خلال إستبعاد بعض الأشخاص من المشاركة في الصفقة؛

أولاً: القيود الواردة على مبدأ المساواة بسبب إعطاء الأفضلية للمقاول الوطني

خروجاً عن الأصل في عدم تفضيل المتعاملين الإقتصاديين المتنافسين، ولأجل حماية المتعامل الإقتصادي الوطني وتشجيع المؤسسات الناشئة، أجاز المشرع تخصيص الصفقات حصرياً لفئة معينة من الأشخاص، للحرفيين وللمؤسسات الصغيرة، وللمنتوج الوطني، بحيث تلزم المصلحة المتعاقدة أن تصدر دعوة وطنية للمنافسة عندما يكون الإنتاج الوطني قادراً على الإستجابة لتلبية حاجياتها، وفي ظل الأوضاع الراهنة التي سببتها جائحة كوفيد-19- فإنه لا مفر من اللجوء إلى الإنتاج الوطني، حيث اقتضت هذه الجائحة وما ترتب عنها من غلق الحدود بين الدول وركود المبادلات التجارية الدولية، اللجوء إلى هذا الإستثناء -إعطاء الأفضلية للمقاول الوطني- كضرورة حتمية تدعو إلى إعادة النظر في السياسات المتخذة للنهوض بالإقتصاد الوطني ودفع عجلة التنمية. ويتعين أمام هذه الجائحة التي مست بالجزائر على غرار باقي دول العالم، تطبيق هامش الأفضلية الوطنية، بالإضافة إلى الإعتماد كلياً على المتعاملين الإقتصاديين الوطنيين والإنتاج الوطني، وبالتالي الإعتماد على الصفقات الوطنية وتخصيص الصفقات حصرياً للحرفيين والمؤسسات الصغيرة.

1- تخصيص هامش الأفضلية الوطنية

يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تبرم الصفقة العمومية على أساس مبدأ المساواة بين المتنافسين، غير أنّ هذا المبدأ ليس على طاقته، حيث ترد عليه إستثناءات نظمها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من أجل حماية الإقتصاد الوطني، وإعادة التوازن بين الكفتين الوطنية والأجنبية، وضرورة حماية القطاع العام الوطني، سعياً لتطويره وإعادة هيكلته للنهوض بالإنتاج الوطني وحمايته من المنافسة القوية للمتعاملين الأجانب.

يمنح هامش الأفضلية بنسبة 25%، للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. وتخضع الإستفادة من هذا الهامش، في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعاً يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، ومؤسسات أجنبية، إلى تبرير الحصاص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، والمؤسسات الأجنبية، من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبالغها. كما يجب أن يحدّد ملف إستشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية.

نوه أنّ مسألة تجديد كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة يتم بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية¹. وازن المنظم الجزائري ما بين حماية المنتج الوطني ومبدأ حرية المنافسة، من خلال تخصيص هامش للأفضلية الوطنية، وذلك بغية تشجيع المنتج الوطني وتحفيز المتعامل الوطني.

2- إخضاع المتعهدين الأجانب إلى الإلتزام بالإستثمار في إطار شراكة

يجب أن تنص دفا تر شروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على الإلتزام بالإستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدّد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها. ويجب أن يتضمن دفتر الشروط ضمانات مالية للصفقة. وإذا عاينت المصلحة المتعاقدة أنّ الإستثمار لم يتجسد طبقاً للرزنامة الزمنية والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط لخطأ من المتعامل المتعاقد الأجنبي، فتلزم بإعذاره بضرورة تدارك ذلك في أجل محدّد، تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية، بالإضافة إلى تسجيله في قائمة المتعاملين الإقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية. ويمكن لها زيادة على ذلك، إذا رأّت ضرورة، أن تفسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه، بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، حسب الحالة².

¹ المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² المادة 84 من نفس المرسوم.

3- إستبعاد المؤسسات الأجنبية من خلال إعطاء الأولوية للمنافسة الوطنية

عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الإستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإنّ على هذه الأخيرة أن تصدر دعوة للمنافسة وطنية. وعندما تصدر المصلحة المتعاقدة دعوة للمنافسة وطنية و/أو دولية، فإنّه يجب عليها حسب الحالة أن؛

- تأخذ بعين الإعتبار، عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض، إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ولا سيما منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، في ظل إحترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الإنجاز،

- تعطى الأفضلية للإندماج في الإقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المنتجات التي تكون محل مناولة أو إقتناء في السوق الجزائرية،

- تدرج في دفتر الشروط أحكاماً تسمح بضمان تكوين ونقل المعرفة ذوي صلة بموضوع الصفقة،

- تنص في دفتر الشروط، في حالة المؤسسات الأجنبية التي تتعهد لوحدها، إلّا إذا إستحال ذلك وكان مبرراً كما ينبغي، بوجود مناولة ثلاثين في المائة على الأقل، من مبلغ الصفقة الأصلي للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ومهما يكن الإجراء المختار، فإنّه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط تدابير لا تسمح باللجوء للمنتوج المستورد إلّا إذا كان المنتوج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة. وبالإضافة إلى ذلك، لا تسمح المصلحة المتعاقدة، باللجوء للمناولة الأجنبية إلّا إذا لم يكن في إستطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجياتها¹.

4- تقديم خدمات للنشاطات الحرفية

تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين، كما هم معرفين في التشريع والتنظيم المعمول بهما، ماعدا في حالة الإستحالة المبررة قانوناً من المصلحة المتعاقدة، بإستثناء الخدمات المسيرة بقواعد خاصة².

¹ المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² المادة 86 من نفس المرسوم.

5- تخصيص أحكاما خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة

عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنه يجب على المصالح المتعاقدة تخصيص هذه الخدمات حصرياً. ويمكن أن تكون هذه الحاجات، في حدود عشرين في المائة على الأكثر من الطلب العام، حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط مخصص¹.

ثانياً: القيود الواردة على مبدأ المساواة من خلال حرمان بعض الأشخاص من المشاركة في الصفقة

وضع المنظم الجزائري قيوداً يترتب على إعمالها منع فئات معينة من المشاركة في الصفقة العمومية، فبمجرد توافر إحدى هذه الحالات فإن الشخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً يقصى من المشاركة في الصفقة، فلا يتقدم لطلب العروض، وهو ما يؤدي إلى تقليص عدد المتنافسين². وقد يكون الحرمان جزائياً أو وقائياً؛

1- الحرمان الجزائي من الصفقة

يكون بتقرير الإدارة حرمان شخص معين - طبيعياً أو معنوياً - من المشاركة في الصفقة التي تدعو إليها وذلك بمثابة جزاء يوقع على هذا الشخص. والحرمان الجزائي قد يكون منصوباً عليه مع عقوبة أصلية أو تبعية. كما قد يكون جزاءً مقررًا على الشخص لسبق ارتكابه أخطاءً أو جرائم في تنفيذ عمليات سابقة تعاقدها مع الإدارة³، وقد ذكرت حالات الإقصاء بموجب المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية⁴. بالإضافة إلى وجود نصوص قانونية مبعثرة تمنع أشخاص

¹ المادة 87 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² حوت فيروز: "القيود الواردة على حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية"، مرجع سابق، ص 177.

³ جابر جاد نصار: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 142. أيضاً، رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 63، حوت فيروز: "القيود الواردة على حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية"، مرجع سابق، ص 178.

⁴ تنص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الإقتصاديون:

- الذين رفضوا عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجل صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 71 و74 =.

معينة من المشاركة في الصفقة نذكر منها؛ المادة 6 من قانون المنافسة¹ التي تنص على أنه: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والإتفاقيات والإتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما يهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لا سيما عندما ترمي إلى: السماح بمنح الصفقات العمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة". بالإضافة إلى صدور قرار وزاري سنة 2015، يحدّد كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية².

2- الحرمان الوقائي من الصفقة

تقوم الإدارة في الحرمان الوقائي بإصدار قرار إداري بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص من التقدم إلى الصفقة، وهو يختلف عن الحرمان الجزائي في أنّ هذا الأخير يكون عقوبة تقرر بنص القانون نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية، بينما الحرمان الوقائي يكون بمجرد قرار إداري من الإدارة، حيث تقدر الإدارة بمطلق سلطتها التقديرية حرمان الشخص -طبيعي أو معنوي- من الصفقة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة، قد يكون هذا المنع منصوص عليه قانوناً وذلك إذا قدر القانون ضرورة منع أشخاص محدّدين بصفاتهم من دخولهم الصفقة وذلك حماية للمصلحة العامة، ومن ذلك حظر دخول الموظفين العموميين وموظفي السلطات المحلية في الصفقة العمومية، ويعتبر هذا الحظر مؤقتاً، إذ أنّه يزول بزوال

= - الذين هم في حالة الإفلاس أو النصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس نزاهتهم المهنية.

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.

- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحساب شركاتهم.

- الذين قاموا بتصريح كاذب.

- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدها كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع.

- المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم.

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارة.

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الإجتماعي.

- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم."

¹ أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، معدل ومنتج بموجب القانون رقم 10-05، مرجع سابق.

² القرار الوزاري مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدّد لكفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، مرجع سابق.

سببه وهو إنتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك¹. وننوه أنّ قانون الصفقات العمومية لم ينص صراحة على حرمان الموظف من المشاركة في الصفقة، لكن قياساً على المادة 92 من المرسوم رقم 15-247، التي حرمت الموظفين الذين أنهموا مهامهم من المشاركة في الصفقة، نجد أنّه من باب أولى حرمان الموظف الذي يزاول مهنته من ذلك. حيث نصت هذه المادة على أنّه: "لا يمكن للمصلحة المتعاقدة، ولمدة أربع (04) سنوات، أن تمنح صفقة عمومية، بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما". وعليه إذا حرم القانون الموظفين الذين توقفوا عن أداء مهامهم من التعاقد مع الإدارة، فمن باب أولى تطبيق هذه القاعدة عن من هم يزاولون مهامهم، وعليه نأخذ بهذا النص على سبيل القياس².

نصت المادة 3 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدّد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية؛ على أن تضمن البوابة نشر المعلومات والوثائق من بينها قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين والمقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية.

ثالثاً: القيود الواردة على مبدأ المساواة من خلال إستبعاد بعض الأشخاص من المشاركة في الصفقة

إعمالاً لمبدأ المساواة يحظر الإستبعاد غير القانوني للمتقدمين للصفقة، حيث يكون الجميع على قدم المساواة مع بقية المتنافسين وليس للإدارة أيّ تمييز غير مشروع فيما بينهم³، فإذا كان مبدأ المساواة في المشاركة في الصفقة العمومية الإلكترونية، يقتضي مشاركة كلّ المتقدمين للصفقة، إلا أنّ هذا لا يعني إنعدام سلطة الإدارة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءاتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة.

¹ جابر جاد نصار: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 145. أيضاً، حوت فيروز: "القيود الواردة على حرية المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية"، مرجع سابق، ص 179.

² حوت فيروز: "القيود الواردة على حرية المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية"، مرجع سابق، ص 179. وللتفصيل في الموضوع أكثر راجع، ريم علي إحسان محمد العزاوي: وسائل إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 133 وما يليها.

³ عبد المجيد الشوربي: العقود الإدارية في ظل الفقه والقضاء والتشريع، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2003، ص 88. حوت فيروز: "القيود الواردة على حرية المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية"، مرجع سابق، ص 186.

يتم الحرمان بنوعيه الوقائي والجزائي في المرحلة ما قبل التعاقدية، غير أنّ الإستبعاد لن يتحقق إلا في مرحلة التنفيذ. ونقصد به عدم السماح للشخص بتكملة إجراءات التنافس على الصفقة بعد السماح له بالمشاركة، ويتم في حالات عدّة نذكر منها:

1- إستبعاد المشاركين لعدم توفرهم على الكفاءة الفنية والمالية

يجب أن يتمتع مقدم العطاء بالمقدرة الفنية والمالية التي تمكنه من إنجاز إلتزاماته التعاقدية مع جهة الإدارة. ومن مصلحة المصلحة المتعاقدة أن لا يدخل إلى المنافسة إلا متنافسون على درجة كافية من الإستعداد التقني والمالي، فلا جدوى من السعر الأقل إذا كانت أهلية المتعاقد الفنية أو المالية على درجة من السوء إذ ينعكس ذلك على حسن تنفيذه لإلتزاماته في النهاية، ممّا يؤثر على حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد¹، وللإدارة سلطة تقديرية في إستبعاد صاحب العطاء الذي ترى أنّه لا يملك الكفاءة الفنية أو المالية اللازمين كي يتمكن المتعاقد مع الإدارة بالنهوض بأعباء عقد الصفقة العمومية. ويتم الحكم على مقدم العرض من حيث تمتعه بالكفاءة من عدمه بالنظر إلى طبيعة المشروع محل التعاقد ومقارنته بالقدرة الفنية والمالية لصاحب العرض المزمع إستبعاده².

2- إستبعاد المشاركين بسبب عدم توافر الشروط المحددة من الإدارة في دفتر الشروط

تعمل الإدارة على أن يتضمن دفتر الشروط مجموعة الشروط اللازمة لإنجاح الصفقة، وهذه الشروط إنّما تكتسب أهميتها من كونها تعمل على تحقيق المصلحة العامة، والتي تتمثل في كفاءة حسن تنفيذ العقد وتحقيق صالح المرفق³. وفي هذه الحالة المقدم للصفقة قد يملك إمكانيات فنية ومالية لكنه قدم عطاء غير مطابق للمواصفات، فالإستبعاد في هذه الحالة لا يمس الشخص في حدّ ذاته بل يخص العطاء المقدم. لكون العطاء غير متفق مع ما أعلنت عنه الجهة الإدارية في دفتر الشروط⁴.
تكمن العبرة في إستبعاد هذه الفئات في المحافظة على أموال الدولة من جهة، وعدم تضييع الوقت من جهة ثانية، خاصة أنّ الصفقات العمومية يتم فيها التعاقد في ظل الغياب المادي لأطراف العلاقة التعاقدية.

¹ ريم علي إحسان محمد العزاوي: وسائل إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 169.

² عاطف محمد عبد اللطيف: إمتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات "دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 110.

³ ريم علي إحسان محمد العزاوي: وسائل إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 133 وما يليها.

⁴ عاطف محمد عبد اللطيف: إمتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات...، مرجع سابق، ص 111.

الفرع الخامس: نتائج أعمال مبدأ المساواة في الصفقات العمومية الإلكترونية

يضمن إتباع إجراءات الصفقة العمومية الإلكترونية وفق نظام معلوماتي مصمم لإستقبال العروض وفحصها وفرزها وتصنيفها إلكترونياً يضمن المساواة بأجلى صورها ومعانيها، لأنّ الحاسب الآلي وتكنولوجيا المعلوماتية لا تعرف التمييز أو المحاباة الذي تفتشى في الصفقة التقليدية جراء معاملات مباشرة ما بين الموظف والمتعامل الإقتصادي المتعاقد، حيث أنّ من مظاهر الفساد الإداري والمالي في الصفقات العمومية التقليدية، أنّ الصفقات كانت تدار بالترسية على شركات بعينها أو إهداء عدم وجود مخزون كاف، أو إستبعاد شركات بعروض أفضل دون أسباب، أو الإعلان عن الصفقة في الصحف بعد طرحها أصلاً، أو إلغاء الصفقات التي تمّ الرسو فيها على شركات لا يرغبون في التعامل معها بحجة عدم الإستقرار السياسي في بلدانهم، وممّا لا شك فيه أن نظام الصفقات العمومية الإلكترونية سيتغلب على كافة مظاهر الفساد هذه، إذا ما تمّ إتباعه وفق برامج مصصمة خصيصاً لذلك بإستخدام تقنيات عالية في هذا المجال¹. لذا يجب على الإدارة أن تراعي المساواة بين جميع الراغبين بالتعاقد، بمعنى أنّ لكل من يملك الحق قانوناً أن يتقدم إلى الصفقة العمومية، له الحق في الإشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين².

تطرح مسألة تبادل المعلومات إلكترونياً إشكالاً يمس مبدأ المساواة بين المتنافسين، وهو كيفية التأكد من وفاء صاحب المشروع بإلتزام مراعاة المساواة في التواصل مع المتنافسين، عملاً بأنّ طبيعة هذا الإلتزام ستتحول من إلتزام بتحقيق نتيجة إلى إلتزام بتقديم وسيلة، إذ أنّ الطرق العادية لتبادل المعلومات تقتضي من صاحب المشروع تسليم الوثائق الضرورية لتحضير ملف الترشيح تسليمياً مادياً، مشهوداً عليه بتوقيع المترشحين وبثبوت تاريخه بالسجلات الإدارية المعدّة لهذا الغرض، أمّا في حالة التواصل الإلكتروني، يكتفي صاحب المشروع ببعث الإرسال بنفس التاريخ للمتنافسين المعنيين بإبرام الصفقة، دون أن يكون ملزماً بضمان توصلهم جميعاً في تزامن تام بهذا الإرسال، كما أنّ المتنافس الذي يتوصل بالإرسال الإلكتروني الصادر عن صاحب المشروع بشأن وثائق ملف طلب العروض، لا يملك حق الإطلاع على أسباب عدم توصله بهذه الوثائق والتظلم عند عدم تسليمه شهادة صاحب المشروع تتضمن

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 283.

² ريم علي إحسان محمد العزاوي: وسائل إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 89.

هذه الأسباب، وذلك خلافاً لحالة استعمال الطريقة العادية لوضع هذه الوثائق رهن إشارة المتنافسين، التي تتوفر فيها الإستفادة من الحق المذكور¹.

يعتبر مبدأ المساواة تمييزاً لعنصر النزاهة الذي لم يعد مجرد فكرة أخلاقية، بل أصبح بمثابة مرجعية قانونية يجب التقيد بها، غير أنه يبقى مقيداً بضوابط وشروط يجب تداركها، حيث لن تتأتى المساواة بين المتنافسين ما لم تتوفر لديهم الشروط والمؤهلات القانونية والتقنية والمالية المطلوبة، خاصة الدراية الإلكترونية التي أصبحت مطلب رئيسي لإعمال مبدأ المساواة بين المتعاملين الإقتصاديين.

المطلب الثالث: تكريس مبدأ شفافية الإجراءات في عقد الصفقات العمومية

الإلكترونية

تعتبر الشفافية من المبادئ الهامة لإصلاح تعاقدات الإدارة، ذلك نظراً لإحتمالية تواجد ونمو فرص الفساد في إدارة تلك التعاقدات، وتتمثل أوجه الفساد في تصميم المواصفات لصالح مورد بعينه، أو حجب المعلومات الخاصة بالتعاقد، أو إتباع طرق غير تنافسية تحت إدعاء الظروف الإضطرارية، أو تسريب معلومات عن عروض المتعاقدين المحتملين، أو إستبعاد مورد معين من خلال وضع شروط تعجيزية أو نتيجة تقديم رشاي، فالشفافية تقتضي توافر المعلومات حول شروط وظروف التقدم للتعاقد مع الإدارة وأسباب الفوز أو الخسارة، فمبدأ الشفافية في الإجراءات يحقق المساواة بين المتعاقدين وتكافؤ الفرص بينهم وذلك عن طريق معاملة جميع المتنافسين على قدم المساواة بالنسبة للمواعيد والإجراءات².

لتبيان كيفية تأثير الوسائط الإلكترونية على مبدأ الشفافية، يجب أولاً تعريف مبدأ شفافية الإجراءات (الفرع الأول)، ثم نبيّن بعدها الأساس القانوني له (الفرع الثاني)، وبما أنّ مبدأ الشفافية كإحدى جرائم الفساد التقليدية، فإننا أمام حتمية بيان كيف لمبدأ شفافية الإجراءات أن يكون حصانة فعالة ضد جرائم الفساد في الصفقات العمومية (الفرع الثالث)، ومن هنا يظهر بدهة دور البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية في تبسيط وشفافية الإجراءات (الفرع الرابع).

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 111 و112.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 81.

الفرع الأول: تعريف مبدأ شفافية الإجراءات

تعني الشفافية وضوح وفهم القواعد التشريعية والتنظيمية، وسهولة الإطلاع على الممارسات الفعلية تماما كمن ينظر من خلال نافذة ذات لوح زجاجي شفاف في غاية النظافة¹. فالشفافية غايتها المكاشفة والصراحة والوضوح وإزالة مناخ الضبابية والتعتيم وعدم الثقة التي تولدت بين الحكومة والقطاع الخاص فيما مضى². ويقصد بها تدفق المعلومات بأوسع مفاهيمها، أي توفير المعلومات، والعمل بطريقة منفتحة تسمح لأصحاب الشأن بالحصول على المعلومات الضرورية للحفاظ على مصالحهم، وإتخاذ القرارات المناسبة في الزمن المناسب، وإكتساب الأخطاء³. وتتعلق الشفافية بجانبين؛ يتعلق الأول، بوضوح الإجراءات وصحة مصداقية عرض المعلومات والبيانات الخاصة بالوحدات والمؤسسات السياسية والإقتصادية والإجتماعية الخاصة والعامة ووضوح العلاقات فيما بينها من حيث (التخطيط - التمويل - والتنفيذ) للوصول للغايات والأهداف المعلنة مسبقاً، في حين يتعلق الجانب الثاني بعلاقة ذوي العلاقة من الخدمات التي يقدمها الجانب الأول وحققهم في الوصول للمعلومات الصحيحة والحقيقية في الوقت المناسب⁴.

¹ زوزو زوليكخ: جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 269.

² ريم على إحسان محمد العزاوي: وسائل إبرام العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 178.

ترجع بداية التحول نحو شفافية الإدارة في فرنسا إلى عهد الرئيس "فاليري جيسكار ديستان" الذي كان يضمن عداً للسرية في أعمال الإدارة على نحو جعل من هدف تحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور محلاً لإهتمام كبير في سياسة الحكومة وأعمالها. ورويدا رويدا من خلال السلطة التشريعية الفرنسية تمّ تفويض مجتمع السرية وإحلال الشفافية محل مبدأ السرية، وقلب القاعدة التقليدية بجعل العلم أو الحق في المعرفة أو المعلوماتية هو المبدأ الرئيسي الذي يحكم علاقة الإدارة بالجمهور، ويجعلها إدارة تعمل في وضوح النهار، حتى يتسنى للمواطنين المشاركة فيما تتخذه الإدارة من قرارات تمس مصالحهم فضلا عن تمكينهم من قرارات تمس مصالحهم فضلا عن تمكينهم من الدفاع عن حقوقهم، والإعتراض على ما يعدّ إنتهاكاً لحرمة حياتهم الخاصة. ومن خلال مشاركة الجمهور في الحصول على المعلومات والإطلاع على سير العمل في الإدارات يتضح بجلاء أثر الحكومة الإلكترونية في القضاء على السرية التي جذرت البيروقراطية في أعمال الإدارة وفوتت على الشعوب حقها في فرض رقابتها على حكوماتها. فمن خلال الحكومة الإلكترونية يمكن لأي متعامل مع الإدارة أن يدخل إلى الموقع الإلكتروني للحكومة الذي يوفر له المعلومات بسهولة تأكيداً لعلاقة الإنفتاح بين الإدارة والجمهور التي تجعل الإعلام هو الأصل أو القاعدة والسرية وإنعدام الشفافية هي الإستثناء. راجع، داود عبد الرزاق الباز: الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، مرجع سابق، ص 230 و 231.

³ عمار بوضياف: شرح قانون الولاية الجزائري، الطبعة الأولى، جسر للنشر، الجزائر 2012، ص 186.

⁴ عصام أحمد البهجي: الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الإداري، مرجع سابق، ص 255.

تعتبر الشفافية إحدى المصطلحات الحديثة التي استخدمتها الجهات المعنية بمكافحة الفساد في العالم معبرة عن ضرورة إطلاع الجمهور على منهج السياسات العامة وكيفية إدارة الدولة من قبل القائمين عليها من رؤساء دول وحكومات ووزراء وكافة المعنيين في مؤسسات الدولة بغية الحد من السياسات غير المعلنة والتي تتسم بالغموض، وعدم مشاركة الجمهور فيها بشكل واضح. لذا تعرف الشفافية على أنها آلية الكشف والإعلان من جانب الدولة عن كافة أنشطتها في التخطيط والتنفيذ. بمعنى آخر يقصد بالشفافية مبدأ خلق بيئة تكون فيها المعلومات المتعلقة بالظروف والقرارات والأعمال الحالية متاحة ومفهومة وبشكل أكثر تحديد وتوفير منهج توفير المعلومات وجعل القرارات المتصلة بالسياسة المتعلقة بالمجتمع معلومة من خلال النشر في الوقت المناسب والانفتاح لكل الأطراف ذوي العلاقة¹.

يعدّ مبدأ الشفافية عموماً من أهم آليات الحكم الرشيد، فمن حق الفرد أن يعلم بكل المسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني، ولا يجوز للإدارة أن تمارس تجاهه شكلاً من الممارسة السلبيّة فتحرمه مثلاً من الحصول على المعلومة التي تخصه وتمس مصالحه وشؤونه تحت ذريعة السر المهني. لذلك شهدت الجزائر منذ مدة ظهور بوابات إلكترونية لوزارات ومراكز وهيئات عامة من أجل تمرير المعلومة وإضفاء مزيداً من الشفافية بخصوص تسيير الملفات². هذا وتعتبر الشفافية الكاملة داخل المنظمات الإلكترونية محصلة لوجود الرقابة الإلكترونية، التي تضمن المحاسبة الدورية على كلّ ما يقدم من خدمات، فالشفافية هي الجسر الذي يربط بين المواطن ومؤسسات المجتمع المدني من جهة، والسلطات المسؤولة عن مهام الخدمة العامة من جهة أخرى، فهي تتيح مشاركة المجتمع بأكمله في الرؤية³.

تعرف الشفافية في مجالات الصفقات العمومية على أنها النظام الذي يمكن مقدمي العروض أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأنّ عملية إختيار المتعاقد مع الجهة الحكومية قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة⁴. ذلك أنّ مبدأ الشفافية في الإجراءات يحقق المساواة بين

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الفساد الإداري ماهيته، أسبابه، مظاهره، الوثائق العالمية والوطنية المعنية بمكافحته، دور الهيئات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية في مواجهة الفساد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2011، ص 260. أيضاً، عصام أحمد البهجي: الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الإداري، مرجع سابق، ص 255.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 84.

³ ودان بوعبد الله- مرکان محمد البشير: "البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية"، مرجع سابق، ص 108.

⁴ زوزو زوليخة: جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 270.

المتعاقدين، ويوفر تكافؤ الفرص بينهم، وذلك عن طريق معاملة جميع المتنافسين على قدم المساواة، بالنسبة للإجراءات والمواعيد من جهة، ومن جهة أخرى عن طريق تقديم الموردين عطاءاتهم في أظرفة مغلقة يظل محتواها مجهولاً للإدارة ولبقية الموردين حتى ميعاد فتح الأظرفة عن طريق اللجنة المختصة، لذا فإنّ هذا المبدأ يتفاعل مع مبدأ المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص بين الموردين ليمثل ضماناً هامة لمنع أي تحايل أو إتفاق جانبي لرفع الأسعار أو إبعاد أحد المتقدمين للصفقة من المنافسة¹. هذا ويعدّ مبدأ شفافية الإجراءات من أهم السمات في إحداث إدارة إلكترونية، والذي عن طريقه يمكن لأيّ متعامل مع هذا النظام أن يعلم بكافة الأمور التي تتعلق بمعاملته بوضوح، ومن ذلك أن يعلم أين تقع هذه المعاملة، وما هي المرحلة التي قطعتها، وهل هناك معوقات في التنفيذ أم لا؟ والسبب في ذلك راجع إلى أنّ الدخول إلى الموقع الإلكتروني للإدارة متاح لكلّ ذي مصلحة وليس هناك ما يجب إخفاؤه إلاّ ما يتعلق بأسرار الدولة أو البيانات الخاصة والسرية، فالشفافية تتم بالضرورة عن طريق التواصل الداخلي بين الموظفين من جهة وبينهم وبين الجمهور من جهة أخرى، وذلك بعدم وضع العراقيل التي تحول دون التواصل الفعال والشفاف².

يعدّ مبدأ الشفافية من أهم الضمانات الحديثة على الإطلاق نظراً لطبيعته المزدوجة، والتي تصب في مصلحة الدولة المتعاقدة التي يحذوها شغف كبير لمعرفة الوضع الإقتصادي والمالي والتكنولوجي للمتعامل الأجنبي الذي يصبو ويتطلع إلى معرفة كلّ المعلومات عن مناخ الأعمال والاستثمار في الدولة المتعاقدة لاسيما القانونية والإقتصادية، وحتى السمات الإجتماعية. كما تظهر أهمية المبدأ في كونه المحرك الفعلي لبقية المبادئ³.

يجب أن تكون الإجراءات الرامية إلى طلب العروض، أو إنتقاء المترشحين وغير ذلك من الإجراءات الشفافة واضحة ولا يشوبها أي غموض، وأن لا تسبب في التقليل من نطاق المنافسة، بأن يحجم عدد من المتعاملين الإقتصاديين أو التجار أو الحرفيين عن تقديم عروضهم بسبب عدم وضوح الإجراءات، وتبعاً لذلك أوجبت المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية،

¹ راجع؛ رحيمة الصغير نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 69. أيضاً، داود عبد الرزاق الباز: الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، مرجع سابق، ص 233.

² آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 33.

³ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، سنة 2016-2017، ص 1053.

المصلحة المتعاقدة، أن تضع تحت تصرف المؤسسات، دفتر الشروط والوثائق والمعلومات المنصوص عليها في المادة 64 من نفس المرسوم، والتي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية الإلكترونية

تكمن أهمية الشفافية في كونها آلية لحماية المال العام من الهدر والضياع، فهي تخلق مناخاً يصعب أن يستتر وراءه الفساد، كما تسهل كشف التلاعب والتواطؤ، وتمنع كل ذي مصلحة من موردين ومقاولين أو أفراد المجتمع أو موظفي جهاز الرقابة أو مؤسسات تمويل الآلية التي يستطيعون من خلالها أن يتحققوا بأن عملية الشراء واختيار المتعاقد مع الجهة المعنية قد تم في جو من النزاهة والإستقامة ووفق القواعد والمعايير التي عملوا بها مسبقاً¹.

أكد المشرع الجزائري على مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية من خلال نصوص منقرعة، حيث نصت المادة 10 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بنصها: "يجب اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية والعقلانية في تسيير الأموال العمومية طبقاً للقانون". وتؤكد المادة 9 من الأمر رقم 10-05، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته² على هذا المبدأ؛ حيث نصت على أنه: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية.
- معايير موضوعية ودقيقة لإتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

¹ زوزو زوليكهة: جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 270.

² الأمر رقم 10-05، المؤرخ في رمضان عام 1431 هـ، الموافق ل 26 غشت سنة 2010، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 50، صادرة في 1 سبتمبر 2010.

- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

هذا وتؤكد المادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، على أنه: "يجب فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية". فعلى الإجراءات تعتبر تثمان لعنصر الشفافية والنزاهة.

تأكد مبدأ شفافية الإجراءات في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بموجب المادة 5 منه، يقابله نص المادتين 2 و12 من نص التوجيه الأوروبي رقم 18-2004 الصادر في 31 مارس 2004، الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام العقود الإدارية الخاصة بالأشغال والخدمات والتوريد، السالفتي الذكر، كما تؤكد هذا المبدأ أيضاً، في نص 4 من القانون الفرنسي رقم 360-2016، بالإضافة إلى المادة 6 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018¹، وكذلك المادة 3/2 من نفس القانون من خلال بيان أن قانون الصفقات يهدف إلى تعزيز مبادئ الحوكمة، وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة.

تمّ تكريس شفافية الإجراءات في المادة الأولى من المرسوم رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية المغربي²، تحت عنوان مبادئ عامة، والتي أكدت على ضرورة الشفافية في إختيارات صاحب المشروع، أما المنظم التونسي الأمر عدد 1039 لسنة 2014³، فقد نص في الفصل 6 من الباب الثاني على أن الصفقات العمومية تخضع إلى مبدأ شفافية الإجراءات ونزاهتها. وتخضع أيضاً إلى الحوكمة الرشيدة وتأخذ بعين الإعتبار مقتضيات التنمية المستدامة.

نلاحظ أن أغلبية التنظيمات قرنت مبدأ الشفافية بمبدأ الحوكمة الرشيدة ومبدأ النزاهة وكذا التنمية المستدامة، وذلك للتكامل الحاصل بين المصطلحات، حيث لا تتأتى النزاهة بلا شفافية، ولا تكون هناك تنمية مستدامة ولا حوكمة رشيدة في غياب الشفافية وفي ظل السرية والكتمان.

¹ قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، مرجع سابق.

² مرسوم رقم 2.12.349 لسنة 2013، المتعلق بالصفقات العمومية المغربي، مرجع سابق.

³ الأمر عدد 1039 لسنة 2014، منقح ومتمم بالأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، مرجع سابق.

الفرع الثالث: مبدأ الشفافية حصانة فعالة ضد الفساد في عقد الصفقات

العمومية الإلكترونية

يساهم تشكيل الحكومات الإلكترونية في عدم منح فرصة لأية محاولات للفساد، حيث يسمح بإدخال المعاملات التي تهم المواطنين إلى شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، بما يزيل تلقائيا أي تأخير في إنجاز الخدمات التي تهم الأفراد أو طالب الخدمة، بالإضافة الى إزالة الأعباء الإدارية عن الجهاز الحكومي، وتفعيل إستراتيجيات تعزيز الوعي المعلوماتي بين جميع فئات المجتمع¹.

يحقق برنامج تشكيل حكومات إلكترونية تطور العمل الرقابي بالجهاز ليواكب التطور التكنولوجي في تنفيذ الأعمال الحكومية في مجال تكنولوجيا المعلومات، إلى جانب توفير البيانات المطلوبة بدقة في الوقت المناسب، ودون الدخول في تعقيدات إدارية أو بيروقراطية معقدة².

يوجد إرتباط وثيق بين الشفافية وحرية تدفق المعلومات والمكاشفة ومكافحة الفساد، وأنّ الشفافية يمكن أن تكون نقيضا للسرية والكتمان فهي السبيل الأول لمكافحة الفساد. ولما كان الفساد يزدهر وينمو في ظل السرية، فإن مبدأ الشفافية بما يعنيه من حرية تدفق المعلومات، يضمن توفر المعلومات للجميع بما يمكنهم من المشاركة في العرض. هذا من شأنه تحقيق الصالح العام ومكافحة الفساد الإداري³. لأنّ أهم مجالات الفساد الذي مس القطاع العمومي هو الصفقات العمومية على إعتبار أنّها عقود مموله بميزانية الدولة، حيث ظهر إلى العيان أنّ هناك الكثير من التجاوزات القانونية في مجال الصفقات العمومية التي تؤدي إلى إهدار وتبديد المال العام، ما أدى بالمشروع الجزائري إلى إصدار القانون 06-01، الصادر في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته كما بيّنّا ذلك سالفا، كما لاحظنا تعديلات متتالية في تنظيم الصفقات العمومية وهذا دليل على تعزيز الآليات الوقائية من الفساد⁴.

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الفساد الاداري...، مرجع سابق، ص 452.

² المرجع نفسه، ص 452.

³ عصام أحمد البهجي: الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الإداري، مرجع سابق، ص 259.

⁴ خضري حمزة: مداخلة بعنوان: (الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية)، في أعمال الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مولود معمري، جامعة تيزي وزو، يومي 10 و 11 مارس 2009، ص 49.

يعتبر الفساد الإداري ظاهرة سلبية تتفشى داخل الأجهزة الإدارية، لها أشكال عديدة تتحدّد نتيجة للثقافة السائدة في المجتمع وتقترب بمظاهر متنوعة كالرشوة وعلاقات القرابة والوساطة والصدّاقة وتنشأ بفعل مسببات مختلفة هدفها الأساسي وغايتها الرئيسية إحداث إنحراف في المسار الصحيح للجهاز الإداري لتحقيق أهداف غير مشروعة فردية أو جماعية. بمعنى أنّ الفساد الإداري يشمل كلّ سلوك أو تصرف إيجابي أو سلبي من قبل موظف عام أو أيّ شخص مكلف بخدمة عامة أو ما في حكمها، يهدف إلى تحقيق مصالح شخصية مادية أو معنوية أو إجتماعية سواء لنفسه أو لأشخاص آخرين على حساب المصلحة العامة، وإستغلال أو إستثمار سلطاته الفعلية أو المفترضة لهذه الغاية. ويشمل كذلك أفعال وتصرفات الطرف الآخر الذي يعرض أو يقدم مثل هذه المنافع وكلّ من يشترك أو يتوسط في ذلك¹.

تعد الصفقات العمومية المجال الأكثر تعرضاً للفساد، حيث يأخذ صور الإمتيازات غير المبررة والرشوة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية، وتلقي الهدايا، وكذا العقود التي تبرمها الدولة، أو أحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام. ورغم الإجراءات المتخذة والرقابة الممارسة، فإنّ الصفقات العمومية لازالت تشكل الميدان الرطب لإبتداع الممارسات الممنوعة بالنظر إلى الأثر المالي الناجم عن الأرباح المتحصلة، لذلك ليس غريباً أن تصبح هدفاً مفضلاً للفساد لأشكال عدّة، لذلك سعت الكثير من الدول لضبطها بعدّة معايير تضمن نزاهتها بما في ذلك إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003². والصفقات

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الفساد الإداري...، مرجع سابق، ص 31.

² قاصدي فايزة: أخلاقيات المهنة في مجال العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر 2015، ص 153. وقد نصت المادة 9 من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد على أنه: "أولاً: تقوم كلّ دولة وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم إثر منافسة تقوم على الشفافية، وعلى معايير الموضوعية في إتخاذ القرارات، وتتسم ضمن جملة أمور بفاعليتها في منع الفساد، وتتناول هذه النظم أموراً منها:

- 1- توزيع المعلومات المتعلقة بالإجراءات، وعقود الشراء بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في المناقصات، والمعلومات ذات الصلة أو الوثيقة الصلة بإرساء العقود توزيعاً عاماً، ممّا يتيح لأكبر عدد من قديمي العروض المحتملين وقتاً كافياً لإعداد عروضهم وتقديمها.
- 2- القيام مسبقاً بإقرار، ونشر شروط المشاركة بما في ذلك معايير الإختيار، وإرساء العقود، وقواعد المناقصة.
- 3- إستخدام معايير موضوعية ومقررة مسبقاً لإتخاذ القرارات المتعلقة بالمشتريات العمومية تيسيراً للتحقق من لاحقاً من صحة تطبيق القواعد أو الإجراءات.
- 4- إقامة نظام فعال للمراجعة الداخلية بما في ذلك نظام فعال للطعن ضمناً لوجود سبل قانونية للتظلم والإنصاف في حال عدم إتباع القواعد، أو الإجراءات الموضوعية عملاً بهذه الفقرة. =

العمومية باعتبارها وسيلة أساسية لتجسيد برامج التنمية الشاملة في الدولة، وترصد لهذا الغرض أموالاً ضخمة لتجسيدها ميدانياً، أصبحت في ذات الوقت أبرز مجال لتفشي ظاهرة الفساد، بل وإنها تعدّ المجال الخصب الذي ينتشر فيه الفساد الإداري بمختلف صورته. وعليه فإنّ تحديد السلوكيات المشينة والخروقات والتجاوزات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية، وحصراً وتجرّيمها، هو ضمان لا يستهان به في حماية المال العام، وفعالية أداة الصفقات العمومية في إشباع الحاجات العامة وتحقيق النفع العام، كما لا تكتمل فعالية هذا الضمان إلاّ بقمع الأفعال المجرمة بإتباع إجراءات متابعتها المحددة قانوناً وتوقيع العقاب المقرّر لها¹.

في ظل إنتشار جرائم الفساد وسوء إستعمال الوظيفة العامة من أجل تحقيق مكاسب شخصية نتيجة نقص الوازع الديني والأخلاقي وأمام ضخامة المبالغ المالية المخصصة لتنفيذ خطط التنمية عن طريق الصفقات العمومية، بلغت المنافسة بين الشركات الخاصة درجة من الشراسة تصل أحيانا إلى مخالفة القانون، خاصة في ظل تواطؤ بعض المسؤولين والموظفين العموميين، ما أضعف قدرة أصحاب المؤسسات الصغيرة والمتوسطة و قلل من فرص حصولهم على نصيب من هذه التوريدات و المشاريع².

- = 5- إتخاذ تدابير عند الإقتضاء لتنظيم الأمور المتعلقة بالعاملين المسؤولين عن المشتريات، مثل الإعلان عن أي مصلحة في مشتريات عمومية معيّنة، وإجراءات الفرز، والإحتياجات التدريبية.
- ثانيا: تتخذ كلّ دولة طرف وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني تدابير مناسبة لتعزيز الشفافية، والمساءلة في إدارة الأموال العمومية، وتشمل هذه التدابير مايلي:
- 1- إجراءات لإعتماد الميزانية الوطنية.
 - 2- الإبلاغ عن الإيرادات، النفقات في حينها.
 - 3- نظاماً يتضمن معايير للمحاسبة، ومراجعة الحسابات، وما يتصل بذلك من رقابة.
 - 4- نظاماً فعالة ذات كفاءة لتدبير المخاطر، وللمراقبة الداخلية.
 - 5- إتخاذ تدابير تصحيحية عند الإقتضاء في حال عدم الإمتثال للإشترطات المقررة في هذه الفقرة.
- ثالثاً: تتخذ كلّ دولة طرف ما قد يلزم من تدابير مدنية وإدارية وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، للمحافظة على سلامة دفاتر المحاسبة، أو السجلات أو البيانات المالية، أو المستندات الأخرى ذات الصلة بالنفقات، والإيرادات لمنع تزوير تلك المستندات".

¹ بن دعاس سهام: جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2019، ص 8.

² عبد الفتاح الجبالي: ورقة بحثية بعنوان "الشفافية في المشتريات والمشروعات الحكومية لضمان المنافسة المتكافئة للأعمال الصغيرة و المتوسطة"، سلسلة أوراق سياسات تعزيز الشفافية ومكافحة الفساد، مركز المشروعات الدولية الخاصة (CIPE)، جمهورية مصر العربية، ص9.

تهدف الإدارة الإلكترونية في إبرام أغلب عقودها كعقد الصفقات العمومية الإلكترونية، إلى تحقيق مزايا متعدّدة منها؛ إفلات الإدارة من إنحرافات الموظفين الذين يتعاقدون بإسمها وليس لهم مصالح شخصية في التعاقد مع صاحب أفضل العروض، حيث ربما تدفعهم الأنانية وحب الذات إلى التضحية بمصالح الإدارة في سبيل الحصول على مزايا مالية من المرشحين للتعاقد إذا ترك التعاقد لتقديرهم أو تمّ الأمر في الخفاء، ومن شأن الإبرام الإلكتروني للعقد الإتصال المباشر بين موظفي الإدارات المتعاقدة والمرشحين للتعاقد، وغلق باب الرشوة واستغلال النفوذ والإبتزاز¹، ما يعني أنّ التعاقد الإلكتروني للصفقات العمومية إستطاع إلى حدّ كبير من خلال تكريس مبدأ شفافية الإجراءات من القضاء على جرائم الفساد التقليدية. تلافياً للجرائم التي قد تمس الصفقات العمومية، وما ينجر عنها من فساد نقترح جملة من التدابير الإحترازية تتمثل في:

- إعداد برامج تكوينية حسب الكفاءة المهنية للموظف تمكنه من توخي حذر الوقوع في صفقات فساد.
- تمكين الموظفين من أجر ملائم يضمن لهم العيش برفاهية، لأنّ التدني في الأجر يجعل من الموظف يطمع في الإمتيازات التي يحصل عليها ولو بصفة غير قانونية وهو ما يغرقه في الفساد.
- الإسراع في تجسيد البوابة الإلكترونية ضماناً لإرسال المعلومات والبيانات إلكترونياً، ما يقلل من إمكانية الموظفين من التمكن من الملفات.
- وضع نظام حمائي معلوماتي، لحماية المعطيات من الجرائم المعلوماتية.

الفرع الرابع: فعالية البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية في تكريس مبدأ

شفافية الإجراءات

تفعيلاً لمبدأ شفافية الإجراءات، نرى أنّه من الضرورة بما كان الإسراع في تأسيس البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، لأن مجرد التأخير في هذا الإجراء، يوضح ببساطة عدم التناسق الفعلي بين ما ينص عليه المنظم الجزائري وبين المجال التطبيقي، أي عدم تجسيد البوابة أكبر دليل على أنّ التنظيم القانوني ما هو إلا حبر على ورق لن يجسد ما لم تتأسس البوابة الإلكترونية.

تجسيد هذا المشروع الإلكتروني الضخم ميدانياً في أرض الواقع سيعزز مبدأ الشفافية، كيف لا وكلّ صغيرة تتعلق بالصفقات العمومية من حيث الإدارات المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين وطنيين أو أجانب مبيّنة في البوابة. كما أنّ الصفقات بمختلف أنواعها تجد أساساً لها في البوابة، إلى جانب خدماتها

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 247.

المعلوماتية في مجال الصفقات والأجوبة التي تقدمها والبيانات المختلفة التي تضعها بين يدي مستعملها. فهذا القرار يمكن وصفه أنه من أهم القرارات الصادرة عن وزير المالية الذي يدعم مبدأ الشفافية في المعاملات ويساير التطور التكنولوجي نحو حوكمة أفضل للصفقات العمومية¹.

أشارت المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالفة الذكر إلى تأسيس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، كما أشارت أيضا أن تسييرها منوط بوزارة المالية والوزارة المكلفة بالإعلام والاتصال. وهذا أمر طبيعي فالتنسيق بين الوزارات في المجال الواحد مطلوب. فلا يمكن والأمر يتعلق ببوابة إلكترونية الإستغناء عن خدمات إدارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال².

يسمح تبني أسلوب البوابة الإلكترونية بتحقيق الشفافية الإدارية ويبسط الإجراءات من خلال ما سيأتي بيانه:

- تعمل البوابة الإلكترونية على تجسيد مبدأ الشفافية وتبسيط إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ويظهر هذا جليا من خلال أن المعلومات التي تحتويها البوابة الإلكترونية، حيث يمكن لأي متعامل إقتصادي أن يطلع عليها وهذا ما يحقق الشفافية في إختيار المتعاملين.

- إنشاء البوابة الإلكترونية يضمن حماية المال العام وهو الأمر الذي يجب التركيز عليه باعتبار أن الصفقات العمومية تتطلب أموال ضخمة لإنشاء المشاريع الإستثمارية، ولذلك وجب وضع حدّا للتبذير والإسراف وكذلك منع نهب هذه الأموال وإنشاء مشاريع لا علاقة لها بما تمّ الإتفاق عليه، ولن يتأتى ذلك في ظل السرية وغياب الشفافية.

- تسهيل إجراءات الإعلان وذلك من خلال التحول إلى الإعلان الإلكتروني وإستبعاد الإعلان الورقي الذي يتميز بقصره في نشر المعلومة، وعليه فإن الإعتقاد على الإعلان الإلكتروني يسمح بوصول المعلومة للجميع وبالتالي إضفاء الشفافية. وتوفير المال بالنسبة للإدارة والخسائر التي كانت تتكبدها من إستعمالها للدعائم الورقية في الإعلان.

- تبادل الوثائق إلكترونيا وتوضيحها من خلال البوابة يغني المتعاملين من مشكل الملفات الورقية التي كانت تشكل عائقا كبيرا أمامهم، وتضييع للوقت. فإرسال الوثائق بالطريق الإلكتروني من شأنه القضاء على مشكل الوقت الذي يستغرق في التعاقد بالطريقة التقليدية، ومن ثمّ تدعيم السرعة في المعاملات

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 90.

² المرجع نفسه، ص 91.

الإلكترونية. بالإضافة إلى القضاء على الوسيط بين الإدارة والمتعامل المتعاقد -الموظفين- وهو ما يقضي على جرائم الفساد التقليدية من محسوبية وإستغلال نفوذ ومحاباة... إلخ.

- تضمن البوابة الإلكترونية نشر جميع المعلومات والوثائق التي تهم المتعاملين الإقتصاديين مما يؤدي إلى تحسين المشاريع الإستثمارية للصفقات العمومية، من خلال إختيار أحسن العروض بطريقة شفافة وواضحة ودون غموض، بعيداً عن السرية.

يتبين من خلال تكريس المبادئ العامة في الصفقات العمومية الإلكترونية، أنّ التعاقد الإلكتروني ثمن جملة المبادئ من منافسة ومساواة وشفافية، سواء من خلال تمكين أكبر عدد من المتنافسين من المشاركة في الصفقات أو من خلال عدم خلق أمور تمييزية عن طريق المساواة بين كلّ متقدم للصفقة إذا توفرت فيه الشروط القانونية، وكذا القضاء على جرائم الفساد الإداري وتبسيط الإجراءات وحماية المال العام.

يتضح ممّا سبق أنّ الوسائط الإلكترونية أثرت بشكل إيجابي في المبادئ العامة للصفقات الإلكترونية، على إعتبار جملة النتائج التي توصلنا إليها؛ من حيث القضاء على المعايير التمييزية عن طريق تمكين كلّ المتنافسين من الولوج في الصفقة، وكذا القضاء على جرائم الفساد المالي والإداري، على إعتبار أنّ إعمال الشفافية في إجراءات الصفقة العمومية من شأنه القضاء على الجرائم التقليدية من خلال القضاء على الدعائم الورقية والتعامل عبر وسائط إلكترونية، أين لا يتسنى لمن له مصلحة بالتلاعب وإستغلال وظيفته لأغراض خاصة. فمبدأ شفافية الإجراءات أزاح الغبار عن التداخل الحاصل بين كل المبادئ، إذ لا يقوم مبدأ دون الآخر، ما يعني وجود علاقة إطرادية بينهم، فلا منافسة دون مساواة ولا مساواة دون شفافية الإجراءات ومن ثم خلق عنصر النزاهة.

المبحث الثاني: أثر البيئة الرقمية على المبادئ الخاصة بنظام المعلوماتية للصفقات العمومية (المبادئ التقنية)

نص المنظم الجزائري على غرار التنظيمات المقارنة¹، على أنّ هناك مبادئ يجب إحترامها من أجل تصميم نظام المعلوماتية في ظل الصفقات العمومية، من أجل إضفاء الثقة لدى المتعاملين الإقتصاديين

¹ تنص المادة 7 من القرار الوزاري الذي يحدّد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية على أنّه: "يجب أن يصمم نظام المعلوماتية للصفقات العمومية في إطار إحترام المبادئ الآتية:

1- سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية:

- يجب أن تضمن صيغ وأشكال رقمنة الوثائق المكتوبة عدم المساس بسلامتها،
 - توقيع الوثائق بالطريقة الإلكترونية المؤمنة مع إحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها،
 - التعرف على هوية المتعاملين الإقتصاديين والتأكد منها.
- ### 2- سرية الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية:

تم حماية الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية عن طريق نظام ترميز الوثائق مع إحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

3- تتبع الأحداث:

- إنشاء صحيفة لأحداث تسمح بتعقيب تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.
- تاريخ وتوقيت الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية: يسلم وصل إستلام يبيّن تاريخ وتوقيت إستلام العروض، لكل عرض يرسل بالطريقة الإلكترونية أو على حامل مادي إلكتروني.

4- توافقية الأنظمة المعلوماتية: إعتداد معايير ومقاييس تسمح لأنظمة معلوماتية مختلفة بالتواصل من أجل تبادل المعطيات.

تأمين أرشفة الوثائق الرقمية بالطريقة الإلكترونية." أما المنظم المغربي فقد نص على جملة من المبادئ أو الضمانات بموجب قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 20.14 الصادر في 8 ذي القعدة 1435 (4 سبتمبر 2014)، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، ج ر عدد 6298، الصادر بتاريخ 14 ذو الحجة 1435 الموافق ل 9 أكتوبر 2014. وهذا ما تؤكدته المادة 3 منه بنصها:

"يجب أن يمثل صاحب المشروع والمكلف بالأعمال للمتطلبات التقنية للولوج إلى وظيفيات بوابة الصفقات العمومية.
تتيح بوابة الصفقات العمومية ما يلي =:

المبحث الثاني: أثر البيئة الرقمية على المبادئ الخاصة بنظام المعلوماتية للصفقات العمومية

في حالة إبرامهم للصفقة العمومية بالطريقة الإلكترونية، وبالتالي ضمان الأمان اللازم في التعاملات الرقمية بين أطراف الصفقة.

- == ضمان التاريخ المؤكد للإرسال الإلكتروني للأظرفة وعروض المتنافسين ومعالجتها من طرف أصحاب المشاريع وذلك من خلال آلية لتأريخ المعطيات الإلكترونية (السنة والشهر واليوم والساعة والدقيقة والثانية)؛
- ضمان سرية الأظرفة والعروض وذلك من خلال عملية التشفير؛
 - ضمان عدم ولوج أي شخص إلى الأظرفة المرسله من قبل المتنافسين قبل التاريخ المحدد لفتح الأظرفة؛
 - ضمان تحديد الهوية وعدم الطعن في الوثائق الموقعة على البوابة بواسطة عملية توقيع إلكتروني؛
 - ضمان سلامة الأظرفة والعروض التي ترسل عن طريق البوابة؛
 - التأكد من أن الأدوات المبنية في بوابة الصفقات العمومية ومواصفاتها التقنية غير تمييزية؛
 - ضمان تريبيد وتتبع أثر جميع الوثائق والعمليات التي تم القيام بها طيلة مسطرة إبرام الصفقات العمومية".
- نص الفصل 80 من القانون التونسي على جملة من الضمانات والمبادئ التي تؤمن عقد الصفقات العمومية المبرمة إلكترونياً بنصها على أنه: "تؤمن منظومة الشراء العمومي على الخط سرية وسلامة المعاملات على شبكة معلوماتية مفتوحة دون تمييز بين المتعاملين.
- وتخضع المنظومة للأحكام التشريعية والترتيبية المنظمة لسلامة المبادلات الإلكترونية.
- تتيح هذه المنظومة الإضاء الإلكتروني للوثائق الذي يوفر معرفة لصاحبه طبقاً لمقتضيات التشريع الجاري به العمل والتعلق بالإضاء الإلكتروني".
- أقرت أحكام المرسوم رقم 692-2002 الخاص بإبرام العقود الإدارية الفرنسي، على إلزام الإدارة والمترشحين الحفاظ على صحة المستندات الإلكترونية، وتأكيداً لسرية للتوقعات الإلكترونية. وأقرت المادة 9-2132 R من القانون الفرنسي لسنة 2018 المعدل سنة 2019، على أنه: "يكفل المشتري سرية وأمن المعاملات على شبكة معلومات يمكن الولوج إليها وفقاً للأحكام والشروط المبينة في قرار الوزير المكلف بالشؤون الاقتصادية الواردة في ملحق هذا القانون. تبقى تكاليف الوصول إلى الشبكة على عاتق المتعامل الاقتصادي.
- تجرى الإتصالات وتبادل المعلومات وتخزينها بطريقة تكفل سلامة البيانات وسرية الترشيحات والعروض وطلبات المشاركة وضمن عدم علم المشتري بمضمونها إلى غاية إنقضاء الآجال المحددة لعرضها".

Article R2132-9: « L'acheteur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible selon des modalités figurant dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code. Les frais d'accès au réseau restent à la charge de l'opérateur économique. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures, des offres et des demandes de participation et à garantir que l'acheteur ne prend connaissance de leur contenu qu'à l'expiration du délai prévu pour leur présentation ». Décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, Modifié par : Décret n° 2019-1344 du 12 Décembre 2019, op.cit.

نتيجة للتطور الملموس والمذهل في الإتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وظهور الإنترنت والإنتشار الواسع والسريع الذي أدى إلى ظهور أشكال وأنماط جديدة من الجرائم، منها الجرائم المتعلقة بشبكة الإنترنت وهي من الجرائم المعلوماتية، التي باتت تشكل خطراً لا على سرية النظم الإلكترونية أو سلامتها أو توافرها فحسب، بل تعدت إلى أمن البنى الأساسية¹.

إنطلاقاً من نص المادة 7 من القرار الوزاري الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية السابقة الذكر، نستشف أنه من المبادئ الواجب إحترامها لتصميم نظام المعلوماتية؛ سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية وسريتها وتأمين أرشفتها إلكترونياً.

سننتظر إثر ذلك لدراسة؛ حفظ الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية من خلال ضمان سلامتها وتتبع أحداثها (المطلب الأول)، ثم نبين سرية الوثائق والمعلومات المتبادلة بالطريقة الإلكترونية (المطلب الثاني) لنصل لبيان كيفية تأمين هذه المعلومات وأرشفتها إلكترونياً (المطلب الثالث).

المطلب الأول: حفظ الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية

في ظل الحكومة التقليدية وسيادة المعاملات الورقية من ناحية تخزين المعلومات والبيانات أو من خلال تقديمها، تكون معرضة للتلف بمرور الوقت أو الضياع، في حين أنّ الحكومة الإلكترونية يتم فيها تخزين المعلومات والبيانات وكذا تقديمها بصورة تقنية رقمية على وسائط إلكترونية، مما يساعد على حفظها من التلف أو الضياع مع المقدرة على تصحيح الأخطاء الحاصلة بسرعة ونشر الوثائق لأكثر من جهة في أقل وقت ممكن والإستفادة منها في أيّ وقت كان². لذلك يجب على الإدارة حفظ الوثائق المتبادلة إلكترونياً، ومنع أيّ كان حتى موظفي الإدارة من الإطلاع عليها، وذلك ضماناً لسلامتها وحفاظاً على سريتها ومن ثمّ تأمين أرشفتها، وضماناً لحفظ الوثائق نرى ضرورة إرسالها مشفرة وهو ما يقابله ضرورة غلق الأظرفة في التعاقد التقليدي للصفقات العمومية.

¹ محمود إبراهيم غازي: الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية (مصر) 2014، ص 63.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً...، مرجع سابق، ص 17.

يتأتى الحفظ الإلكتروني لوثائق الصفقات العمومية الإلكترونية من خلال ضمان سلامتها وسريتها وتأمين أرشفتها إلكترونياً¹، على اعتبار أنّ الحفظ الإلكتروني هو عبارة عن أرشيف إلكتروني مدون به بعض بيانات المستندات الإلكترونية، والهدف من إنشاء هذا السجل الإلكتروني هو الإعتماد عليه للحصول على شهادة بما يحتويه المستند الإلكتروني في حالة فقدانه أو تلفه، فهو يشمل أي حامل أو وسيط أو دعامة معدة لإنشاء البيانات والمعلومات أو حفظها أو إرسالها أو إستلامها إلكترونياً، ويتمثل الهدف من إستخدام السجل الإلكتروني في توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها وإسترجاعها كاملة عند اللزوم لأطراف التعاقد أو للأشخاص المرخص لهم بذلك². وقد عرف المشرع الجزائري الحفظ الإلكتروني بموجب المادة 4/2 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً³ بنصها: "يقصد بالحفظ مجموعة التدابير التقنية التي تسمح بتخزين الوثيقة الموقعة إلكترونياً في دعامة للحفظ".

¹ عرف المشرع الفرنسي الحفظ الإلكتروني بموجب المادة الأولى من القانون الصادر في 3 يناير 1979 تحت عنوان "الأرشيف أو سجلات الحفظ"، على أنه: "هو مجموعة الوثائق أيا كان تاريخها أو شكلها أو دعامتها المادية، منتجة أو مستقبلية بواسطة شخص طبيعي أو معنوي أو بواسطة مرفق عام أو خاص في ممارسة نشاطهم". وقد عرفه المشرع المصري بموجب المادتين الأولى والثانية من لائحة محفوظات الحكومة، بالنظر إلى محل الحفظ والهدف منه، حيث تنص المادة الأولى منه على أنه: "يقصد بالمحفوظات في تطبيق أحكام هذه اللائحة السجلات والدفاتر والمستندات والأوراق والإستمارات بأنواعها وأرقامها المختلفة المستعملة في مجال عمل وحدات الجهاز الإداري للدولة، ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وينتهي العمل فيها، ويقتضي الأمر حفظها بعد سنة فأكثر تبعا لحاجة العمل الحكومي، ويجوز للوحدات والهيئات والأشخاص المشار إليها وضع لوائح حفظ خاصة بها بما لا يخالف نصوص هذه اللائحة أو مدد الحفظ المحدد بجدول الحفظ المرفقة بها". وتنص المادة الثانية على أنه: "تهدف هذه اللائحة وسائر لوائح الحفظ الأخرى إلى ضمان بقاء أنواع المحفوظات المبينة بالجدول الملحقة بها وما قد يستجد عليها، وترتيبها وصيانتها، وتنظيم تداولها والعمل فيها طيلة المدد المقررة لحفظها بالجهات المختلفة بما يكفل سرعة الإهتمام إلى ما تدعو إليه وإعادته إلى أماكن حفظه في سهولة ويسر، وكيفية التصرف فيما لا تدعو الحاجة إلى الإحتفاظ به إطلافاً من الدفاتر والأوراق أو تنتهي الأجل المحددة لحفظه طبقاً لجدول الحفظ".

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً...، مرجع سابق، ص 142.

³ المرسوم التنفيذي رقم 16-247، المؤرخ في 27 رجب عام 1437، الموافق ل5 مايو سنة 2016، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، ج ر عدد 28، الصادرة في أول شعبان 1437، الموافق ل8 مايو 2016.

نصت المادة 1/7 و3 من القرار الوزاري الذي يحدّد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، على أنّه: "يجب أن يصمم نظام المعلوماتية للصفقات العمومية في إطار احترام المبادئ الآتية:

1- سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية:

- يجب أن تضمن صيغ وأشكال رقمنة الوثائق المكتوبة عدم المساس بسلامتها،
- توقيع الوثائق بالطريقة الإلكترونية المؤمنة مع احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها،
- التعرف على هوية المتعاملين الإقتصاديين والتأكد منها.

3- تتبع الأحداث"

الفرع الأول: سلامة الوثائق وتتبع الأحداث

الوثائق الإلكترونية عبارة عن مجموعة من النصوص والصور التي تستخدم عن طريق الوسائط عبر المرئية ويتم حفظها على الحاسب الآلي وملحقاتها، وهي تتميز بالسرعة وسهولة التبادل والنقل والتحرير وتعدّد إستخدامها، وهذه الوثيقة متى إتخذت الإجراءات لتأكيد صحتها فإنّها تكون حجة في الإثبات نظراً لعموم التعامل الإلكتروني بها، وأصبحت كالوثيقة الورقية المكتوبة التي تحاط بضمانات الحفظ والسلامة والأرشفة¹. وإن كان مفهوم المستندات قد تغيّر اليوم، فقد حلّت المستندات الرقمية محل الكثير من الوثائق المطبوعة على الورق، فإنّ الرسائل الإلكترونية تعدّ مستندات، فالمستند أصبح مفهومه يتفق مع ثورة الإتصالات عن بعد، كلّ أسلوب به يحدّد فكرة معيّنة، من خلال كتابة ورقية أو كتابة إلكترونية...، وطالما عبر المستند الإلكتروني عن فكرة وكان بالإمكان قراءته وإدراك معانيه وفهم مضمونه لذلك يعدّ محرراً، حائزاً للحجية وفقاً للشخص المنسوب إليه².

¹ رضا المتولي وهدان: النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الإعتداءات الإلكترونية (دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون اليونسترال النموذجي والفقّه الإسلامي)، دار الفكر والقانون، المنصورة (مصر) 2017، ص 86.

² أشرف عبد القادر قنديل: الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 66 و67.

عرف المشرع الجزائري الوثيقة الإلكترونية بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة¹ بنصها على أنه: "يقصد بالوثيقة الإلكترونية؛ مجموعة تتألف من محتوى وبنية منطقة وسامات العرض، تسمح بتمثيلها وإستغلالها من قبل الشخص عبر نظام إلكتروني".

يجب حفظ الوثائق الإدارية المرسله إلكترونياً وفق ضوابط الأرشيف، فالإدارة ملزمة إن هي أرادت الأخذ بتقنية التواصل الإلكتروني، بتوفير الوسائل اللازمة لحفظ الوثيقة الإلكترونية، كما تحفظ الوثيقة العادية، لتكون على قدم المساواة معها، إزاء الشروط القانونية المتعلقة بأجل حفظ الوثائق وبحق المرتفقين في الإطلاع عليها، كما يتعين على الإدارة أيضاً توفير الوسائل التقنية الضرورية لضمان سلامة الوثائق المرسله بطريقة إلكترونية، وتنظيم إستعمالها، لأنّ الوثائق أياً كان شكلها وطريقة إرسالها، يؤدي ضياعها أو المساس بقابليتها للإستعمال بعد إستلامها، إلى تفويت حق المتعاقد مع الإدارة المعنية بالأمر، أو في معرفة معلومات تفيد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، ممّا يشكل عيباً إجرائياً يمكن للمتعاقد مع الإدارة الإستناد إليه لطلب تعويض له عن أيّ ضرر يمكن أن يقع له بسبب ذلك².

أولاً: تامين مبدأ سلامة الوثائق كضرورة حتمية لتبادل المعلومات إلكترونيا

تعتبر البوابة الإلكترونية واجهة الموقع، والصفحة الرئيسية ونقطة المرور للصفحات الأخرى، والحصول على المعلومات والخدمات المتوفرة بصرف النظر عن كون البوابة "عامة أو متخصصة، فئوية أو مؤسسة"³. وتضمن البوابة نشر المعلومات والوثائق الآتية:

- النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية،
- الإستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية،
- قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية،
- قائمة المتعاملين الإقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية،

¹ المرسوم التنفيذي رقم 16-247 سنة 2016، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، مرجع سابق.

² آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 113.

³ راجع، بوزيدي خالد: "الإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية كإجراء جديد لتعزيز مبادئ الشفافية والمساواة في مجال الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 284.

المبحث الثاني: أثر البيئة الرقمية على المبادئ الخاصة بنظام المعلوماتية للصفقات العمومية

- البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة وقوائم الصفقات المبرمة أثناء السنة المالية السابقة وكذا أسماء المؤسسات أو تجمعات المؤسسات المستفيدة منها،
 - تقارير المصالح المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية،
 - قائمة المؤسسات التي سحبت منها شهادة التصنيف والكفاءة،
 - الأرقام الإستدلالية للأسعار،
 - كل وثيقة أو معلومة لها علاقة بموضوع البوابة¹.
- يتعين على الإدارة توفير الوسائل التقنية الضرورية لضمان سلامة الوثائق المرسلة بطريقة إلكترونية، وتنظيم إستعمالها، لأن الوثائق أياً كان شكلها وطريقة إرسالها، يؤدي ضياعها أو المساس بقابليتها للإستعمال بعد إستلامها إلى تقويت حق المتعاقد مع الإدارة المعنية بالأمر، أو في معرفة معلومات تفيد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية مما يشكل عيباً إجرائياً، يمكن للمتعاقد مع الإدارة الإستناد إليه وطلب تعويض له عن أي ضرر يمكن أن يقع له بسبب ذلك².

ثانياً: تتبع الأحداث

ينص البند السابع (07) من المادة رقم 2/3 من القرار الوزاري المغربي رقم 20.14، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية³، على أنه: "تتيح بوابة الصفقات العمومية ما يلي:

- ضمان ترميد وتتبع أثر جميع الوثائق والعمليات التي تم القيام بها طيلة مسطرة إبرام الصفقات العمومية". يقابلها نص المادة 3/7 التي اعتبرت تتبع الأحداث من المبادئ التقنية التي يجب إحترامها لتصميم نظام المعلوماتية للصفقات العمومية.

يتم تتبع الأحداث عن طريق إنشاء صحيفة للأحداث تسمح بتعقيب تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية. يكون ذلك بذكر تاريخ وتوقيت الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية، يسلم وصل إستلام يبين تاريخ وتوقيت إستلام العروض، لكل عرض يرسل بالطريقة الإلكترونية أو على حامل مادي إلكتروني.

¹ المادة 3 من القرار الوزاري، المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية...، مرجع سابق.

² آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 113.

³ قرار وزير الإقتصاد والمالية رقم 20.14 لسنة 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، مرجع سابق.

تعدّ مسألة السماح للمتعاملين الإقتصاديين بتتبع وتعقيب جميع الأحداث منذ إرسال الوثائق وتبادل المعلومات إلكترونياً، ضماناً حقيقية للتأكد من شفافية الإجراءات وسلامتها.

ننوه بدورنا إلى أنّ حفظ الإدارة للمستندات الورقية فضلاً عن الدعائم الإلكترونية مخافة تلفها، يعتبر أمر مستصاع لأنّ التعاقد الإلكتروني هو خطوة إيجابية للتخلص من المستندات الورقية، ومحاولة خلق إدارة إلكترونية بأتم معنى الكلمة، لذلك فإنّ الحل لا يكمن في العودة للمستند الورقي بل بخلق نظام حمائي يحفظ ويؤمن هذه الدعائم والمستندات ويقيها من التلف. لذلك كان لابد من التغلب على هذه الصعوبة الفنية باستخدام أجهزة ووسائط حديثة تمكننا من الإحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة تفوق قدرة الأوراق العادية التي تكون عرضة للخطر، فقد تتآكل، أو تتعرض للتلف نتيجة الحالات الطارئة كالحريق أو الزلزال. لذلك كان لابد من رقمنة الإدارة وخلق أجهزة حماية للتمكن من الإحتفاظ بالمستندات خاصة في ظل الصفقات العمومية الإلكترونية، ونظراً لما تتمتع به هذه الأخيرة من خطورة خاصة فيما يتعلق بأطراف العلاقة التعاقدية من جهة أو لما يتعلق به محل العقد من أثمان باهضة.

الفرع الثاني: الجرائم المرتكبة للمساسر بسلامة الوثائق

ظهرت أسلحة جديدة للإساءة للإدارة وشل نشاطاتها، حيث كثرت الجريمة المعلوماتية، نظراً لكثرة التعامل المعلوماتي، والجريمة المعلوماتية من الظواهر الحديثة وذلك لإرتباطها بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات والكمبيوتر...، وتشمل الجريمة المعلوماتية كلّ سلوك إجرامي يتم بمساعدة الكمبيوتر، فهي كلّ جريمة تتم في محيط أجهزة الكمبيوتر، وهي كلّ سلوك غير مشروع أو غير أخلاقي أو غير مصرح به يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات أو بنقلها¹. فالتطور السريع والمذهل في الإتصالات وتكنولوجيا المعلومات أدى إلى ظهور أشكال وأنماط جديدة من الجرائم وهي الجرائم المعلوماتية التي تشكل خطراً على التجارة الإلكترونية². وتشعب أشكال الجريمة المعلوماتية وتتنوعها، جعلنا نختر نموذجين يتعلقان بالوثائق الإلكترونية، والمتمثلان في؛

¹ محمود إبراهيم غازي: الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 118.

² المرجع نفسه، ص 371.

أولاً: جريمة إتلاف البيانات المعالجة إلكترونياً في الصفقات الإلكترونية

لبيان فحوى جريمة إتلاف البيانات المعالجة إلكترونياً، لابد لنا من تعريفها وتحديد أركانها؛

1- تعريف جريمة إتلاف البيانات الإلكترونية

يقصد بالإتلاف الإلكتروني كلّ فعل إلكتروني يهدف إلى تدمير البرنامج والبيانات الإلكترونية كلياً بجعلها غير صالحة للإستعمال كلياً أو جزئياً بالتقليل من قيمة أدائها، وبالتالي فإنّ الإتلاف الإلكتروني بشقيه الكلي أو الجزئي ينصب على العناصر غير المادية لنظام الحاسب الآلي عن طريق التلاعب في برامجه وبياناته، ومن خلال إقتحام المواقع وتدميرها وتغيير محتوياتها والدخول على الشبكات والعبث بمحتوياتها، بإزالتها أو الإستيلاء عليها أو تعطيلها عن العمل أطول فترة ممكنة أو تدميرها نهائياً¹. فهو تعيب الشيء على نحو يفقده قيمته الكلية أو الجزئية، لذلك إذا كان الفعل قد أفقد الشيء قيمته كلّها أو جزء منها، فقد تحقق الإعتداء الذي يجرمه القانون، فالإتلاف هو إفناء لمادة الشيء أو على الأقل إحداث تغييرات شاملة عليها، بحيث تصير غير صالحة إطلاقاً للإستعمال في الغرض المخصصة له، ومن ثمّ تضييع قيمتها².

يعدّ الإتلاف الإلكتروني من أخطر الجرائم التي تتعرض لها تكنولوجيا المعلومات، وتتسبب بإحداث خسائر فادحة لجميع الإدارات التي تعتمد في أداء عملها على تكنولوجيا المعلومات، إذ قد تصل أضراره إلى حدّ التدمير الكامل للحاسوب³. فالإتلاف جريمة يقصد بها التأثير على مادة الشيء على نحو يُذهب أو يقلل من قيمته الإقتصادية عن طريق الإنقاص من كفاءته للإستعمال المعدّ له، فإذا كان الفعل قد أفقد الشيء قيمته أو أنقص منها فقد حقق الإعتداء الذي يعاقب عليه القانون. وعليه نقول أنّ جريمة الإتلاف الإلكتروني تعدّ من جرائم الغش المعلوماتي، لما تنطوي عليه من تلاعب في الأنظمة المعلوماتية من خلال البرامج والبيانات. حيث تحدث جريمة الإتلاف بأن يتم محو المعلومات أو البيانات أو البرامج أو تدميرها إلكترونياً أو أنّ يتم تشويه المعلومات أو البرامج على نحو فيه إتلاف، ممّا يجعلها غير صالحة

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 150. أيضاً، محمد علي سويلم:

الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 98.

² عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، (الكتاب الثاني) الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية،

مرجع سابق، ص 255.

³ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 150.

للإستعمال¹. وتتضح معالم هذه الجريمة في الصفقات العمومية الإلكترونية من خلال تدمير البيانات والمعلومات المقدمة من المتعهدين الذين قدموا عطاءاتهم، فيتم محو أو تشويه البيانات المقدمة إضراراً بهم لعدم الفوز بالصفقة.

2- أركان جريمة إتلاف البيانات المعالجة إلكترونياً

جريمة الإتلاف الإلكتروني أو المعلوماتي لها ركنان هما:

أ- **الركن المادي:** يتمثل محل جريمة إتلاف البيانات المعالجة إلكترونياً في البيانات والمعلومات والبرامج المعالجة آلياً، وتتسم البيانات المعالجة إلكترونياً بطبيعة خاصة، حيث التي يغلب عليها الطابع الفني المستحدث، ويطلق بعض الفقهاء على إتلاف البيانات مصطلح "تدمير المعلومات"، والمقصود بالتدمير هنا هو إتلاف أو محو تعليمات البرامج أو البيانات ذاتها وليس مجرد الحصول على منفعة النظام المعلوماتي أياً كانت صورته سواءً كان إستيلاء على نقود أو إطلاع على معلومات. ويتجسد النشاط الإجرامي المكون للركن المادي لهذه الجريمة في أفعال الإدخال أو المحو أو التعديل ويكفي توافر إحداها فقط لقيام الجريمة، فلا يشترط إجتماعها معاً حتى يتوافر هذا النشاط الإجرامي².

يتحقق الإتلاف في حالة الإعتداء بإتلاف الأدوات المادية للمعلومات، كإتلاف الأجهزة أو تكسيرها أو إحراقها أو تعطيلها، وكذلك الإعتداء على الدعامة المسجلة عليها المعلومات بالكسر أو الحرق أو التشويه، ممّا يجعلها غير صالحة للإستعمال، وكذلك الإعتداء على مشغلات الجهاز من كابلات وشاشات ممّا يؤدي إلى إيقافها عن العمل وعدم صلاحيتها. وكذا الإعتداء بإتلاف الدعامات والبرامج المنسوخة عليها المعلومات والأوراق المستعملة في عمل الحاسب والشرائط الممنغطة، حيث يؤدي هذا الإعتداء إلى إتلاف هذه المعلومات ممّا يجعلها غير صالحة للإستعمال³. ونظراً لإعتبار النشاط الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة إتلاف البيانات يتكون كما ذكرنا سالفاً في أفعال الإدخال أو المحو أو التعديل، فإننا سنتعرض لها بالتفصيل؛

¹ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 75.

² عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، (الكتاب الثاني)، الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 44. هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 75.

³ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 139 و140.

أ-1- **فعل الإدخال:** يتحقق فعل الإدخال بوجه عام بإضافة معطيات جديدة لم تكن موجودة من قبل على الدعامة الخاصة سواء كانت خالية أو كان يوجد بها معطيات، وذلك بهدف التشويش على صحة البيانات والمعلومات الموجودة داخل النظام المعلوماتي وتتنوع طرق وأساليب فعل الإدخال، ومنها الفيروسات¹، حيث ترتكب جريمة الإتلاف بواسطة الفيروسات الإلكترونية، وهي عبارة عن برنامج مخبأ يستطيع أن يبدل دون علم مستخدم التكنولوجيا، والفيروس عبارة عن برنامج مخبأ مصمم من قبل مخبرين، يمكن أن يبدل طريقة عمل الحاسوب أو يعدّل البيانات والبرامج المخزونة في ذاكرته، ويمكن للعديد من هذه الفيروسات أن تنسخ نفسها على برامج أخرى أو على الأقراص التي يتم إدخالها إلى النظام، وبهذه الطريقة تنتشر نفسها من حاسوب لآخر مثل الأوبئة، وإذا لم يتم التعرف على الفيروس لفترة طويلة فإنّه يقضي على جميع المعلومات المخزونة في ذاكرة الحاسوب²، وتتمتع الفيروسات بقدرة فائقة على مهاجمة

¹ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 86. أيضاً، علي جعفر: جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت (لبنان) 2013، ص 535.

² آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 150.

أول فيروس تمّ التعرف عليه أنتجه طلبة جامعة جنوب كاليفورنيا الأمريكية، كان ذلك سنة 1973، ليثبتوا بأنّ أساليب الحماية التي كانت مستخدمة في الحواسيب الدقيقة غير فعالة وغير مجدية، أما اليوم فإنّ مشكلة الفيروسات تجاوزت في خطورتها كلّ تصور إذ تعتبر الآن من أكثر الأفعال التخريبية تحدياً لقدرات الحاسوب. وقد تمّ التعرف على أكثر من 15000 فيروس لحدّ الآن وفي المقابل يظهر حوالي 50 فيروساً جديداً في كلّ أسبوع، وإكتشف الفيروس في جميع الحواسيب، والشبكات في كلّ أنحاء العالم، يحتوي كل فيروس على صفات تميزه عن غيره، فمنها التي تدمر البيانات من خلال كتابة رموز غير مفهومه على الأقراص التي تصيبها، ونوع آخر من الفيروسات يسيطر على نظم التشغيل وتوقفها عن العمل في حين تقوم أنواع أخرى بإدخال إيعازات إلى نظام التشغيل تؤدي به إلى عرض رسائل على الشاشة، أما أنواع أخرى من الفيروسات فهي تنتقل بين الملفات بإجراء تغييرات بسيطة في بعضها يصعب إكتشافها. وتتمحور أنواع الفيروسات في:

● **الفيروسات الحاسوبية:** الفيروسات المعلوماتية ليس فيروساً بالمفهوم البيولوجي المتعارف عليه، بل هي عبارة عن برنامج صغيرة يتم تسجيلها أو زرعها في الأقراص أو الأسطوانات الخاصة بالحاسب، هذه البرامج يصممها المجرم المعلوماتي، بهدف تدمير أو إتلاف المعلومات والبيانات في إحدى الوثائق لتحقيق أهداف معيّنة، فهذه الفيروسات تستهدف برامج الحاسوب، وكذلك البيانات والمعطيات المخزونة في الحاسب، ويطلق عليها في هذه الحالة (فيروس التلاعب في البيانات)، الذي يعرف بأنّه: "برنامج فيروسي يتم إنشائه ويظل خاملاً لفترة محدّدة ثمّ ينشط فجأة في توقيت معيّن ليدمر البيانات والبرامج المسجلة والمخزونة في ذاكرة الحاسب، حيث يتحرك بصفة خاصة من ملف إلى آخر كي يحصل على معلومات محدّدة أو يعدّلها أو يحل محلها. وعلى هذا الأساس يرتبط فيروس الحاسب بالجريمة المعلوماتية". والفيروسات أنواع متعدّدة يمكن تقسيمها إلى:

1- من حيث الأهداف أو التكوين: تنقسم إلى:

فيروسات عامة العدوى: تنتقل وتصيب أي برنامج وملف.=

- = - فيروسات محدودة العدوى: تستهدف نوعاً معيناً من الأنظمة وتتميز عن السابقة في البطء بالإنتشار والصعوبة في الإكتشاف.
- فيروسات عامة الهدف: تندرج تحتها الغالبية العظمى من الفيروسات وتتميز بسهولة إعدادها وإتساع القوة التدميرية لها، ومن أمثلتها فيروس مايكل أنجلو الذي أطلق في 26-03-1992، للإحتفال بذكرى ميلاد الرسام الإيطالي العالمي "مايكل أنجلو".
- فيروسات محددة الهدف: ويحتاج إعدادها إلى درجة عالية من المهارة وإلى دراية تامة بالتطبيق الذي يستهدفه الفيروس، وتكمن خطورة بعض هذا النوع من الفيروسات في أنها لا تؤدي إلى تعطيل عمل البرامج، بل تؤدي إلى تغيير الهدف منها، وبعضها قد ينهي وجوده بعد تنفيذ هدفه، ومن أمثلتها فيروس ماك ماج Mac mag الذي ظهر 1988.
- 2- من حيث الأضرار التي تحدثها الأنظمة:
- الفيروسات التي تصيب الملفات التنفيذية: المقصود بها الملفات المسؤولة عن تشغيل البرامج الموجودة على الحاسب، وبالتالي هذه الملفات تؤدي إلى تعطيل البرنامج بالكامل.
- فيروسات الكتابة المباشرة: هذا النوع من الفيروسات عندما يصيب الحاسب فإنه يؤدي إلى عدم قدرة نظام التشغيل على التعامل مع الملفات الموجودة على القرص الصلب، حيث يقوم الفيروس بكتابة نفسه مباشرة على الأسطوانة الصلبة في مكان محدّد Boot Record Area.
- الفيروسات الصغيرة: وهي من الفيروسات الشائعة وتأثيرها ينصب على برامج معالجة النصوص، حيث تقوم بإدخال كلمات وعبارات وجمل غير مرغوب فيها، وقد تصيب أيضاً الملفات الخاصة بمستندات النصوص النشطة HTML، وأنواع أخرى من الرموز التنفيذية مما يؤدي إلى إنتشارها.
- ومن أشهر وأبرز الفيروسات التي شهدها عالم الحاسبات والمعلوماتية نجد:
- الفيروس النباكستاني: يعرف بإسم المخ أو الدماغ Brain وقد إقتحم حوالي 350.000 من حاسبات IBM، والحاسبات المتوافقة معها.
- فيروس حسان طراودة: هو برنامج له قدرة كبيرة على الإختفاء بالبرنامج الأصلي للمستخدم وعند تشغيل البرنامج ينشط ليبدأ نشاطه التدميري الذي يؤدي إلى تعديل ومحو بعض البيانات من الجهاز بل يصل به الحد إلى تدمير الجهاز بأكمله.
- الفيروس القاتل: يعمل على تدمير برنامج النظام المعلوماتي أو يصيب بعض العناصر المادية للنظام مما يؤدي إلى إتلافه قبل العمر الافتراضي المقدر له.
- الفيروس النائم: يعدّ من أخطر الأنواع على الإطلاق وتكمن خطورته في أنه يظل منكمشا إلى حين، ثم ينطلق لتنفيذ أهدافه التخريبية. ومن أمثلته فيروس عيد الميلاد المجيد الذي ظهر في عام 1987 وإنتشر في أوروبا وأمريكا.
- فيروس الإبطاء: يقوم بإبطاء عمل النظام بصورة تدريجية تمهيداً لإيقاف العمل به.
- برامج الدودة: هي البرامج التي تتصف بأنّ لديها قدرة تعطيل أو إيقاف نظام الحاسوب بصورة كاملة وذلك عن طريق إستغلال فجوة في نظام تشغيل الحواسيب، متنقلة من حاسب لآخر لتغطي شبكة بأكملها، وقد يتكاثر عددها عن طريق إنتاج نسخ منها وهي تشبه البكتيريا في تكاثرها، حيث تتكاثر هذه البرامج أثناء إنتقالها بإنتاج نسخ منها دون الحاجة إلى برامج وسيطة تساعدها على التكاثر، وتعمل على تقليل كفاءة الشبكة أو التخريب الفعلي للملفات والبرامج ونظم التشغيل، ومن أشهر هذه البرامج ما ظهر عام 1988 على يد الطالب الأمريكي Roper Tappan Morris، والتي سميت دودة موريس Morris Worm، وقد أدخل هذا البرنامج إلى شبكة إنترنت من خلال إحدى وسائل التدقيق في حزمة البرامج الخاصة بالبريد الإلكتروني وقد=

الأنظمة المعلوماتية، ويتمثل نشاطها التدميري في إتلاف البيانات والمعلومات المخزنة في النظام الآلي ومسحها وتشويهها، بل وتضلل المستخدم أحيانا ببيانات خاطئة¹.

يقع فعل الإدخال بمعرفة المسؤول عن القسم المعلوماتي والذي يسند إليه وظائف المحاسبة والمعاملات المالية، لأنه يكون في أفضل وضع يؤهله لإرتكاب هذا النمط من التلاعب غير المشروع².

أ-2- فعل المحو:

يقصد بالمحو إزالة جزء من المعطيات المسجلة على دعامة والموجودة داخل النظام، أو تحطيم تلك الدعامة أو نقل وتخزين جزء من المعطيات إلى المنطقة الخاصة بالذاكرة³. ويمكن للمسؤولين عند حفظ البيانات أن يتلفوا المعلومات المكلفين بحفظها داخل جهاز الحاسب الآلي...، كما قد يتم محو البيانات المعالجة عن طريق التلاعب في الشرائط المنغطة⁴.

=تسبب في تدمير الآلاف من الحواسيب الآلية في أرجاء الولايات المتحدة الأمريكية حيث قام هذا البرنامج بملء ذاكرتها حتى لم يعد بمقدورها القيام بأي عمل، وتهدف هذه البرامج إلى شغل أكبر نطاق ممكن من سعة الشبكة مما يؤدي إلى التقليل أو الخفض من قدرتها.

● **القنابل المنطقية أو القنابل الموقوتة أو الزمنية Time Bombs:** يقصد بهذا النوع تلك الفيروسات التي تتولى تدمير البرامج وإتلافها، وهذا النوع يظل ساكنا دون فاعلية وبالتالي غير مكتشف لمدة قد تطول أو تقصر يحددها مؤشر موجود فيها، وهذا المؤشر لا يقتصر على المدّة الزمنية، إنّما يمتد إلى ما يعرف بتوافر شروط منطقية معينة داخل برنامج أو ملف معين، فإذا حلّ الميعاد أو توافرت الشروط بدأ برنامج القنبلة بمهامه التخريبية، علما بأنها تؤدي مهامها بسرعة فائقة وفي زمن قياسي. ومن الأمثلة الواقعية لهذا النوع قيام شخص كان يعمل بوظيفة محاسب خبير في نظم المعلومات بوضع قنبلة زمنية في شبكة المعلومات الخاصة بالمنشأة التي كان يعمل بها بدافع الإنتقام، حيث انفجرت بعد مضي ستة أشهر من رحيله عن المنشأة وترتب على ذلك إتلاف كلّ البيانات المتعلقة بها. راجع، آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 150 وما يليها. أيضا، هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 87 وما يليها. علي جعفر: جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 552 وما يليها. سليم عبد الله الجبوري: الحماية القانونية لمعلومات شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2011، ص ص (326-329).

¹ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 87.

² عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، (الكتاب الثاني)، الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 46.

³ المرجع نفسه، ص 49، أيضا، هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 91. علي جعفر: جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 536.

⁴ عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، (الكتاب الثاني)، الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 49 و50.

أ-3- فعل التعديل

يقصد بالتعديل إجراء نوع من التغيير غير المشروع للمعلومات والبيانات المحفوظة داخل النظام، واستبدالها ببيانات ومعلومات أخرى جديدة. وقد يتم التلاعب في المعطيات عن طريق إستبدال هذه المعطيات، أو عن طريق التلاعب في البرنامج، وذلك بإمداده بمعطيات مغايرة تؤدي لنتائج مغايرة عن تلك التي صمّم البرنامج لأجلها¹، وذلك باستخدام إحدى وظائف الحاسب الآلي، فالسلوك الإجرامي المتمثل في التعديل يعني تغيير البيانات والمعلومات المعالجة ألياً والموجودة داخل النظام المعلوماتي واستبدالها ببيانات ومعلومات أخرى، ومن أمثلة ذلك؛ ما يعرف بالسرقة الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يقوم الجاني بإحتجاز الأمر بالدفع الموجه لحسابه الشخصي ثم يتوجه هذا الجاني لسحب المبلغ نقدياً من البنك ويختفي قبل أن تكتشف حقيقة حيلته². وفي مجال الصفقات العمومية الإلكترونية قد يتحقق التعديل بتغيير المعطيات المقدمة من أحد المنافسين بغرض إبعاده عن المشاركة في الصفقة العمومية.

تعتبر أفعال الإدخال أو المحو أو التعديل وحدها المكونة لجريمة إتلاف المعلومات، فلا يقع تحت طائلة التجريم أيّ فعل آخر غيرها، حتى ولو تضمن إعتداء على المعطيات الموجودة داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات، فلا يخضع للتجريم فعل نسخ المعطيات أو نقلها أو التنسيق أو التقريب فيما بينها. لأنّ كلّ هذه الأفعال لا تنطوي على إدخال أو محو أو تعديل³.

ب- الركن المعنوي:

تعتبر جريمة الإتلاف المعلوماتي من الجرائم العمدية التي تقوم على القصد الجنائي، حيث يشترط لقيامها توافر القصد العام بعنصرية العلم والإرادة، فيجب أن يعلم الجاني بأنّ نشاطه المتمثل في فعل الإدخال أو المحو أو التعديل غير مشروع، وأنّه يعتدي على صاحب الحق في المعطيات -محل الإعتداء- ومع ذلك تتجه إرادته إلى تلك الأفعال رغما عن إرادة صاحب الحق أو من له حق السيطرة عليها. ويكفي هذا القصد لثبوت علم الجاني بأنّ البيانات التي يعتدى عليها بالإتلاف هي ملك للغير وأنّ فعله من شأنه أن يتلفها أو

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، (الكتاب الثاني)، الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 51. أيضاً، هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 92. علي جعفر: جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 538.

² هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 92.

³ عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، (الكتاب الثاني)، الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 54.

يجعلها معطلة أو غير صالحة للإستعمال أو ينقص قيمتها، ويجب أيضاً بالإضافة إلى ذلك أن تتجه إرادة الجاني إلى إحداث الإتلاف أو التخريب أو التعطيل وينتج عن فعله تحقق الضرر المترتب على جريمته¹.

ثانياً: جريمة التجسس الإلكتروني (الدخول غير المشروع على النظام المعلوماتي)

تعتبر جريمة الدخول غير المشروع على النظام المعلوماتي، من الجرائم المستحدثة التي تؤثر سلباً على الصفقات العمومية الإلكترونية، وتلحق أضراراً بالمتعامل المتعاقد، لذلك سنبيّن تعريف هذا النوع من الجرائم الإلكترونية وتأثير هذه الجريمة على الصفة العمومية الإلكترونية وكذا بيان أركانها.

1- تعريف جريمة التجسس المعلوماتي (الدخول غير المشروع على النظام المعلوماتي)

يعرف التجسس الإلكتروني على أنه الدخول أو محاولة الدخول إلى الأماكن المحصورة للحصول على أشياء أو وثائق أو معلومات يجب أن تبقى مكتوبة حرصاً على سلامة الدولة أو سرقة هذه الأشياء أو الحصول عليها أو إنشائها دون سبب مشروع . فهو إستخدام وسائل تقنية المعلومات الحديثة للدخول بشكل غير مسموح وغير قانوني إلى أنظمة المعلومات الإلكترونية الخاصة بالدول والحكومات والتنصت عليها، قصد الحصول على المعلومات المهمة المتعلقة بنظامها وأسرارها².

2- تأثير جريمة التجسس المعلوماتي على الصفة العمومية الإلكترونية

يعتبر التجسس عملية قديمة قدم البشرية، وفي ظل التطور المعلوماتي تطورت عملية التجسس، وأصبح هناك ما يعرف بالتجسس الإلكتروني، الذي يعني الدخول غير المشروع إلى المعلومات والبيانات التي تتغذى بها الحواسيب الآلية والمواقع الإلكترونية بغية الإطلاع على الأسرار والمعلومات التي تتضمنها...، ولعل أهم ما يساعد على إرتكاب جريمة التجسس هي عملية إنزال ما يسمى بالمبرمج المتجسس في الحواسيب من قبل الشركات الكبرى المجهزة لها، والذي نستطيع من خلاله التنصت على كافة الأعمال والنقاط المعلومات التي يخزنها الحاسوب الآلي، أو تدون عليه من قبل أشخاص أو شركات أو مؤسسات معينة، وتكمن خطورة التجسس الإلكتروني على عقد الصفقات العمومية، في كون الإدارة التي تبنت هذه المعاملة تحول أرشيفها ووثائقها إلى أرشيف إلكتروني وهو ما يعرضها إلى مخاطر كبيرة، تكمن في التجسس على هذه الوثائق وكشفها ونقلها وحتى إتلافها، لذلك نجد هناك مخاطر من الناحية الأمنية على

¹ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 94.

² علي جعفر: جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 568

معلومات وأرشيف ووثائق الإدارة، ومصدر الخطورة هنا لا يأتي من تطبيق الإدارة الإلكترونية، إنّما يكمن في عدم تحصين الجانب الأمني للإدارة الإلكترونية والذي يعتبر أولوية في مجال تطبيق إستراتيجية الإدارة الإلكترونية¹. لذلك تفتن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات لوضع نظام حمائي للتعامل في بوابة الصفقات العمومية الإلكترونية، حيث نصت المادة 2/8 من القرار الوزاري المتضمن البوابة الإلكترونية² على ضرورة تزويد البوابة بنظام يحمي البيانات، حيث جاء فيها: "تزويد البوابة بنظام يحمي البيانات ملائم لضمان أمن البيانات وحمايتها".

3- موقف التشريعات من التجسس الإلكتروني أو الدخول غير المشروع

اتخذ الإتحاد الأوروبي موقفاً من تجريم الدخول غير المشروع على المواقع أو التجسس الإلكتروني، حيث كانت محاولة حماية الإنترنت وما شعر به المجتمع الأوروبي من خطورة جرائم الكمبيوتر دافعاً لعمل اللجنة الأوروبية بشأن مشاكل الجريمة ولجنة الخبراء في مجال جرائم الكمبيوتر على إعداد مشروع إتفاقية بشأن جرائم الكمبيوتر وأعلن مشروع الإتفاقية في 27 أبريل 2000. دعى المشروع الدول المتعاقدة لتجريم أفعال الإعتداء على سرية وتكامل بيانات الكمبيوتر وأنظمتها والإتصال بها ومن هذه الأفعال الدخول العمدي غير المشروع على نظام الكمبيوتر، وأعطى ذات المشروع للدول المتعاقدة خيار أن تضيف شرطاً للعقاب وهو أن يكون الدخول بإختراق إجراءات تأمين النظام أو بنية الحصول على بيانات معينة أو لأي غرض آخر غير مشروع حسب المادة 2 من المشروع³.

بدأ المشرع الفرنسي في 60 يناير 1978، في مواجهة الجريمة المعلوماتية المتعلقة بالمعالجة الإلكترونية للبيانات، وتلى ذلك إصدار مجموعة من القوانين منها؛ ذلك الصادر في 5 يناير 1988، الذي هدف إلى حماية أنظمة المعلومات، نظراً لكثرة إستخدام الفيروسات، وما أطلق عليه آنذاك بالإرهاب المعلوماتي والإستعمال غير المشروع للبرامج والإعتداء على المعلومات الإسمية والتي لا تكفي النصوص التقليدية لمواجهتها، ممّا دعا المشرع بالتدخل بموجب القانون رقم 88-19، الصادر في 5 يناير 1988،

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 148 و149.

² قرار وزاري مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية ...، مرجع سابق.

³ محمود إبراهيم غازي: الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 374 و375.

وعاقب على الأفعال الخطرة المرتبطة بالتكنولوجيا الحديثة ثم عاد وأدمج نصوص هذا القانون في قانون العقوبات الجديد تحت عنوان الإعتداءات على نظام المعالجة الآلية للمعطيات¹.

4- أركان جريمة الدخول غير المشروع على النظام المعلوماتي

يتطلب قيام جريمة التجسس الإلكتروني أو ما يعرف بمسمى الدخول غير المشروع للمواقع، ركنين أساسيين وهما؛

أ- الركن المادي لجريمة الدخول غير المشروع

يتمثل الركن المادي في الدخول أو البقاء غير المشروع في القيام بأحد النشاطين الآتين؛ إما الدخول بدون وجه حق إلى النظام، أو البقاء بدون وجه حق في النظام. لذلك لا بد لنا من تمييز هذين الوجهين على اعتبار أنّ فعل الدخول يعدّ جريمة وقتية في حين أن فعل البقاء جريمة مستمرة.

أ-1- الدخول بدون وجه حق إلى النظام المعلوماتي: يتجسد نشاط الدخول إلى النظام المعلوماتي بدون وجه حق في الإتصال بنظام الكمبيوتر، بأية طريقة كانت وعادة ما يكون ذلك بالإطلاع على المعلومات التي يحتويها النظام، وقد يكون بأن يقوم المستخدم بالدخول في النظام دون أن يكون مسموحاً له بذلك مع أنّه يعمل في نفس الجهة مالكة الكمبيوتر...، كما يتصور أن يقوم شخص من الخارج بالدخول في النظام، كأن يقوم هذا الشخص بالدخول إلى أماكن تواجد الأجهزة ويفتح أجهزة الكمبيوتر فيها، أي يقوم بإستعمالها أو كأن يدخل المتهم إلى النظام عن بعد، إمّا بأن يقوم المتداخل في النظام بعمل توصيله مع النظام أو أنّه يدخل إلى النظام عن طريق شبكة الإنترنت، سواء كان هذا النظام محمياً بكلمة مرور أو غير محمي، ومن أمثلة ما قد يقوم به المتهم من التداخل في أنظمة كثيرين من أصحاب الأجهزة بعد تمكنه من معرفة أسماء المستخدمين وكلمات المرور وقيامه بتهديد المجني عليهم بمسح ملفاتهم. ولا عبرة بالوسيلة التي إتبعها المتهم في الدخول إلى النظام، وننوه إلى أنّ مجرد تشغيل الجهاز لا يعدّ دخولا في النظام، باعتبار أن فعل الدخول يتمحور في التمكن من الدخول إلى الملفات².

¹ للتفصيل أكثر في الموضوع راجع ، محمود إبراهيم غازي: الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 376 وما يليها.

² راجع؛ المرجع نفسه، ص 380 وما يليها.

تتعدّد وسائل التجسس في ظل النظام المعلوماتي، منها وضع توصيلات بالجهاز بدون موافقة صاحبه ومنها إتباع وسائل حديثة (برامج إختراق)، لإلتقاط المعلومات التي يحتويها الجهاز عن بعد ويحدث هذا الغرض الأخير عند إستعمال الجهاز وليس تركه مغلقاً¹.

أ-2- البقاء بدون وجه حق في النظام المعلوماتي: يعدّ بقاءً في النظام ما قام به الشخص من إرسال رسائل عديدة إلى إحدى الشركات المنافسة، وذلك من جهاز واحد بإستخدام برامج لإيهام هذه الشركة بصدور هذه الرسائل من أجهزة مختلفة، وذلك حتى يمتلئ صندوق الرسائل الخاص بهذه الشركة فلا يستقبل طلبات المتعاملين معها فيتعطل عملها بهذه الطريقة².

ب- الركن المعنوي لجريمة الدخول والبقاء غير المشروع في النظام المعلوماتي

تعتبر جريمة الدخول والبقاء غير المشروع في النظام المعلوماتي من الجرائم العمدية، لذلك يجب توافر القصد الجنائي فيها ولا عبرة للباعت آنذاك، حيث أنّه إذا كان قصد الشخص من الدخول إلى النظام المعلوماتي هو إثباته للمسؤولين أنّ هناك ثغرات في أنظمتهم المطبقة، فإنّ ذلك يعتبر من قبيل البواعث التي لا تنفي القصد الجنائي. هذا الأخير يتوفر على عنصرين هما العلم والإرادة، وتتمثل إرادة الجاني في ارتكاب الفعل المادي بإرادة حرة غير معيبة من الناحية القانونية. أمّا توافر الإرادة في ارتكاب الفعل مع العلم بأنّ الفعل مخالف للقانون تؤدي إلى وجود القصد الجنائي بتوافر عناصره³.

¹ محمود إبراهيم غازي: الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 384.

² المرجع نفسه، ص 393.

³ المرجع نفسه، ص 394 وما يليها. أيضاً، الذهبي خدوجة: الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، السنة الجامعية 2018 - 2019، ص 84.

المطلب الثاني: سرية الوثائق والمعلومات المتبادلة بالطريقة الإلكترونية

تحكم التعاقدات الإلكترونية مبادئ عدة أهمها؛ مبدأ كتمان المعلومات وعدم إفشاءها، لأنها تعدّ معلومات شخصية أو موضوعية سرية، لا يجوز البوح والإفصاح بها لأحد، وهذه المعلومات لكي تتصف بالسرية، ينبغي أن يعترف القانون بأنّ هناك مصلحة مشروعة بكتمانها، على نحو أنّ مصلحة الشخص تقتضي بأن يظل نطاق العلم محدوداً، فلو إتسع نطاق العلم بها فإنّ ذلك يلحق ضرراً بمصلحته¹.

يطرح موضوع سرية المعلومات المتبادلة بين الإدارة والمتنافسين إشكالات، بإعتبار أنّ الإدارة تكون ملزمة بحماية سرية تلك الوثائق بمجرد إستلامها بإحدى الطرق العادية، في حين يتحمل المتنافسون أنفسهم عبء حماية سرية إرسالهم عن طريق تشفير تلك البيانات في حال إرسالها إلكترونياً، ونوه إلى أنّ المشرع الفرنسي أجاز لصاحب المشروع أن يطلب من المتنافسين تحصين ملفاتهم الإلكترونية المرسلة إليه بتدابير حمائية من شأنها أن تجعل فتح الترشيدات وفتح العروض متوقفاً على تدخلهم².

نظراً لأهمية مبدأ سرية الوثائق الإلكترونية إرتأينا أن نبيّن؛ ضمانات سرية الوثائق في الصفقات العمومية الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نتطرق لمسألة تجريم إنتهاك سرية وخصوصية المعطيات في الصفقات العمومية الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معنى سرية الوثائق في الصفقات العمومية الإلكترونية

يقصد بالمعلومات المتبادلة إلكترونياً، تلك البيانات والمعلومات التي يتم تداولها وتبادلها بين الأطراف المتعاقدة لإتمام عمليات الصفقات التي تبرم بينهم عبر الإنترنت، ولأهمية هذه البيانات ولقيمتها فإنّها ترقى إلى مصاف الأموال وتصبح محلاً للتعامل ويتحدّد سعرها وفقاً لظروف العرض والطلب. لذلك يجب الحفاظ على سريتها وخصوصيتها من الإعتداء عليها من الغير وعدم إنتهاكها والمتاجرة بها وعدم إستغلالها إستغلالاً غير مشروع. وتعني السرية عدم معرفة الغير من غير المتعاقدين - بيانات الصفقة، وتعني الخصوصية ارتباط هذه البيانات بالمتعاقدين ممّا يحتم عدم إطلاع الغير عليها³.

¹ ثامر محمد عبد الجبار عبد العباس السعيدي: التنظيم القانوني للمزاد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر 2017، ص 121.

² آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 112 و 113.

³ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية ...، مرجع سابق، ص 61.

تحقيقاً لمبدأ السرية في إجراءات إبرام عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، لابد من توفير السرية للوثائق المقدمة من راغبي التعاقد لجهة الإدارة، ويقع على عاتق الإدارة إتخاذ كافة التدابير اللازمة للحفاظ على هذه الوثائق من الوصول إليها أو التلاعب بها مع إمكانية تحديد تاريخ ووقت ورودها للإدارة، وهو ما يتم عملياً من خلال إلزام الراغبين في التعاقد من أن يقدموا عطاءاتهم في أظرفة مغلقة ومختومة يظل محتواها مجهولاً للإدارة ولباقي المتقدمين للتعاقد حتى وقت فتحها، وهو ما يوضح أنّ إجراءات الشراء العام لا تتميز بالمرونة التي تتميز بها إجراءات الشراء الخاص، فلا يجوز إفشاء أو كشف معلومات أو بيانات عن العطاءات المقدمة أو حتى عن مقدميها أو عن القيمة التقديرية للعطاءات المطروحة¹.

نتيجة للإنتشار السريع لتكنولوجيا المعلومات وزيادة الإعتماد عليها في كافة نواحي الحياة وبصفة خاصة في المعاملات الإلكترونية، إزداد الإهتمام بسرية وخصوصية المعلومات الشخصية، أو ما يسمى بالخصوصية الإلكترونية، ونتيجة تضخم حجم البيانات المتبادلة عبر البريد الإلكتروني، ظهرت الحاجة الملحة لحماية البيانات والمعلومات وتأمين وتداول هذه المعلومات بين الأطراف عبر شبكة الإنترنت، ولذلك ظهر ما يسمى بالأمان الإلكتروني، وهو برنامج يقوم بتقدير مواقع الإنترنت على أساس مدى كفايتها في حمايتها للخصوصية الفردية².

تعني المصلحة المحمية في سرية البيانات وخصوصيتها في مجال الصفقات الإلكترونية إحاطة تلك البيانات بالسرية التامة والمحافظة على خصوصيتها لمن لهم الحق في ذلك فقط، حتى يساعد ذلك على نمو وإزدهار التجارة بواسطة تلك الصفقات، سواءً تعلق الأمر بالمستهلك أو البائع أو الصفقة ذاتها في أي شكل من أشكالها وكذا بيانات وسيلة الدفع وغيرها، ومن ناحية أخرى يجب تأمين البيانات الشخصية عند الإتصال بين أطراف العلاقة التعاقدية، وعدم السماح للآخرين بالإطلاع عليها³. وقد أصدر الإتحاد الأوروبي توجيه عام 1995، والخاص بمعالجة البيانات الشخصية وحرية إنتقال مثل هذه البيانات، وحدد

¹ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً...، مرجع سابق، ص 82.

² خالد ممدوح إبراهيم: أمن المستندات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 155.

³ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 32.

مسؤولية من يتعرض لسرية هذه البيانات والمعلومات¹، هذا وقد أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 18-07، المتعلق بحماية البيانات الشخصية²، إقراراً بضرورة حماية المعطيات عبر الوسائط الإلكترونية.

الفرع الثاني: ضمانات سرية الوثائق في الصفقات العمومية الإلكترونية

ينبغي أن يضمن النظام المخصص لتلقي العروض إلكترونياً عدم تمكين أي شخص من الإطلاع على محتوى العروض بعد أن تتلقاها جهة الإدارة قبل الوقت المحدد لفتحها، وألا يسمح النظام لغير الأشخاص الذين لهم الحق في فتح العروض-العطاءات- بالإطلاع عليها وقت فتحها رسمياً في المراحل اللاحقة، على أن يصمم النظام على نحو يسمح بإقتفاء أثر جميع العمليات المتصلة بالعطاءات المقدمة بما في ذلك وقت وتاريخ تلقي العطاءات تحديداً دقيقاً، والتحقق ممن إطلع على العطاءات ووقت الإطلاع عليها، وما إذا كان قد تمّ المساس والتلاعب بها أم لا³.

ينبغي إحترام خصوصية المتعاقدين عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، ويستلزم ذلك عدم نشر، أو إعطاء بيانات تتعلق بشخصية أيّ منهما، أو حياته الخاصة، كبريده الإلكتروني أو المعلومات التي تتعلق ببطاقة الإئتمان...، وتعدّ مسألة إحترام الخصوصية من أهم المسائل التي تولد لديه الثقة للمتعاقد، إذ أنّ البيانات والمعلومات التي تخص المتعاقدين رغم أنّ تخزينها لدى الوسيط الإلكتروني قد تمّ برضاهم، إلاّ أنّ ذلك لا يعني أنّ هذه البيانات قابلة للتداول، أو إنتقلت في حالة الخصوصية إلى العلانية، والوسيط الإلكتروني إذا قام بنشرها يعدّ مرتكباً لإفشاء غير مشروع للبيانات والمعلومات. بيد أنّه يجب أن تتوفر الدرجة الكافية من السرية، التي ينبغي أن يلتزم بها الوسيط الإلكتروني، لأجل أن لا تقع المعلومات في أيدي المتنافسين، ولكي تعدّ السرية كافية، لا بد أن يكون من الصعب على الغير الحصول على هذه المعلومات الشخصية⁴.

يعدّ الإلتزام بسرية الوثائق واجب يقع على عاتق البوابة الإلكترونية التي تضم استخدام نظام حماية يعمل على ترميز الوثائق الذي يعتبر عملية إسناد رمز تصنيف لوثيقة ما أعدت للترتيب والحفظ، ويكون

¹ Directive 95/46/EC, 24 octobre 1995.

² قانون رقم 18-07، المؤرخ في 25 رمضان عام 1439، الموافق ل 10 يونيو 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر عدد 34، صادر بتاريخ 10 يونيو 2018.

³ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونيا "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 83.

⁴ ثامر عبد الحبار عبد العباس السعيد: التنظيم القانوني للمزاد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 317

موافقاً للكلمة المناسبة من القائمة الإسمية التي ينتمي إليها ضمن خطة التصنيف من أجل تسهيل إسترجاعها عند الطلب، كما تعمل البوابة على عدم تسريب المعلومات قبل الآجال المحددة قانوناً، يكون ذلك بإحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها¹، حيث يضمن المتعامل الإقتصادي سرية الوثائق والمعلومات المتبادلة بالطريقة الإلكترونية من خلال:

أولاً: نظام التشفير (تشفير البيانات المتعلقة بالصفقات العمومية الإلكترونية)

وجد نظام التشفير منذ العصور القديمة، حيث إستخدم في مجال الإستخبارات العسكرية والدبلوماسية، بحيث يعدّ التشفير ضمن المعدّات الحديثة التي يخضع التعامل بها إلى الحظر الكلي أو التقيّد الشديد في غالبية الدول المعاصرة، غير أنّ إنتشار تقنية التشفير بدأت تفرض نفسها بوصفها وسيلة مهمة لا غنى عنها في أمن وسلامة السندات الإلكترونية، فضلاً عن ذلك أنّ فكرة التشفير لا تنحصر بمجرد تشفير البيانات وفك تشفيرها، وإتّما ينظر إلى التشفير في الوقت الراهن بأنّه الأداة المثلى لتسهيل الإنتقال الناجح بين عالم اليوم المليء بالثغرات ونقاط ضعف المعلومات، وعالم المستقبل الذي يتعيّن أن تحظى فيه المعلومات بتأمين أفضل، ومن ثمّ فنظام التشفير يعدّ أداة قوية يمكن أن تساعد في ضمان سرية المعلومات وسلامتها أثناء النقل والتخزين، وفي التحقق من هوية الأفراد وأنظمة الحواسيب². وقد وجدت جهات الحلول التقنية في سلسلة التشفير مخرجاً ملائماً، وتطور فن التشفير وحلوله إلى المدى الذي أمكن للمتخاطبين ضمان أن لا تفك رسائلهم وتعاقباتهم إلاّ من الجهة التي تملك المفتاح المزود من قبلها³.

1- تعريف نظام التشفير

تشفير البيانات والمعلومات هو فن حمايتها والمحافظة على سريتها عن طريق تحويلها إلى رموز أو أرقام معيّنة غير مفهومة وغير مقروءة، فالتشفير وسيلة لحماية أمن المعلومات ضد أعمال القرصنة وبيث الفيروسات والإعتداء على المعلومات الإسمية وبيانات بطاقة الإئتمان الممنغطة...، وغيرها من الأمور المتعلقة بالصفقات الإلكترونية، فمستخدمي شبكة الإنترنت يبتغون أن يتمكنوا عن طريق برنامج خاص من تشفير معلوماتهم قبل نقلها عبر الشبكة على أن يتم فك رموزها ببرنامج مماثل عند إستقبالها من

¹ والي عبد اللطيف ودندن جمال الدين: "إستحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في مادة الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 153.

² أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته...، مرجع سابق، ص 193.

³ أمين فرج يوسف: التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2007، ص 73.

جانب المرسل إليه، ذلك لأنّ التشفير يؤدي إلى إيجاد وتوفير نوع من الثقة في المعاملات الإلكترونية والتي من خلالها يكون للأطراف المتعاقدة في هذه المعاملات التعامل بحرية وطمأنينة دون الخوف من العبث بمعلوماتهم التي تنشر على الشبكة لإجراء هذه المعاملات¹.

يعتبر نظام التشفير منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونياً، بحيث لا يستطيع أي شخص الوصول إلى تلك البيانات إلاّ عن طريق إستخدام مفتاح أو مفاتيح تلك الشفرة²، ويعتبر تشفير الرسائل الإلكترونية أحد أنظمة حماية سلامة وسرية المعلومات عبر الإنترنت، فالتشفير يعدّ أفضل تقنية لحماية البيانات من أيّ تعديل غير مرغوب فيه³، ويعدّ التشفير عملية تحويل المعلومات والبيانات العادية إلى معلومات مشفرة غير مفهومة، وذلك لمنع الأشخاص الغير مصرح لهم من الإطلاع على المعلومات وفهم محتواها، ويقابل عملية التشفير عملية إعادة تحويل البيانات المشفرة إلى صيغتها الأصلية التي كانت عليها، وذلك بإستخدام المفتاح المناسب لفك الشفرة، ويطلق على ذلك عملية فك التشفير، وتتم عملية التشفير وفك التشفير من خلال طريقة حسابية معقدة تستند إلى صيغ رياضية معقدة تسمى خوارزميات، وتعتمد قوة التشفير وفعاليتها على عاملين أساسيين هما الخوارزمية وطول المفتاح مقدراً بالبت bit⁴. وعليه لا بد من حفظ الوثائق والمعلومات الإدارية المرسله إلكترونياً وفق ضوابط الأرشيف، لأنّ الإدارة في حالة الأخذ بتقنية التبادل الإلكتروني للمعلومات فإنّها ملزمة بتوفير الوسائل اللازمة لحفظ الوثائق الإلكترونية، كما تحفظ الوثيقة العادية لتكون على قدم المساواة معها، إزاء الشروط القانونية المتعلقة بأجل حفظ الوثائق وبحق المترفقين في الإطلاع عليها⁵.

يتم التشفير بإستخدام أدوات أو وسائل أو أساليب معيّنة لتحويل المعلومات بهدف إخفاء محتوياتها والحيلولة دون تعديلها أو إستخدامها غير المشروع بحيث يتم التأكد من أنّ المعلومات التي تسلمها المرسل إليه هي نفس البيانات التي قام المرسل بإرسالها والتوقيع عليها، فهو يسمح بتلافي بعض المخاطر المتوقعة من إستخدام الطرق الإلكترونية في المعاملات⁶. لذلك يجب تشفير وضمن أمن

¹ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 471 و 472.

² أمين فرج يوسف: التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 52.

³ أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته...، مرجع سابق، ص 193.

⁴ المرجع نفسه، ص 194.

⁵ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 113.

⁶ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 471.

وسلامة طرق الولوج إلى الخدمة الإدارية عبر وضع أنظمة معلوماتية دقيقة لتحديد الهوية وفك الشفرة، وكذا التوفيق بين متطلبات سهولة الاستخدام وولوجية هذه الأنظمة، ومستوى سلامتها وأمنها لتمكين الإدارة الإلكترونية مستعملها من إستعادة سلطتهم¹.

شبكة المعلومات مصممة في الأصل بشكل مفتوح دون قيود أو حواجز أمنية عليا، رغبة في التوسع وتسهيل دور المستخدمين، وتحتوي الأنظمة الإلكترونية والشبكات المعلوماتية على ثغرات معلوماتية مما يمكن المنظمات الإرهابية من إستغلال هذه الثغرات في التسلل إلى البنى التحتية وممارسة العمليات التخريبية والإرهابية²، لذلك لعب التشفير دوراً كبيراً في الإحتفاظ بسرية مراسلات كل مستخدم لشبكة المعلومات ومنع الآخرين من الإطلاع عليها، فهو يستخدم أرقاماً معينة يختارها لفتح الموقع الخاص به على الشبكة والإطلاع على ما وصله من رسائل، وهذه الأرقام تعتبر كلمة السر أو المفتاح السري الذي بدونه لا يمكن دخول الموقع لمعرفة ما فيه، ويقوم أصحاب العروض بإرسال عروضهم على موقع الإدارة المعلنة عن الصفقة، وتضع الإدارة تنظيماً لا يسمح لأحد -حتى موظفي نفس الإدارة- بالإطلاع عليها إلا في التاريخ المحدد لفض السرية وكشف العروض. وهو ما يقابل فتح الأظرفة في النظام الورقي أو التقليدي، وذلك حتى لا تنتهك السرية وتظهر قيمة العروض المقدمة فتضيع فائدة المنافسة أو التنافس بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة في تنقيص قيمة العروض بقدر الإمكان على أمل الفوز بالعقد. وبعد إنتهاء موعد تقديم عروض التعاقد أو العطاءات الإلكترونية، يتم فتح العطاءات إلكترونياً ونشر أسعار أصحاب العروض على الموقع، وإختيار أفضلها وأقلها قيمة لتوقيع عقد الصفقة مع صاحبه إلكترونياً³.

2- طرق التشفير

هناك طريقتان يتم من خلالها إجراء عملية التشفير وهي:

أ- **الطريقة الأولى:** تقسم البيانات والمعلومات المراد تشفيرها إلى حروف، ثم يتم تشفير كل حرف على حدى وذلك بإستخدام شفرة واحدة.

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 71.

² أمير فرج يوسف: الجريمة الإلكترونية والمعلوماتية والجهود الدولية والمحلية لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية (مصر) 2011، ص 227.

³ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 153. بن عودة صليحة: "أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 61.

ب- الطريقة الثانية: تعتمد هذه الطريقة على تقسيم البيانات والمعلومات المراد تشفيرها إلى حروف ويتم تشفير كل حرف على حدى ولكن باستخدام مفتاح شكري مختلف لكل حرف، وتتفرع هذه الطريقة لعدة أنواع:

ب-1- شفرة الإحلال: وفيها يتم إحلال حروف البيانات والمعلومات المراد تشفيرها إلى حروف أخرى وذلك باستخدام مفتاح معين متفق عليه.

ب-2- شفرة الإستبدال: وفيها يتم التبديل في حروف البيانات والمعلومات المراد تشفيرها أي أنها تحفظ بنفس حروفها ولكنها تكون غير مرتبة ويتم ذلك باستخدام مفتاح معين متفق عليه.

ب-4- شفرة الإنتاج: وهي مزيج من شفرة الإحلال وشفرة الإستبدال بمعنى أن البيانات والمعلومات تمر بعدة مراحل في التشفير للوصول إلى الصورة المشفرة في النهاية.

ب-5- شفرة الآسية: وتتم هذه الشفرة باستخدام معادلة رياضية (آسية) بعد تحويل حروف البيانات المراد تشفيرها إلى أرقام باستخدام جداول معينة ثم إعادتها إلى صورة الحروف الجديدة بعد التعويض في هذه المعادلة.

ب-6- شفرة حقيبة الظهر: تتم هذه العملية باستخدام معادلة رياضية معقدة للحصول على أعلى درجات السرية والصعوبة في حل هذه الشفرة بواسطة أي شخص دخيل على النظام أو غير مصرح له بتداول البيانات التي تم تشفيرها¹.

3- فك التشفير:

أ- تعريف فك التشفير:

يقصد بفك التشفير البيانات والمعلومات من هيئتها المشفرة إلى هيئتها الأصلية لقراءة محتواها، وذلك لا يتم بمعرفة المفتاح الذي تم التشفير إعتماذاً عليه².

ب- أنواع فك التشفير:

ب-1- التشفير المتماثل (المفتاح السري): يكون فيه التشفير باستخدام كل من المرسل والمستقبل لمفتاح سري واحد في عمليتي التشفير وفك التشفير ويتفق الطرفان في البداية على عبارة المرور pass phase التي سيتم إستخدامها. وتحتوي عبارة المرور على حروف كبيرة وصغيرة ورموز أخرى، وبعد ذلك

¹ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص ص (774-776).

² المرجع نفسه، ص 476. أيضا، أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته...، مرجع سابق، ص

تقوم برمجيات التشفير بتحويل عبارة المرور إلى عدد ثنائي، ويتم إضافة رقم آخر لزيادة طولها، ويشكل العدد الثنائي الناتج مفتاح تشفير الرسالة، وعند استقبال رسالة البيانات يستخدم المستقبل عبارة المرور نفسها، وذلك لفك النص المشفر، حيث تترجم البرمجيات مرة أخرى عبارة المرور لتشكل المفتاح الثنائي الذي يتولى إعادة تحويل النص المشفر إلى شكله الأصلي المفهوم¹.

ويعدّ من أشهر تطبيقات هذا النوع (Data Encryption Standard (DES)، والذي طورته شركة IBM عام 1977 واعتمده كنظام للتشفير القياسي لها ومنعت تصديره وتحولت الحكومة الأمريكية إلى نظام (Advanced Encryption Standard (AES كبديل للنظام السابق عام 1998².

تكمّن مساوئ هذا التشفير، في أنّ مستقبل السند الإلكتروني يجب عليه أن يمتلك عدداً من المفاتيح الخصوصية تساوي عدد السندات الواردة من المرسل، فضلاً عن ذلك يتضح أنّ استعمال مفتاح واحد من قبل شخصين مختلفين قد يعرض السند إلى خطر دائم يتمثل في انتقال المفتاح الخصوصي إلى الغير بشكل غير مشروع، ممّا يكون من الصعوبة تحديد حصول هذا الانتقال، ولا سيما إذا كان كلّ من المرسل والمستقبل حائزين على المفتاح ذاته³.

ب-2- التشفير اللامتماثل (المفتاح العام): يستخدم هذا النظام مفتاحين إثنيين، يسمى أحدهما المفتاح العام ويتم الإعلان عنه لجميع الجهات التي تتبادل المعلومات وهو المفتاح المستخدم لتشفير البيانات والمعلومات، ويسمى الآخر بالمفتاح الخاص وهو المستخدم لفك التشفير ويبقى سراً عند الجهة المستقبلة. وتتحد قوة نظام التشفير على الدقة المتبعة وطول المفتاح المستخدم أي عدد الوحدات التي يتكون منها المفتاح ويزداد عامل الأمان كلما زاد عدد الوحدات⁴. ويتم تأمين هذا النظام عن طريق بروتوكول الطبقات الأمنية، حيث يساعد هذا البروتوكول على التحقق من المفتاح العام، والتأكد من سلامة رسالة البيانات وعدم تحريفها أثناء نقلها عبر شبكة الإنترنت. وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا النظام لم يكن صعب الإختراق أو لم يكن بدرجة الأمان الكافية، فقد تمّ تطويره بنظام الخصوصية المفتوحة وهو نظام مازال منيعاً حتى يومنا هذا، ويستخدم مفتاح بطول 128 بت، فضلاً عن البصمة الإلكترونية لرسالة البيانات⁵.

¹ أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته...، مرجع سابق، ص 195.

² هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 476.

³ أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته...، مرجع سابق، ص 196.

⁴ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 477.

⁵ أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته...، مرجع سابق، ص 196.

ثانياً: التوقيع الإلكتروني آلية فعالية لضمان سرية المعاملات الإلكترونية في الصفقات

العمومية وإثباتها

التوقيع أمر لازم لإتمام الصفقات الإلكترونية بوجه عام، فحتى تتوافر الثقة بين الأطراف المتعاقدة والمتعاملة إلكترونياً عن بعد يلزم وجود مصلحة يحميها ويقرها القانون، وحتى يتم التأكد من صحة وسريان هذه الصفقات والتزام كل طرف قبل الآخر وحتى لا يتم انتهاك سرية البيانات والمعطيات الخاصة بها يجب تواجد هذا التوقيع الإلكتروني، شريطة صدوره من الجهة المصرح لها بذلك، لذلك تحرص التشريعات العربية والأوروبية على تنظيم أحكام هذا التوقيع الإلكتروني في كل قوانينها الخاصة بالمعاملات الإلكترونية بما فيها الحماية الجنائية المقررة له¹.

يحتل التوقيع الإلكتروني أهمية بالغة في المعاملات، ما أدى إلى إنتشاره بشكل سريع، وقد كان هذا تلبية للحاجات التي أصبحت ملحة لتسيير المعاملات في الوقت الحاضر لما يتميز به من خدمات حديثة ووسائل إلكترونية، هذه الحقيقة فرضها الواقع، ما أدى بالعالم إلى قبول هذا النوع الجديد من التوقيع قبل تقنيته، حيث يعمل به، رغم عدم وجود تشريع ينظمه، لذلك سعت بعض الدول إلى تنظيمه لما تتطلبه الحياة العملية، ولتسهيل التعامل فيما بين الأشخاص، سواء كان داخل الدولة أم خارجها². ففي ظل التطور التكنولوجي يمكن إجراء التوقيع إلكترونياً بواسطة مجموعة من الأرقام والرموز والتشفيرات التي لا يفهم معناها سوى صاحبها، وذلك لا يختلف عن التوقيع التقليدي القائم على إستخدام حركة اليد من حيث الإثبات³.

أشار القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، الذي يحدّد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على أنّه تضمن البوابة الإلكترونية الإمضاء الإلكتروني للوثائق⁴. بالإضافة إلى تبيان أنّه لتصميم نظام المعلوماتية للصفقات العمومية ومن أجل سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية، فإنّه

¹ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 34 و35.

² أيمن علي حسن الحوثي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2011، ص 7.

³ يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 186.

⁴ أشارت المادة 4 البند 11 من القرار الوزاري الذي يحدّد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على أنّه: "تضمن البوابة الإلكترونية:

- الإمضاء الإلكتروني للوثائق".

لابد من توقيع الوثائق بالطريقة الإلكترونية المؤمنة مع إحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها¹. وقد بيّنت المادة 2/3 بند 4 من القانون المغربي المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية المذكورة سالفاً²، أنّ بوابة الصفقات العمومية تتيح ضمان عدم الطعن في الوثائق الموقعة على البوابة بواسطة التوقيع الإلكتروني.

لتبيان دور التوقيع الإلكتروني في ضمان سرية المعاملات وإثبات عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، لابد من بيان تعريفه، ثم التطرق لشروطه بعد ذلك؛

1- تعريف التوقيع الإلكتروني

يظل التوقيع الإلكتروني مصطلحاً جديداً غير واضح المعالم نظراً لحدثه، ومع ذلك هو إمتداد وتطور لفكرة التوقيع التقليدي، حيث يعتبر التوقيع بمثابة حجر الزاوية في نظام الإثبات، فهو ظاهرة إجتماعية ضرورية يحميها القانون، وهو علامة خاصة بالموقع، التي تميّزه عن غيره من الأشخاص، والتي يؤدي وضعها على أي وثيقة إلى إقراره بمضمونها، والتوقيع يقصد به من جهة واقعة وضع التوقيع على مستند يحتوي معلومات معينة، كما يعني من جهة أخرى تلك العلامة أو الإشارة المميزة لشخص الموقع، والتي تسمح بتحديد هويته، والتوقيع بهذا المعنى هو المقصود بالتوقيع في نطاق قانون الإثبات³. وأنّ هذا يبين تعريف التوقيع التقليدي فإنّ التوقيع الإلكتروني يبدو مختلفاً، نظراً لإعتماده على تقنيات إلكترونية، لذلك سنتطرق لتعريف الفقهي والقانوني للتوقيع الإلكتروني؛

¹ المادة 1/7 بند 2، من القرار الوزاري الذي يحدّد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على أنه: "يجب أن يصمم نظام المعلوماتية للصفقات العمومية في إطار إحترام مبدأ سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية:

- توقيع الوثائق بالطريقة الإلكترونية المؤمنة مع إحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

² قرار وزير الإقتصاد والمالية رقم 20.14 لسنة 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، مرجع سابق.

³ أيمن حسين الحوثي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 12 و13.

أ- التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني

عرف الفقه الفرنسي التوقيع الإلكتروني على أنه: "مجموعة الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبة"¹. وعرفه جانب آخر على أنه: "التوقيع الإلكتروني عبارة عن حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع"².

ثانياً: التعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني

تتجنب التشريعات غالباً القيام بعملية التعريف بالمصطلحات القانونية، تاركة ذلك للفقه، إلا أننا نلمس أنّ أغلبيتها -التشريعات- عرّفت التوقيع الإلكتروني نظراً لحدادته، ونظراً لنقشي الوسائل الإلكترونية وتعدّها.

اهتمت المجموعة الأوروبية وهيئاتها بتطوير القواعد القانونية التي تلائم عصر المعلوماتية، حيث حاولت التنسيق بين التشريعات الداخلية الخاصة بالدول الأعضاء في مجال الإثبات الإلكتروني، نظراً للتباين الحاصل فيما يتعلق بقواعد الإثبات وتقديم الدليل³، أين صدر التوجيه الأوروبي رقم 99-93، المتعلق بالتوقيع الإلكتروني⁴، الذي عرف التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 1/2 منه على أنه: "معلومات أو بيانات تأخذ الشكل الإلكتروني وترتبط أو تتصل بشكل منطقي بمعطيات إلكترونية أخرى (رسائل أو مستند)، وتستخدم كوسيلة لإقرارها"، وقد أضفى هذا التوجيه على التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية نفسها الممنوحة للتوقيع التقليدي في مجال الإثبات، كما تبني مفهوماً واسعاً للتوقيع الإلكتروني حيث جاء تعريفه عاماً وشاملاً لجميع صور التوقيع والتي من شأنها تحديد صاحب التوقيع، وتميزه عند استخدام تقنيات الإتصال الحديثة.

¹ أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 105. أيضاً؛ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 329. محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2005، ص 86.

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 329.

« La signature doit garantir le consentement des parties aux obligations qui découlent des actes de l'envoi ».
MOLES Philippe et NOEL Mathieu: La dématérialisation des marchés publics et l'expérience d'une plate-forme régionale, AJCT mars 2011, pp.117. Aussi, PARENT Julien: La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux, op.cit, p 35.

³ راجع، أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص 176.

⁴ Article 2 Directive 1999-93-CE, du parlement Européen et du conseil du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

عرف قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001¹، التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 2 فقرة 2-أ- بنصها: " توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبیان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

يلاحظ من هذه التعريفات؛ أنها تطرقت إلى التوقيع الإلكتروني من وجهة نظر فنية بإعتباره وسيلة تكنولوجية للأمان والسرية. أو بمعنى آخر هذه التعريفات لم تتعرض للأثار القانونية للتوقيع الإلكتروني². كما أنّ القانون النموذجي إهتم بمسألتين هما؛ تعيين هوية الشخص الموقع وبيان موافقته على المعلومات الواردة على المستند، وهو بذلك ينسجم مع الأصل العام للتوقيع في الدلالة على شخص الموقع وللتأكيد على أنّ إرادته قد إتجهت للإلتزام بما وقع عليه³. بمعنى أنّه أكد على الوظيفة القانونية للتوقيع الإلكتروني، تاركاً للدول إختيار الطريقة التقنية في إستخدام التوقيع⁴.

عرف المشرع الفرنسي التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 4/1316 من القانون رقم 230-2000 الصادر في 13-03-2000، المعدل للقانون المدني الفرنسي⁵، حيث نصت على أنّه: "التوقيع الإلكتروني إنّما يدلّ على شخصية صاحبه، ويضمن علاقته بالواقعة التي أجراها، وتؤكد شخصية صاحبه وصحة الواقعة المنسوبة إليه إلى أن يثبت عكس ذلك".

¹ قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001، مرجع سابق.

la loi type de la commission des Nation Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur les signatures électroniques qui a été adopté le 05/07/2001, lors de la session 34 tenue à Vienne.

² رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 81.

³ أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص 176.

⁴ أيمن علي حسن الحوئي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 31.

⁵ L'article 1316/4 : « L'orque elle électronique, elle consiste en l'usage d'une procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte ou quel elle s'attache la fiabilité de ce procédé est présumé jusqu'à prévenue contraire, lorsque la signature et crée l'identité du signataire assurée et i 'intégrité de l'acte garantie ». (JO N°. 62 du 14-03-2000).

L'alinéa 2 de l'article 1316-4 du Code civil, désormais abrogé, disposait que « Lorsqu'elle est électronique [la signature] consiste en l'utilisation d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ». Cet article était issu de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique qui transposait la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999. Afin d'être sécurisée, cette signature doit être propre au signataire et créée par des moyens que le signataire peut garder sous son contrôle exclusif. Selon l'article 2 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris en application de l'article du Code civil précité « une signature est présumée fiable, jusqu'à preuve du contraire, lorsqu'elle est sécurisée et qu'elle repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié ». Voir ; PARENT Julien : La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux, Mémoire Master II Droit des Interventions Publiques Parcours Droit et Gestion des Services Publics Territoriaux, université Angers, Paris le 8 septembre 2017, p 35.

أعطى هذا التعريف للتوقيع الإلكتروني حجية أكبر، كما أكد صحة التعاملات الإلكترونية، وبيّن وظيفة التوقيع الإلكتروني في توثيق هذه المعاملات الإلكترونية، وتجدر الإشارة أنّ هذه المادة لا تطبق فقط على العقود المدنية بل يمكن تطبيقها على العقود الإدارية¹.

عرف المشرع المصري التوقيع الإلكتروني بموجب المادة الأولى-ج- من القانون الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات²، بنصها على أنّ: "التوقيع الإلكتروني ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رسوم أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

ربط المشرع المصري في تعريفه للتوقيع الإلكتروني ما بين الآثار الفنية والتقنية والقانونية للتوقيع الإلكتروني، لكنّه لم يبيّن وظيفة التوقيع الإلكتروني في توثيق التصرفات القانونية وهو مانص عليه المشرع الفرنسي³.

وردت في قانون التجارة والمبادلات الإلكترونية التونسي رقم 02-83، الصادر سنة 2000⁴، الذي كان له الريادة بين القوانين العربية في مجال التجارة الإلكترونية وما يرتبط بها من أمور أخرى مثل التوقيع الإلكتروني- أحكام التوقيع الإلكتروني متفرقة في عدّة نصوص، ولم يعرف المشرع التونسي التوقيع الإلكتروني مكتفياً بتنظيم أحكامه فقط. أمّا المشرع الجزائري فلم يصدر قانون التجارة الإلكترونية إلى غاية سنة 2018، بموجب القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁵. إلاّ أنّه أصدر القانون رقم 15-04، المحدّد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁶، تماشياً والنصوص القانونية التي تحكم القواعد العامة فيما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني وكيفية إثباته، وقد عرف

¹ رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 82.

PIETTE-COUDOL Thierry : la signature électronique, LITEC, Paris, 2001, pp :65 et ss.

² قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات بجمهورية مصر العربية رقم 15 لسنة 2004، ج ر عدد 17، الصادرة بتاريخ 22-04-2004.

³ خالد ممدوح إبراهيم: أمن الحكومة الإلكترونية، الدر الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 118.

⁴ قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 02-83، المؤرخ في 9 أوت 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 64، صادر بتاريخ 11 أوت 2000.

⁵ قانون رقم 18-05، المؤرخ في 24 شعبان 1439، الموافق ل 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، صادر بتاريخ 16 مايو 2018.

⁶ القانون رقم 15-04، المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436، الموافق لأول فبراير 2015، المحدّد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06، صادر بتاريخ 10 فبراير 2015.

التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 2 البند 1 منه على أنه: "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق". كما ربط في المادة 7 من نفس القانون تعريف التوقيع الموصوف بمدى توافر شروطه التي سنتطرق لها لاحقاً.

2- شروط التوقيع الإلكتروني

نصت المادة 2 من التوجيه الأوروبي رقم 99-93 الخاص بالتوقيعات الإلكترونية¹ على الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني بنصها: "التوقيع الإلكتروني المقدم يجب أن يراعي المتطلبات الآتية:

- أن يكون مرتبطاً بالموقع فقط.
- أن يسمح بتحديد هوية الموقع.
- يتم إنشائه بوسائل يستطيع الموقع من خلالها الإحتفاظ به والسيطرة عليه بشكل حصري.
- أن تكون المعلومات المكونة للتوقيع مرتبطة بالبيانات التي تشير إليها على نحو يؤدي إلى إكتشاف أي تغيير لاحق أدخل على هذه البيانات".

نلاحظ أنّ المشرع الجزائري أخذ بنفس النص أعلاه من حيث الشروط. بموجب نص المادة 7 من القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين²، ونلاحظ ذات الشروط منصوص عليها

¹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J O n° L 013 du 19/01/2000.

² تنص المادة 7 من القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه: "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- 1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،
- 2- أن يرتبط بالموقع دون سواه،
- 3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع،
- 4- أن يكون مصمماً بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني،
- 5- أن يكون منشأً بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع،
- 6- أن يكون مرتبطاً بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

في المادة 18 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري¹. كما إعتد المشرع المغربي في قانون المبادلات الإلكترونية² في الفصل 2-417 منه، نفس الشروط. لذلك سنتطرق لشرح شروط التوقيع الإلكتروني؛

أ- معرفة هوية الموقع من خلال التوقيع (أن يكون التوقيع مميّزا لشخصية صاحبه)

يبدو أنّ التوقيع الإلكتروني يعجز عن أداء الوظائف، أو القيام بالأدوار المنوطة بالتوقيع، في تمييز شخصية صاحبه، وتحديد هويته، والإفصاح عن إرادته بالعمل القانوني، ورضائه بمضمونه، ولعل ما دفع إلى هذا الإعتقاد هو الصور التي تتم بها صياغة المحرر، على دعامة غير مادية، والطريقة التي يوضع بها التوقيع عبر وسيط إلكتروني، وهي وسائل لا تسمح بالتعرف على هوية صاحب التوقيع بطريقة مادية محسوسة، كما في حالة التوقيع الكتابي، لكن بالرجوع إلى التعريف التقني المحدد للتوقيع الإلكتروني بأنّه حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، أو أصوات، أو غيرها، والتي تعتبر ميزة هذا التوقيع، فإنّها ليست عشوائية، بل مخصصة لكلّ شخص مسبقاً، بحيث يمكن لأيّ شخص يريد التأكد من هوية الموقع، أن يطلب ذلك من الجهة المانحة التوقيع أو الجهة المصادقة عليه³. فحتى ينتج التوقيع الإلكتروني آثاره القانونية لابد أن يعبر عن هوية صاحبه، بمعنى أن يكون مرتبطاً بالموقع وحده دون غيره، وليس معنى ذلك أنّ التوقيع الإلكتروني يعني أن يحل محل بطاقة الإثبات الشخصية، كما لا يعني ذلك أن يحل التوقيع الإلكتروني محل الاسم المستعار، ولكن المقصود بمعرفة هوية الموقع من خلال أن تكون وسيلة التوقيع الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره. كما يترتب على استخدام التوقيع الإلكتروني صدور شهادة من جهة مختصة على هذا التوقيع، وهي بمثابة بطاقة هوية إلكترونية للموقع، ولهذا فإنّه يجب لمعرفة هوية

¹ المادة 18 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم 15 لسنة 2004، والتي نصت على أنّه: "يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

أ- إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

ب- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

ت- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني".

² ينص الفصل 2-417 من ظهير شريف رقم 1.07.129 المؤرخ في 19 من ذي القعدة 1428، الموافق ل 30 نوفمبر 2007، المتضمن تنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي، ج ر عدد 5584، صادر بتاريخ 06 ديسمبر 2007.

³ أيمن علي حسن الحوثي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 35.

الموقع من خلال التوقيع الإلكتروني؛ دراسة سيطرة الموقع وحده دون غيره على وسيلة التوقيع الإلكتروني، ثم دراسة بطاقة إثبات هوية الموقع الإلكترونية¹.

أ-1- سيطرة الموقع وحده دون غيره على وسيلة التوقيع: أكدّ المشرع الفرنسي على أن يتم التوقيع بوسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع تضمن صلته بالتصرف الذي وقّع عليه، حيث نص في المادة 4/1316 ق م ف، على أنه: "التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني يحدّد هوية من يحتج به عليه وهو يعبر عن إرادة أطراف التصرف بالنسبة للإلتزامات الناتجة عن هذا الفعل، وعندما يتم التوقيع بمعرفة موظف عام فهو يعكس شرعية وصحة هذا الفعل"².

أ-2- بطاقة إثبات هوية الموقع الإلكتروني (السماح بتحديد هوية الموقع): تطرح مسألة إنتقاء الحضور المادي للفرقاء، إشكالية تحديد هويتهم مع ما ينتج عنها من مشكلات عملية من جراء الإنفصال المكاني بين أطراف العقد وبالتالي عدم التثبيت من كافة المعلومات الأساسية عن بعضهم البعض، لا سيما الأهلية لإبرام التصرفات القانونية التي بإمكانها هدم العقد برمته، حيث أنه لا يمكن قبول إبرام أيّ تعاقد دون تحديد لهويتهم طبقاً³.

تعد مسألة تحديد هوية الأطراف أمر ضروري لأطراف التعاقد في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، خاصة في ظل اشتراط الصفقات لشروط إنتقائية في تحديد المتنافسين، وكلّ من لا تتوفر فيهم الشروط يتعرضون للإقصاء أو الإستبعاد أو المنع.

تعتبر بطاقة إثبات هوية الموقع الإلكترونية بمثابة شهادة تصدر أثناء عملية إنشاء التوقيع الإلكتروني من شأنها إثبات هوية الموقع⁴.

ب-الحفاظ على التوقيع الإلكتروني

يتميز التوقيع الإلكتروني بالسرية كما رأينا سالفاً، بإعتبار أنّ صاحب التوقيع هو الوحيد الذي يعرف الحروف أو الأرقام أو الرموز المكونة لتوقيعه، ولا يعلمها سواه، وملزم بالمحافظة عليه وعدم إفشائه لأحد،

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 338.

² L'article 1316/4 cité: « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose, elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte, quand elle est opposées par un officier public, elle confère l'authenticité de l'acte ».

³ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 184.

⁴ حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 221.

لذلك فمجرد توقيعه هذا، يدل على موافقته على البيانات والمعلومات التي وقع عليها، وأنه يرغب في الإلتزام بها¹. وقد نصت المادة 3/2 و4 من التوجيه الأوروبي رقم 99-93 الخاص بالتوقيعات الإلكترونية السالفة الذكر، على شرط الحفاظ على التوقيع الإلكتروني بنصها: "التوقيع الإلكتروني المقدم يجب أن يراعي المتطلبات الآتية:

أ- يتم إنشاءه بوسائل يستطيع الموقع من خلالها الإحتفاظ به والسيطرة عليه بشكل حصري. إرتباطه بمعطيات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كلّ تعديلات لاحقة على هذه المعطيات".

ينص الفصل 3- 17 من قانون التبادل الإلكتروني لمعطيات القانونية المغربي² على أنه: "يفترض الوثوق في الوسيلة المستعملة في التوقيع الإلكتروني، عندما تتيح استخدام توقيع إلكتروني مؤمن إلى أن يثبت ما يخالف ذلك.

ويعتبر التوقيع الإلكتروني مؤمناً إذا تمّ إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتامة الوثيقة القانونية مضمونة، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

تتمتع كلّ وثيقة مذيلة بتوقيع إلكتروني مؤمن والمختومة زمنياً بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت".

أقر المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى المادة 1316 من ق م ف ، ضرورة الحفاظ على صحة المحرر الإلكتروني المشتمل على التوقيع الإلكتروني، حيث نصت على أنه: "تتمتع الكتابة الإلكترونية بالحجية في الإثبات شأن الكتابة على دعامة ورقية، بشرط أن تعد وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها". وأقرت من جهتها أحكام المرسوم رقم 2002-692، الخاص بإبرام العقود الإدارية هذا الشرط، حينما ألزمت الإدارة والمرشحين الحفاظ على صحة المستندات الإلكترونية، وتأمين السرية للتوقيعات الإلكترونية³.

ب- يجب أن يكون التوقيع متصلاً بالمحرر: يجب أن يكون التوقيع مضمناً في المحرر، بحيث يكون الإثتان، كلاً لا يتجزأ، وتكون هناك رابطة حقيقية بينهما، ويوضع عادة التوقيع في آخر المحرر على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيه... وفي حالة تعدد أوراق المحرر، أو إشماله على عدّة صفحات،

¹ أيمن علي حسن الحوئي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 36.

² ظهير شريف رقم 1.07.129 لسنة 2007، المتضمن بتنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي، مرجع سابق.

³ راجع، محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 344.

واقصر الشخص على توقيع الورقة الأخيرة من المحرر، فإنه يعود لقضاة الموضوع مهمة تحديد ما إذا كان مجموع الأوراق يشكل كلاً متكاملًا¹. فإذا ثبت وجود رابطة وتكامل من حيث الموضوع، فإنه لا يوجد ما يمنع توقيع الورقة الأخيرة فقط. لكن ولسد الشك الحاصل في إمكانية المحو والتعديل في المعلومات والبيانات، فإنه يستحسن التوقيع على كل صفحة على حدى.

ثالثاً: التصديق الإلكتروني

يعدّ تصديق التوقيع الإلكتروني (توثيقه) ذو أهمية بالغة، فالتعاقد عن بعد يحتاج إلى الحماية القانونية، وهذه الحماية في نظام تكنولوجيا المعلومات لا يمكن أن تؤدي إلا بوجود حماية تقنية وإجرائية، فهي تمنح التعاقد عن بعد الأمان والثقة بين الأطراف، من جوانب عدّة، كمصادقية التعاقد وصحة توقيعه الإلكتروني، وأهليته وغيرها من المتطلبات الضرورية التي تهم المتعاقدين في المعاملات الدائرة بينهم². لكن السؤال الذي يطرح نفسه؛ هو كيف يمكن لمن إستلم مستنداً موقعاً عليه إلكترونياً من شخص أن يتحقق من أنّ هذا التوقيع بالفعل لذلك الشخص الذي إدعى ذلك في الوثيقة المرسلة إلكترونياً؟

1- شهادة التصديق الإلكتروني

شهادة التصديق الإلكتروني هي تلك الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الإرتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع، وتتمثل هذه الأخيرة -بيانات إنشاء التوقيع- في مجموعة عناصر متفردة خاصة بالموقع وتميّزه عن غيره، ومنها على الأخص مفاتيح الشفرة الخاصة به، والتي تستخدم في إنشاء التوقيع الإلكتروني³. فالشهادة الإلكترونية عبارة عن وثيقة تثبت ملكية شخص لتوقيعه الإلكتروني، تعمل على إصدارها جهات موثوق بها تقوم بتوثيق وتأكيد مصداقية تلك التوقيعات لكل الأطراف في المراسلات الإلكترونية⁴.

¹ أيمن علي حسن الحوئي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 24.

² المرجع نفسه، ص 47.

³ محمد علي سويلم: الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية، الجرائم المعلوماتية والإلكترونية بين الجوانب الإجرائية والأحكام الموضوعية (دراسة مقارنة) لقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وتكنولوجيا المعلومات بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2018، ص 53. ورد نفس التعريف في نفس المرجع، ص 58. أيضاً، أمين فرج يوسف: التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 52.

⁴ أيمن علي حسن الحوئي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 47.

أشار قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي¹ للشهادة الإلكترونية بموجب المادة 10 منه بنصها: "تثبت العلاقة بين المعطيات التي تمكن من التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع بشهادة إلكترونية. وتتمثل هذه الشهادة في سند يتم إعداده بشكل إلكتروني.

يمكن أن تكون الشهادة الإلكترونية المذكورة بسيطة أو مؤمنة".

ووضحت المادة 11 من نفس القانون المعطيات الواجب توافرها لإعتبار الشهادة الإلكترونية مؤمنة، حيث نصت على أنه: "تعتبر الشهادة الإلكترونية المنصوص عليها في المادة 10 شهادة إلكترونية مؤمنة عندما يسلمها مقدم لخدمات المصادقة الإلكترونية معتمد من لدن السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية وتتضمن المعطيات الآتية:

- الإشارة إلى هذه الشهادة مسلمة باعتبارها شهادة إلكترونية مؤمنة.

- "...".

عرفت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، شهادة التصديق الإلكتروني، بموجب المادة الأولى فقرة -واو- بأنها: "الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق".

عرف المشرع التونسي شهادة التوثيق الإلكتروني بموجب الفصل الثاني من الباب الأول من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي² على أنها: "شهادة المصادقة الإلكترونية هي الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها".

عرف القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001³ الشهادة الإلكترونية بموجب المادة 2-ب- بأنها: "رسالة بيانات أو سجلات أخرى تؤكد على الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".

¹ ظهير شريف رقم 1.07.129 مؤرخ سنة 2007، المتضمن تنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي، مرجع سابق.

² قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، مرجع سابق.

³ قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 2001.

2- جهة التصديق الإلكتروني

يلزم للتحقق من صحة التوقيع وجود جهة موثوق بها لربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع، ويتم ذلك باستخدام طرف ثالث محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التصديق أو جهة التوثيق، وتتمثل جهة التصديق أو مقدم خدمات التصديق؛ في هيئة عامة أو خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية، وتتكون غالباً من ثلاثة مستويات مختلفة من السلطة تأتي في المرتبة العليا "السلطة الرئيسية" وهي تختص بالتصديق على تكنولوجيا وممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، وتليها في المرتبة الثانية "سلطة التصديق" وهي جهة خاصة بعملية التصديق على أنّ المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم، وفي مستوى أدنى تأتي "سلطة تسجيل محلية" ومهمتها تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير -العام والخاص- والتأكد من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع العملاء¹. فجهة الترخيص لها سلطة منح تراخيص لجهات التوثيق الإلكتروني ومراقبتها².

إهتم المشرع المصري بجهة التصديق الإلكتروني، في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، عندما أنشأ هيئة عامة، تسمى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، لها شخصية اعتبارية عامة، وتتبع وزير الاتصالات والمعلومات، ويكون مقرها الرئيسي بمحافظة الجيزة، ويمكن إنشاء فروع لها في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية³، أنيطت لها مهمة التراخيص لمزودي خدمات التوثيق، وبالتالي لا يمكن لأي من هؤلاء ممارسة عمله دون الحصول على ترخيص من الهيئة المذكورة لممارسة هذه الخدمة، بما فيها عملية إصدار التوقيعات الإلكترونية⁴، وهو نفس ما أخذ به المشرع التونسي في الفصل الثامن من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000⁵، وقد أسمى هذه الجهة الوكالة الوطنية

¹ محمد علي سويلم: الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 56 و57.

² أيمن علي حسن الحوئي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 50.

³ نصت عليه المادة 2 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات بجمهورية مصر العربية رقم 15 لسنة 2004.

⁴ المادة 4 من نفس القانون.

⁵ ينص الفصل الثامن من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 على أنه: "أحدثت مؤسسة عمومية لا تكتسي صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية وبالإستقلال المالي أطلق عليها اسم (الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية) وتخضع في علاقتها مع الغير إلى التشريع التجاري ومقرها بتونس العاصمة".

للمصادقة الإلكترونية، بينما المشرع المغربي فقد أشار في الباب الثاني من القانون رقم 53-05، المتعلق بالتبادل الإلكتروني للبيانات إلى جهة المصادقة على التوقيع الإلكتروني، بموجب الفرع الأول، تحت مسمى "السلطة الوطنية المكلفة بإعتماد ومراقبة المصادقة"¹.

ننوه أنه في البيئة الإلكترونية لا يمكن التمييز بين رسالة البيانات الإلكترونية الأصلية ونسخة منها، فهي لا تحمل أي توقيع بالمعنى التقليدي، لأنها ليست مدونة على حامل ورقي، فيستخدم التوقيع الإلكتروني للتأكد من أنّ رسالة البيانات قد جاءت من مصدرها دون أن تتعرض لأيّ تغيير أو تحريف في عملية النقل، والتوقيع الإلكتروني لا يمكن أن يعطي الثقة والأمان لأطراف المعاملات الإلكترونية، ما لم يكن موثقاً - مصادقاً عليه - من جهات مرخص لها لتقوم بدور مقدم خدمات التصديق². حيث يثير الإثبات الإلكتروني مشكلة تأمين الأمن القانوني للمعاملات الإلكترونية، فقد تنشأ الأدلة الإلكترونية وتحفظ من جانب واحد دون مراعاة الضمانات الكاملة للأمان في مقابل مخاطر التحريف والتزوير التي تصدر عن مخترقي نظم المعلوماتية، وترتبط هذه المشكلة إرتباطاً وثيقاً بمشكلة توثيق محتوى المعاملات الإلكترونية، إذ أنّ المشكلة تكمن في أنّ هذه المعاملات تتم بين طرفين لا يعرف كلّ منهما الآخر، وعبر وسيط مفتوح وغير آمن، وبطريقة ينعدم فيها أي دليل مادي، لذلك يقتضي تحقيق الأمن القانوني لأطراف المعاملات القانونية عبر بناء النظم التقنية القادرة على ضمان موثوقية وسيلة الإثبات الإلكترونية باعتبارها شرطاً ضرورياً لمنح هذه الحجية في الإثبات. ومن هنا باتت الحاجة الملحة للتصديق الإلكتروني³.

يعتبر التصديق (التوثيق) الإلكتروني⁴ إجراء يتم عن طريق شخص ثالث أو جهة معتمدة عن طريق إتباع بعض الإجراءات الفنية، تهدف إلى تثبيت مضمون السند والبعد به عن التلاعب والتغيير، وبالتالي

¹ راجع المواد من 15 إلى 19 من القانون رقم 53-05، المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية "المغربي"، مرجع سابق.

² أيمن علي حسن الحوثي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 56.

³ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 186.

⁴ تعود بداية التصديق (التوثيق) بمفهومه الواسع إلى عصور ما قبل التاريخ، أي أنّ بدايات التوثيق سبقت التدوين الكتابي، ذلك أنّ التوثيق يعني حفظ الأحداث التاريخية والمعلومات العلمية، ونقلها إلى الأشخاص الذين يمكنهم الإستفادة منها، والجدير بالذكر أنّ (التناقل الشفهي) للمعلومات يعدّ نوعاً من أنواع التوثيق، إذ يظهر ذلك جلياً في بداية الدعوة الإسلامية، عندما اعتمد الصحابة رضوان الله عليهم، التناقل الشفهي في توثيق أحاديث الرسول ﷺ، وسننه ما كان منها قولياً وفعالياً.

إلا أنّ التوثيق بوصفه علماً يعتدّ به ظهر منذ تأسيس المكتب الدولي للمراجع في بروكسل عام 1982، على يد المحامين البلجيكين "بول أوتليه، وهنري لافونتين"، كما شهد عام 1912، أول إستخدام للميكرو فيلم بهدف تخزين المعلومات بشكل مصغر وموثق. وفي أوائل الثلاثينات من القرن العشرين تأسست بعض المنظمات المهمة بالوثائق وخاصة الإتحاد الفرنسي=

تحقيق الأمن القانوني والاستقرار في المعاملات بشكل يجعلها قادرة على الإستمرار في العمل دائماً ودون إنقطاع أو خلل والحاجة إلى البدائل الطارئة لتسيير تلك المنظومة بنجاح¹.

3- مقدم خدمات التصديق الإلكتروني:

عرفت المادة 11/2 من التوجيه الأوروبي رقم 99-93، المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، مقدم خدمات التوثيق على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني، أو يتولى تقديم خدمات أخرى مرتبطة بذلك".

أما قانون اليونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية فقد عرفه في المادة 2/هـ منه على أنه: "شخصاً يصدر شهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية". وبين المشرع المغربي في المادة 20 من القانون رقم 53-05، المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، أن: "مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية المعتمدون هم وحدهم دون غيرهم، الذين يمكنهم إصدار شهادات إلكترونية مؤمنة، وتسليمها وتسيير الخدمات المتعلقة بها وفق الشروط المحددة في هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه". وقد نص المشرع التونسي على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في الباب الرابع من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000²،

يتضح من النصوص أعلاه؛ أن تقديم خدمات التوثيق منحت لأي شخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً، وهنا يثار إشكالاً حول مدى إمكانية الشخص الطبيعي القيام بهذا العمل التقني، فخدمات التوثيق ليست بالأعمال العادية والسهلة، بل على العكس من ذلك، فهي تحتاج إلى قدرات تجهيزية وتأهيلية ومالية وغيرها، تفرض على مقدم خدمات التوثيق التزامات تقنية -سرية وحماية- وأخرى قانونية، يترتب عن الإخلال بها مسؤولية مدنية أو جنائية، كما أن التطور المعلوماتي يزيد من يوم لآخر، ومحترفوا الإجرام المعلوماتي والقرصنة الإلكترونية في تطور سريع يصعب مواجهتها من الشخص الطبيعي، مما يحتم أن تكون خدمات التوثيق بيد شركات متخصصة وقوية في مجال أنظمة الحاسوب وتكنولوجيا المعلومات، وأن

= للمنظمات الوثائقية، وفي الأربعينات بدأت المحاولات لإدخال تقنيات الآلات ذات البطاقات المثقبة بهدف العثور على الوثيقة المطلوبة من خلال رموز ورؤوس موضوعات معيارية. وراعت ذلك اليونسكو في مؤتمرها الدولي (تحليل الوثائق العلمية) عام 1949، وفي عام 1957 عقد في لندن المؤتمر الدولي للتصنيف من أجل أبحاث التوثيق، وتأسيس الإتحاد الدولي للتوثيق F J D، بعد هذه النبذة عن التوثيق بمفهومه العام وبداية ظهوره، والذي يختلف بصورة كبيرة عن مفهوم التوثيق الإلكتروني. أكرم تحسين الدخيلي: النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت (لبنان) 2018، ص 17 و18.

¹ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 187.

² راجع الفصل الحادي عشر وما يليه من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، مرجع سابق.

التشريعات التي مكنت من قيام الشخص الطبيعي من تقديم خدمات التوثيق لم تكن موفقة، وقد وفق المشرع المغربي عندما إشتراط في مقدم خدمات التوثيق -المصادقة الإلكترونية- أن يكون شركة لديها مستخدمون مؤهلون بالشكل المطلوب للقيام بهكذا عمل¹.

الفرع الثاني: تجريم إنتهاك سرية وخصوصية المعطيات في الصفقات العمومية الإلكترونية

تعتبر جريمة إنتهاك سرية وخصوصية المعطيات في الصفقات العمومية الإلكترونية أو ما يعرف بجريمة الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة، من أخطر الجرائم التي يمكن أن تقع بطريق الإنترنت، وذلك لعدم وجود الحماية الفنية الفاعلة لما يتم تداوله من معلومات وأسرار ومراسلات بطريق الإنترنت، لذلك نجد أنّ المشرع في القانون المقارن، تدخل ليحرم بشدة كلّ من دخل بطريق غير مشروع على أنظمة الإتصالات، وكفل حماية خاصة للمراسلات الخاصة التي تتم بطريق وسائل الإتصال، وشدد العقوبة في حالة ما إذا وقعت الجريمة من أحد العاملين بالإتصالات².

نعتبر إنتهاك سرية وخصوصية البيانات في الصفقات الإلكترونية جريمة معاقب عليها قانوناً؛ وهي جريمة إنتهاك أو إفشاء البيانات الخاصة بأطراف التعاقد بالصفقات الإلكترونية دون إذن أصحابها في نشرها أو إطلاع الغير عليها³. وإفشاء البيانات يعني إذاعتها أو نقلها أو إطلاع الغير عليها خلافا لإرادة أصحابها وخروجها من حيز الكتمان أو السرية إلى العلانية بعد أن كان العلم بها مقصوراً على أصحابها أو الذين إنتموا عليها بحكم وظيفتهم وهم مزودي خدمة المصادقة ومعاونيهم⁴. وباعتبار أنّ البريد الإلكتروني يعتبر أحد وسائط تبادل المعلومات في الصفقات العمومية الإلكترونية، فإنّ مجرد الدخول إلى

¹ المادة 21 من القانون رقم 53-05، المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي، في حين نص المشرع التونسي في الفصل الحادي عشر من قانون قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، على أنّه: "يتعيّن على كلّ شخص طبيعي أو معنوي يرغب في تعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية الحصول على ترخيص مسبق من الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية".

² عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، (الكتاب الأول) نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2004، ص 273.

³ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية ...، مرجع سابق، ص 61.

⁴ المرجع نفسه، ص 69.

موقع البريد الإلكتروني والإطلاع على الرسائل الموجودة بداخله، بدون إذن من صاحبه، يعدّ جريمة سرية المراسلات المكفولة بنصوص الدستور¹.

أولاً: الأساس القانوني لجريمة إنتهاك سرية المعطيات

أكد المشرع التونسي على مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية وأعاونهم بضرورة المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم، بإستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابياً أو إلكترونياً في نشرها أو الإعلام بها²، وعليه فإنّه يعاقب مزود خدمات المصادقة الإلكترونية وأعوانه الذين يفشون أو ييحثون أو يشاركون في إفشاء المعلومات التي عهدت إليهم في نشاطاتهم، طبقاً لأحكام الفصل 245 من المجلة الجنائية، بالسجن لمدة تتراوح بين شهرين و3 سنوات وغرامة تتراوح بين 1000 و10.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين³

ثانياً: أركان جريمة إنتهاك سرية وخصوصية المعطيات في الصفقات الإلكترونية

تحتوي جريمة إنتهاك سرية وخصوصية المعطيات في الصفقات الإلكترونية على ركنين لقيامها؛ وهما الركن المادي والركن المعنوي:

1- الركن المادي

يتوافر الركن المادي لهذه الجريمة بمجرد إنتهاك السرية أو الخصوصية لتلك البيانات الخاصة بالصفقات الإلكترونية حتى ولو لم يترتب على هذا الإنتهاك أي نتيجة إجرامية فهذه الجريمة تعدّ من الجرائم السلوكية أيضاً، يكفي فيها المشرع بمجرد تحقيق السلوك الإجرامي دون إشتراط تحقق النتيجة لأنّ الغرض من التجريم هنا هو الحفاظ على سرية البيانات وخصوصيتها وليس تحقيق نتيجة إجرامية⁴. حيث يقوم الركن المادي في حالة إطلاع الغير على بعض المعلومات السرية، وقد تكون المعلومات المتحصل عليها عن طريق نظم المعلومات التي أصبحت الآن بمثابة المكان الأمين والميسر لحفظ المعلومات⁵.

¹ خالد ممدوح إبراهيم: أمن المستندات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 155.

² الفصل الخامس عشر من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، مرجع سابق.

³ المادة 52 من نفس القانون.

⁴ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 69.

⁵ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 133.

يستوي في المعلومات أو البيانات التي يتم إفساؤها أن تكون مكتوبة في أوراق، أو مسجلة على دعامة إلكترونية أو على شريط مرن أو قرص مدمج أو تكون مخزنة ضمن برنامج معلوماتي في جهاز حاسب آلي¹.

2- الركن المعنوي

تعتبر جريمة إنتهاك سرية وخصوصية البيانات من الجرائم العمدية والتي يتوافر فيها الركن المعنوي بتوافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، فمرتكب هذه الجريمة يسعى بمحض إرادته إلى فض مفاتيح تشفير المعلومات في غير الأحوال المصرح بها قانوناً مع علمه التام بماديات الواقعة المؤثمة قانوناً والمتمثلة في فض شفرة المعلومات².

المطلب الثالث: تأمين أرشفة الوثائق الرقمية بالطريقة الإلكترونية

ظهرت أساليب جديدة غير الأساليب التقليدية لحفظ المستندات والوثائق الضرورية وأرشفتها، وتطور هذا الأسلوب الجديد مع تطور ميكنة الحفظ وسعة الذاكرة الرقمية، وتطور برمجيات إختزال وحفظ وإسترجاع المعلومات والوثائق والمستندات، وتطور معها الحفظ الرقمي للأرشفة حتى أصبح ضرورة لا بد منها وذلك من أجل تخفيف مخاطر التعرض للضياع أو التلف أو التكاليف، والحفاظ على الوصول السهل للوثائق المهمة³.

أصبحت المعلومات الرقمية قوة جديدة في حياة الشعوب وإدارة الدولة والحكم، وباتت السيطرة على مخازن المعلومات ووسائل معالجتها أكثر أهمية من الموارد الطبيعية كمصدر للقوة الإقتصادية والصناعية والعسكرية. ومن هذا المنطلق سعت الدول والحكومات جاهدة نحو توفير الحماية اللازمة لهذه المعلومات والبيانات الرقمية⁴، حيث تعدّ المعلومات أصولاً ذات قيمة بالنسبة لهيئة ما، مثلها في ذلك مثل الأصول الأخرى الخاصة بالأعمال، وبالتبعية فهي تحتاج لأن تتوافر لها الحماية المناسبة، إنّ تأمين المعلومات من الكثير ممّا يهددها...، وتكون المعلومات على هيئة أشكال متعدّدة، وبغض النظر عن الشكل الذي

¹ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 69.

² المرجع نفسه، ص 70.

³ بن عودة صليحة: "أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 63 و64.

⁴ علي جعفر: جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 568 و569.

تكون عليه المعلومات، والوسيلة التي يتم عن طريقها تخزين المعلومات أو تبادلها، يجب دائما أن تتم حماية تلك المعلومات بطريقة مناسبة¹.

ما مدى القول بأمن معلومات الصفقات العمومية الإلكترونية وضمان بيئة آمنة للمعاملات الإلكترونية للصفقات العمومية؟ وماهي الآليات القانونية الواجب توافرها في حالة المساس بالمعطيات الإلكترونية؟ للإجابة على هذه التساؤلات، لابد من تبيان المقصود بأمن المعلومات في الصفقات العمومية الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نتطرق لضمانات الأمن المعلوماتي لتكوين عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف أمن المعلومات في الصفقات العمومية الإلكترونية

يقصد بنظام المعلومات الإلكتروني، مجموعة برامج وأدوات تستخدم في معالجة وإدارة البيانات والمعلومات الإلكترونية، أي كل نظام متكامل لجمع المعلومات وتصنيفها ومعالجتها وحفظها واسترجاعها ونقلها عبر الوسيط الإلكتروني. وينبغي ألا يفهم بأن المقصود بنظام المعلومات الإلكتروني هو جهاز الحاسب الآلي فحسب لأن قصر نطاق النظام الإلكتروني على الحاسبات الآلية يعدّ خطأ من الناحية التقنية وقصورا في التعريف من الناحية القانونية².

يعدّ الإلتزام بتأمين المعلومات الخاصة بالمتعاقدين من أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق الجهة التي تقدم خدمات التصديق الإلكتروني، فالإلتزام بالسرية بالمحافظة على البيانات ذات الطابع الشخصي المقدمة من العميل لجهة التصديق بهدف حفظها أو تبادلها أو إستخدامها في تأليف مفاتيح التوثيق الإلكتروني وإصدار شهادات توثيق إلكترونية معتمدة في هذا الخصوص، فمثلا لو تسربت المعلومات والبيانات الخاصة بصاحب التوقيع الإلكتروني، لكان معنى ذلك فك جميع الشفرات التي يرسلها صاحب التوقيع الإلكتروني للمتعاملين معه، بل إمكانية إنتحال شخصية والسطو على معاملاته وحقوقه³.

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 288.

² علي جعفر: جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 519 و520.

³ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونيا "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 131.

أمن المعلومات هو حماية أصول وموارد ومكتسبات نظام معلوماتي ما بطرق مشروعة، وهو أيضاً أداة تتحكم في تنظيم العلاقات والاتصالات، وذلك دون أن يؤثر على قدرة مستخدمي هذا النظام على الأداء، أو يعوق عملهم من حيث الكفاءة أو التوقيت، وهذا الأمن المعلوماتي لا يمنع الجريمة كلياً، ولكنه كلما كان قوياً ودقيقاً وفعالاً، كان من الصعب ممارسة الإختراق ضد نظام المعلومات المستهدف¹.

يقصد بتأمين المعلومات توفير الحماية لمحتوى بيانات ومعلومات الدعوى الإلكترونية ضد محاولات التغيير أو التعديل أو التزوير، خلال مراحل تبادل اللوائح والوثائق إلكترونياً. مع ضمان التحقق من شخصية المرسل، للمحافظة على سرية البيانات والمعلومات. أما تأمين الموقع فيقصد به توفير الحماية الأمنية اللازمة للموقع من الجرائم التي تمس به كالتدمير والإختراق. حفاظاً على سرية الموقع وخصوصيته ومحتواه، مع الإستمرار في التحديثات الأمنية.

عرف المشرع الجزائري الأمن المعلوماتي بموجب القانون رقم 18-04، المحدد للقواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية²، تحت مسمى الأمن السيبراني بموجب المادة 10 من القسم الثاني المعنون بـ "الاتصالات الإلكترونية" في البند 3 منها، على أنه: "الأمن السيبراني هو مجموع الأدوات والسياسات ومفاهيم الأمن والآليات الأمنية والمبادئ التوجيهية وطرق تسيير المخاطر والأعمال والتكوين والممارسات الجيدة والضمانات والتكنولوجيات التي يمكن إستخدامها في حماية الاتصالات الإلكترونية ضد أي حدث من شأنه المساس بتوفير وسلامة وسرية البيانات المخزنة أو المعالجة أو المرسلة".

تبيّن المادة أعلاه تبني المشرع الجزائري لمسألة الحماية القانونية للمعلومات الإلكترونية وضمن سلامتها وسريتها.

الفرع الثاني: مصادر الخطر المهددة للأمن المعلوماتي للصفقات العمومية

يعتبر الأمن المعلوماتي أهم المعوقات التي تواجه عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، حيث أنّ هناك مجموعة من الأساليب لإختراق المنظومة المعلوماتية مع ما يترتب على ذلك من فقدان خصوصية المستفيدين وسريتهم، وهو الأمر الذي يجعل من توفير الحماية الضرورية لأنظمة المعلومات موضوعاً

¹ طارق إبراهيم الدسوقي عطية: الأمن المعلوماتي "النظام القانوني للحماية المعلوماتية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2009، 2015.

² قانون رقم 18-04، المؤرخ في 24 شعبان عام 1439، الموافق لـ 10 مايو 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 13 مايو 2018.

صعباً ومعقداً يتطلب إشرافاً ومتابعة وتنسيقاً مستمراً من أجل تطوير الأنظمة الدفاعية وتحسينها، كما تطلب الأمر ذلك، من أجل ضمان الثقة بين الإدارة والمتعاملين معها، والتي لا يمكن تصور تعامل الإثنتين دونهما، غير أنّ التسليم القاطع بقدرة الأنظمة الدفاعية على تجاوز الأخطار الممكن حصولها هو أمر غير ممكن إطلاقاً¹. مرد ذلك مصادر الخطر المهددة للصفقات العمومية والمتمثلة في المستخدمين الشرعيين وغير الشرعيين للصفقة.

أولاً: المستخدمون الشرعيون للصفقة العمومية الإلكترونية (المهاجمون من الداخل)

نقصد بالمستخدمين الشرعيين الأشخاص الذين يعملون في ظل الإدارة الإلكترونية، أو يسمح لهم الإستفادة من الخدمات التي تقدمها لهم، ويعتبر المهاجمون من الداخل أشد خطراً من الهجوم الخارجي، ويمكن حصرهم في:

1- الموظفون:

يعدّ الموظفون المصدر الرئيسي للمخاطر الداخلية التي يمكن أن تتعرض لها الوثيقة الإلكترونية وذلك لأنهم على علم ومعرفة بمعلومات النظام وأكثر دراية من غيرهم بالنظام الرقابي المطبق. وكذلك معرفة نقاط القوة والضعف والقصور لهذا النظام، ويكون لديهم القدرة على التعامل مع المعلومات والوصول إليها من خلال صلاحيات الدخول الممنوحة لهم. لذلك فإنّ الموظفين غير الأمناء يستطيعون الوصول للوثائق وإمكانية تدميرها أو تخريبها أو تغييرها. وهذه الأخطار يمكن أن تحدث أثناء إعداد وتصميم التجهيزات وقنوات الإتصال وأجهزة الحاسب التي ستعمل على تنفيذ النظم وذلك من خلال عمليات البرمجة أو تجميع البيانات أو إدخالها ومعالجتها واستخراج النتائج ... إلخ².

يعدّ الموظفون أكبر مصدر للخطر الذي يمكن أن تتعرض له الإدارة الإلكترونية وذلك لما يملكونه من حقوق الدخول إلى الشبكة، والإطلاع على الأنظمة المعمول بها، وعلى كيفية تسيير وتدبير الأنظمة المعلوماتية داخل الإدارات. ويمكن لتلك المعلومات التي لديهم أن تساعد في تنفيذ مخططهم وذلك إذا ما قرروا القيام بأعمال تخريبية تؤدي إلى إيقاف الخدمة الإلكترونية، كما يمكن لهم تزويد جهاز الحاسوب

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 138.

² أشرف عبد المحسن الشريف: "أمن وحماية المستندات الإلكترونية على بوابة الحكومات العربية"، مجلة أعلم، العدد السادس عشر، يناير 2016، 96.

بيانات مغلوبة تؤثر في جودة تلك الخدمات وفي مدى مصداقيتها¹. لذلك ألزم المشرع الجزائري متعاملوا الإتصالات الإلكترونية، بإتخاذ التدابير التي من شأنها أن تضمن سرية المكالمات والمعلومات التي يحوزونها عن مشتركهم، وألا يسمحوا بوضع أي ترتيبات بغرض إعتراض الإتصالات أو مراقبة المكالمات الهاتفية والوصلات والمحادثات والمبادلات الإلكترونية دون إذن مسبق من السلطة القضائية².

2- المرتفق

إذا كانت الإدارة الإلكترونية تقدم للمرتفق عدّة صلاحيات، من بينها بعث طلبات الحصول على الوثيقة أو خدمة بشكل إلكتروني، وإرسال إستفساراته وتظلماته بنفس الأسلوب عن طريق الولوج إلى البوابة الإلكترونية للإدارة التي تهمة، وتأكيد هوية المستخدم إلكترونياً عبر الشبكة، فإنّ هذا المرتفق قد يحاول توظيف إمكانية دخوله إلى شبكة الإدارة الإلكترونية من أجل تخريب الخدمات المتاحة له، وفي بعض الأحيان يمكن لذلك المرتفق أن يحصل على معلومات لا تخصه، في حال وجود عيوب فنية في تصميم الخدمة الإلكترونية المقدمة له، ومن جهة أخرى يمكن للمرتفق أن ينكر قيامه بخدمات معينة في حين تؤكد أنظمة الإدارة قيامه بها، وقد يكون هذا الإنكار مجرد وسيلة للتهرب من الإلتزامات التي يمكن أن تقع على عاتقه، كما قد يكون ذلك الإنكار صحيحاً، وذلك في حال ما إذا قام أحدهم بقرصنة حسابه الإلكتروني الذي يتعامل به مع الإدارة³.

ثانياً: المستخدمين غير الشرعيين (الهجوم من الخارج)

يقصد بالمستخدمين غير الشرعيين أولئك الأشخاص الذين يمتلكون منذ البداية نوايا سيئة تجاه الإدارة الإلكترونية، على الرغم من عدم إرتباطهم بها، ويكون هدفهم الأول والأخير تدميرها.

تشهد صناعة المعلومات من آن لآخر، عمليات إقتحام عديدة أو ما يطلق عليه (الزيارات العدائية) لمواقع المؤسسات على شبكة الإنترنت، وقد أدخلت هذه الممارسات العالم في أشكال جديدة من

¹ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 139 و140. في ذات المعنى، نعيم إبراهيم الظاهر: الطريق نحو الحكومة الإلكترونية "رؤية متكاملة"، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن 2014، ص 90.

² المادة 119 من قانون رقم 18-04، المؤرخ في 24 شعبان عام 1439، الموافق ل10 مايو 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والإتصالات الإلكترونية، مرجع سابق.

³ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، مرجع سابق، ص 141.

الصراعات الإلكترونية الشرسة التي تتم بواسطة محترفين، ولم تعد قاصرة على هواة الإقتحام أو هواة التسلل إلى المواقع¹. ومن ذلك:

1- القرصنة

قرصنة المعلومات أو المنافسين الذيم يحاولون إختراق الضوابط الرقابية والأمنية للنظام بهدف الحصول على معلومات سرية²، يقوم القرصنة المعلوماتيون بإختراق أجهزة الحاسوب عبر شبكة الإنترنت، لأنّ حواسيب العالم مرتبطة بهذه الشبكة، أو عبر شبكات داخلية يرتبط فيها أكثر من جهاز حاسوب، مستغلين تمكنهم من برامج الحاسوب وطرق إدارتها، فهم مبرمجون ذو مستوى عال، يستطيعون بواسطة برامج مساعدة إختراق حاسوب معين والتعرف على محتوياته، ومن خلاله يتم إختراق باقي الأجهزة المرتبطة به في نفس الشبكة³.

تتمثل أهمية التهديدات في؛ تهديدات الأجهزة وتشمل سرقة الأجهزة أو العبث بها أو تدميرها أو قطع الكابلات وكذا تعرضها للتلف. وتهديدات المعلومات وتشمل الحذف أو المسح أو التشويه الناتج عن مشاكل الأجهزة والبرامج والسرقة⁴.

2- الهواة الهاكرز Hakers

يعتمد الهاكرز على برامج التجسس الجاهزة والمتاحة، حيث يقومون بزرع ملفات التجسس في حواسيب الضحايا عن طريق البريد الإلكتروني أو ثغرات الويندوز التي يكتشفها البرنامج، وهذا الصنف من الهاكرز يكونون مغرمين بالعبث ببرامج وبيانات الحاسوب، وهم يحاولون إختراقها غالبا من أجل التسلية، وليس بغرض الحصول على معلومات معينة⁵.

¹ محمد سمير أحمد: الإدارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 294.

² أشرف عبد المحسن الشريف: "أمن وحماية المستندات الإلكترونية على بوابة الحكومات العربية"، مرجع سابق، ص 97.

³ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجا"، مرجع سابق، ص 143.

⁴ أشرف عبد المحسن الشريف: "أمن وحماية المستندات الإلكترونية على بوابة الحكومات العربية"، مرجع سابق، ص 97.

⁵ آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجا"، مرجع سابق، ص 143.

الفرع الثاني: متطلبات الأمن المعلوماتي لتكوين عقد الصفقة العمومية

الإلكترونية

تعدّ المعاملات الإلكترونية مصدر خطر يهدد التعاقدات بالمقارنة مع المعاملات التقليدية، ذلك راجع لمصادر الضرر التي تلحق بالدعائم الإلكترونية بما في ذلك أجهزة الكمبيوتر وما يهدّدها من فيروسات كما سبق وفصلنا. لذلك تعتبر أغلبية التعاقدات مبرمة عبر وسائط غير محصنة ومهددة إلكترونياً، ممّا يؤدي إلى إنعدام الثقة لدى المتعاملين وكذا صعوبة التحكم في الوصول إلى المعلومات. وعليه كان لزاماً تحديد جملة من المتطلبات من خلالها يمكن القضاء على التهديدات الأمنية للمعاملات الإلكترونية، والتمثلة فيما يأتي بيانه:

أولاً: الحماية القانونية (سن مجموعة من النصوص القانونية تضمن حماية المعلومات المتبادلة إلكترونياً)

يحرص المشرع على الوقوف على مدى كفاية النصوص التجريبية في التشريعات القائمة، لمواجهة ما تثيره تقنية المعلومات من مشكلات، وتقضي مدى ومواقع الحاجة إلى معالجة هذه المشكلات، بنصوص جنائية مستحدثة تلائم الطبيعة غير المادية لبعض عناصر ومكونات أنظمة الحاسبات، والطابع التقني الخاص بأساليب ارتكاب الجريمة في بيئة المعالجة الآلية للبيانات، وصولاً إلى تقرير مدى كفاية وفعالية الحماية التي يبسطها قانون العقوبات على البيانات المعالجة إلكترونياً بوجه عام، والإجتهد في تعزيز فاعلية هذه الحماية وتلافي ما قد يعترئها من نقص¹.

يجب على الهيئة المتعاقدة أن تضمن ترسانة قانونية للأمن المعلوماتي، ممّا يؤمن ويضمن للطرف الآخر الثقة في الخدمات المقدمة، وكذا ضمان حماية كلية وآمنة للمعلومات المتبادلة. وقد نص المشرع الجزائري على ضرورة تزويد بوابة الصفقات العمومية الإلكترونية بنظام حمائي للأمن المعلوماتي، وذلك بموجب المادة 2/8 من القرار الوزاري المتضمن البوابة الإلكترونية²، حيث جاء فيها: "تزويد البوابة بنظام يحمي البيانات ملائم لضمان أمن البيانات وحمايتها". فالأمن التعاقدية يستلزم الأمن المعلوماتي

¹ طارق إبراهيم الدسوقي عطية: الأمن المعلوماتي (النظام القانوني للحماية المعلوماتية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2009، ص 570.

² قرار وزاري مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية...، مرجع سابق.

وهذا الأخير يستوجب وجود أمن قانوني. لذلك أقر المشرع الجزائري ضرورة وضع منظومة وطنية لأنظمة المعلوماتية¹، وتعتبر هذه المنظومة أداة الدولة في مجال أمن الأنظمة المعلوماتية، وتشكل الإطار التنظيمي لإعداد الإستراتيجية الوطنية لأمن الأنظمة المعلوماتية وتنسيق تنفيذها². وتسند المهام للمجلس الوطني لأمن المعلوماتية³، وكذا لوكالة أمن الأنظمة المعلوماتية⁴. كما نص على ضرورة أمن وسلامة شبكات الإتصالات الإلكترونية بموجب القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والإتصالات القانونية⁵، بالإضافة الى سنه للقانون المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي⁶. كما أزم المشرع أن يكون وصل موقع الإنترنت الخاص بالموارد الإلكتروني بمنصة الدفع الإلكتروني مؤمنا بواسطة نظام تصديق إلكتروني كما ذكرنا سالفا⁷، وتخضع منصات الدفع الإلكتروني المنشأة والمستعملة لرقابة بنك الجزائر لضمان إستجابتها لمتطلبات التشغيل البيئي وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها⁸.

أكد المشرع الفرنسي على ضرورة حفظ وأمن المعلومات المتعلقة بالصفقات المبرمة بالطريقة الإلكترونية، حيث نص في المادة 7 من المرسوم رقم 692-2002، الصادر في 30 أفريل 2002،

¹ المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 20-05، المؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1441، الموافق 20 جانفي 2020، المتعلق بوضع منظومة وطنية لأمن الأنظمة المعلوماتية، ج ر عدد 04، الصادر بتاريخ أول جمادى الثانية عام 1441هـ، الموافق ل 26 جانفي 2020.

² المادة الثانية من نفس المرسوم.

³ راجع المواد 4 وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 20-05، المتعلق بوضع منظومة وطنية لأمن الأنظمة المعلوماتية، مرجع سابق.

⁴ راجع المادة 17 وما يليها من نفس المرسوم.

⁵ قانون رقم 18-04، المؤرخ في 24 شعبان عام 1439، الموافق ل 10 مايو 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والإتصالات الإلكترونية، مرجع سابق.

⁶ قانون رقم 18-07، المؤرخ في 25 رمضان عام 1439، الموافق ل 10 يونيو سنة 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر عدد 34، صادر بتاريخ 25 رمضان 1439، الموافق 10 يونيو 2018، وقد جاء في المادة 4 منه: "تسهر الدولة، في إطار الصلاحيات المرتبطة بمهامها، خصوصا على ما يأتي:

- تحديد وتطبيق معايير إنشاء وإستغلال مختلف الخدمات،

- إستمرارية وإنتظام الخدمات المقدمة للجمهور،

- إحترام قواعد المنافسة المشروعة بين المتعاملين وتجاه المشتركين والمرتفقين والزبائن..."

⁷ المادة 28 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

⁸ المادة 29 من نفس القانون.

والخاص بتنفيذ الفقرتين 1 و2 من المادة 56 من قانون العقود الإدارية والذي يتيح إبرامها عبر وسيط إلكتروني على أن: "الشخص المعنوي يضمن أمن الصفقات على شبكة المعلومات والمتاحة لجميع المترشحين ودون تمييز..."، كما أن المادة الرابعة من المرسوم رقم 2001-846، الصادر في 18 سبتمبر 2001، والخاص بتنفيذ الفقرة الثالثة من المادة 56 قد أكدت على وجود إلتزام على الشخص المعنوي العام بتوفير الأمن والحماية للراغبين في التعاقد حتى نهاية المدّة المحددة لإرسال العروض.

ثانياً: توافر مجموعة من المبادئ تضمن المحافظة على أمن المعلومات المتبادلة إلكترونياً

يوصف مبدأ تأمين المعلومات بأنه يحافظ على كلّ من السرية والتكامل والتوافر:

- 1- السرية: وذلك من خلال التأكد من أن المعلومات متاحة فقط لمن هم مصرح لهم بالوصول إليها.
- 2- التكامل: ويتمثل في حماية دقة المعلومات وتامها وحماية طرق معالجتها.
- 3- التوافر: وهو التأكد من أن المستخدمين المصرح لهم يمكنهم الوصول إلى المعلومات وإلى الأصول المضمونة وقت حاجتهم لها.

يتحقق تأمين المعلومات عن طريق تشغيل مجموعة مناسبة من أنظمة التحكم، قد تكون سياسات، ممارسات، إجراءات، هياكل مؤسسية أو وظائف برمجيات، ويجب لأن يتم وضع تلك الأنظمة للتأكد من أهداف التأمين الخاصة بكل هيئة قد تم بالفعل تحقيقها¹.

ثالثاً: إنشاء برامج متخصصة للتأمين

أخطر ما يهدد الصفقات الإلكترونية هو أمن البيانات وتأمين عملية التوقيع والتحقق من شخصية المتعاقدين وتأمين سلامة عملية تداول البيانات لإتمام الصفقة، لذلك كان لا بد من إيجاد وسيلة حماية لتأمين الصفقة وتداول البيانات².

يمكن إلزام الشركات المنتجة للبرامج بوضع العراقيل التقنية والبرامج المتخصصة التي يمكن من خلالها إعاقة دور القرصنة Hackers أو المتلصصون إلى بنوك المعلومات وقواعد البيانات والبريد الإلكتروني وما تحويه من أسرار تجارية أو صناعية أو مراسلات خاصة. وكذلك إعداد برامج للكشف عن هوية هؤلاء

¹ عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 288 و289.

² هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 471.

القرصنة وأماكن دخولهم على الشبكة حيث يكون لهذه البرامج دورها في تخويف كل من تسول له نفسه محاولة إقحام الشبكة أو نظام المعلومات¹.

وعليه نرى ضرورة تدخل المشرع بسن نصوص قانونية تلزم الشركات المنشئة للبرامج بتصميم أنظمة أمان أي أنظمة حماية، حيث لا يمكن الدخول للبرنامج إلا من خلال وسائل مؤمنة، وفي حالة إقحام البرنامج، فإنّ النظام يكتشف الجريمة بصورة آلية.

1- خلق قاعدة بيانات

قاعدة البيانات بمعناها الواسع، هي أي تجميع للبيانات بشكل متميز. فهي "أسلوب تنظيم البيانات في شكل ملف أساسي ضخم تتيح التعامل مع البيانات بطريقة شمولية تلبى الحاجيات المختلفة لمتخذ القرارات. وتدعى أيضا "بنك المعلومات" وهو مجموعة البيانات عن مجالات النشاط في المؤسسة أو المنظمة مخزونة بإستعمال إحدى وسائل التخزين المباشر"².

بنك المعلومات أو ما يصطلح عليه بقاعدة البيانات data base هو النهج الذي أخذ به التوجيه الأوروبي الصادر في 26 فبراير 1996، والهدف من إنشاء بنك المعلومات الإلكتروني هو إتاحة الإستفادة من المعلومات لكل من يدخل إلى شبكة الإنترنت، وهذه المعلومات يجب أن يتوافر فيها عدّة شروط؛ من أهمها أن تكون حديثة، وهو ما يعني أن يضيف المورد كل معرفة جديدة تتعلق بالمجال الذي يهتم به المشترك وأن يعلم المتعاقد بكل تغيير يطرأ على مكونات قاعدة البيانات، كما يجب أن تكون هذه المعلومات شاملة بحيث تغطي تماماً المجال محل التعاقد³.

تضمن البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية حماية وأمن المعلومات، وذلك من خلال إحداث قاعدة بيانات، حيث تنص المادة 205 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "تستعمل المعلومات والوثائق التي تعبر على البوابة لتشكيل قاعدة بيانات، في ظل إحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

¹ من أمثلة العراقيل التقنية الموجودة التي تحول دون الدخول إلى المعلومات أو البيانات إستخدام شفرة معيّنة code d'accès، أو كلمة سر خاصة mot de passe، وهي وسيلة تقليدية وجدت منذ إنشاء شبكة الإنترنت ومازالت متبعة في كثير من بلدان العالم. كما توجد أيضا وسائل تأمينية حديثة لها قدرة على مواجهة كافة ما يستجد من أشكال وأساليب لإرتكاب تلك الجرائم، هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 415.

² فاروق علي الحنفوي: موسوعة قانون الكمبيوتر (الكتاب الأول)، قانون البرمجيات (دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر)، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2001، ص 267.

³ خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 64.

وبهذه الصفة يتم حفظ ملفات الترشيحات للمتعهدين لإستعمالها في الإجراءات اللاحقة.

وزيادة على ذلك، لا تطلب من المتعهدين الوثائق التي يمكن المصلحة المتعاقدة طلبها بطريقة إلكترونية.

تسمح قاعدة البيانات بجمع - عن طريق البوابة- المعلومات المتعلقة بالمصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين وملفاتهم الإدارية، وكذا الصفقات العمومية، بالإضافة إلى تبادل الوثائق والمعلومات فيما بينهم، وأيضا المعلومات المتعلقة ببطاقات الإحصاء الإقتصادي للطلب العمومي، ومنشورات البوابة¹. ويمكن تعريف قاعدة البيانات على أنها الشكل الإلكتروني لسلسلة من المعلومات التي تخص بعضها البعض، ويقوم المستخدم بجمعها مع بعضها في قاعدة بيانات واحدة. ومن ثم ضمان وصول المستخدم إلى بياناته بسرعة وأمان، فهي تؤمن حماية للمعلومات من الوصول الخارجي (l'accès des étrangers) ومن ضياع المعلومات نتيجة خلل تقني ما².

تحدث قاعدة بيانات تسمح بجمع عن طريق البوابة؛ المعلومات المتعلقة بالمصالح المتعاقدة، المتعاملين الإقتصاديين وملفاتهم الإدارية، الصفقات العمومية، بطاقات الإحصاء الإقتصادي للطلب العمومي، تبادل الوثائق والمعلومات بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين، ومنشورات البوابة. تتكون قاعدة البيانات من جدول أو أكثر، والجدول يتكون بدوره من سجل (base de données) أو أكثر ويتكون السجل من حقل (champ) أو أكثر، ومثاله الجدول الخاص بالصفقات العمومية، فيتكون من عدّة حقول، فجدول طلبات العروض مثلا يحتوي عدّة سجلات، كالمكان، طريقة الإبرام، المشتري العمومي، طبيعة الصفقة، الصنف، طريقة التمويل وآخر أجل لقبول العروض. وعند النقر على أحدها يظهر لدينا حقل أو عدّة حقول، وهذه المعلومات مخزنة في جهاز الحاسوب على نحو منظم، حيث يقوم برنامج يسمى محرك قاعدة البيانات (moteur de base de données) بتسهيل التعامل معها والبحث ضمن هذه البيانات، وتمكين المستخدم من الإضافة والتعديل فيها³.

¹ المادة 4 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدّد لمحتوى البوابة الإلكترونية...، مرجع سابق.

² بن عودة صليحة: "أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 58.

³ المرجع نفسه، ص 59.

2- خلق نظام تسيير محكم للبوابة: يتم نظام تسيير البوابة الالكترونية من خلال¹:

يتضمن تسيير البوابة بالإضافة لإيواء البنية التحتية المعلوماتية على تسيير الأنظمة والشبكات وقاعدة البيانات، تسيير الدخول في البوابة، صيانة البوابة لاسيما بضمان مستوى أمن مناسب ضد التهديدات الإلكترونية، وديمومة وإستمرارية وإمكانية الدخول للخدمات المقدمة من طرف البوابة، وكذا تسيير التطورات التقنية بإدراج الوظائف الجديدة، بالإضافة إلى نشر المعلومات والوثائق السابق ذكرها.

3- استخدام الشفرة أو كلمة السر

كلمة المرور أو كلمة السر هي أحد مكونات منظومة حماية المعلومات، فهي تساعد على التحقق من هوية المستخدم، وفعاليتها تعتمد على درجة إنضباط العنصر البشري في إختيار كلمة المرور والتعامل معها وفق الأساليب الصحيحة، وهناك وسائل بديلة².

تعتبر كلمة السر أقدم وسيلة تأمين لنظام الحاسب الآلي، وتستخدم لمنع أي شخص غير مصرح له بدخول الحاسب الآلي والتعامل معه، وعلى الرغم من قدم هذه الوسيلة إلا أنها ما زالت تستخدم حتى الآن بالرغم من تمكن المقتحمين والمتسللين من كسرها والدخول للنظام خلالها³. والأكثر من ذلك، نجد أنّ أول باب يطرقه المهاجم هو محاولة الحصول على كلمة المرور الضعيفة، لذلك يتحتم علينا؛ الإختيار الأمثل لكلمة المرور لكي لا تكون سهلة التخمين، وكذا المحافظة عليها وعدم إطلاع الغير عليها، بالإضافة إلى تغييرها دورياً⁴.

4- الجدار الناري أو ما يعرف بحاجز الحماية (Firewall)

يكون Firewall عادة من وسيلة ترتبط مع الإنترنت بذلك تمر حركة الملفات والمعطيات بكاملها من الإنترنت إلى الشبكة المحلية (LAN) وبالعكس عبر تلك الوسيلة حيث تقوم هذه الأداة بمنع أو تحديد المستخدمين في الإنترنت من النفاذ إلى المعطيات والملفات الخاصة بالشبكة المحلية (LAN)⁵.

¹ المادة 05 من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية...، مرجع سابق.

² نعيم إبراهيم الظاهر: الطريق نحو الحكومة الإلكترونية "رؤية متكاملة"، مرجع سابق، ص 113.

³ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 416.

⁴ نعيم إبراهيم الظاهر: الطريق نحو الحكومة الإلكترونية "رؤية متكاملة"، مرجع سابق، ص 111.

⁵ محمد سمير أحمد: الإدارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان (الأردن) 2009، ص

تعتبر وقاية الملفات الإلكترونية مسألة هامة، وذلك بالإعتماد على تقنيين متخصصين في مجال الحاسوب والبرمجة المعلوماتية عن طريق إستخدام جدار للحماية "Firewall"، ويسمى جدار النار فوجوده ضروري في أيّ جهاز كمبيوتر وذلك لحمايته من التهديدات والهجمات التي تصيبه، فإتصال الكمبيوتر بالإنترنت يتيح الفرصة للقراصنة والمتطفلين الوصول إلى نظامه وسرقة المعلومات والبيانات الشخصية بسهولة، وترك النظام مفتوحاً من غير أيّ حماية يتيح فرصة إصابة جهاز الكمبيوتر بالبرامج الضارة مثل ملفات التجسس والفيروسات، فهذا الجدار يمنع المتطفلين والبرامج الضارة من الوصول إلى الكمبيوتر من خلال شبكة الإنترنت، ووظيفة جدار النار مشابهة بأبواب الحريق في تركيب المباني، فهو يقوم بفحص المعلومات سواء في حالة دخولها أو خروجها، ولا يسمح لها بالدخول إلاّ إذا كانت مطابقة للمواصفات. كما يعتمد على تقنية التشفير وذلك بوضع رموز وإشارات تحول النص الإلكتروني من واضح إلى غير مفهوم ولا يمكن فك شفرته إلاّ من طرف القائمين بعملية التشفير¹.

برنامج الجدران النارية أو جدران الحماية عبارة عن مرشحات تتبع صلاحية وحدود الإستخدام للمصرح لهم فقط بإستخدام النظام، رغم أنّها تعطل إنتقال البيانات نسبياً إلاّ أنّها ذات فاعلية في منع محاولات الإختراق والتعدي². كما أنّ هذا النظام يحمي الحاسب الآلي من التهديدات التي تأتي إليه عبر الإنترنت، مثل المقتحمين والمتسللين والفيروسات المتنقلة، ويتم هذا من خلال تصفية أية وسائل إتصال مريبة مرسله إلى الجهاز الآلي المستخدم، وهو يعرف بجدار الحماية، فقد تؤدي هذه التهديدات إلى حذف المعلومات الموجودة داخل الحاسب الآلي أو إلى تعطيل هذا الحاسب أو سرقة المعلومات الشخصية كأرقام البطاقات الإئتمانية أو كلمات السر password أو غير ذلك من المعلومات الهامة، حيث يمكن تقليل خطر هذه التهديدات بإستخدام هذا الجدار الناري³.

5- مزود بروتوكسي

يعرف هذا البرنامج أيضاً بإسم مزود بروتوكسي وهو رابط الإتصال بين المستخدم User وبين مزود خدمات الإنترنت ISP الذي يزود المستخدم بالإتصال لدخول شبكة المعلومات (الإنترنت)، وهو يقوم

¹ بن عودة صليحة: "أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 61.

² أشرف عبد المحسن الشريف: "أمن وحماية المستندات الإلكترونية على بوابة الحكومات العربية"، مرجع سابق، ص 102.

³ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 417.

بتمرير مستخدم الحاسب الآلي خلال خوادم الشركة مزودة الخدمة لتقوم بدورها بنقله لشبكة الإنترنت عبر ضوابط خاصة حسبما تحدده الشركة المزودة¹.

6- استخدام الخصائص البيولوجية المميزة لكل شخص

كل شخص له خصائص وسمات مميزة في تكوينه ينفرد بها عن غيره من البشر تسمى الخصائص البيولوجية لا يشترك فيها إثنين وقد استخدمتها الشركات كأسلوب تأمين للدخول إلى الحاسبات الآلية، وذلك عن طريق إنشاء أجهزة لا تتيح لأي شخص الدخول للحاسب الآلي إلا لمن يحمل الخاصية التي تم برمجة الجهاز الآلي، ومن هذه الخواص:

- استخدام بصمة الصوت

- استخدام بصمة الإبهام

- استخدام حدقة العين².

تعدّ المبادئ التقنية الخاصة بالنظام المعلوماتي للصفقات الإلكترونية بمثابة حماية حقيقية للمعلومات والوثائق المتبادلة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، ففي ظل التعاقد الإلكتروني للصفقة كان لابد من خلق أنظمة حماية من شأنها ضمان سرية المعلومات وسلامة الوثائق وحفظها ومن ثمّ أرشفتها حيث تصبح بمثابة بنك معلومات يستدعي حماية خاصة، ومع تفشي الجرائم المعلوماتية من إختراق وتجسس وقرصنة كان لزاما التفكير في ضوابط وقوانين تحمي المعطيات الرقمية.

¹ هبة حسين محمد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 418.

² المرجع نفسه، ص 419 وما يليها.

الباب الثاني: الآثار المترتبة على إبرام عقد الصفقة العمومية

الإلكترونية

يترتب على إبرام عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، إلتزامات متبادلة على أطراف العلاقة التعاقدية، يتضح من فحوى الإلتزامات إنعدام التكافؤ بين أطراف العلاقة، فإذا كان مبدأ المساواة بين أطراف العقد يجد ضالته في العقد المدني، وتطبق عليهم العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، فإنّ هذه المبادئ لا تجد ضالتها في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية. فهناك أسس عامة تبيّن إلتزامات وحقوق أطراف العلاقة التعاقدية في الصفقة العمومية الإلكترونية، بإعتبار أنّ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية يتعلق موضوعه بتسيير المرفق العامة ويهدف لتحقيق المصلحة العامة.

إبرام العقد إلكترونياً لا تتضح معالمه ما لم يجسد فعلياً، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال تنفيذه، حيث تعد مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية الإلكترونية أطول مرحلة في حياة الصفقة، إذ تتضمن التجسيد الفعلي لموضوع الصفقة الذي قد يشمل إنجاز الأشغال أو الدراسات، أو التوريدات أو أداء الخدمات محل التعاقد، حيث تحتمل الصفقة العمومية الإلكترونية فرضين؛ فرض التنفيذ الإلكتروني كلما سمح موضوع الصفقة بذلك، وإحتمال التنفيذ التقليدي العادي لا سيما في صفقات الأشغال التي لا يتصور تنفيذها إلكترونياً.

ينجر في أغلب الأحيان عن تنفيذ الصفقة منازعات بين طرفيها حول أداء الحقوق والإلتزامات المتبادلة بينهما التي تتطلب طرق قانونية لحلها. قد تكون طرق قضائية أو غير قضائية وذلك في حالة التسوية الإدارية أو البديلة.

إثر ذلك حاولنا بيان تنفيذ الصفقة العمومية الإلكترونية (الفصل الأول)، ثم نبين طرق تسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية لعقد الصفقة العمومية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

تعتبر مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية الإلكترونية ترجمة واقعية للحقوق والالتزامات المنوطة بأطراف العقد، وتمثل مرحلة تنفيذ الصفقة المرحلة النهائية لها، ويخضع تنفيذ عقد الصفقات العمومية لقواعد إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، تتمحور هذه القواعد الإستثنائية التي تخضع لها الصفقات العمومية فيما تملكه الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.

يحمل تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية نوع من الخصوصية، مقارنة بالصفقة التقليدية، باعتبار تأثير الوسائط الإلكترونية على مجريات الصفقة، ناهيك عن جملة المعطيات الإلكترونية التي تبنى كأصل عام على المخاطر. خاصة في ظل محدودية التعامل بالطرق الإلكترونية.

تتبنى الصفقة العمومية التقليدية منها والإلكترونية على أسس متينة قوامها حقوق وِالتزامات أطراف العلاقة التبادلية، حيث تعتبر هذه الحقوق والالتزامات بمثابة ركائز تنفيذ عقد الصفقة، ومجرد الإخلال بالالتزامات المتبادلة الواقعة على طرفي العلاقة، يعني التأثير في تنفيذ العقد، ونظراً للتحديات التي تعترض تنفيذ العقد، كان لابد من بيان كل العوائق والإشكالات التي تعترض تنفيذ الصفقة العمومية سواء مادياً أو عبر الخط. خاصة في ظل الواقع الذي عشناه في ظل تقشي جائحة كوفيد -19.

تفصيلاً منا لكيفية تنفيذ الصفقة العمومية، سنتطرق للأسس العامة لحقوق وِالتزامات أطراف عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (المبحث الأول)، لنوضح بعدها، تقنيات تنفيذها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأسس العامة لإلتزامات وحقوق أطراف عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

تحتل نظرية العقد الإداري مكاناً بارزاً بين موضوعات القانون الإداري، ورغم تشعب الدراسات المتصلة بهذه النظرية، إلا أنّ السمة الغالبة في تلك الدراسات تتمثل في إبراز دور جهة الإدارة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة- في مجال الرابطة العقدية، فجهة الإدارة المتعاقدة تتمتع بلا شك في مواجهة المتعاقد معها بسطات لا نظير لها في العقود المدنية كسلطتها في تعديل إلتزامات المتعاقد معها، وسلطتها في توقيع الجزاء عليه حال تخلفه عن الوفاء بإلتزاماته التعاقدية، ونظراً لحتمية فرض الإدارة لجملة من السلطات في مواجهة المتعامل المتعاقد وأهميتها العملية وجب دراستها جملةً وتفصيلاً، وإذا تمّ تنفيذ العقد سواءً تنفيذاً تقليدياً أو إلكترونياً، وفرضت الإدارة سلطتها، فهذا لا يعني إنكار ما للمتعاقد من حقوق.

يتحمل الشخص المعنوي العام مسؤولية ضمان إستمرارية المرفق العام وسيره بانتظام وإطراد تحقيقاً للمصلحة العامة، الأمر الذي يبرر منحه سلطات وإمّتيازات توصف بكونها غير مألوفة في عقود القانون الخاص، بمقابل ذلك، فإنّه ضماناً لعدم نفور الخواص من التعاملات التعاقدية العامة، فإنّه كان لزاماً ضمان جملة من الحقوق لصالح المتعاملين معها. لذلك سنتطرق لدراسة سلطة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها (المطلب الأول)، لتتطرق بعدها، لحقوق المتعامل المتعاقد في تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

تعتبر القاعدة العامة في القانون الخاص أنّ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأيّ من أطرافه أن يستقل بإرادته المنفردة بتعديله أو إنهائه، لكن هذه القاعدة يتعطل إعمالها في مجال عقود القانون العام متى إقتضت ذلك المصلحة العامة، فالإدارة في تنظيمها وتسييرها للمرافق العامة بما يستهدف تحقيق المصلحة العامة بالدرجة الأولى لا يمكن أن تعامل معاملة الأفراد في تنظيمهم وتسييرها لمصالحهم الخاصة، لذلك منحت الإدارة سلطات وحقوق إستثنائية في مواجهة المتعاقد معها¹.

تتمتع المصلحة المتعاقدة بإمّتيازات السلطة العامة التي تخولها ممارسة جملة من السلطات غير الجزائية في مواجهة المتعامل المتعاقد؛ والمتمثلة في؛ سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه، كما يحق لها تعديل العقد بإرادتها المنفردة، بالإضافة إلى حقها في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة أو ما يعرف بالفسخ الإداري (الفرع الأول)، كما أنّ للإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر في تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، سواءً تعلق الأمر بالجزاءات المالية أو غير المالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: السلطات غير الجزائية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد

تفرض الإدارة وصايتها على المتعامل المتعاقد، من خلال سلطاتها المتعدّدة سواءً ما تعلق بسلطة الرقابة والتوجيه والإشراف، أو سلطة التعديل بل قد تتعداها لسلطة إنهاء عقد الصفقة العمومية الإلكترونية بإرادتها المنفردة، وتعتبر هذه السلطات غير جزائية؛

أولاً: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه والإشراف

(خضوع المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته لرقابة وتوجيه وإشراف الإدارة)

تملك الإدارة حقا أصيلاً مستمداً من المبادئ العامة للعقد الإداري في رقابة المتعاقد معها وتوجيهه أثناء تنفيذه إلتزاماته التعاقدية دون حاجة لورود نص بالعقد يمنحها تلك السلطة ودون إقرار بأيّ نص يرد به

¹ محمد بن سعيد بن حمد العمري: الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2011، ص 140.

يحظر عليها إستعمالها لتعلقه بالنظام العام، الأمر الذي لا يجيز للإدارة التنازل عن إستعمالها أو الإتفاق على إعفاء المتعاقد من تلك الرقابة¹، حيث أعطى القضاء الإداري للإدارة الحق في الرقابة والتوجيه والإشراف على تنفيذ العقد الإداري حتى إذا لم ينص على ذلك في بنود العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها².

1- تعريف سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف

يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أنّ المتعاقد معها يقوم بتنفيذ إلتزاماته العقدية على النحو المتفق عليه، أمّا سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال وإختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد. وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام، لا النصوص التعاقدية، فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد...، وهذا بهدف تلبية الحاجات العامة وحسن أداء الخدمة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة، هذا وتعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الإتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة. كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها³. فحق الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية يتخطى المفهوم العام للرقابة والمستنبط من القواعد العامة في تنفيذ العقود بصفة عامة، والمتمثل في الإشراف على أعمال التنفيذ للتأكد من توافقها مع نصوص العقد إلى مفهوم أوسع نطاقا يتناسب مع طبيعة العقود الإدارية، والغرض من إبرامها فيما ينطوي عليه من منح الإدارة سلطة توجيه تعليمات للمتعاقد معها فيما يتعلق بكيفية التنفيذ ووسائله ممّا يعكس هيمنتها الكاملة على هذا التنفيذ تحقيقاً للمصلحة العامة⁴.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 32.

² راجع كلّ من؛ محمد بن سعيد بن حمد العمري: الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 414. بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 186.

³ راجع كل من؛ عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 142. أيضاً، عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 12 و13. بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 186. حمد محمد حمد الشلماني: إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2007، ص 139.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 33.

2- ضوابط استعمال الإدارة لسلطة الرقابة على تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة فرض رقابتها على المتعاقد معها، لضمان حسن تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية، وإن كانت هذه السلطة حقاً مقررراً لها، إلا أن استعمالها يخضع لضوابط تشكل في مجملها ضمانات للمتعاقد معها، لذلك سنوضح هذه الضوابط؛

أ- ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة: تعتبر المصلحة العامة هدفاً للنشاط الإداري بصفة عامة، لذلك فإن مباشرة الإدارة لكافة سلطاتها ومنها الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية يجب أن يكون بدافع تحقيق مصلحة المرفق الذي لأجله أبرم العقد، من خلال تحسين أداء خدماته للمنتفعين به و أداء العمل المنوط بالمقاوم أداءه في عقد الأشغال العامة كما ينبغي، أو مطابقة الأصناف الموردة للعينات المعتمدة في عقد التوريد¹.

ب- إتخاذ إجراء الرقابة في إطار المشروعية: تلتزم المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لسلطتها في الرقابة، تطبيقاً للمبدأ العام في المشروعية بمراعاة النصوص القانونية، وذلك لأنّ القرارات الصادرة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة هي قرارات إدارية بغض النظر عن الأساس الذي تركز عليه هذه السلطة، لذلك يجب أن تخضع هذه القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية عموماً من ضرورة صدورهما في حدود قواعد المشروعية. ويجب كذلك مراعاة صدور القرارات المتصلة بالرقابة من جانب الجهة التي يحق لها قانوناً ممارسة هذه السلطة ووفقاً للإجراءات والأشكال المنصوص عليها والتي قد يتطلبها القانون، وفي كل الأحوال يتعين أن يكون الهدف من ممارسة سلطة الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة وإلا كان تصرف المصلحة المتعاقدة مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة². فإذا كانت سلطة الرقابة منحت للمصلحة المتعاقدة لتحقيق المصلحة العامة، فإن استعمالها لتلك السلطة يجب أن يكون في أطر المشروعية بأن تحترم -المصلحة المتعاقدة- حدودها حال ممارستها لتلك السلطة³.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 34.

² سبكي ربيحة: سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 27.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 36.

ت- أن لا تؤدي سلطة الرقابة والإشراف إلى تعديل الصفقة: لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تتخذ من سلطتها في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية ستاراً لتعديل العقد، بأن تصدر إلى المتعامل المتعاقد معها بعض الأوامر التي من شأنها تغيير طبيعة أو جوهر الصفقة ذاتها أو تتجاوز الحدود المعقولة والمدة المطلوبة للتنفيذ، فالمصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها قد أبرما صفقة معينة لها موضوع معين بهدف تحقيق غرض محدد، لذلك ليس للمصلحة المتعاقدة أن تقرض أمراً من شأنه تغيير موضوع وطبيعة الصفقة حتى يصبح المتعاقد وكأنه أمام صفقة جديدة. وسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة بمعناها المزوج الإشراف والتوجيه سواءً كانت مستمدة من القوانين أو نصوص العقد أو دفاتر الشروط أو كانت قائمة بذاتها كسلطة أصلية خارج نصوص العقد لها نطاق معين، حيث يمثل هذا النطاق الحدّ الفاصل بين سلطة الرقابة بمعنى التوجيه وسلطة تعديل نصوص العقد، فإذا تجاوزت الإدارة في رقابتها هذا النطاق، فإنّها تكون قد باشرت سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه¹.

ثانياً: سلطة الإدارة في تعديل بنود عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (ملحق الصفقة)

هل تملك الإدارة حق تعديل عقد الصفقات العمومية الإلكترونية بإرادتها المنفردة؟ وهل يؤثر ذلك على مقتضيات العقد؟

يتم تعديل العقد في العقود الخاصة بإتفاق إرادي رضائي بين الأطراف عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبمبدأ القوة الملزمة للعقد، غير أنّ للإدارة وعلى خلاف ذلك سلطة التعديل الإفرادي للعقد في عقودها بصرف النظر عن موقف المتعاقد معها وهي سلطة مفترضة وثابتة لها حتى ولو لم يرد ذكرها في العقد، بل تعدّ وحسب فلاسفة القضاء الإداري مسألة من النظام العام، إذ يقع باطلاً كلّ إتفاق أو شرط يقضي بخلافها². وأساس حق الإدارة في تعديل العقد يرجع إلى مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، والتي تتطلب دوماً أن يكون المرفق قابلاً للتطور والتغيير³.

يسوغ للإدارة إنهاء أيّ عقد كان قبل الموعد المحدد له، فيما لو أمسى تنفيذه عديم الفائدة. ويتضح جلياً أنّ الإدارة تستمد هذه الصلاحية من حقوقها على المرافق العامة، بل من واجباتها، ما يخولها إمكانية

¹ سبكي ربيحة: سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 28.

² بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 187. أيضاً، عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 11.

³ توركان إبراهيم: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 57.

التصدي للأحكام التعاقدية التي تنتمي مباشرة إليها، كي يبقى العقد كفيلاً بتحقيق الأغراض التي أبرم من أجلها. وننوه إلى أنّ حق التعديل يكون أثناء التنفيذ، وهي المرحلة اللاحقة لمرحلة إبرام العقد. والحديث عن هذا لا يؤثر من حيث الأساس على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، باعتبار أنّ هذا المبدأ ساري المفعول لحظة إبرام العقد. أمّا في حالة التنفيذ، فإنّ عملية التعديل تجري على أمور تنظيمية أكثر ممّا تجري على أمور تعاقدية. وإذا طرأ هذا التغيير في تفاصيل موضوع العقد، فذاك يستوجب بالمقابل حقا للمتعاقدين مع الإدارة بالتوازن المالي، كما يشترط على أن لا يتغير جوهر العقد من جراء التعديل، ويبقى محافظاً على موضوعه، وهذا التعديل تقتضيه حاجة سير المرفق العام أو حسن تنفيذه¹. ونظراً لإستناد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لفكرة المرفق العام، فإنّ حق إستعمالها يتصل بالنظام العام الأمر الذي لا يجوز معه للإدارة التنازل عن إستعمالها أو الإتفاق بالعقد على ما يخالفها².

1- تعريف سلطة التعديل

يقصد بسلطة التعديل، حق الإدارة في تغيير إلتزامات المتعاقد معها بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها ولها أن تتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلّما إقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين³.

2- ضوابط ممارسة حق الإدارة في تعديل العقد

يتوجب على المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لسلطتها في التعديل الإفرادي للعقد التقيّد بمجموعة من الشروط والضوابط، وهي:

أ- أن تمارس التعديلات في إطار العقد الأصلي: فلا شك أنّ الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة أو مطية لتغيير موضوع الصفقة وإرهاق الطرف المتعاقد معها⁴، ويجب ألاّ تؤدي التعديلات إلى تغيير العقد تغييراً جذرياً بشكل يطل مضمونه جوهرياً ويغير من طبيعته؛ ويجعل المتعاقد

¹ علي عبد القادر قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري (الجزء الأول)، مرجع سابق، ص 375.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 38.

³ شقطني سهام: النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون،

فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 22.

⁴ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 13.

أمام عقد جديد لا يتلائم مع قدراته ولا تطلعاته، وما كان يمكن له القبول به فيما عرض عليه في أول الأمر¹. ذلك أنّ المتعاقد إلتزم بتنفيذ مضمون الصفقة في آجال محدّدة، مراعاة لقدراته المالية والفنية، فإذا أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للصفقة، فإنّ ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها. ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبياً بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي أو الصفقة الأصلية².

ب- عدم مساس التعديل بالحقوق المالية: يجب أن يقتصر التعديل على الشروط التنظيمية المتعلقة بتسيير وإدارة المرفق العام، دون أن يتعدى ذلك إلى المساس بالحقوق المالية للمتعاقد المتعاقد، على إعتبار أنّه على أساس تلك الحقوق وحدها وافق المتعاقد على إبرام الصفقة، فمتى إنجر عن تعديل تلك الشروط مساس بالجانب المالي للصفقة فإنّه يتوجب حينها على المصلحة المتعاقدة تعويض المتعاقد معها لبعث التوازنات المطلوبة بين المراكز المتعاقدة في الصفقة المبرمة³. ويعتبر الحصول على المقابل المالي كما سنوضح لاحقاً، أهم حقوق الملتمزم تجاه الإدارة على الإطلاق. فمثل هذا الأمر هو الذي جعله يقدم عرضه للتعاقد مع الإدارة، بإعتبار أنّ المقابل النقدي، في الصفقات العمومية، هو شرط تعاقدى لا تستطيع الإدارة أن تعدل فيه بمشيئتها المنفردة. وأساس حصانة هذا الشرط بوجه التعديل إعتباران: أحدهما، واقعي يقوم على إستتلاف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة فيما لو أمكنها أن تعدل في المنافع النقدية التي يحصل عليها المتعاقد رغم إرادته، وإلإعتبار الآخر قانوني يقوم على أنّ حق المصلحة المتعاقدة في التعديل يستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة، وليس من بينها المقابل النقدي المقرر للمتعاقد في الصفقة، وهذا هو الشرط التعاقدى الأساسى بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد المتعاقد⁴.

ت- إستيفاء القرار لشروط المشروعية: إنّ الإدارة حين تُقبل على تعديل صفقة ما، فإنّ وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري، فتصدر السلطة قراراً إدارياً بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل صفقة عمومية، وبما أنّ التعديل سيكون بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المتعاقدة، فطبيعي أن يكون هذا الأخير مستوفياً

¹ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 188.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 13.

³ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 189.

⁴ راجع، عبد اللطيف قطيش: الصفقات العمومية تشريعاً وفقها وإجتهداً ...، مرجع سابق، ص 154 وما يليها.

لجميع عناصر المشروعية من محل وسبب وإختصاص وشكل وإجراء، ويشكل هذا الشرط حلقة من حلقات الوصل والربط الكثيرة بين القرار والعقد¹.

ث- أن يكون للتعديل أسباب موضوعية: تباشر الإدارة سلطتها في تعديل عقد الصفقة العمومية إنطلاقاً من عوامل تدفعها للتعديل، بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة للجمهور بأحسن وجه. فالإدارة تتعاقد في ظل ظروف معينة، وقد تتغير هذه الظروف في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في الصفقات العمومية التي تأخذ زمناً طويلاً في تنفيذها كعقد الأشغال أو عقد إقتناء اللوازم. فإن تغيرت الظروف وجب الإعتراف للإدارة بحق تعديل الصفقة بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع الصفقة الأصلي، ويلبي حاجيات المنتفعين من خدمات المرفق العام².

3- ضمانات المتعاقد تجاه استعمال الإدارة غير المشروع لسلطة التعديل

يقابل تمتع الإدارة بسلطتها الإستثنائية في تعديل ما تبرمه من عقود إدارية - لا نظير لها فيما تبرمه من عقود مدنية- إلتزام يقع عليها بإستعمال تلك السلطة وفقاً لضوابط قانونية، فإذا ما حادت عنها الإدارة كان للمتعاقد معها ضمانات تشكل في مجملها حقوقاً له لمواجهة خروج الإدارة عن مبدأ المشروعية وهي بصدد إصدار قرارات تعديل العقد الإداري، حيث يكون له الحق في الإمتناع عن تنفيذ طلب التعديل غير المشروع، إضافة إلى حقه في اللجوء إلى القضاء إما طاعناً بإلغاء هذا القرار أو إنهاء العلاقة التعاقدية بفسخ العقد وطلب التعويض إذا كان له موجب³؛

أ- الإمتناع عن تنفيذ قرار تعديل العقد: بوسع المتعاقد مع الإدارة الإمتناع عن تنفيذ قرار الإدارة الصادر بتعديله طالما أنّ هذا التعديل مخالف للقانون كما لو تجاوز النسبة التي حددها المشرع أو كان منبت الصلة بموضوع العقد، دون أن تملك الإدارة الحق في توقيع جزاءات مالية عليه، حيث أنّ نطاق تطبيق تلك الجزاءات يقتصر على حالة الإمتناع عن تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أو التقاعس في أداءها، وليس في سلوك المتعاقد ما ينطبق عليه أي من الوصفين السابقين، ذلك لأنّ التعديل المخالف للقانون لا يشكل تنفيذه إلتزاماً قانونياً يتعين على المتعاقد الوفاء به، فإذا قامت الإدارة رغم ذلك بتوقيع الجزاءات

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 14. أيضاً، بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 189.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 14.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، مرجع سابق، ص 59.

المالية على المتعاقد الممتنع عن تنفيذ قرار التعديل يكون بوسعه اللجوء إلى القضاء الذي يبحث مدى مشروعية التعديل توصلًا للحكم بمشروعية الجزاءات أو عدم مشروعيتها¹.

ب- **المطالبة بإلغاء قرار التعديل لعدم مشروعيته:** قد يكون القرار الصادر بتعديل عقد الصفقة العمومية الإلكترونية منبث الصلة للمصلحة العامة، وهنا يكون بوسع المتعاقد الطعن عليه بالإنحراف في استعمال السلطة، كما قد لا تستند الإدارة في إصداره إلى مبرر من تغيير الظروف بعد إبرام العقد بما يجعله غير محقق للغاية من إبرامه الأمر الذي يكون بوسع المتعاقد مع الإدارة معه الطعن على قرار التعديل لإنعدام السبب حيث إفتقد القرار لحالة واقعية أو قانونية تبرر إصداره².

ت- **المطالبة بفسخ العقد:** إذا كان من شأن تنفيذ المتعاقد لقرار التعديل الإخلال بالتوازن المالي للعقد، أو إلقاء إلتزامات جديدة عليه تجاوز إمكاناته الفنية أو المالية، بحيث يكون من شأن وفاءه بتلك الإلتزامات إرهاقه ماليًا بصورة كبيرة، يكون له طلب فسخ العقد، ذلك لأنه قد أبرم العقد وفي إعتبره أوضاعًا معينة تتعلق بإمكاناته وقدراته الفنية، الأمر الذي لا يجوز معه للإدارة تحميله بما يجاوز تلك القدرات، حيث يكون له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض إن كان له موجب. وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن طلب المتعاقد من القاضي فسخ العقد المبرم مع الإدارة لا يحله تلقائيًا من إلتزاماته التعاقدية قبلها، بل يظل إلتزامه بتنفيذها قائمًا، ويكون المتعاقد مع الإدارة مسؤولًا أمامها عنها إلى أن يقضي بإجابه لطلبه فسخ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية³.

4- سلطة تعديل عقد الصفقة العمومية في الجزائر والأساس التنظيمي للملحق

وردت سلطة تعديل عقد الصفقة في المادة 33 من القرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال⁴، وأورد المنظم الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، قسما خاصا بالملحق، تحت عنوان "الملحق"، هذا وقد أجازت المادة 135 من هذا المرسوم للإدارة إبرام ملاحق للصفقة.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، مرجع سابق، ص 60.

³ المرجع نفسه، ص 59.

⁴ القرار الوزاري مؤرخ في 16 رجب عام 1384، الموافق لـ 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر عدد 6، صادر بتاريخ 17 رمضان 1384.

أ- **تعريف الملحق:** الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة وأنّ الدافع الجوهري من إبرامه هو التعديل في الإلتزامات التعاقدية والتعديل يحمل الزيادة أو النقصان أو إضافة أعمال جديدة شريطة أن يكون لها إتصال مباشر بموضوع الصفقة¹. وقد تضمنت المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، تعريف الملحق، حيث نصت على أنه: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدّة بنود تعاقدية في الصفقة".

يستفاد من النص أعلاه أنّ سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 136 أعلاه والتي أجازت للإدارة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بنودا أو بنودا بالزيادة أو النقصان. كما أشارت ذات المادة أنّ الملحق ليس عقداً فريداً ومستقلاً بذاته، بل هو وثيق الصلة بالصفقة الأصلية. ومن خلاله نعرف مجال الزيادة أو النقصان أو البنود الجديدة أو الأعمال والخدمات الجديدة، أو ما تمّ التقليل منه في جانب الخدمات².

ب- **شروط ممارسة سلطة التعديل من خلال وثيقة الملحق:** ممارسة سلطة التعديل من خلال وثيقة الملحق مشروطة بما بالآتي:

ب-1- **أن يكون العقد مكتوباً:** تعتبر الكتابة ركناً لإبرام الصفقة العمومية الإلكترونية كما رأينا سالفاً، فإذا كانت الصفقة الأصلية مكتوبة طبقاً لنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي لسنة 2015³، فإنّ عنصر الكتابة أمر لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل فيما خص زيادة الخدمات أو التقليل منها، أو تعديل بند، أو عدّة بنود، وهذا في شكل ملحق تابع للصفقة الأصلية، فالفرع يتبع الأصل حتى من الناحية الشكلية⁴.

¹ Kadi Hanifi Mokhtaria : L'avenant au marché public, mémoire de magister, université d'Alger, 1997, p 24. Cité par⁴

علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، (الجزء الأول)، مرجع سابق، ص 405.

² عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 17.

³ تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

⁴ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 17.

ب-2- أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وتوازناتها: يعتبر هذا الشرط طبيعى ولازم أيضا، إذ أنّ التعديل الجوهرى من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة. وقد يفتح مجال الفساد المالى خاصة وأنّ إجراءات الملحق بسيطة فى عمومها وليست معقدة كما رأينا فى إجراءات طلب العروض¹. نصت المادة 8/136 على أنّه: "ومهما يكن من أمر، فإنّه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا فى حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف. وزيادة على ذلك، لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها".

ب-3- أن تبادر الإدارة المعنية إلى إبرام الملحق أثناء فترة التنفيذ أو ضمن الآجال القانونية: هذا ما أكدته المادة 138 من المرسوم الرئاسى رقم 15-247²، التى نصت على أنّه: "لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا فى حدود آجال التنفيذ التعاقدية، غير أنّ هذا الحكم لا ينطبق فى الحالات الآتية:

- عندما يكون الملحق فى مفهوم المادة 136، عديم الأثر المالى ويتعلق بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدى أو أكثر، غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ،
- إذا ترتب على أسباب إستثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، إختلال التوازن الإقتصادى للعقد إختلالاً معتبراً و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي،
- إذا لم يكن من الممكن، وبصفة إستثنائية، إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة، فى الآجال التعاقدية، ويمكن إبرام الملحق حتى بعد الإستلام المؤقت للصفقة، لكن ومهما كان الأمر، قبل إمضاء الحساب العام والنهائى.

تعرض الملاحق المنصوص عليها فى الفقرتين 2 و3 أعلاه، مهما تكن مبالغها على هيئة الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة".

ب-4- أن تراعى فى الملحق سائر الجوانب الإجرائية: أرسى المشرع الجزائرى من خلال المادة 139 من المرسوم 15-247³، قاعدة مفادها أنّه إن لم يكن للملحق أثر مالى كبير ومعتبر فلا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات المعنية، حيث جاء فيها: "لا يخضع الملحق فى مفهوم المادة 136، إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثانى، مرجع سابق، ص 18. بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود لإدارية (دراسة فقهية مقارنة) ...، مرجع سابق، ص 190.

² المرسوم الرئاسى رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مرجع سابق.

³ المادة 139 من نفس المرسوم.

والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز، زيادة أو نقصاناً، نسبة عشرة في المائة (10) من المبلغ الأصلي للصفقة.

ويخضع الملحق لهيئة الرقابة الخارجية في حالة ما إذا تضمن خدمات تكميلية في مفهوم المادة 136 أعلاه تتجاوز مبالغها النسبة المحددة أعلاه.

ثالثاً: سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة (الفسخ لدواعي المصلحة العامة)

خُول للإدارة الحق في فسخ الصفقة من جانب واحد دون خطأ من المتعامل المتعاقد، وهو ما يصطلح عليه بالفسخ التقديري، وهو حق مكفول لها دون حاجة لإذن مسبق من أيّ جهة كانت¹.

تبنى المنظم الجزائري مسألة سلطة الإدارة في فسخ عقد الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، ودون خطأ من المتعامل المتعاقد، بموجب نص المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية² بنصها: "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

يتضح من خلال المادة أعلاه إقراراً صريحاً من المنظم للإدارة بممارسة حقها في الفسخ الإفرادي أو ما يصطلح عليه بالفسخ الإداري أو الفسخ للمصلحة العامة.

1- شروط ممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء الإفرادي

سلطة الإدارة في إنهاء عقد الصفقة العمومية الإلكترونية بالإرادة المنفردة ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود لا بد من توافرها، حيث يجب أن يكون إنهاء العقد الإداري قد صدر لأسباب تتعلق بتحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام، كما يجب أن يتضمن قرار الإنهاء جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية.

أ- يجب أن يكون الهدف من إنهاء العقد تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام: تقوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد على أساس محدد هو ضرورة تمكين الإدارة من إنهاء عقودها الإدارية التي لم تتفق مع متطلبات المصلحة العامة ومع إحتياجات المرفق العام. ومن الحالات التي إعترف بها مجلس الدولة الفرنسي والمصري بتوافر شروط المصلحة العامة الذي يبرر إنهاء العقد، نجد؛

- حالة زوال إحتياجات المرفق العام الذي أبرم العقد من أجل تحقيقه.

¹ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة فقهية مقارنة)...، مرجع سابق، ص 223.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

- حالة الإنهاء بسبب إعادة تنظيم المرفق العام موضوع العقد وبما يتلاءم مع التطورات العلمية والتقنيات الحديثة.
- حالة إنهاء العقود بسبب إلغاء المرافق العامة التي أبرم العقد من أجل تسييرها أو المساعدة في تشغيلها.
- تغيير الظروف الاقتصادية عن تلك التي كانت سائدة وقت إبرام العقد.
- إنهاء العقد لأسباب ذات طابع فني بحت.
- التوسع في حجم نشاط المرفق العام فيما يتجاوز الإمكانيات المالية أو الفنية للمتعاقدين مع الإدارة¹.
- ب- أن يكون في قرار الإنهاء جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية: سلطة الإدارة في إنهاء عقد الصفقة العمومية الإلكترونية بالإرادة المنفردة سلطة تقديرية، وليست مطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما أرادت، لذلك يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة أو الصالح العام، وكذلك يجب على الإدارة أن تراعي في قراراتها بالإنهاء توافر جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية. بمعنى أن لا يكون القرار مشوباً بعيب الإنحراف بالسلطة، لذلك يجب على السلطة الإدارية عند إصدار قرار الإنهاء أن تراعي شروط المشروعية الخاصة بإصدار قرار الإنهاء الإفرادي للعقد، والمتمثلة في:
 - يجب أن يصدر القرار من الجهة المختصة بإصداره.
 - يجب أن يكون القرار صحيحاً من حيث الشكل والإجراء وخالياً من العيوب الموضوعية.
 - لا يجوز أن يكون قرار الإدارة بإنهاء العقد ذا أثر رجعي
 - الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها الخاص بإنهاء العقد ، كما لا يخضع قرار الإنهاء لتصديق سلطة الوصاية².

2- الآثار المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة

يترتب على قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة المتعاقدة، إستحقاق المتعاقد تعويضاً كاملاً يغطي الخسارة التي لحقته وما فاتته من ربح. فالمتعاقدين لا يتحمل النتائج المترتبة على قيام الإدارة بهذا الإنهاء، لذا فإنّ القضاء يقرر قيام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة التي تسمح

¹ للتفصيل أكثر راجع؛ توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة عليها، مرجع سابق، ص 105 ومايليها.

² للتفصيل أكثر راجع؛ المرجع نفسه، ص 113 ومايليها.

للمتعاقدين بالحصول على التعويض المناسب نتيجة لإستخدام الإدارة لهذا الإمتياز، شريطة أن يثبت المتعاقد أنه أصابه ضرر من هذا الإنهاء...، وقد يتضمن العقد مدى إستحقاق هذا التعويض وعناصره، وعند إنهاء الإدارة للعقد بالإرادة المنفردة فهنا يجب إعمال شروط العقد بخصوص هذا التعويض، أما إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللائحة كيفية إستحقاق التعويض عند إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فيقوم القاضي بتقدير ما يستحقه المتعاقد من التعويض وفقاً للقواعد العامة¹.

الفرع الثاني: سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر في تنفيذ عقد

الصفقة العمومية الإلكترونية

توقع المصلحة المتعاقدة جزاءات على المتعامل المتعاقد إذا أخل بالإلتزاماته أو قصر في تنفيذها على أي وجه من الأوجه، وهذه الجزاءات تختلف عن نظيراتها المقررة في روابط القانون الخاص، وللمصلحة العامة كامل السلطة في إختيار الجزاء ولا تحتاج في ذلك إلى نص من المشرع أو حكم من القاضي، فغاية المصلحة المتعاقدة من توقيعها الجزاء ليس إعادة التوازن بين الإلتزامات المتبادلة التي أنشأها العقد وإنما تنفيذ الإلتزام المتصل بسير المرفق العام أو إستبعاد الإختلال الذي لحقه². وإذا كانت الإدارة كمبدأً عام تملك توقيع الجزاء بنفسها، فإنه يجب عليها أن تفصح عن إرادتها في ذلك على المتعاقد المخل بالإلتزاماته وأن يصدر منها قراراً، ويكون للإدارة سلطة تقديرية في إختيار الوقت المناسب لإصدار قرارها بتوقيع الجزاء بحسب ما تراه أصلح بضمان سير المرافق العامة، ما لم يوجد نص يلزم الإدارة بأن توقع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، ومن ثم فلا تثريب في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر، إذا كان في ذلك تحقيق للمصلحة العامة³. وتتعد الجزاءات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد معها، فبعضها توقع والعقد مستمر ولا يكون من آثارها إنهاء كالجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة، والبعض الآخر من الجزاءات تنتهي بها الرابطة العقدية، وهي الجزاءات الفاسخة⁴.

تأخذ الجزاءات صوراً مختلفة؛ فقد تكون جزاءات مالية وقد تكون غير مالية؛ في صورة جزاءات ضاغطة، أو جزاءات فاسخة؛

¹ توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة عليها، مرجع سابق، ص 121 و122.

² بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 192. راجع أيضاً، بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 31. توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 60.

³ بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 32.

⁴ المرجع نفسه، ص 43.

أولاً: الجزاءات المالية

يخول المنظم للإدارة سلطة ممارسة جزاءات مالية تجاه المتعاقد معها ضماناً لحسن سير المرفق العام¹. وتعتبر المادتين 95 و147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجعية قانونية للجزاءات المالية².

1- تعريف الجزاءات المالية

الجزاءات المالية هي المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالإلتزامات التعاقدية، وهي نوعان؛ منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد، ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر يلحق الإدارة، وهذه الجزاءات بنوعها تختلف إختلافاً بيناً عن نظائرها في القانون المدني³. ففي حالة إخلال المتعاقد بأحد إلتزاماته في القانون المدني، فالجزاء المالي يكون على شكل تعويض عن خسارته وما فاتته من ربح، أما في حالة إخلاله بتنفيذ أحد الشروط في العقود الإدارية، فإنّ الجزاء الذي يفرض على المتعاقد مع الإدارة يكون؛ إمّا على شكل تعويض عن الضرر الذي أصاب الإدارة نتيجة صدور خطأ منه، أو على شكل غرامة تأخيرية أو مصادرة التأمين دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ودون أن تحتاج الإدارة إلى إثبات الضرر الذي لحق بها، وهذه الجزاءات تفرضها مباشرة ومن تلقاء نفسها⁴.

تتمثل الجزاءات المالية في المبالغ المالية المحددة بصفة قبلية في دفتر شروط الصفقة، والتي تأخذها الإدارة من المتعاقد كجزاء لإخلاله ببند الصفقة، ونظراً لخطورة هذه الجزاءات فإنه يشترط لتطبيقها؛ إرتكاب المتعاقد لخطأ، وإعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الجزاء⁵.

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 21.

² تنص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "يجب أن تشير كلّ صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإغفاء منها...".

تنص المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة وتنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

³ راجع كلّ من؛ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 487. أيضاً، توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 60. فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 111. بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 45.

⁴ فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 111 و112.

⁵ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة فقهية مقارنة)...، مرجع سابق، ص 193.

2- أنواع الجزاءات المالية

أقر المنظم الجزائري للمصلحة المتعاقدة من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سلطة توقيع جزاءات مالية على المتعامل المتعاقد المقصر، قد تكون في شكل تعويض أو في صورة غرامات تأخير، بالإضافة إلى مصادرة كفالة الضمان في حالة التنفيذ غير المطابق للصفقة أو عند عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية في الآجال المقررة، على أن تنفذ هذه الجزاءات المالية بطرق الوفاء الإلكتروني.

أ- **التعويض:** القاعدة العامة أنّ كلّ خطأ يسبب ضرراً للغير يفرض على من إرتكبه دفع التعويض لمن لحقه الضرر، سواء كان ذلك الخطأ إخلالاً بالإلتزام عقدي أم قانوني¹. وتعتبر المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247، الأساس القانوني للتعويض كجزء توقعه المصلحة المتعاقدة، حيث نصت على أنّه: "لا يمكن الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة".

أ-1- **تعريف التعويض:** يتجلى التعويض في المبلغ المالي الذي يحق للإدارة الحصول عليه من المتعاقد معها جبراً للضرر الذي لحق بها نتيجة إخلاله بالإلتزامات التعاقدية²، ويعتبر التعويض مبلغاً من المال يدفعه من أخل بالإلتزام تعاقدي (أو قانوني) مقابل الضرر الذي أحدثه بسبب ذلك الإخلال³، فهو الجزاء الأصيل للإخلال بالإلتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال، والنظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، وفي إشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات، بإعتبار أنّ التعويض، بعكس الغرامات المالية، لا يحكم به القاضي إلاّ إذا أثبت الضرر، كما هو الشأن في القانون الخاص. كما أنّ التعويض يقدر وفقاً لجسامة الضرر الذي تتحمله الإدارة، مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكلّ من الطرفين وفقاً للقواعد المدنية أيضاً⁴.

أ-2- **تقدير التعويض:** يجب أن يكون التعويض مقابل جميع ما أصاب الشخص من أضرار أي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، وتقدير التعويض حسب مقدار الضرر لا مع جسامة الخطأ ويرجع

¹ توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 62.

² بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 45.

³ فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 115.

⁴ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 488.

السبب في ذلك أنّ التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية يقدر على أساس الخطأ والضرر والعلاقة السببية، أما في نطاق المسؤولية العقدية، فإنّه يقدر على أساس الضرر والقاضي يتولى تحديد مقدار التعويض ويكون في هذه الحالة مقيداً بالألّا يتجاوز ما طلبه المضرور إستناداً إلى المبدأ القائل أنّ القاضي لا يجوز أن يحكم إلاّ في حدود طلبات المدعي بحيث لا يكون التعويض إلاّ مقابل الضرر الفعلي وفي حالة وجود نظام قانوني خاص يختص بتقدير التعويض، يقيّد القاضي في هذه الحالة بأنّ الخاص يقيّد العام، ويتقيّد القاضي أخيراً بالظروف والملابسات التي تحيط صاحب الفعل الضار كما في حالة إلغاء القرار الإداري لسبب بسيط في الشكل أو لمجرد عيب بسيط في الشكل¹.

يملك القاضي سلطة تقدير التعويض بإعتباره يحدد مقداره وشكله، غير أن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص؛ هل تقدير التعويض يكون وقت حدوث الضرر، أم على أساس الحكم في الدعوى؟

ب- الغرامة التأخيرية: تتمثل الغرامة التأخيرية في مبالغ إجمالية، تقدرها الإدارة مقدماً، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالإلتزام معيّن، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد إداري².

ب-1- تعريف الغرامة التأخيرية: الغرامة التأخيرية أو غرامة الإخلال؛ هي الغرامة التي توقع على المتعامل المتعاقد في حال تأخره عن التنفيذ في الأجل المتفق عليه في الصفقة المبرمة³، أو في حالة التنفيذ غير المطابق لها. فهي عبارة عن مبالغ ينص عليها في العقد، بحيث تقوم الإدارة بتحصيلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالإلتزامات التعاقدية...، وتسمى هذه الغرامات بالتأخيرية، لأنّ الإدارة تلجأ إليها عندما يتأخر المتعاقد في التنفيذ، ويرجع ذلك إلى أنّ الإدارة هي التي تحدّد المواعيد الخاصة لتنفيذ العقد، وكذلك تقدر حاجة المرفق، وبالتالي تضطر الإدارة إلى فرضها على المتعاقد لحثه على تنفيذ إلتزاماته في مواعيدها المحددة⁴. ولا يمكن رفع الغرامة إلى مبلغ أعلى من القيمة المذكورة في العقد، حتى ولو كانت

¹ رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2010، 253 و254.

² سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 490. أيضاً، توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 61.

³ راجع، عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 98.

⁴ فارس علي جانكبير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 114. في نفس المعنى، رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 43.

قيمة الضرر تزيد عن المبلغ المحدد في العقد، فالإدارة تلتزم بما هو محدد في العقد، بحيث لا تستطيع زيادته¹. وهناك من يرى أن الغرامة التأخيرية عبارة عن تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ إلتزاماته، ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر². وتوقع الإدارة غرامة التأخير بنفسها دون إنتظار حكم قضائي والحصول منه على سند تنفيذي، لأنّ غرامة التأخير توقعها جهة الإدارة بقرار إداري...، وسلطة الإدارة في تقرير حقوقها قبل الأفراد بمقتضى قرارات إدارية تصدرها وتنفذها بإرادتها وحدها دون حاجة لتدخل القضاء يعبر عنه بعض الفقهاء بامتياز التنفيذ³.

تستمد الغرامة المالية كعقوبة تسلط على المتعامل المتعاقد من جانب الإدارة المعنية وجودها القانوني والرسمي من المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية، وكذا من العقد ذاته أو الصفقة إعتباراً أنّ هذه الأخيرة تضمنت بياناً إلتزامياً بعنوان العقوبات المالية، واحتوى على تفصيل بصدد ممارسة هذه السلطة وكيفياتها وإجراءاتها⁴.

ب-2- حالات وأسباب توقيع الغرامة التأخيرية: خول المنظم الجزائري للمصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاءات مالية في صورة غرامة تأخيرية، في حالات معينة تستفاد من نص المادة 147 من القانون رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية؛

• حالة عدم تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه: يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة فرض عقوبات مالية⁵.

يعد هذا المظهر من مظاهر إخلال المتعاقد بمدد التنفيذ الأكثر شيوعاً من الناحية العملية، فقد يتأخر المتعاقد عن إكمال تنفيذ العقد في المدة المحددة في العقد، وبذلك، يتخلف عن تسليم الأشغال أو توريد كامل اللوازم في الميعاد المحدد⁶.

¹ فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 116. أيضاً، بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 43. وأيضاً Jacqueline Morande-Deviller : Cour de droit administratif des Biens, Montchrestien, Paris 1999.

² علي خطار شنتاوي: "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها"، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الرابعة والعشرين، مارس 2000، الكويت، ص 69 و70.

³ نصر الدين محمد بشير : غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2007، ص 47.

⁴ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 22.

⁵ الفقرة الأولى من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁶ علي خطار شنتاوي: "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها"، مرجع سابق، ص 92.

يستفاد من المادة 147 المذكورة أعلاه أنّ المنظم أولى لعنصر الزمن المحدد لتنفيذ الصفقة أهمية كبيرة، باعتبار أن آجال تنفيذ الصفقة أحد عوامل وعناصر التقييم من قبل لجنة فتح الأظرفة والتقييم. وهو بمثابة بيان إلزامي في الصفقة، وأولاه المشرع أهمية خاصة حين إبرام الملحق، فلا يمكن من حيث الأصل التغافل أو السكوت من جانب الإدارة على متعامل أخل بآجال التنفيذ. ومن هذا المنطلق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيود الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد. خاصة وأنّ هذه المدة هي من إقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة، حينما أقبل على إيداع ملف طلب العروض وتعهد باحترام المدة المتفق عليها¹.

• **حالة التنفيذ غير المطابق:** يمكن أن ينجر عن التنفيذ غير المطابق للإلتزامات التعاقدية فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به²، ويفترض في هذه الحالة أنّ المتعاقد مع الإدارة أخل بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ، فخرج عن الإلتزامات التي تعهد بها. فالوضع الطبيعي أيضاً في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي. وتأسيساً على ما تقدم فإنّ سلطة توقيع الجزاء المالي في شكل غرامة تستمد وجودها القانوني من الأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بموجب المادتين 95 و147³، ولها أساس عقدي يستمد قوته من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية، ذلك أنّ المادة 2/147 من نفس القانون، ورد فيها أنّ نسبة الجزاء المالي أو العقوبات المالية تحدد في الصفقة، وهذا ما أكدته المادة 62 من المرسوم التي أوجبت ذكر نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة، ومنها صار المتعاقد على علم بمجرد توقيع الصفقة أنّ الإدارة المتعاقدة قد تمارس تجاهه جملة من إمتيازات السلطة المتعاقدة فتفرض عليه مبالغ مالية ونسب محددة في الصفقة وقبل ذلك في دفتر الشروط⁴.

ب-3- حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية: يعتبر التأخير في تنفيذ المتعاقد لإلتزامه التعاقدية هو السبب الأساسي لفرض غرامات تأخير بحقه، فالأصل أنّ عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته أو التأخير أو التباطؤ في تنفيذها يعدّ خطأً جسيماً موجب لمسؤولية المتعاقد، ويبرر بالتالي فرض جزاء قاسٍ بحقه، لهذا يتم تقدير

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 24.

² راجع الفقرة الأولى من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ راجع المادتين 95 و147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁴ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 25.

خطأ المتعاقد مع الإدارة بصورة صارمة بالنظر لما يتركه هذا الإخلال من آثار جسيمة على حسن سير المرافق العامة وإنتظامها في تقديم الخدمات المنوطة بها لجمهور المنتفعين¹.

تنص الفقرتين 5 و6 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية² على أنه: "...يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو بإستئانها.

وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الأجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف وإستئان الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة...".

يستفاد من نص المادة أعلاه أنه ليس للمتعامل المتعاقد أن يتلمص من الغرامة التأخيرية، إلا إذا إستبان أنّ تأخره مرده إجراءات باشرتها المصلحة المتعاقدة أو بسبب قوة القاهرة حالت وبشكل مطلق دون أداءه للإلتزاماته في الأجال المحددة.

• **حالة التأخر لإجراءات باشرتها المصلحة المتعاقدة (فعل الأمير):** إذا كان المتعاقد ملزماً بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية في المدد المتفق عليها، فلا يعفيه من مسؤولية التأخير إلا إذا كان ذلك عائداً لأسباب خارجة عن إرادته، لهذا قد يعفى فعل أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر من تنفيذ إلتزاماته التعاقدية إذا أدى هذا الفعل إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وبناءً عليه، يعفى المتعاقد من غرامات التأخير إذا كان تنفيذ العقد عائداً لفعل الإدارة، ويستوي أن يشكل فعل الإدارة خطأً من جانبها أو إهمالها أو تقصير منها، أو كان إستعمالاً لحق من حقوقها كإجراء تعديل في طبيعة العمل أو في كميته، حيث لا يجوز فرض غرامة تأخير بحق المتعاقد إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي التي تسببت في تخلف المتعاقد معها عن تنفيذ إلتزامه التعاقدية³.

• **حالة القوة القاهرة:** جعل المشرع الجزائري القوة القاهرة هي الحالة الوحيدة التي يمكن للمتعاقد التمسك بها لإعفاءه من غرامة التأخير، وهذا خطأ يجب تداركه، بإعتبار أنّ هناك أسباب خارجة عن إرادة المتعاقد تعرقل تنفيذه للعقد منها الظروف الطارئة والصعوبات المادية.

¹ علي خطار شنتاوي: "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها"، مرجع سابق، ص 101.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ علي خطار شنتاوي: "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها"، مرجع سابق، ص 108 109.

ت- مصادرة الضمان (التأمين - الكفالة): تعتبر مصادرة الضمان أحد الجزاءات ذات الطابع المالي، توقعها الإدارة أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية في الآجال المتفق عليها، وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في الصفقة¹.

ت-1- تعريف التأمين: التأمين هو مبلغ من المال، يقوم المتعاقد مع الإدارة بإيداعه لدى الإدارة، أثناء تقديم عطاءه وقبل إبرام العقد، وهو ضمان لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري، ويضمن له ملائمة لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره². لكن السؤال الذي يطرح نفسه؛ يتجلى في الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين باعتباره جزء مالي، هل يعد من قبيل التعويض الإتفاقي؟

يتمثل الهدف من التأمين في ضمان الديون المختلفة التي يمكن أن تنتج عند تنفيذ العقد، من جراء إخلال المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، بمعنى أنه -التأمين- بمثابة تعويض للإدارة في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة في الوفاء بإلتزاماته التعاقدية، حتى وإن لم تصب الإدارة أية أضرار³.

ت-2- تعريف مصادرة التأمين: مصادرة التأمين عبارة عن شرط جزائي متفق عليه في العقد مقابل إخلال المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية، ويختلف عن التعويض الإتفاقي المنصوص عليه في القانون المدني، وذلك لأن الإدارة تستطيع فرضه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم من القضاء ودون إثبات الضرر من قبلها، وبذلك تشابه التعويض في نطاق العقود الإدارية، وكلّ منهما فكرة قائمة بذاتها وهذا السبب الذي دفع القضاء الإداري إلى إعطاء الحق للإدارة في جواز الجمع بينهما⁴، وتأسيساً على ما تقدم

¹ سبكي ربيعة: سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكر لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد معمر تيزي وزو، تاريخ المناقشة 13-05-2013، ص 107.

² فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 136. أيضاً، بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 50. رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 63. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 99. علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، (الجزء الأول)، مرجع سابق، ص 417.

³ فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 136 و137.

⁴ يذهب معظم الفقه والقضاء إلى جواز الجمع بين التعويض وجزاء مصادرة التأمين، وذلك لجبر الضرر الذي يلحق الإدارة، شرط ألا ينص العقد على خلاف ذلك، وسبب ذلك هو أنه قد لا يمثل مبلغ التأمين الحد الأقصى من التعويض، بل قد يمثل الحد الأدنى للتعويض. فمصادرة التأمين عبارة عن جزاء يحمل في طياته إتفاقاً سابقاً على التعويض، وإذا كان للإدارة حق توقيع جزاء التعويض المستحق عن الأضرار التي ترتبت على إخلال المتعاقد بإلتزاماته، فمما لا شك فيه إنّ للإدارة حق=

يتضح لنا بأن مصادرة التأمين يعدّ أحد الجزاءات المالية التي تملكها الإدارة تجاه المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد، ولا يعدّ تعويضاً¹.

يتمثل جزاء مصادرة الضمان في حجز وإستحواذ المصلحة المتعاقدة على التأمينات التي يقدمها المتعامل المتعاقد جراء إختلاله بالإلتزاماته، تملك توقيعه بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى صدور حكم قضائي، ودون إشتراط تحقق ضرر ما².

ت-3- أنواع التأمينات محل المصادرة: تتجلى أنواع الكفالات أو الضمانات التي يمكن أن تكون محلاً للمصادرة في:

*** كفالة حسن التنفيذ:** كفالة حسن التنفيذ هي ضمان نقدي تغطيه كفالة تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو من صندوق ضمان الصفقات العمومية متى تعلق الأمر بمؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، فيما تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى لو تعلق الأمر بمتعامل أجنبي³.

=مصادرة التأمين، أي إقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر سواء نص أو لم ينص في شروط الصفقة على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لإشتراط إيداع التأمين مع العرض، فالتأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة إقتضائه ولا يقبل من المتعاقد أو الناقل أن يثبت أنّ الضرر يقل عن مبلغ التعويض، إلا أنه يقيناً لا يمثل الحد الأقصى، فإذا كانت قيمة التأمين قد جبرت الضرر كلّه فإنّه لا يحق للإدارة مطالبة المتعاقد بالتعويض ما لم يتفق على غير ذلك، أما إذا كانت قيمة التأمين لا تفي وحدها بجبر الضرر، فإنّه يتعيّن على الإدارة إذا رأت أن ترجع على المتعاقد المقصر بتعويض يجاوز مبلغ التأمين، على أن تثبت وقوع ضرر لها من جراء تقصير المتعاقد يفوق في مقداره قيمة التأمين المودع، ومن ثمّ فإنّه يتعيّن في حساب التعويض المستحق مراعاة التأمين منه، وبناء عليه، فإنّه يجوز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين عند فسخ العقد، ولكن بشرط تجاوز الضرر قيمة التأمين أولاً وعدم وجود حظر لهذا الجمع في القانون أو في العقد الإداري ثانياً، لأنّ أساس ذلك إحتلاف التعويض عن مصادرة التأمين في الطبيعة والسبب والعاية إذ أنّ التعويض مرده القواعد العامة في العقود المدنية والإدارية على السواء جبراً لضرر تعاقدي، أما مصادرة التأمين فهو جزاء مالي للإدارة توقعه في العقود الإدارية وحدها. راجع كلّ من؛ فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 140. هاتف كاظم جاسم الموسوي: حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2009، ص 268 و269.

¹ رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 66 و67.

² سبكي ربيعة: سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 107.

³ المادة 110 و130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

عرف المنظم الجزائري كفالة حسن التنفيذ بموجب المادة 128 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي نصت على أنه: "الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ 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". هذا وقد نصت المادة 7 من دفتر الشروط العامة لسنة 1964¹، على كفالة حسن التنفيذ بنصها: "يلزم المقاول بتقديم الضمان إذا نص عليه في دفتر الشروط الخصوصية...، - وهو يكفل حسن تنفيذ الصفقة وتحصيل المبالغ الناشئة عنها والتي يعتبر ملتزم الصفقة مديناً بها...".

تسمى كفالة حسن التنفيذ كذلك بالتأمين النهائي الذي يتم دفعه على من يرسو عليه العطاء، لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته طبقاً لشروط العقد ومعرفة ملائمة المتعاقد مع الإدارة إزاء المسؤوليات التي تواجهه عند قيامه بتنفيذ العقد². فالتأمين النهائي هو ضمان للإدارة تجاه المتعاقد في تنفيذ ما إلتزم به في العقد الإداري، وهذا النوع يعتبر نهائي، لأن المتعاقد يلزم بتقديمها بعد إحالة الصفقة عليه بصورة قطعية ضماناً لحسن التنفيذ³. حيث يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم، حسب نفس الشروط، كفالة حسن تنفيذ الصفقة⁴، وهي بمثابة مبلغ من المال يقدمه صاحب العطاء المقبول خلال مدة معينة تبدأ من يوم إخباره بقبول عطائه، ويقدر بنسبة معينة من مجموع قيمة الأصناف، والأعمال، وذلك لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته طبقاً لشروط العقد ومواعيده⁵.

خُول للمصلحة المتعاقدة إمكانية الإعفاء من كفالة حسن التنفيذ في مواضع وحالات عدّة؛ نذكر الحالة التي تتماشى وموضوع دراستنا المتمثل في التعاقد الإلكتروني للصفقة العمومية، وهي؛

¹ قرار مؤرخ في 16 رجب 1348، الموافق ل 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط العامة...، مرجع سابق.

² فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 137. أيضاً، علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، (الجزء الأول)، مرجع سابق، ص 420.

³ رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 63.

⁴ المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁵ سعيد عبد الرزاق باخبيبره: سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام (دراسة مقارنة)، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون (الجزائر)، السنة الجامعية 2007-2008، ص 22.

- الخدمات المتعلقة بالبيث المباشر عبر الساتل، وتبادل البرامج بواسطته، وخدمات التحيين المتعلقة بالتراخيص المضادة لفيروس الإعلام الآلي، وصفقات تجديد الإشتراك السنوي في نظام التدقق العالي للإنترنت¹.

يحق قانوناً للمصلحة المتعاقدة مصادرة كفالة حسن التنفيذ المسلمة لها عند إبرام العقد متى أخل المتعامل بالتنفيذ². ولا يمكن إسترجاع كفالة حسن التنفيذ إذا كان الفسخ على مسؤولية المتعاقد هذا ما قضى به مجلس الدولة في قرار صادر سنة 2016، بين (مؤسسة ن، ش، ت، للأشغال العمومية والبناء، ضد الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الإجتماعية ومن معه)³.

- **كفالة رد التسبيقات:** كفالة رد التسبيقات عبارة عن كفالة مصرفية بقيمة معادلة لمبلغ التسبيقات⁴. فهي بمثابة عقد يلتزم بمقتضاه البنك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بإرجاع المبالغ المدفوعة في شكل تسبيق (جزافي أو على التموين) من طرف المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد إماً قبل تنفيذ الصفقة، أو بعد الشروع في تنفيذها⁵، والتسبيقات هي الدفعات المالية التي تصرفها المصلحة المتعاقدة

¹ المادة 2 من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 29 نوفمبر 2014، المحدد لقائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ، ج ر عدد 05، الصادر بتاريخ ديسمبر 2015.

² ربط المنظم رد الكفالة بالتسليم النهائي للصفقة، وهذا لن يتأتى ما لم ينفذ المتعامل إلتزاماته التعاقدية. وبمفهوم المخالفة لنص المادة، فإنّ للمصلحة المتعاقدة حق مصادرة كفالة التنفيذ للإخلال بالإلتزام التعاقدية. تنص المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "تسترجع كفالة الضمان المذكورة في المادة 131، وإقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين 132 و133، كلياً، في مدة شهر واحد، إبتداءً من تاريخ التسليم النهائي للصفقة".

³ قضى مجلس الدولة فصلاً في الدعوى المرفوعة بين (م، ن، شركة تضامن للأشغال العمومية والبناء ممثلة من طرف مديرها. ضد الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الإجتماعية ومن معه وبحضور المدير الجهوي للصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الإجتماعية بالبلدية ممثلاً للوحدة الجهوية بالبلدية)، في جلسة علنية منعقدة بتاريخ، 13 جويلية 2016، من حيث الشكل: بقبول الإستئناف، ومن حيث الموضوع: تأييد الحكم المستأنف فيما قضى بقيمة الأشغال وإضافة له برفع اليد عن كفالة الضمان المودعة بالبنك عن المبلغ الباقي من كفالة الضمان عن التسبيق الجزافي المودعة لدى بنك التنمية المحلية وكالة الصنوبر البحري رقم 110 والمقدر ب 4.165.887.60 دج. وتحميل المستأنف المصاريف القضائية.

قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 13-07-2016، رقم الملف 097400، رقم الفهرس 00912/16. (غير منشور).

⁴ المادة 110 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

⁵ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 423.

للمتعاقدين معها مساعدة له للتخفيف من الأعباء المالية للعقد¹. فلا يتصور أن تدفع الإدارة مبلغ التسبيقات دون أن يقدم المتعامل المتعاقد معها ضمانات تتيح له قبض التسبيقات².

• **كفالة الضمان:** تعتبر مصادرة كفالة الضمان أحد الجزاءات المالية التي تملكها الإدارة تجاه المتعاقد المقصر في التنفيذ، ولا تعد تعويضاً لأن الإدارة تملك توقيعها دون اللجوء إلى القضاء³. فعندما تنص الصفقة على أجل الضمان تتحول كفالة التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان⁴، وتسترجع كفالة الضمان واقتطاعات الضمان في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة⁵، وتؤسس كفالة الضمان لمواجهة العيوب الخفية التي قد تظهر بعد تسليم الصفقة تسليمياً مؤقتاً، وبداية تجريب وإستغلال المرفق الذي تم إنشاءه، وهي من الكفالات ذات الأهمية القصوى لأنّ بعض العيوب لا يمكن إكتشافها إلاّ بعد التجريب، أو بمرور مدة زمنية معينة، كما أنّها من الكفالات التي تغطي سلطة الإدارة في الرقابة أثناء تنفيذ الصفقة والتي تكون عاجزة عن اكتشاف هذه العيوب، إمّا لإهمالها أو لعجزها التقني والتكنولوجي.

يعتبر مجلس الدول الجزائري رد كفالة الضمان متوقف على حصول التسليم النهائي، فلا مجال للمطالبة بردها إذا لم يحصل التسليم النهائي حيث جاء في قراره الصادر في 04-04-2019⁶: "... حيث أن الصفقة فسخت وأنّ الأشغال لم تنتهي ولم تسلم لا مؤقتاً ولا نهائياً وأنّ الكفالة تضمن حسن تنفيذ الصفقة و تتحول إلى كفالة ضمان عند التسليم المؤقت وهي شروط غير متوفرة في ملف الدعوى وبالتالي فإنّ طلب الشركة الزامي إلى إستردادها طلب غير مؤسس قانوناً فيتعين رفضه...".

¹ شريفي الشريف: النظام المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014، ص 222.

² بن زمام عبد الغني: تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص 31.

³ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratif, T 2, paris, 1956, p 13.

⁴ أنظر المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁵ وفقاً للمادة 134 من نفس المرسوم.

⁶ قرار مجلس الدولة رقم 19/06299 مؤرخ في 04/04/2019، قضية (ش ذ م م ديكوبات) ضد وكالة التسيير والتنظيم العقاري والحضري معسكر (قرار غير منشور).

ثانياً: الجزاءات غير المالية

تتمثل الجزاءات غير المالية في الجزاءات الضاغطة والفاسخة؛

1- الجزاءات الضاغطة

تكمن الجزاءات الضاغطة فيما تملكه الإدارة من وسائل ضغط لقهْر إرادة المتعاقد معها، بقصد دفعه للوفاء بإلتزامه التعاقدى الممتع عنه أو إجباره على أداءه على النحو المنصوص عليه في العقد إذا ما قصر في ذلك¹. ولتوضيح الجزاءات الضاغطة يجب تعريفها وبيان شروطها وكذا مظاهرها؛

أ- **تعريف الجزاءات الضاغطة:** تعتبر الجزاءات الضاغطة أو التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر؛ إجراء أو جزاء مؤقت تتخذه الإدارة كوسيلة ضغط ضد المتعاقد معها، في حالة إخلاله بتنفيذ إلتزاماته، لإرغامه وإجباره على الوفاء بإلتزاماته في المواعيد المتفق عليها، وذلك عن طريق حلول الإدارة محل المتعاقد المقصر، أو تعهد به إلى غيره من أجل ضمان تنفيذ العقد الإداري، ومن أجل تحقيق السير المنتظم والمستمر للمرفق العام، فهذه الوسائل الضاغطة أو الإكراهية التي تمتلكها الإدارة هي لدفع المتعاقد على الوفاء بتنفيذ إلتزاماته، وكذلك تقصد منها الإدارة قهر إرادة المتعاقد معها، وإجباره على أداء إلتزاماته في حالة تقصيره في ذلك².

ب- **شروط توقيع الجزاءات الضاغطة:** تملك الإدارة الحق في توقيع الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها، وتنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته بنفسها ودون حاجة للجوء إلى القضاء مقدماً، سواء نص العقد على هذا العقد أم لم ينص عليه. إلا أنّ ممارسة الإدارة لحقها في توقيع هذه الجزاءات يتطلب توافر شرطين أساسيين: يتعلق الأول بإرتكاب المتعاقد خطأ يبرر تنفيذ العقد على حسابه، ويرتبط الثاني بضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه.

ب-1- **وقوع خطأ من المتعاقد:** من المسلم فقهاً وقضاً أنّ تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر يفترض خطأ المتعاقد في تنفيذ شروط العقد المبرم مع الإدارة. ويعرف الخطأ العقدي بأنه عدم قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية أيّاً كان السبب في ذلك، ويستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 87.

² فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 168 و169. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 502. أيضاً، توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 63.

عمده أو إهماله أو دونهما، وإذا كان للإدارة الحق في أن تفرض بعض أنواع الجزاءات بمجرد توفر الخطأ العقدي، فإنها عند توقيعها للجزاءات الضاغطة يستلزم أن يكون الخطأ الواقع من المتعاقد معها خطأً من شأنه أن يؤثر على حسن سير المرفق العام¹.

ب-2- **إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه**: يتعين على الإدارة إعذار المتعاقد، وذلك حتى ولو لم ينص عليه العقد، كي يستطيع المتعاقد تدارك خطئه، قبل فرض الجزاء عليه، فالإعذار لا بد أن يسبق إتخاذ أي إجراء ضاغط، ولا يوجد ما يبزر إستبعاده²، ويقصد بالإعذار طبقاً للقواعد العامة إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ إلتزاماته إثباتاً قانونياً، وتبنيه إلى أنه متأخر في التنفيذ تأخراً يرتب عليه القانون بعض الآثار، وإعذار المتعاقد مع الإدارة هو وضعه في مركز المتأخر في تنفيذ الإلتزام إذا لم يوف به خلال المدة المحددة بالإعذار. وهذا الأخير يعتبر شرطاً أساسياً لصحة الجزاء الذي توقعه الإدارة على المتعاقد المقصر في حالة التنفيذ على حسابه وأمر منطقي تقتضيه قواعد العدالة، ويعدّ ضماناً من ضمانات المتعاقد لحماية حقوقه من تجاوز الإدارة في إستعمالها لسلطتها في توقيع الجزاءات³.

نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 على وجوب توجيه المصلحة المتعاقدة إعذاراً للمتعاقد ليفي بإلتزاماته⁴، لكن هناك حالات يمكن فيها أن تعفى الإدارة من الإعذار. فإذا كان إعذار المتعاقد المقصر مسبقاً قبل فرض الجزاء عليه يمثل القاعدة العامة في نطاق الفقه والقضاء الإداري في فرنسا، فإنّ مجلس الدولة الفرنسي يضع بعض الإستثناءات على تلك القاعدة وبالتالي تعفى الإدارة من توجيه هذا الإعذار في عدة حالات منها: الإلتفاق على الإعفاء من الإعذار والإعفاء بسبب طبيعة العقد

¹ بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 97 و98.

² فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ للمعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 196 و197.

³ بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 115. أيضاً، سعيد عبد الرزاق باخبيبره: سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 80.

⁴ تنص المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذاراً ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإنّ المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة.

يحدّد الوزير المكلف بالمالية، بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية".

والظروف المحيطة به، بالإضافة إلى الإعفاء بسبب عدم الجدوى والفائدة من الإعذار الإتفاق كأساس للإعفاء من الإعذار¹.

ت- صور الجزاءات الضاغطة: تعرف الصفقة العمومية الإلكترونية صورتين للجزاءات الضاغطة؛ سحب العمل في عقد المقاولات أو الأشغال العامة، والشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد².

ت-1- سحب العمل من المقاول في صفقة إنجاز الأشغال العمومية: يقصد بجزء سحب العمل؛ إحلال الإدارة محل المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد، أو أن تعهد به إلى متعاقد آخر على حساب المتعاقد المقصر ومسؤوليته، مما يعني توقف المقاول عن العمل الموكل به - حسب شروط العقد- وقيام الإدارة بتنفيذ العمل بنفسها أو عن طريق متعاقد آخر وعلى حساب ومسؤولية المتعاقد الأول. فتخلف المقاول عن تنفيذ إلتزاماته، يعطي الإدارة الحق في سحب العمل منه، ووضعه تحت إدارتها المباشرة، وتنفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته، لضمان تنفيذ العمل ولحرص الإدارة على إستمرار وانتظام سير المرفق العام. هذا وتلجأ الإدارة إلى التنفيذ بصورة مباشرة بنفسها وبأموالها في حالات الضرورة والإستعجال وفي وقت يصعب البحث عن متعامل آخر يوكل إليه تنفيذ الأشغال العامة على حساب المتعاقد الأول³.

لاحظنا أن تنظيم الصفقات العمومية لم يتناول جزء سحب العمل من المقاول، بل نصت عليه المادة 35 من دفاतर الشروط الإدارية العامة⁴: "إذا لم ينفذ المقاول ما تم الإتفاق على إنجازها فإن للمهندس الرئيسي بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر الذي يجوز أن يكون جزئيا هذا الوزير يمكنه تبعا للظروف المتخلف دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول".

¹ للتفصيل أكثر في الموضوع راجع، بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 123 وما يليها.

² رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 69.

³ فارس علي جانكير: سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 169 و170.

⁴ قرار مؤرخ في 16 رجب 1348، الموافق ل 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط العامة...، مرجع سابق.

ت-2- التوريد على حساب المتعامل المتعاقد في صفقة التوريد: يعدّ الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المورد إذا أخل بالإلتزامات التعاقدية، فهو حق للإدارة لها ممارسته وإن لم ينص عليه العقد¹. حيث يجوز للإدارة في حالة تخلف المتعاقد معها عن توريد الأصناف المتفق عليها أن تقوم بهذا الإجراء على حسابه ومسؤوليته، ولكن بشرط أن يتم التوريد بالشروط والمواصفات نفسها المعلن عنها والمتفق عليها في العقد². رغم أنّ جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد لم يرد لها أحكاماً قانونية خاصة، لاسيما المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

2- الجزاءات الفاسخة (الفسخ الجزائي)

يستهدف الفسخ إنهاء الرابطة العقدية، وبالتالي فإنّه يفترض أنّ المتعاقد ارتكب خطأ جسيماً³، ولا تلجأ الإدارة إلى هذا الجزاء إلاّ مضطرة، وإذا وجدت أنّه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد⁴. ففسخ الإدارة للتعاقد يعني إنهاؤها للرابطة التعاقدية نهاية مبسرة وقبل إنهاء المتعاقد معها من تنفيذ إلتزامه التعاقدية⁵.

¹ بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 183 أيضاً، فارس علي جانكير: سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 192.

² رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 83 و84. أيضاً، سعيد عبد الرزاق باخبيهر: سلطات الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، ص 262.

³ نظراً لعدم وجود تعريف جامع مانع للخطأ الجسيم، فإنّ للإدارة تحسباً لما تتمتع به من سلطة تقديرية في توقيع الجزاء على المتعاقد معها، فإنّها هي التي تحدّد درجة جسامته الخطأ الذي يرتكبه المتعاقد معها، فإذا قدرت أنّ خطأ المتعاقد كان على درجة من الجسامه فلها أن توقع الجزاء عليه وتنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته على أنّ هذا التقدير يخضع لرقابة القضاء، فيستطيع القاضي تقدير جسامه المخالفات أو الأخطاء التي إستندت إليها الإدارة لتوقيع الجزاء على المتعاقد، فإذا لم يكن ثمة خطأ من جانب المتعاقد أو لم يكن خطأ جسيماً وإنّما يعدّ من الأخطاء الطفيفة أو ذات الأهمية الثانوية، فإنّه يمكن أن يحكم بمسؤولية الإدارة التعاقدية عن توقيع الجزاء الذي ليس له ما يبرره، كما أنّه بإمكان المتعاقد مع الإدارة أن ينفي عنه مسؤولية الخطأ الجسيم وذلك بإثبات السبب الأجنبي، المتمثل في القوة القاهرة والحادث المفاجئ وفعل الغير وفعل الإدارة. راجع، بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 103.

⁴ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 522. أيضاً، توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 63. بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 53. أيضاً، صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 191.

⁵ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، مرجع سابق، ص 104.

تملك الإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة، حتى ولو لم ينص العقد على هذا الحق، ودون حاجة إلى إنتظار موافقة القضاء على إيقاعه، ورقابة القضاء على مشروعية قرار الفسخ وملائمة لخطأ المتعاقد، تتصرف إلى التعويض في حالة مخالفة القرار للمشروعية دون التعدي إلى قرار الإلغاء¹.

أ- **تعريف الفسخ الجزائي:** يعتبر فسخ العقد من جانب الإدارة من العلامات التي يتميز بها النظام القانوني للعقود الإدارية، حيث تلجأ الإدارة إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة، كما يعدّ هذا الإجراء من أشد وأخطر الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد، في حالة إخلاله بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية؛ بحيث لا يمكن توقيعه على المتعاقد إلاّ عند ارتكابه خطأ جسيماً، ففسخ العقد يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية كجزاء على إخلال المتعاقد بإلتزاماته، فهو يعتبر مظهراً من مظاهر سلطة الإدارة في العقود الإدارية، وهو أقسى جزاء تستطيع الإدارة فرضه على المتعاقد معها، لأنّه يؤدي إلى إنهاء العقد². فالفسخ في مجال تنفيذ الصفقة العمومية هو أشد جزاء الذي تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة، لحل الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها الذي أحل بإلتزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً وفادحاً، مما يستدعي إستبعاده نهائياً عن دائرة التنفيذ³.

نصت المادة 2/149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على سلطة الإدارة في توقيع الفسخ بسبب خطأ المتعاقد وإخلاله بإلتزامه التعاقدية، حيث جاء فيها: "وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدّده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإنّ المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

إتضح من المادة أنّ الفسخ كجزاء، قد يكون بسبب خطأ من المتعاقد، وقد علق حق ممارسة سلطة فسخ العقد في حالة الإخلال بالإلتزام على إجراء جوهري والمتمثل في وجوب الإعدار قبل الفسخ من جانبها.

ب- **شروط ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي:** نظراً لخطورة الفسخ الجزائي بإعتباره يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية بين طرفي الصفقة العمومية الإلكترونية، كان لابد من وضع شروط لإعماله والتي تتمثل في؛

¹ توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 64. أيضاً، عبد

العزیز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، مرجع سابق، ص 104.

² فارس علي جانكير: سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 223.

³ بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في

القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 117.

ب-1- مخالفة المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية بإرتكابه خطأ جسيماً: إنّ كلّ مخالفة من المتعاقد لإلتزاماته العقدية مع الإدارة تعدّ خطأً تعاقدياً، إلّا أنّه يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة والجسامّة؛ لكي يكون مبرراً تعتمد عليه الإدارة لتوقيع جزاء الفسخ، والخطأ الجسيم عبارة عن إخلال المتعاقد بإلتزامه التعاقدية، ومن ثمّ فإنّ جانباً من الفقه يرى بأنّ الأفعال الصادرة من المتعاقد مع الإدارة، والتي تبرر جزاء وضع الأعمال محل العقد تحت سيطرة الإدارة المباشرة تكون قابلة لتبرير جزاء الفسخ¹.

ب-2- إعدار الإدارة للمتعاقد بالفسخ الجزائي: الإعدار طبقاً للقواعد العامة، هو إثبات قانوني لحالة تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته، ويهدف في عقود الأشغال العامة مثلاً إلى إثبات عدم وفاء المقاول بإلتزاماته من الناحية القانونية، وهو أيضاً وضع المدين قانوناً في حالة التأخر في تنفيذ إلتزاماته، ونظراً لشدة جزاء الفسخ وما ينتج عنه من نتائج خطيرة، فإنّ مجلس الدولة الفرنسي قيّد جهة الإدارة بضرورة إعدار المتعاقد قبل إتخاذ قرار الفسخ، ومنح المتعاقد مع الإدارة مدّة إضافية تسمح له بتنفيذ إلتزاماته العقدية، إذن، هو إلتزام عام يقع على عاتق الإدارة، وإلّا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق بالإعدار معيماً من الناحية الإجرائية قابلاً للبطلان².

خول المنظم للإدارة سلطة الفسخ الإفرادي، لكنه علق ممارسة هذه السلطة على إجراء جوهري متمثلاً في الإعدار قبل الفسخ، ليكون هذا الأخير بمثابة حجّة للإدارة ضد المتعاقد معها وأنها لم تبادر إلى الفسخ إلّا بعد أن وجهت له الإنذار لتدارك الوضعية. غير أنّه متى ثبت أنّه لم يبالي بذلك جاز لها إتخاذ الجزاء اللازم المتمثل في سلطة الفسخ الإفرادي. ويكفل الإعدار حماية للمتعاقد المتعاقد. فلا فسخ دون إعدار، وأنّ هذا الأخير يعطي له الفرصة في تدارك الأمر، بما قد لا يؤدي إلى إستخدام الإدارة سلطة الفسخ، وأنها تكون في وضعية تعسف وخروج عن القانون إن هي بادرت إلى الفسخ دون إعدار³.

ب-3- إلتزام الإدارة بتسبب قرار الفسخ الجزائي: يراد بالتسبب إفصاح الإدارة عن الأسباب التي دعتها إلى إصدار القرار، أو هو قيام الإدارة ببيان السبب الذي حملت عليه قرارها، وإستندت إليه في إصداره، فهو بذلك يعني الإعلان عن الأسباب التي إستندت إليها الإدارة في إصدارها للقرار⁴.

¹ توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 80. راجع أيضاً، Rachid ZOUAIMIA, Marie Christine ROUAULT : Droit administratif, Edition BERTI, Alger 2009, p 191.

² توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 84.

³ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 208.

⁴ توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 85.

ت- سلطة الإدارة التقديرية في فسخ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية: تعتبر سلطة الإدارة في توقيع جزاء فسخ العقد كأصل عام سلطة تقديرية، حيث تضطلع بها في ضوء مقتضيات المصلحة العامة، ومع ذلك فقد يلزمها المنظم بتوقيع هذا الجزاء، فيكون توقيعه وجوباً تفقد الإدارة حياله كل سلطة لها في التقدير¹.

تختلف سلطة الإدارة في فسخ العقد كجزء عن حق الإدارة في إنهاء العقد بناء على سلطتها التقديرية (حيث أنّ الإدارة تملك هذا الحق إذا رأت أنّ هذا ما يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا طلب التعويضات إذا كان له وجه، أما سلطة الإدارة في فسخ العقد كجزء لا تلجأ إليه إلا إذا ثبت لها أنّ المتعاقد معها لا يستطيع الوفاء بالإلتزامه وفاء كاملاً فتضطر الإدارة إلى إنهاء العقد)، وتمارس الإدارة سلطتها في فسخ العقد مع المتعاقد معها وهذا أمر مسلم به حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه في العقد وقد تتولى دفاتر الشروط تنظيمها².

لذلك سنتطرق للفسخ الوجوبي وكذا الفسخ الجوازي:

ت-1- الفسخ الوجوبي للصفقة العمومية الإلكترونية: تعتبر سلطة الإدارة تقديرية في توقيع جزاء الفسخ مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة، غير أنّ التنظيم القانوني قد يلزمها بذلك، مما يجعل من الفسخ وجوبياً؛ وقد نص المنظم المصري صراحة في المادة 50 من القانون رقم 182 لسنة 2018³، على حالات الفسخ الوجوبي للعقد تلقائياً وشطب المتعاقد من سجل المتعاقدين. عكس المنظم الجزائري الذي نص عليه بموجب نصوص متفرقة.

• استعمال المتعاقد الغش وأساليب الفساد والإحتكار: يقتضي في هذه الحالة إتيان المتعاقد سلوكاً إيجابياً إتجهت إليه إرادته، يتمثل في الغش والتلاعب ويستوي في ذلك أن يقوم به بنفسه أو يدفع إليه غيره، يؤدي الغش والتلاعب بمفهومه السابق، إلى إقدام الإدارة على فسخ التعاقد إذا وقع في مرحلة لاحقة للتعاقد أي أثناء تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية حيث إقترن بهذا التنفيذ غش أو تلاعب⁴. ويبيّن الفقرة الأولى البند 1، من المادة 50 من قانون تنظيم التعاقدات العامة المصري على أنّه: "يجب فسخ العقد إذا

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 104.

² رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 98.

³ قانون رقم 182 لسنة 2018، المتضمن تنظيم قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، مرجع سابق.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 105.

تبيّن أنّ المتعاقد إستعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة في حصوله على العقد".

تبنى المنظم الجزائري الفسخ الجزائي الوجوبي في حالة التواطؤ والممارسات الإحتيالية بموجب نص المادة 1/89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية¹ والتي جاء فيها: "دون الإخلال بالمتابعة الجزائرية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إمّا لنفسه أو كيان آخر، مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سبباً كافياً لإتخاذ أي تدبير ردعي، لا سيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية". وبيّنت الفقرة الأولى البند 2 من المادة 50 من قانون تنظيم التعاقدات العامة المصري لسنة 2018، أنّه: "يجب فسخ العقد؛ في حالة وجود تواطؤ أو ممارسات إحتيال أو فساد أو إحتكار".

• فسخ العقد لإفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة: نصت المادة 2/37 -أ- من القرار الوزاري المؤرخ في 16 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفاتر الشروط الإدارية² بنصها: "يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض، في حالة إفلاس المقاول وبإستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاول وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة إستغلال مشغله.

ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا تسمح فيها للمقاول بمتابعة إستغلال مشغله". أمّا المنظم المصري فقد أدرج هذه الحالة بموجب الفقرة الأولى البند 3 من المادة 50 من قانون تنظيم التعاقدات العامة المصري على أنّه: "يجب فسخ العقد إذا أفلس المتعاقد أو أعسر".

تعتبر حالة الفسخ الوجوبي لإفلاس المتعاقد أو إعساره، حالة منطقية، بإعتبار عدم قدرة المتعاقد على تنفيذ العقد، والإستمرار معه من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² قرار وزاري مؤرخ في 16 رجب 1348، الموافق لـ 21 نوفمبر 1984، المتضمن المصادقة على دفاتر الشروط الإدارية...، مرجع سابق.

ت-2- الفسخ الجوازي للمتعاقد: تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية مفاده تحقيق المصلحة العامة، لذلك فإنه من البديهي إذا رأت المصلحة المتعاقدة إخلال المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته يجوز لها فسخ العقد. حيث يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد. إذا أخل بأي شرط جوهرى من شروطه. ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة¹.

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

يولد عقد الصفقات العمومية الإلكترونية إلتزامات عقدية متبادلة بين الإدارة والمتعامل المتعاقد، حيث يترتب على مخالفة الإدارة لواجباتها حق المتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتنفيذ إلتزاماتها أو التعويض، حيث يقع على الإدارة إلتزام بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه، مع مراعاة طبيعته، علماً بأن الإدارة لا تلتزم بتنفيذ بعض العقود مباشرة بعد التوقيع عليها، ولا يحق لها فسخ العقد بالتحل مما يفرضه عليها من إلتزامات، وإلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية، وأهم الإلتزامات التي تقع على عاتق الإدارة، هي دفع المقابل المالي وفقاً للإتفاق، ويتوجب هذا المقابل المستحق للمتعاقد مع الإدارة بحسب طبيعة العقد. بالإضافة إلى إعادة التوازن المالي للعقد إذا كان تنفيذه ممكناً.

غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه، أنه إذا كانت جهة الإدارة تتمتع بسلطة تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة، حيث تملك التحكم في بعض إلتزامات المتعاقد معها بالنقص أو الزيادة، فهل معنى ذلك أن عقد الصفقات العمومية الإلكترونية يلزم الأفراد ولا يلزم الإدارة؟ وهل للإدارة إلتزامات تعدّ حقوقاً للطرف المتعاقد؟

للإجابة على التساؤل المطروح سنتطرق لبيان حق المتعامل المتعاقد في أن تحترم جهة الإدارة إلتزاماتها الناشئة عن عقد الصفقات العمومية الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نبيّن حقه في إقتضاء المقابل المالي (الفرع الثاني)، لنصل في الأخير لبيان حقه في إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية الإلكترونية ومبدأ التعويض بلا خطأ (الفرع الثالث).

¹ المادة 51 من القانون رقم 182 لسنة 2018، المتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، مرجع سابق.

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في أن تحترم جهة الإدارة إلتزاماتها الناشئة عن عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

يتولد عن تعاقد المتعامل الإقتصادي مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية حق أصيل يتمثل في ضرورة إحترام الإدارة لإلتزاماتها التعاقدية الناشئة عن إبرام العقد، سواءً من خلال إلتزامها بشروط العقد، أو من خلال تنفيذ العقد، وكذا ضرورة إحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد.

أولاً: مدى إلتزام الإدارة بالشروط الواردة في العقد

رأينا سلفاً أنّ الإدارة تستطيع بإرادتها المنفردة أن تفرض على المتعاقد معها تعديل بعض شروط العقد، وأنّها تملك أن تتحكم في إلتزاماته التعاقدية -إلى حدّ ما- بالنقص أو الزيادة...، وإذا كان للإدارة حق التحرر من إلتزاماتها التعاقدية في بعض الحالات، فإنّ سلطة الإدارة في هذا الخصوص ليست سلطة مطلقة، تمارسها وفقاً لمحض إختيارها وترخيصها، فهي سلطة محدّدة لا تمارس إلاّ إذا توافرت شروط معيّنة، ويقصد تحقيق أهداف مخصصة¹.

ثانياً: إلتزام الإدارة بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة

يعدّ العمل على تنفيذ الصفقة أول إلتزام يقع على الإدارة بمجرد إبرامها من السلطة المختصة، مع مراعاة طبيعة الصفقة، وبالتالي لا يحق للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة لمجرد التحلل ممّا تفرضه عليها من إلتزامات، وإلاّ تعرضت للمسؤولية التعاقدية، وذلك مع مراعاة سلطتها في إنهاء الصفقة، إذا إقتضى الصالح العام ذلك. ولا يكفي أن تنفذ الإدارة الصفقة، وإنّما يتعيّن عليها كذلك إحترام كافة الشروط الواردة بها، ليس ما تعلق منها بالإلتزامات الأصلية فحسب، وإنّما كافة الإلتزامات².

ثالثاً: إلتزام الإدارة بإحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد

يعدّ العقد الإداري رابطة قانونية أساسها حسن النية، ومن مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد إحترام جهة الإدارة لكافة إلتزاماتها الناشئة عن العقد، وتنفيذها له بطريقة سليمة³. فيجب على الإدارة أن تنفذ

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 542.

² المرجع نفسه، ص 542 و543. أيضاً، صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 184 و185.

³ ANDRE De L'aubader : Les contrats administratifs, Tome 2, L G D J, Paris 1956, p 186. Cité par

إلتزاماتها العقدية بطريقة سليمة، وهذا لا يقتضي أن تلتزم الإعتبارات الفنية المسلم بها وفقاً لطبيعة العقد فحسب، ولكن يجب عليها أيضاً أن تحترم مقتضيات حسن النية¹.

تأكد مبدأ حسن النية في إبرام عقد الصفقة العمومية بموجب نص المادة 43 من القانون المصري رقم 182 لسنة 2018² على أنه: "يكون تنفيذ العقد طبقاً لما اشتملت عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية، وفي الحدود، ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية".

رابعاً: إلتزام الإدارة بإحترام المدد المقررة لتنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

يعدّ هذا الإلتزام من الإلتزامات التي ينبغي على الإدارة مراعاتها، وإذا كان الأصل أنّ المدد المقررة في العقد الإداري تخص المتعامل المتعاقد، بإعتبار أنّ إحترام مدّة التنفيذ في العقد الإداري يعدّ إلتزاماً جوهرياً يحكم إلتزامات المتعاقد، فإنّه يحدث أن ينص العقد صراحة على أنّ المدّة ملزمة للإدارة، كما هي ملزمة للمتعاقد، حيث يتعين على الإدارة إحترام المدد المحددة للتنفيذ، ولا يوجد ثمة إختلاف بين عقد الصفقات العمومية التقليدية أو الصفقات الإلكترونية³.

خامساً: إلتزام ضمان التنفيذ خاصة المعلوماتي

لا يؤثر إتمام مرحلتي الإبرام والتنفيذ عبر شبكة المعلومات الدولية - أي أنّ إبرام وتنفيذ العقد تمّ على الشبكة مباشرة- على الإلتزامات السابق الإشارة إليها، بل على العكس، ممكن أن يزيد من إلتزامات الإدارة، مثل أن يكون محل الصفقة "برامج أو معلومات"، حيث يكلف تنفيذها في هذه الحالة الإدارة بالإلتزام إضافي، وهو إلتزام ضمان التنفيذ، بإعتبار أنّ تسليم هذه الأشياء على الإنترنت يحمل شيئاً من المخاطرة، حيث يفرض على أطراف العقد ضمانات إضافية لتنفيذ إلتزامات الأطراف⁴.

سادساً: إلتزام الإدارة بتنفيذ العقد بأكمله

لا يقف إلتزام الإدارة عند حدّ إحترام شروط العقد ومراعاة حسن النية في تنفيذه، وإنما تلتزم أيضاً بتنفيذ موضوع العقد بأكمله، فالأصل أن تنفذ الإدارة العقد كلّه، وإذا كان لها الحق في أن تنقص الكمية

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 544.

² قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، مرجع سابق.

³ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 188.

⁴ المرجع نفسه، ص 188 و189.

المتعاقد عليها، أو تزيد فيها إعمالاً لسلطتها المنفردة في تعديل إلتزامات المتعاقد معها، فإن ذلك منوط بتوافر الشروط والتحفظات. أما فيما عداها، فإنه من اللازم أن تمكن الإدارة المتعاقد من تنفيذ إلتزاماتها بتمامها، فلا يجوز للإدارة بغير خطأ أو تقصير من المتعامل المتعاقد، أن تسحب جزءاً من العملية لتعهد به إلى متعهد آخر، أو أن تنفذ العمل بنفسها فتحول بذلك بين المتعاقد وبين تنفيذ إلتزاماته التعاقدية¹.

إن الإلتزام المصلحة المتعاقد بالعمل على تنفيذ الصفقة بمجرد إبرامها، وإحترام كافة الشروط الواردة فيها، وأيضاً إحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذها، وكذا إحترام المدد المقررة للتنفيذ، هي نفسها الإلتزامات الواجبة على الإدارة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، فلا تتباين تلك الإلتزامات بمجرد أن طريقة الإبرام قد تغيرت من الورقية إلى الإلكترونية، فالمبادئ المستقر عليها في العقود الإدارية، لا تتغير، مهما تغيرت طرق وأساليب إبرامها.

الفرع الثاني: حق المتعامل في إقتضاء المقابل المالي

يعتبر حق المتعاقد مع الإدارة في تقاضي المقابل حقاً تعاقدياً، وبديهي القول، أن الإلتزامات التي ينص عنها العقد سواء إلتزامات المتعاقد مع الإدارة أو إلتزامات الإدارة نفسها هي حقوق للطرف الآخر². ولأن الحصول على المقابل المالي للتعاقد كأثر لتنفيذ المتعاقد لإلتزامه التعاقدية، هو دافع المتعاقد مع المصلحة المتعاقد لإبرام الصفقة، فإن الإدارة تلتزم لأداءه في العقود التي يعود عائد تنفيذها للإدارة كما هو الشأن بالنسبة لعقدي الأشغال العامة والتوريد، حيث يأخذ المقابل المالي صورة ثمن³.

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعاً للمواصفات والشروط المتفق عليها. وتلزم المصلحة المتعاقد بدفع المقابل بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون، ولما كان للصفقة العمومية الصلة الوثيقة بالمال العام وبحقوق الخزينة

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 545. أيضاً، صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 187.

² علي عبد القادر قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري (الجزء الأول)، مرجع سابق، ص 374.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 147. أيضاً، عبد اللطيف قطيش: الصفقات العمومية تشريعاً وفقهاً واجتهاداً (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 154. مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 281.

العامة، وجب التأكد من حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل إتخاذ إجراء تحويل المال العام ووضعه في رقم حساب المتعامل المتعاقد¹.

أولاً: تعريف الثمن في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

الثمن في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية هو المقابل النقدي الذي تلتزم الإدارة بأدائه للمتعاقد معها، كأثر للوفاء بالإلتزامه التعاقد²، فهو شرط تعاقد لا تستطيع الإدارة أن تعدل فيه بإرادتها المنفردة، وهذا لسببين أساسين: أولهما عملي، إذ يجنب المصلحة المتعاقدة نفور المتعاملين الإقتصاديين من التعامل معها، إذ لا يمكن أن نتصور إقبالهم على التعاقد إذا كان بإمكان المصلحة المتعاقدة تعديل المقابل النقدي الذي قد يحصلون عليه، أما الثاني قانوني؛ حيث أن المصلحة المتعاقدة يجب أن تستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة لتعديل صفقاتها، ولا يعد المقابل المالي من ضمن هذه المقتضيات فهو شرط تعاقد بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها³.

يتسم المقابل المالي في العقد بطابع الإستقرار والثبات، لأنّ المتعاقد مع الإدارة يحدّد عند التعاقد المقابل الذي يطلبه مقابل ما يقدمه للإدارة ويحقق به التوازن المالي للعقد، ولا يلتفت بعد ذلك إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفية الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة...، فلا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه إلى زيادة سعر العملة عند مراحل التنفيذ، باعتبار أنّ ذلك يؤدي إلى زيادة أعباء الإدارة وإلى زيادة قيمة المقابل النقدي للعقد، وهو أمر غير جائز كأصل عام. ولا يتم الأخذ به إلاّ إستثناءً وبنص تعاقد قائم على الرضا المشترك لطرفي العقد⁴.

يعتبر حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي من أبرز الحقوق المضمونة للمتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، ويختلف شكل المقابل المالي باختلاف نوع الصفقة، فقد يكون في شكل ثمناً لسلع موردة كما هو الحال في عقد اللوازم، أو يكون على شكل قيم وأسعار يتم تحديدها في متن الصفقة المبرمة وهي القيم التي تتحدد بصفة إجمالية أو جزائية، أو بناء على قائمة سعر الوحدة، أو بناء على

¹ عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 160.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 149.

³ في نفس المعنى؛ عبد اللطيف قطيش: الصفقات العمومية تشريعاً وفقها واجتهاداً (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 154 و155.

⁴ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 212.

النفقات المراقبة أو بصفة مختلطة، والمعلوم أنّ ذلك السعر قد يكون ثابتاً أو قابلاً للمراجعة وذلك طبقاً لما قد تقتضيه الصفقة المبرمة، فمتى كان ثابتاً كان محظوراً على الإدارة تغييره رفعاً أو تخفيضاً، فيما يكون من الجائز لها ذلك متى كان قابلاً للمراجعة، شرط أن تحدّد الصفقة صيغة أو صيغ المراجعة وكيفيات تطبيقها¹.

تلتزم الإدارة بأداء المقابل المادي بالنسبة للمتعاقد فور تنفيذ العقد، بعد تحديد عناصره المتمثلة في الثمن المتفق عليه في العقد، مع الإضافة إلى قيمة الأعمال الإضافية المستجدة أثناء التنفيذ، أو قيمة الأعمال التغييرية².

ثانياً: نطاق شرط ثبات الأسعار

ثبات الثمن ونهائيته مبدأ متفق عليه، إلا أنّ عدم المساس به ليس مطلقاً، لذلك سنعرض الحالات التي يمكن فيها عدم تحقق شرط ثبات السعر؛

1- الفوائد

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية، في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين يوماً، ابتداءً من إستلام الكشف أو الفاتورة. غير أنّه يمكن تحديد أجل لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية. ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين. يحدّد أجل صرف الدفعات في الصفقة، وتعلم المصلحة المتعاقدة كتابياً المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع، يوم إصدار الحوالة³.

2- مراجعة الأسعار

يتضمن الإتفاق أو العقد بين الطرفين أحياناً شرط مراجعة السعر، وهو شرط لا يتناقض مع مبدأ ثبات الأسعار، وإرادة طرفي العقد في شأن تحديد الثمن. لأنّهما يتوقعان حدوث تطور أو ظهور عوامل

¹ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 199.

² صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 162.

³ المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

ومعطيات تؤثر في الأسعار، كتنقلب أسعار الإنجاز مثلاً، فيضعان شرطاً إستباقياً حتى لا يتأثر تنفيذ العقد بتلك المستجدات، هذا الشرط هو إمكانية مراجعة الثمن أو الأسعار المتفق عليها¹.

يمكن أن يكون سعر الصفقة ثابتاً أو قابلاً للمراجعة، وعندما يكون السعر قابلاً للمراجعة، يجب أن تحدّد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته، ومن ذلك كليات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة. ولا يمكن أن تكون محل تحيين ومراجعة أسعار، الصفقات العمومية التي تقل مبالغها عن الحدود المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 13 من المرسوم رقم 15-247، وتلك التي يقل أجلها عن ثلاثة أشهر².

¹ بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 164.

² المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

قضى مجلس الدولة في قضية بين (بلدية بطيوة ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي، ولاية وهران. ضد مؤسسة الأشغال العمومية بوهران)، في جلسة علنية انعقدت بتاريخ 11 فيفري 2009، ملف رقم 045359، فهرس رقم 137، (قرار غير منشور). حيث أنه بتاريخ 14 مارس 2000، تم إنجاز قاعة متعددة الرياضات ببلدية بطيوة وأن هذه الأخيرة قامت بتنفيذ الأشغال. وبتاريخ 18 جانفي 2005، تم تسليم المشروع بموجب محضر إستلام نهائي وبتاريخ 26 سبتمبر 2006، وجهت للمستأنف عليها إعدار للمستأنفة لدفع مبلغ فوائد الضمان وكذا مبلغ مراجعة الأسعار. وقد ردت المستأنفة بأنه يتعذر تسديد مبلغ الضمان لوجود عيب خفي بالقاعة المتعددة الرياضات وبناء على ذلك قامت المستأنف عليها برفع الدعوى الحالية تلتمس تسديد قيمة الضمان ومراجعة الأسعار، فصدر قرار بتعيين خبير وبناء عليه صدر القرار موضوع الإستئناف. وعليه: فإن مجلس الدولة قضى من حيث الموضوع عن الوجه المأخوذ من تسديد مراجعة الأسعار: حيث أنه ينبغي التذكير بأن مراجعة الأسعار تكون لأسباب إقتصادية ويشترط بحكم تطبيقها ضرورة أن تتم المراجعة داخل الأجل المحصورة بين التاريخ الفعلي في إنجاز الأشغال موضوع الصفقة وتاريخ الإنتهاء من الأشغال أي خلال فترة الإنجاز المحددة في عقد الصفقة

لهذه الأسباب قضى مجلس الدولة من حيث الشكل قبول الإستئناف. وفي الموضوع تأييد القرار المستأنف مبدئياً وتعديلاً له حذف مبلغ مراجعة الأسعار المحكوم به. وإعفاء المستأنفة من المصاريف القضائية. أيضاً،

أصدر مجلس الدولة قرار بتاريخ 7 فيفري 2019، رقم الفهرس 00112/19، رقم الملف: 135888، بالغرفة الأولى القسم الثالث، في قضية بين كل من (مقاوله أشغال البناء الكبرى ممثلة في شخص ممثها "ت.ق". ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية خنشلة ممثلة في شخص مديره)، (قرار غير منشور). حيث أنه: "بموجب عريضة مسجلة لدى مجلس الدولة في 30/11/2016، تقدمت مقاوله أشغال البناء الكبرى ممثلة في شخص مسيرها. ضد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية الذي قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس، فمن حيث الموضوع نجد أنه أثناء إنجاز الأشغال ونظراً لإرتفاع تكاليف البناء تقدمت العارضة بطلب مراجعة الأسعار بمبلغ قدره 3.455.356.60، إلا أن الطلب بقي بدون رد...، رد المستأنف عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري...، وأن الأشغال موضع النزاع إستلمت مؤقتاً في 2013/12/1، ونهائياً في 2014/05/4، إلا أن المراسلة التي تتمسك بها المستأنفة تعود إلى 2015/6/28، أي بعد فوات الأجل القانونية الخاصة بالمراجعة كما خالفت الإجراءات الواردة بالملاحق رقم 01، الخاص بمراجعة الأسعار...، وعليه فإن مجلس الدولة، من حيث الشكل: فإن الإستئناف وقع داخل الأجل وطبقاً للإجراءات الشكلية. ومن حيث الموضوع: حيث أن مقاوله الأشغال إستأنفت الحكم الصادر عن =

3- تحيين الأسعار

تحيين ثمن العقد هو عملية إعادة النظر في ثمن العقد المتفق عليه بغية مراعاة التغييرات الإقتصادية بين تاريخ تحديد الثمن وتاريخ معيّن لاحقاً عليه¹.

يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدّد مبلغها طبقاً للمادة 100 من المرسوم رقم 15-247، إذا كان يفصل بين التاريخ المحدّد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشرع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدّة تحضير العرض زائد ثلاثة أشهر، وكذلك إذا تطلبت الظروف الإقتصادية ذلك. غير أنّ الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي البسيط غير قابلة للتحيين². فإذا ورد بند في الصفقة ينص على تحيين الأسعار، فإنّ تطبيق هذا البند يتوقف على الشروط الآتية:

- يحدّد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار دون الجزء الثابت، التي ينبغي أن تستعمل كمرجع، بإستثناء الحالات المبررة كما ينبغي، حتى وإن كانت الأسعار غير قابلة للمراجعة.
- لا يمكن تطبيق تحيين الأسعار إلّا على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحيّة العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشرع في الخدمات التعاقدية.

=المحكمة الإدارية لأم البواقي برفض دعواها لعدم التأسيس، وأنها عرضت طلب مراجعة الأسعار أثناء تنفيذ الصفقة ولم تتلقى أي ردّ وأنها أقامت هذه الدعوى لطلب ما تبقى من الدين ومراجعة الأسعار فصدر الحكم المستأنف...، حيث أنّ المستأنف عليه دفع بأنّ طلب مبلغ 458.160.26 د ج، طلب جديد وهو غير مقبول وأنّ وضعية مراجعة الأسعار عرضت متأخرة وبالتالي فلم يتمّ التكفل بها.

أما فيما يخص طلب مقابل الأشغال: حيث أنّه فيما يخص وضعية مراجعة الأسعار، فإنّه ثابت من الوضعية أنّها تحمل تأشيرة الدراسات وأنّ هذه الوضعية تتعلق ببند إتفاقي متعلق بالمراجعة. حيث أنّ المستأنف عليه لم ينازع في وجود البند الإتفاقي ولا في كيفية حساب المراجعة.

حيث أنّ طلب المراجعة طلب مؤسس يتعين الإستجابة له وبالتالي القضاء بإلزام المستأنف عليه بأن يدفع للمستأنفة مبلغ 3.455.356.60 د ج. ولهذه الأسباب قرّر مجلس الدولة: في الشكل قبول الإستئناف. وفي الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف فيما قضي برفض طلب مقابل مراجعة الأسعار وفصلاً من جديد إلزام المستأنف عليها بأن تدفع للمستأنفة مبلغ 3.455.356.60 د ج.

¹ بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 164.

² المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

الأرقام الإستدلالية القاعدية التي يجب مراعاتها هي أرقام شهر نهاية صلاحية العروض. غير أنه يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد. وتطبق هذه الأحكام على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة¹.

ثالثاً: كيفية دفع المقابل المالي

القاعدة العامة في إستحقاق المتعاقد مع الإدارة للمقابل المالي أو ثمن العقد أنّ هذا الثمن يتم دفعه للمتعاقد بعد أداء الخدمة، فالدولة أو الإدارات العامة لا تدفع المقابل أو الثمن مقدماً، بل تدفعه كقاعدة عامة بعد تأدية خدمات أو أعمال أو توريد حصلت وتمت بالفعل...، ولكن هذه القاعدة ليست عامة بل يرد عليها أحياناً إستثناءات بالنسبة لبعض العقود التي يستغرق تنفيذها أجلاً طويلاً وتقتضي من المتعاقد دفع مبالغ مالية كبيرة من رأسماله مقدماً لأجل التنفيذ. فتطبيق قاعدة دفع الثمن بعد إنتهاء الخدمات على إطلاقها تضر بالمتعاقد ضرراً شديداً وتضر بالدولة والمرافق العامة لإحجام الأفراد الأكفاء عن التعاقد مع الدولة. كما أنه يؤدي إلى إرتفاع أسعار العقود حتى يحمي المتعاقدون أنفسهم من التطبيق الجامد لقاعدة الدفع بعد نهاية الخدمات والأعمال²، لذلك توجد بعض الإستثناءات على قاعدة دفع الثمن بعد إنتهاء خدمات المتعاقد، وتتمثل في؛

1- الدفع مقابل التنفيذ الجزئي للصفقة (الدفع على الحساب)

إذا كان الأصل أنّ الدفع والتسديد يتم بعد الأداء والإنجاز الفعلي لمضمون الصفقة، فإنّ المنظم الجزائي وتيسيراً منه على المتعامل المتعاقد قصد الوصول إلى معدلات الجودة المطلوبة في الإنجاز قد أقر وعلى غرار التشريعات المقارنة، وبموجب النصوص القانونية ذات الصلة بمادة الصفقات العمومية الخروج عن تلك القاعدة والعمل بآليات أكثر مرونة من خلال الإقرار بمنح المتعاقد مع الإدارة أقساط تمنح مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة وفقاً لنظام الدفع على أقساط أو الدفع على الحساب، وهو النظام الجاري العمل به في عقود الخدمات³.

¹ المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² عماد مجدي عبد الملك: العقود الإدارية وأحكامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2011، ص 96.

³ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة فقهية، تشريعية وقضائية)...، مرجع سابق، ص 200.

عرف المنظم الجزائري في المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، الدفع على الحساب على أنه: "هو كلّ دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة". وقد تمّ تنظيم هذا الأسلوب في الدفع بأن أحاطه المنظم بجملة الضوابط القانونية¹.

2- الدفع بعد التنفيذ الكامل للصفقة

الدفع بعد التنفيذ الكامل للصفقة وهو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها، ويصطلح عليه المنظم بالتسوية على رصيد حساب، وهي التسوية التي قد تكون في شكل مؤقت أو نهائي².

3- التسوية على حساب الرصيد المؤقت

تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقل المتعاقد، بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع خصم ما يأتي:

- إقتطاع الضمان المحتمل،
- الغرامات المالية التي تبقى عاتق المتعاقل، عند الإقتضاء،
- الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب، على إختلاف أنواعها والتي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد³.

4- التسوية على حساب الرصيد النهائي: ويترتب عنها رد إقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعاقل المتعاقد⁴.

5- الدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة (التسبيقات المالية): يجوز للمصلحة المتعاقدة في حالات معيّنة دفع مبالغ مالية للمتعاقل معها قبل تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة ودون مقابل التنفيذ المادي للخدمة، وفي حدود نسب محدّدة وهي التي يصطلح عليها فقهاً بالتسهيلات المالية⁵، على أن تتم إستعادتها عن طريق إقتطاعات من المبالغ المدفوعة في شكل دفع على الحساب أو تسوية على رصيد

¹ راجع المواد 117 و118 و122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، وللتفصيل أكثر، راجع، بوعمران عادل:

النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 201.

² راجع المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ المادة 119 من نفس المرسوم.

⁴ راجع المادة 120 من نفس المرسوم.

⁵ راجع المادة 123 من نفس المرسوم.

الحساب¹. وتتضح الغاية من هذه التسهيلات من خلال تمكين المتعامل المتعاقد من تحمل الأعباء المالية للمشروع بهدف تنفيذ موضوع الصفقة في الأجل المحددة².

الفرع الثالث: حق التعويض المحتمل

تلتزم الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها في إطار تنفيذه للإلتزاماته التعاقدية، حيث يكون أساس التعويض خطأ الإدارة، أو نتيجة لإثراء بلا سبب، وكذا نتيجة مواجهة المتعامل المتعاقد لصعوبات مادية ويدفع التعويض إلكترونياً؛

أولاً: تعويض المتعامل المتعاقد على أساس خطأ الإدارة

تعد الصفقة العمومية الإلكترونية عقداً ملزماً لجانبيين، لذلك يترتب على إخلال المصلحة المتعاقدة بالإلتزاماتها حق المتعامل المتعاقد معها في طلب التعويض على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية؛

1- التعويض على أساس المسؤولية التعاقدية

تقوم مسؤولية المصلحة المتعاقدة العقدية في حالة إخلالها بالإلتزاماتها الواردة في بنود الصفقة العمومية، أو النصوص المنظمة لها مثل دفاتر الشروط، أو إساءة إستعمالها لسلطاتها الإستثنائية في مجال القانون العام، والتي لا تقتضي بنداً تعاقدياً ومن أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق المصلحة المتعاقدة:

- عدم تسليم الإدارة موقع التنفيذ للمتعامل المتعاقد، والذي يجب أن يكون خالياً من الموانع القانونية والمادية.
- عدم تقديم المصلحة المتعاقدة التسبيقات المالية اللازمة.
- عدم تقديم المصلحة المتعاقدة للتراخيص الإدارية اللازمة كتراخيص الحفر والردم والهدم والمرور.
- عدم تقديم المقابل المادي للصفقة في وقته المحدد.
- التأخر في رد التأمينات النهائية³.

ترجع زيادة الأعباء غالباً إلى خطأ تعاقدي من الإدارة من شأنه الإنتقاص من الحقوق المالية للمتعاقد معها، مما يترتب له الحق في التعويض طبقاً للقواعد العامة. فمن المقرر فقهاً وقضاءً - في المسؤولية

¹ راجع المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 203.

³ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 393.

التعاقدية- أنه يجب للحكم بالتعويض توافر عناصر المسؤولية الثلاثة، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ويجب على الدائن إثبات الضرر الذي أصابه¹.

2- التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية

تقوم مسؤولية المصلحة المتعاقدة التقصيرية بناء على القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني، والتي تركز أساساً على إرتكاب المصلحة المتعاقدة لخطأ مرفقي الذي ينسب لها رغم أنه صدر بصفة مادية عن موظف أو عدة موظفين تابعين لها².

ثانياً: تعويض المتعامل المتعاقد على أساس الإثراء بلا سبب

ترجع زيادة الأعباء أحياناً إلى فعل المتعاقد نفسه لقيامه بأداء خدمات غير متفق عليها في العقد ولكنها ضرورية أو مفيدة في تنفيذه، ويحدث ذلك على وجه الخصوص في عقد الأشغال العامة. ويقوم التعويض في هذه الحالة على أساس الإثراء بلا سبب. فقد يقوم المتعامل مع الإدارة بتنفيذ أعمال مفيدة ومحقة للمصلحة العامة، أو لازمة لخدمة المرافق العامة، وذلك دون أن تكون هذه الأعمال مقررة في العقد الذي يربطه مع الإدارة...، في هذه الحالة يجوز للمتعامل المتعاقد مطالبة الإدارة بالتعويض عما تكلفه في أداء هذه الأعمال³. حيث يعدّ إلتزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها عما أفادت به من عمل أداه لها دون تكليفه بأدائه تفعيلاً لمبدأ حسن النية الذي يتعيّن أن يسود كافة العقود الإدارية⁴. وتظهر الأعمال النافعة التي قام بها المتعامل المتعاقد في صورتين هما:

1- التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال الإضافية

يشير لفظ الأعمال الإضافية إلى تلك الأعمال التي لم يرد ذكرها في الصفقة وهو الأمر الذي تبناه المشرع بأمر صريح في نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

2- التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال غير المطابقة

إذا قام المتعاقد بأعمال لا تتفق مع الشروط التي إرتبط بها مع المصلحة المتعاقدة في بنود الصفقة ودفتر الشروط، سواء من ناحية المواصفات الفنية أو التقنية أو الكمية، أي أنها غير مطابقة لما تمّ

¹ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 214 و215.

² علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 393.

³ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 214. مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية (دراسة مقارنة)،

مرجع سابق، ص 309.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 232.

الإتفاق عليه، ومعيار عدم التطابق يعني أنّ الأعمال المنفذة قد تكون أكثر قيمة من الأعمال المطلوبة أو أقل منها قيمة¹.

يرى جانب من الفقه أنّه يمكن للمتعاقل المتعاقد أن يطالب المصلحة المتعاقدة بالتعويض على أساس الأعمال غير المطابقة الأكثر قيمة من الأعمال المطلوبة، وذلك بوجود توافر شرطين أساسين:

- عدم إعتراض المصلحة المتعاقدة على هذه الأعمال أثناء ممارستها لصلاحيات الإشراف والتوجيه والرقابة.
- أن تكون الأعمال المنفذة مثرية لذمة المصلحة المتعاقدة.

تجدر الإشارة أنّه لا يمكن أن تتسبب خطأ للإدارة بناءً على هذا الأساس، لأنّ الأعمال المنفذة تقع خارج العقد لمخالفتها ما إتفق عليه الطرفان، وإضافة إلى هذه الأسس فقد تبني الفقه بعضاً من الأسس التي هي في حقيقتها مبادئ قانونية عامة مثل؛ النية المشتركة للأطراف المتعاقدة، الطبيعة الذاتية للصفقات العمومية، العدالة، التعاون بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقل المتعاقد، المسؤولية الإدارية والمساواة أمام الأعباء العامة وغيرها من الأسس القانونية التي تختلف باختلاف الوضع المؤدي إلى إختلال التوازن المالي².

ثالثاً: تعويض المتعاقل المتعاقد على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة

يستحق المتعاقل المتعاقد التعويض لتعرضه أثناء التنفيذ لصعوبات مادية إستثنائية غير متوقعة، وذلك كأن يظهر لمقاول الأشغال العامة أنّ الأرض التي ينفذ إلتزاماته عليها ذات طبيعة إستثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد.

رابعاً: التعويض على أساس القوة القاهرة

تجدر الإشارة إلى أنّ القوة القاهرة إذا أدت إلى إستحالة مطلقة في تنفيذ كلّ الإلتزامات التعاقدية فهي وإن كانت أساساً للتعويض إلا أنّها لا تعد وسيلة لإعادة التوازن المالي، لأنّ الصفقة إنتهت بإستحالة التنفيذ، أمّا إذا كانت إستحالة التنفيذ جزئية فتكون القوة القاهرة أساساً لإعادة التوازن المالي لباقي الإلتزامات التعاقدية، وذلك لإستمرارية الصفقة في الإلتزامات التي لم تطلها الإستحالة³. هذا ما أسماه

¹ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 394.

² - المرجع نفسه، ص 395.

القضاء الإداري بالإستحالة العابرة والتي تتحقق إذا تسبب الحادث المفاجئ في الإختلال الكبير لإقتصاديات العقد، وهذه التي تسمى القوة القاهرة الإدارية، وهي لا تعدّ سبباً للإعفاء من مسؤولية التأخير، وعدم تنفيذ الأشغال في موعدها المحدد، وإنما تعطي للمقاول كما للإدارة الحق في طلب فسخ العقد¹.

الفرع الرابع: حق إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية الإلكترونية ومبدأ التعويض بلا خطأ

تختلف طبيعة العقود المدنية عن العقود الإدارية، في أنه في القانون المدني يتم التعاقد بين طرفين متساويين، بينما في العقود الإدارية يكون التعاقد بين طرفين غير متساويين، كما أنه وفقاً لمبادئ القانون المدني تخضع كقاعدة عامة للمبدأ القائل أنّ العقد شريعة المتعاقدين، وهي تعني بأنّ طرفي العقد يلتزمان بتنفيذ إلتزاماتهما كما هي محدّدة وثابتة، أمّا القاعدة في العقود الإدارية فهي أكثر مرونة وهي تقوم على التوازن المالي بين المتعهد والإدارة². وقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذا المصطلح تعبير التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد مع الإدارة وإلتزاماته، وذلك لأنّ فكرة التوازن هي فكرة ملائمة لحق التعديل ولما كان هذا الحق ليس له وجود في القانون الخاص لأنّ العقد يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإنّ فكرة التوازن لا وجود لها في ذلك القانون³. ويرجع إختلال التوازن المالي إلى أسباب متعدّدة قد تحدث أثناء تنفيذ العقد⁴؛

تنفيذ العقد الإداري قد تعترضه صعوبات خارجية تؤدي إلى عرقلة التنفيذ أو إرهاب المتعاقد مع الإدارة، أو تخل بتوازن العقد، وهنا تنشأ للمتعاقد مع الإدارة حقوق جديدة تتناسب مع الظروف والصعوبات غير المتوقعة. وأساس هذه الحقوق حق المتعاقد مع الإدارة في المحافظة على التوازن المالي للعقد. ويتجلى هذا الحق عادة في حصول المتعاقد مع الإدارة على التعويض المالي الذي يستند إلى نظرية التوازن المالي للعقد، كما هو الحال في نظرية فعل الأمير، ونظرية الطوارئ غير المنتظرة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وأخيراً نظرية الإثراء بلا سبب⁵.

¹ بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 284.

² لمياء هاشم سالم قيع: إختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر 2013، ص 12.

³ المرجع نفسه، ص 29.

⁴ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 213.

⁵ علي عبد القادر قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري (الجزء الأول)، مرجع سابق، ص 388.

أولاً: تعريف التوازن المالي

تعتبر فكرة التوازن المالي مجرد توجيه عام أو فكرة عامة تؤسس عليها النظريات القانونية التي يرجع إليها في تحديد حقوق المتعاقدين والإلتزاماتهم، أو هي تجسيد لفكرة العدالة التي قامت عليها النظريات الثلاث، نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وبموجبها تلتزم الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يخل فيها توازن العقد سواء كان بفعل الإدارة أو لأمر خارج عن إرادتها¹.

ينجم عن تنفيذ الصفقة، أحداث أو وقائع من شأنها إرهاب المتعامل المتعاقد والتأثير البالغ على مركزه المالي بما يعطي له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي. فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية أو متكافئة، فإنه وخلاف ذلك في الصفقة قد يتحمل المتعامل المتعاقد عبئاً مالياً لم يكن في الحسبان ساعة التعاقد بما يفرض مراعاة هذا الطارئ الجديد والإعتراف له بحقوقه المالية تشجيعاً له على تنفيذ الإلتزاماته².

ثانياً: أساس فكرة التوازن المالي

تقوم فكرة التوازن المالي للعقد على أساس النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، وهذا يكون في حالة النص صراحة في العقد على ضمان التوازن المالي للعقد أما في حالة عدم النص عليها في العقد، فإن مرجع ذلك العدالة ومصلحة المرفق العام لأن للإدارة الحق في تعديل الإلتزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان، فيكون من العدالة تعويض المتعاقد عن كل ضرر يناله من جراء تدخل الإدارة وهذا مقرر لمصلحة المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالإلتزاماته ويشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة. على أن فكرة التوازن المالي هي أساس عام ولا يكفي التسليم بها للحكم على مدى التعويض الذي يستحقه المتعاقد وأوضاعه، وإنما يجب دراسة تطبيقات حالات التعويض الذي جرى القضاء الإداري على التسليم بها في غير حالة الخطأ المنسوب إلى الإدارة وتختلف فكرة التوازن المالي عن الخطأ المنسوب إلى الإدارة والتي يحكم على أساسه بالتعويض، فتكليف المقاول بأعباء جديدة من أجل دوام سير المرفق العام

¹ لمياء هاشم سالم قبع: إختلال التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 29.

² عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 166.

وانتظامه لا يشكل خطأ من الإدارة بل ضرورة ملحة يتطلبها الإنتفاع بخدمات المرفق بشكله الأفضل وتأمين سير المصلحة العامة¹.

ثالثا: الأساس القانوني للتوازن المالي

يجد مبدأ التوازن المالي للعقد أساسه القانوني بموجب المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي نصت على ضرورة إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين. رخص المنظم الجزائري في المادة أعلاه للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الإعتبار المالي للمتعاقد ويدفعه أكثر للوفاء بالإلتزاماته وبمواصلة التنفيذ. فلم تكن الصفقات العمومية يوماً مجالاً لدفع المتعاقد المتعاقد على تحمل خسائر لم تكن متوقعة ساعة إبرام الصفقة. ثم إنَّ المتسبب في إحداثها هي الإدارة المتعاقدة نفسها، وحتى يطالب المتعاقد المتعاقد بحقه في التوازن المالي في إحدى نظرياته، وجب توافر شروط معيَّنة². وكل هذه النظريات سنتطرق إليها جملة وتفصيلاً في تحديات تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية³.

رابعا: التوازن المالي والتوازن الحسابي

تحقيق التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية الإلكترونية يتمثل في تعويض المتعاقد الذي لحقه ضرر لم يكن في الحساب وأحدث إختلاف في موازين عقده، غير أنَّ كيفية تقدير هذا التعويض كانت محل خلاف، حول التعويض الذي يعيد للعقد توازنه المالي، هل يتم وفق إجراء عملية حسابية دقيقة بين الحقوق والإلتزامات وضرورة المساواة بينها؟ أم أنَّ تحقيق التوازن المالي لا يعبر عن مساواة حقيقية ناجمة عن عملية حسابية جامدة، حيث يكفي مجرد إحداث تقارب وتناسب بين الحقوق والإلتزامات. بمعنى ضرورة تحقيق تعادل تقاربي بين حقوق المتعاقد والأعباء التي يتحملها⁴.

¹ لمياء هاشم سالم قبع: إختلال التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 43. أيضا، سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 596. بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 200.

² عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 166.

³ للتفصيل أكثر في الموضوع؛ راجع، المطلب الثاني من المبحث الثاني هذا الفصل ص 296 وما يليها

⁴ راجع، بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 204.

القاعدة العامة في التوازن المالي لا تعني التوازن الحسابي الجامد بين الإلتزامات والحقوق المتبادلة، بل هي توازن يهدف إلى إقامة التوازن الشريف¹، أي تعادل نسبي شريف بين الإلتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها لتمكين الأخير من تنفيذ إلتزاماته وإعادة الإطمئنان إلى نفسه في تحقيق الربح الذي يعتبر الهدف الأساسي من تعاقد مع الإدارة حتى لا تؤثر هذه الإجراءات تأثيرا مباشرا أو غير مباشر في خدمات المرفق العام محل العقد وتشغيله وضمان إستمراره بإطراد وإنتظام. كما أنّ فكرة التوازن المالي للعقد تفسر التعويض الذي يحكم به للمتعاقد في نطاق النظرية إذا ما كان مرجع الضرر إلى فعل الإدارة على الأقل في نطاق نظرية فعل الأمير، أمّا إذا كان الضرر ينسب إلى غير عمل الإدارة فإنّ فكرة التوازن المالي للعقد وحدها لا تكفي لتبرير التعويض، بل يجب أن نذكر إلى جانبها مبدأ التعويض بلا خطأ من جانب الإدارة لكي تشمل جميع صور التعويض الذي يحكم به دون خطأ من جهة الإدارة².

تبنى المنظم الجزائري فكرة التوازن المالي الشريف في المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي سيأتي بيانها في مرحلة منازعات الصفقة من الفصل القادم من هذه الرسالة.

¹ ظهرت فكرة التوازن الشريف بمناسبة تنفيذ عقد إلتزام المرفق العام المسمى الشركة الفرنسية للترامواي، حيث صاغها مفوض الدولة "ليون بلوم" في التقرير الذي قدمه في قضية هذه المؤسسة والذي جاء فيه: "... من الأمور الجوهرية في عقود الإلتزام أن يتحقق بقدر الإمكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه... فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والإلتزامات المفروضة... ففي كلّ عقد إلتزام يتضمن -كما لو كان حساباً- التوازن الشريف المالي والتجاري التساوي المالي للعقد الإمتياز...". ومن تاريخ تلك الوقائع وفقهاء القانون الإداري يردّدون هذه العبارات لتوضيح فكرة التوازن المالي للعقد الإداري وتحديد مضمونها. ففكرة التوازن المالي إذن هي مجرد توجيه عام، الغرض منه الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد، والإدارة قد تزيد من إلتزامات المتعاقد أو تنقص منها، ولكن عليها أن تحافظ على توازن العقد من الناحية الإقتصادية. راجع؛ بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 204.

² لمياء هاشم سالم قبع: إختلال التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 41. وللتفصيل أكثر راجع، بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 201 وما يليها.

المبحث الثاني: إشكالات تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

تتمتع الإدارة بسلطات تخولها القيام بتصرفات بإرادتها المنفردة، غير أنّ هذا لا يعني أن الصفقة لا تتضمن التزامات على عاتق الإدارة، وعلى العكس من ذلك نجدها ملزمة بتنفيذ ما إتفق عليه في العقد، فيبقى عقد الصفقة العمومية الإلكترونية ملزم لجانبين، يولد لدى الطرفين حقوقاً والتزامات، لذلك نجد أنّ الإدارة ملزمة بتنفيذ العقد إلاّ إذا توفرت شروط إستحالة التنفيذ المنصوص عليها قانوناً. بمعنى أن تراعي الإدارة في تنفيذ العقد مبدأ حسن النية في التعاقد، ويتضح ذلك من خلال إحترام الإدارة لكافة التزاماتها الناشئة عن العقد وتنفيذها بطريقة سليمة¹.

تنفيذ الصفقة العمومية قد يتم وفق ما تم الإتفاق عليه بصورة عادية، غير أنّه لا يستبعد بأي حال أن تنشأ بعض الصعوبات والعراقيل التي لم تكن في الحسبان أثناء إبرام الصفقة إلاّ أنّها واردة الوقوع أثناء مرحلة التنفيذ.

لدراسة تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، لابد من التطرق لكيفية تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية من خلال بيان تقنيات تنفيذ الصفقة العمومية الإلكترونية (المطلب الأول)، لنوضح بعدها تحديات تنفيذها (المطلب الثاني).

¹ De Laubadere A : Le contrat administratif, Tome 2, L, G, D, J, Paris 1956, p 186.

المطلب الأول: تقنيات تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

يتم تكوين عقد الصفقة العمومية الإلكترونية لا محالة بطريقة إلكترونية، لكن هذا لا يعني أن تنفيذها سيتم دوماً بنفس طريقة الإبرام، حيث يختلف العقد وفقاً لما إذا كان قد تمّ تنفيذه على الخط، أو تمّ تنفيذه بطريقة تقليدية خارج الشبكة، ويعتمد التنفيذ على محل العقود¹.

يفرض نظام الحكومة الإلكترونية على الإدارة في تسيير التعامل الإلكتروني للصفقات العمومية ضرورة إبرام عقود توريد أجهزة إلكترونية وعقود خدمات الدخول إلى شبكة الإنترنت، أو الإشتراك فيها، بالإضافة إلى عقود مقاولات الأشغال العامة. فنجد مثلاً عقد إنشاء موقع إلكتروني، أو بوابة إلكترونية للجهات الإدارية يكون موضوعه خدمات معلوماتية عامة، أو توصيل المرفق العام بشبكة الإنترنت. كما يرتبط بذلك العقد؛ عقد صيانة الأجهزة الإلكترونية. وقد تكون هناك عقود أخرى مستجدة مثل؛ المعلومات والإشتراك في البنوك والخدمات كخدمة البريد الإلكتروني، والاستشارات الفنية، والتأجير أو الإيواء الإلكتروني، وفي هذا النوع يلتزم مقدم خدمة الإنترنت بأن يضع تحت تصرف المرفق العام جانباً من إمكانياته الفنية لإستخدامها في تحقيق النفع العام، وبالطريقة التي تناسب المرفق².

نظراً لإختلاف أشكال عقد الصفقات العمومية من حيث طبيعتها ومحلها، فإننا بلا شك سنواجه إختلاف في طريقة تنفيذ العقد. لذلك وجب علينا بيان التنفيذ التقليدي للصفقة رغم أنّ إبرامها كان إلكترونياً (الفرع الأول)، ثم التطرق للتنفيذ الإلكتروني للصفقات العمومية الإلكترونية، أو التنفيذ عبر الخط (الفرع الثاني).

¹ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 50.

² داود عبد الرزاق الباز: الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال وظيفته، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2007، ص 278 و279.

الفرع الأول: التنفيذ التقليدي للصفقة العمومية الإلكترونية

إبرام الصفقة العمومية إلكترونياً لا يعني بالضرورة أن تنفذ الصفقة بذات الطريقة، بل على العكس من ذلك قد يتم التنفيذ مادياً مباشرة دون إستعمال الوسيط الإلكتروني، وهذا ليس راجع لإرادة الأطراف، وإنما لطبيعة عقد الصفقة المبرمة.

تبرم التعاقدات الإلكترونية عبر الشبكة أحيانا ثم يجري تنفيذها بطريقة مادية، كعقود التوريد التي يتم إبرامها على الشبكة ويتم تسليم السلع بصورة مادية عن طريق شحنها أو إرسالها إلى البريد¹. كما أن عقد الأشغال العامة باعتبار أنه يتعلق بالعقارات لا يمكن أن نتصور تنفيذه بطريقة إلكترونية لأن طبيعة العقد تقتضي أن ينفذ مادياً لإرتباطه بعقار، فرغم أن العقد أبرم إلكترونياً، إلا أن تنفيذه لن يتأتى بذات الطريقة.

يفرض التنفيذ التقليدي نفسه على الصفقة العمومية الإلكترونية بغض النظر عن إبرامها الإلكتروني، وذلك راجع لطبيعة بعض أشكال الصفقة العمومية التي يستحيل تنفيذها إلكترونياً ولو بصفة جزئية، لذلك سنتطرق لبيان الخصائص التي يمتاز بها عقدي الأشغال العامة والتوريد؛

أولاً: التنفيذ التقليدي للصفقة الناتج عن خصائص عقد الأشغال العامة

تعدّ صفقات الأشغال العامة من أهم العقود الإدارية وأكثرها تجسيدا في أرض الواقع. سيما في ظل تزايد المشاريع التنموية المنجزة في مجالات السكن والتعليم وغيرها، كما تعدّ من أكثر الصفقات إستهلاكاً لأموال الخزينة العامة². وعقد الأشغال العامة هو ما يعرف بعقد المقاولة في القانون المدني، إلا أنه يسمى عقد الأشغال العامة حين يتصل بمرفق عام، ويحتوي عناصر العقد، وهو عبارة عن إتفاق بين جهة الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات، بقصد القيام ببناء عقارات أو ترميمها أو صيانتها لحساب شخص معنوي عام، بقصد تحقيق منفعة عامة بمقابل يتفق عليه في العقد. ومن شروط عقد الأشغال العامة؛ ضرورة تعلق العقد بعقار، وأن يتم العقد لحساب شخص معنوي عام، وأن يكون الهدف من العقد تحقيق المنفعة العامة³.

¹ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 50. حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 177.

² بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 126.

³ للتفصيل أكثر في الموضوع راجع؛ مفتاح خليفة عبد المجيد: العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 75 وما يليها. أيضاً، لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 129 وما يليها.

عقد الأشغال العامة هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين والمتمثل في القيام بعمل من أعمال البناء والإنشاءات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة مقابل أجر متفق عليه، ووفقاً للشروط الواردة في العقد¹، وهناك من يطلق عليه عقد المقاولة كما أسلفنا الذكر، فعقد الأشغال العامة لا يتميز على عقد المقاولة إلا في خصائصه الإدارية من حيث إعتبره أحد أشكال الصفقة العمومية، أو من حيث توقيع الجزاء دون حكم، وتنفيذ العقد جبراً على المفاوض². لذلك لا يمكننا أن نتصور تنفيذ عقد أشغال بالطريقة الإلكترونية، نظراً لخصائصه الآتية الذكر وأهمها إرتباطه بعقار؛

1- أن يكون محل عقد الأشغال عقاراً: لا يمكن الحديث عن عقد الأشغال دون ربط هذا الأخير بضرورة وجود عقار، فلا بد أن يكون محل عقد الأشغال عقاراً وليس منقولاً، ويستوي في ذلك أن ترد الأشغال العامة على عقار بطبيعته، أو على عقار بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء، أما إذا كان موضوع العقد من المنقولات فلا يمكن إعتبره من عقود الأشغال العامة، وإن أمكن إعتبره عقداً إدارياً تحت مسمى آخر. وقد أكد القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر أن فكرة الأشغال العامة تتصل إتصلاً وثيقاً بالعقارات، وأدخلا فيها كافة الأعمال المتعلقة بها كصيانة وتنظيف الطرق وأعمال الهدم والردم وغير ذلك من الأعمال دون الأخذ بعين الإعتبار أهميتها وصفتها الدائمة أو المؤقتة³.

2- أن تكون الغاية من تنفيذ العقد تحقيق المصلحة العامة: إرتبطت فكرة الأشغال العامة في بداية الأمر بفكرة الدومين العام، فاقنصرت الأشغال العامة على الأعمال التي تتم على عقارات تدخل في نطاق الدومين العام، بحيث لو تمت الأشغال على عقار يدخل في نطاق الدومين الخاص لما إعتبر العقد إدارياً، لكن سرعان ما تدخل القضاء الإداري وفصل بين الفكرتين، فيمكن وجود الأشغال العامة أيّاً كانت طبيعة

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكم فيها...، مرجع سابق، ص 43. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 122.

² محمد شريط: عقود الصفقات العامة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2016-2017، ص 56.

³ محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكم فيها...، مرجع سابق، ص 26 وما يليها. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 123. محمد شريط: عقود الصفقات العامة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، مرجع سابق، ص 58. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني: العقود الإدارية وأحكام إبرامها في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 31.

الدومين الذي ستنفذ عليه هذه الأشغال¹. حيث ارتبطت فكرة الأشغال العامة بالمرفق العام، فاعتبرت أشغالاً عامة تلك التي تتم على عقارات مخصصة لمرفق عام، ولو كانت غير مملوكة للإدارة أو تدخل في نطاق الدومين الخاص، ولكن مجلس الدولة فصل بين فكرة الأشغال العامة والمرفق العامة، فاعترف بصفة الأشغال العامة لأعمال تمت على عقارات غير مخصصة لمرفق عامة.

يتعين أن يكون الهدف من إبرام عقد الأشغال العامة تحقيق منفعة عامة، ولا يشترط أن تتم هذه الأشغال على مال عام، أو عقار مخصص لمرفق عام².

3- أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام: ليس من الضروري -وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث- أن يكون العقار محل الشغل، مملوكاً لشخص معنوي عام، بل يكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام ولو كان العقار خاصاً لكي يمكننا إضفاء الصفة العامة على عقد الأشغال، ويكون العمل قد تمّ لحساب شخص معنوي عام في هذه الحالة إذا كان للشخص المعنوي العام إشراف مباشر ودقيق على الأعمال موضوع الدعوى، أو كان مآل العقار إلى الشخص العام بعد مدة معينة³.

4- خاصية مخاطر التنفيذ في عقد الأشغال العامة: نظراً لطبيعة عقد الأشغال العامة المتمثل في إنجاز منشآت مقاولاتية، فإنّ عنصر المخاطر يحيط بأنشطته، ويرجع السبب في ذلك إلى؛ مكان التنفيذ الذي يتحكم في المقاول من خلال الموقع والمساحة ونحوها، ممّا يؤثر في تكلفة التشغيل وحجم العملية ونوعية الآلات الواجب إستخدامها. وأيضاً زمان التنفيذ حيث قد يستغرق عقد الأشغال العامة مدة طويلة للتنفيذ ممّا يؤثر في هيكل التنبؤ بأسعار المنتوجات⁴. وهذا ما يبيّن التحدي الذي يعترض تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية وكيفية مواجهته وهو ما سنتطرق إليه لاحقاً.

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 123 وما يليها. أيضاً، محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكم فيها...، مرجع سابق، ص 27 وما يليها. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني: العقود الإدارية وأحكام إبرامها في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 31.

² محمد شريط: "عقود الصفقات العامة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية"، مرجع سابق، ص 58.

³ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 123. أيضاً، محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكم فيها...، مرجع سابق، ص 31.

⁴ محمد شريط: عقود الصفقات العامة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، مرجع سابق، ص 59.

ثانياً: التنفيذ التقليدي للصفقة العمومية الإلكترونية الناتج عن خصائص عقد التوريد

(عقد إقتناء اللوازم)

طبقاً للمادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإنه: "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى إقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، العتاد أو مواد مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات...". وتقتصر فرضية صفقات اللوازم على الصفقات المنصبة على منقولات، فلا تضم البيع ولا البيع بالإيجار، أو عقد القرض بالإيجار، والمتعلقة بأموال عقارية، وتدعى صفقات اللوازم بصفقات التوريد¹. ويقصد بصفقة التوريد العقد الذي يحصل بمقتضاه شخص من أشخاص القانون العام على مواد أو منقولات بواسطة مورد خاص². وقد عرفها المشرع المغربي بموجب المادة 13/4 من المرسوم رقم 2.12.349، المتعلق بالصفقات العمومية³، على أنها: "صفقات توريدات: عقود ترمي إلى إقتناء منتجات أو معدّات أو إيجارها مع وجود خيار الشراء، وتتضمن هذه الصفقات أيضاً، بصفة ثانوية، أشغال الوضع والتركيب الضروريين لإنجاز العمل...".

يتمثل عقد التوريد في عقد بيع منقولات لازمة للمرفق العام، حيث يقوم شخص أو شركة بتوريدها للشخص المعنوي العام لقاء ثمن معيّن متفق عليه⁴. فهذا العقد يقابل عقد البيع في القانون الخاص، وينصب على أيّ نوع من أنواع المنقولات كالمواد الغذائية ومواد الوقود وأدوات المكاتب⁵. وعقد التوريد لا يكون عقداً إدارياً، إلا إذا استخدمت الإدارة فيه أساليب القانون العام، بأن ضمنته شروطاً إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو كان دور المتعاقد معها فيه هو القيام بتنفيذ مرفق عام⁶. هذه المنقولات تتسم بالطابع المادي ما يجعلنا نستبعد إمكانية تنفيذ عقد التوريد بالطريقة الإلكترونية لإستحالة

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 133.

² محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الترابية، مرجع سابق، ص 164. بوعمران عادل: النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 129.

³ المرسوم رقم 2.12.349، المؤرخ في 20 مارس 2013، المتعلق بالصفقات العمومية المغربية، مرجع سابق.

⁴ محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكّم فيها...، مرجع سابق، ص 43. محمد شريط: عقود الصفقات العامة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، مرجع سابق، ص 60.

⁵ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 284.

⁶ المرجع نفسه، ص 285.

ذلك. لأن أهم خاصية يمتاز بها هذا العقد؛ أنه يرد على منقولات، لأن موضوعه دائماً نقل توريدات، فهو لا يرد على العقارات سواءً بطبيعتها أو بالتخصيص. وبالإضافة إلى السلع المذكورة آنفاً، تتمثل التوريدات أيضاً في أجهزة الكمبيوتر والمعدات المعلوماتية التي تحتاجها الإدارة للتسيير الرقمي.

الفرع الثاني: التنفيذ الإلكتروني - على الخط - للصفقة العمومية الإلكترونية

يتم تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية كلياً عبر الخط أي إلكترونياً إذا اقتضت طبيعة الصفقة ذلك، وقد يتم بصفة جزئية إلكترونياً إذا كانت طبيعة الصفقة مادية غير أن دفع ثمنها يتم إلكترونياً؛ فالنفيذ الإلكتروني يخضع لطبيعة الصفقة لا محالة؛

أولاً: طبيعة الصفقة تقتضي التنفيذ الإلكتروني دون المادي

يشمل عقد الصفقات العمومية كما رأينا سالفاً؛ عمليات إنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم وكذا إنجاز الدراسات بالإضافة إلى تقديم الخدمات¹. وعليه فإنه يتصور بدهاء أن تنفيذ عقد إنجاز الدراسات وتقديم الخدمات يتم بطريقة إلكترونية بصورة جزئية أو كلية. أي إمكانية تنفيذ العقد إلكترونياً، فمثلاً؛ هناك عقود تبرم وتنفذ بواسطة الشبكة مباشرة، وهي العقود التي يكون محلها غير ملموس، والتي تكون إما مسموعة وإما مرئية، دون إمكان لمسها باليد². فقد تسلم البرامج إلكترونياً دون اللجوء إلى التسليم المادي خارج الشبكة. حيث يعتمد تنفيذ عقد الصفقات العمومية على طبيعة العقد، إذ يتم عقد تنفيذ الخدمات غير المادية عبر الخط، ويرجع ذلك إلى أنه لا يجوز مماثلة العمل الافتراضي بالحصول على مال مادي، وعلى ذلك ينفذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية بكامله عبر الشبكة، أي يتم إبرامه عبر الشبكة ويصاحب ذلك تسليم السلع والخدمات بصورة إلكترونية للطرف الآخر عن طريق تحميلها من الشبكة لحاسوبه. ويلاحظ في هذه الحالة عدم الحضور المادي للأطراف، وأن العملية التعاقدية أصبحت إلكترونية بشكل كامل من خلال شبكة الإنترنت³. وعليه، فإنه يتم تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية أحياناً بطريقة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وذلك في حالات إمكانية التسليم المعنوي للمنتجات أو الخدمات المتعاقد عليها. كما في حالة تسليم برامج الكمبيوتر ونتائج الأبحاث العلمية والأفلام التسجيلية. كما يمكن الوفاء بالثمن أو المقابل

¹ المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

² حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 177.

³ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 50.

المالي بطريقة إلكترونية عن طريق النقود الإلكترونية والبطاقات البنكية¹. فلا يمكننا إستبعاد إمكانية تنفيذ عقد الصفقات العمومية بصورة كاملة إلكترونياً إذا كان محل العقد يتعلق بخدمة أو سلعة يمكن الوفاء بها إلكترونياً، كبرامج الحاسوب والمنتجات الفنية كالكتب الرقمية والموسيقى والأفلام السينمائية، بالإضافة إلى الحصول على معلومات وإستشارات أو برامج حاسب لصالح الإدارة العامة أو غير ذلك من العقود الإدارية التي يمكن تنفيذها بصورة كلية بطريقة إلكترونية².

يمكن تصور تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية تنفيذاً جزئياً عبر الوسائل الإلكترونية، وذلك من خلال تنفيذ الصفقة مادياً أما الإلتزامات المالية الناشئة عن العقد فتتم بصورة إلكترونية من خلال طرق الوفاء الإلكتروني المختلفة من بطاقة دفع إلكتروني أو نقود إلكترونية أو التحويل المصرفي الإلكتروني وغيرها من طرق الوفاء الإلكتروني أو من خلال الإخطارات والمكاتبات الإلكترونية المتبادلة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها والتي يتم إرسالها وإستقبالها عبر البريد الإلكتروني لكليهما³، فمحل هذه العقود قد يتم بصورة جزئية إلكترونياً، بمعنى أن يتم جزء من العقد خارج شبكة الإنترنت، كأن يتم إرسال محل العقد في صورة أسطوانات (CD) أو (USB) أو ما يطلق عليه مسمى التسليم المادي لمحل العقد⁴.

1- طبيعة عقد إنجاز الدراسات تقتضي التنفيذ الإلكتروني الجزئي للصفقة العمومية الإلكترونية

بحسب نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية: "تهدف الصفقة العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية، وتشمل عند إبرام صفقة أشغال، لا سيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيو تقنية أو الإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع". وتبعاً لنص المادة يلاحظ أنّ صفقات الدراسات غالباً ما تسبق صفقة أشغال عمومية، ولكون المصلحة المتعاقدة ليست لها المعارف التقنية لمراقبة الأشغال فإنّها غالباً ما تكلف مكتباً للدراسات بمرافقة مشروع البناء في جميع مراحلها،

¹ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2013، ص 143.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً، (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 61. أيضاً، حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 177.

³ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً، (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 61.

⁴ راجع؛ المرجع نفسه، ص 250.

أي من يوم حفر الأساسات إلى غاية التسليم النهائي للبناء، ونكون بالنتيجة بصدد عمل معنوي وليس مادي والموصوف بالخدمة الفكرية¹. ومن أهداف عقد إنجاز الدراسات نجد:

- **دراسة النجاعة:** هي الدراسة المتعلقة بمدى قابلية المشروع موضع الدراسة للتنفيذ من عدمه. حيث يتم في هذه الدراسة التعاقد مع مكتب دراسات بغية دراسة المشروع وتحديد شروطه المالية والتقنية².
- **دراسة الجدوى (الملائمة):** يقصد بها قياس المشروع المراد إنجازه إقتصادياً وإجتماعياً، ومدى أهميته لإشباع الحاجات العامة، من خلال أساليب علمية محدّدة تستخدم في جميع البيانات والمعلومات المطلوبة، بهدف التوصل إلى نتائج قاطعة عن مدى نجاعة المشروع من عدمه. كما أنّ المصلحة المتعاقدة حفاظاً على المال فإنّها تعتمد قبل الشروع الفعلي في عملية الإنجاز ولا سيما في عقد الأشغال العامة إلى التأكد المسبق وتعميق هذه الدراسات، ممّا يسمح للمهندس المعماري من إعداد خطته، وفقاً للمعلومات التي نتجت عن هذه الدراسات، ويتعلق الأمر في هذه الحالة بدراسة التربة والدراسة الطبوغرافية³. وننوه أنّ طبيعة عقد إنجاز الدراسات يقتضي تنفيذ الصفة مادياً وإلكترونياً على السواء، باعتبار أنّ خصائص هذا النوع من الصفقات لا يمكن تصور تنفيذه الكلي بصفة إلكترونية ومرد ذلك ما سيأتي توضيحه؛

تضم صفة الدراسات مرحلة أولية تسمى مرحلة التعريف لأجل تحديد الأهداف والنجاعة المرجوّ بلوغها أو التقنيات التي يجب إستعمالها، وكذا الوسائل البشرية والمادية الواجب توافرها. يعدّ عقد الدراسات مرحلة وسطى بين مرحلة التصميم السابقة التي تتمثل في تحديد التصاميم المعمارية ومواصفاتها الفنية، وبين مرحلة التنفيذ من خلال التنفيذ العملي لما رسم على التصاميم، والتي يكون فيها المهندس همزة وصل دائمة بين الإدارة والمقاول في ملاحظة ومراقبة مشاريع الإنجاز، وفق الدراسات السالفة⁴. وهنا يتضح جلياً أنّ عمل المهندس هو عمل ميداني ملموس، غير أنّ تقريره النهائي في ما يخص إعداد مشروع لما توصلت إليه الدراسة وتحديد النظام الإنشائي المقترح لبيان مدى قابلية المشروع للتنفيذ، أو بيان الصعوبات التي تعترضه يتم إرساله بالطريق الإلكتروني.

¹ للتفصيل أكثر راجع، لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 137 وما يليها.

² محمد شريط : عقود الصفقات العامة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، مرجع سابق، ص 64.

³ المرجع نفسه، ص 65.

⁴ المرجع نفسه، ص 66.

2- طبيعة عقد الخدمات تقتضي التنفيذ الإلكتروني الكلي أو الجزئي للصفقة العمومية الإلكترونية

تعتبر صفقة الخدمات بمثابة الإطار القانوني التعاقد الذي يمكن جهة الإدارة من الاستفادة من خدمة معينة يقدمها الغير بمقابل تلتزم بدفعه¹.

تهدف الصفقة العمومية للخدمات حسب الفقرة الأخيرة من نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلى إنجاز تقديم خدمات، حيث نصت على أنه: "تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات، وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات".

يستفاد من المادة أعلاه أنّ المنظم الجزائري عرف صفقة الخدمات من خلال تمييزها عن بقية الأشكال التي تمثل صفقة. وتتجلى الخدمات المنفذة مادياً في حالة التعاقد مع شركة التنظيف مثلاً من أجل تقديم خدمة، وكذا خدمات الحمامة، بالإضافة إلى التعاقد مع الشركات الأمنية للحصول على خدمات؛ كتأمين نقل الأموال. وتتجلى الخدمات الإلكترونية في تقديم خدمات البرمجيات مثلاً.

ثانياً: طبيعة الالتزام تقتضي التنفيذ الإلكتروني للصفقة

(الوفاء "الدفع" الإلكتروني آلية مستحدثة فاعلة لتنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية)

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة، يستفاد ذلك من مصطلح "بمقابل مالي" الوارد في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، فطريقة الدفع قد تكون تقليدية، لكن في ظل التطور المعلوماتي الحاصل، وفي خضم إبرام عقد صفقات عمومية بطريقة إلكترونية، فإنّه من الأهمية بمكان أن يتم دفع المقابل المالي بالطريق الإلكتروني.

ساعد التطور التكنولوجي في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وتطور الصناعة المصرفية، وظهور التجارة الإلكترونية، على ظهور شكل جديد من النقود، أطلق عليها رجال الإقتصاد مسمى النقود الإلكترونية².

ظهرت النقود الإلكترونية في ظل إنتشار المعاملات الإلكترونية، حيث يتم الدفع من خلال قنوات إتصال إلكترونية ما بين حاسب آلي وإنترنت، ولا جدال في أنّ إستخدام النقود الإلكترونية يؤدي إلى

¹ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 130.

² خالد ممدوح إبراهيم: أمن مراسلات البريد الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 90.

سرعة وسهولة تسوية المدفوعات وتقليص الحاجة إلى الاحتفاظ بالنقود السائلة الأمر الذي يساعد على التوسع في التبادل التجاري¹.

1- تعريف الوفاء الإلكتروني

يعرف جانب من الفقه الدفع الإلكتروني بأنه: "عملية تحويل الأموال التي هي في الأساس ثمن السلعة أو الخدمة بطريقة رقمية، أي بإستخدام أجهزة الكمبيوتر أو إرسال البيانات عبر خط الهاتف أو أي شبكة أخرى أو أيّ طريق لإرسال البيانات"².

عرف المشرع الجزائري الدفع الإلكتروني بموجب البند الخامس من المادة 6 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري³ والتي جاء فيها: "وسيلة الدفع الإلكتروني هي كلّ وسيلة دفع مرخص بها طبقاً للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية". تدل المادة أعلاه على إعتراف المشرع الجزائري بوسائل الدفع الإلكتروني المرخص بها طبقاً للقانون. ومن ثمّ يتضح جلياً إعترافه الضمني بالنقود الإلكترونية كوسيلة للوفاء الإلكتروني.

نعرف بدورنا الوفاء الإلكتروني في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية على أنه: "تصرف قانوني يهدف إلى تسوية دين ثابت في ذمة المصلحة المتعاقدة لصالح المتعامل المتعاقد، على أن يتم ذلك بطريقة إلكترونية عن طريق تحويل مصرفي أو من خلال بطاقات الدفع الإلكترونية المستحدثة". وباعتبار الحصول على الثمن يعتبر أحد الحقوق الرئيسية للمتعامل المتعاقد في مواجهة الإدارة، فإنّه من الضرورة زرع الوعي وسط المتعاملين الإقتصاديين على ضرورة التعامل ببطاقة الوفاء المستحدثة. وباعتبار الصفقة الإلكترونية يغلب عليها الطابع الدولي، فإنّ الوفاء الإلكتروني يعبر عن تحدي حقيقي في وجه صعوبات الدفع والتحويل المصرفي.

يعدّ الوفاء الإلكتروني آلية مستحدثة للوفاء بالثمن بإعتباره أهم إلترام في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية والتي تعتبر عقد معاوضة تتم بمقابل مالي. غير أنّ هذا لا يعني أنّ الدفع الإلكتروني ينحصر

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية - الكتاب الأول - نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2004، ص 106.

² هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونيا، (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 254.

³ قانون رقم 18-05، مؤرخ في 24 شعبان 1439، الموافق ل10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، الصادرة بتاريخ 30 شعبان 1439، الموافق ل16 مايو 2018.

في الثمن فقط، بل يتم من خلاله إستفاء جميع الإلتزامات المالية الناشئة عن العقد من غرامات وتأمينات وتعويضات. حيث أصبح الدفع الإلكتروني ضرورة حتمية لأطراف العلاقة التعاقدية، فالمتعامل المتعاقد يحصل على المقابل المالي مباشرة عند الدفع دون عراقيل، والمصلحة المتعاقد تتحصل على مبالغ العقوبات الجزائية الموقعة من طرفها والمتمثلة في الغرامة التأخيرية والتعويض ومصادرة الضمان. كما أنّ الدفع الإلكتروني قضى على النطاق الزمكاني أي كسر الحدود الجغرافية وكذا مواعيد وأوقات العمل التي كانت تشكل عائقاً في وسائل الدفع العادية. كما قضى على مسألة البيروقراطية الإدارية خاصة ما تعلق منها بالموظف العمومي.

تظهر أهمية الدفع الإلكتروني في طريقتي التنفيذ المعتمدة التقليدية منها والإلكترونية، فالعقد المنفذ إلكترونياً يتم الوفاء فيه إلكترونياً، والعقد المنفذ تقليدياً لمقتضيات محل التعاقد كعقود الأشغال كما أسلفنا الذكر ينفذ هو الآخر إلكترونياً. بمعنى أنّ طريقة تنفيذ محل العقد إلكترونياً كانت أو تقليدية لا تؤثر في كيفية الدفع.

2- وسائل الدفع الإلكتروني

يعدّ الوفاء الإلكتروني للإلتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية وسيلة ضرورية لا يستهان بها، إذ ما جدوى التعاقد الإلكتروني للصفقة إذا تمّ الوفاء بالإلتزامات تقليدياً حتى بالنسبة للصفقة التي تنفذ مادياً، لأنه ليس هناك ما يعرقل وسيلة الدفع الإلكتروني بغض النظر عن طبيعة تنفيذ الصفقة. وينصّ المشرع الجزائري في المادة 27 من القانون رقم 05-18، المتضمن التجارة الإلكترونية¹ على أنه: "يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عن طريق تسليم المنتج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقاً للتشريع المعمول به.

عندما يكون الدفع إلكترونياً، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصرياً من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر و بريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية.

يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصرياً عن بعد، عبر الإتصالات الإلكترونية". وتختلف وسائل الدفع الإلكتروني وتتعدّد حيث نجد:

¹ قانون رقم 05-18، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

أ- **بطاقات الدفع الإلكتروني:** يعني هذا النوع من البطاقات عن التداول النقدي المباشر، فيستطيع كل من يحمل هذه البطاقات أن يتعامل عبر شبكة الإتصالات الدولية الإنترنت كما يتعامل بها في تعاقداته العادية، وهذه البطاقات تعد تطوراً لشكل ونوعية النقود فيستطيع حاملها إستخدامها في شراء معظم إحتياجاته أو أداء مقابل ما يحصل عليه من خدمات دون الحاجة لحمل مبالغ كبيرة من الأموال والتعرض لمخاطر السرقة أو الضياع أو التلف. فهي عبارة عن بطاقات صغيرة الحجم يمكن حملها في الجيب وتحتوي بداخلها على شريحة إلكترونية تخزن فيها مجموعة من البيانات المتعلقة برقم الحساب والرصيد والرقم السري¹.

تتعدّد بطاقات الدفع الإلكتروني التي تصدرها البنوك، وتندرج أنواعها في ما يأتي:

أ-1- **بطاقات السحب الآلي:** يحق للمتعامل المتعاقد حامل بطاقة السحب الآلي أن يسحب مبالغ من حسابه بحد أقصى متفق عليه من خلال أجهزة خاصة، حيث يقوم بإدخال بطاقته إلى جهاز السحب الآلي، الذي يطلب منه إدخال رقمه السري. وإذا كان هذا الأخير - الرقم السري - صحيحاً، يطلب الجهاز من المتعامل المتعاقد صاحب البطاقة (العميل) تحديد رقم المبلغ الذي يحتاجه عن طريق لوحة المفاتيح على الجهاز، ويسترد العميل بطاقته آلياً بعد الصرف².

أ-2- **بطاقة الإئتمان:** تخول هذه البطاقة لحاملها حق الحصول على تسهيل إئتماني من مصدر هذه البطاقة، تسدد قيمتها من الجهة مصدرة البطاقة خلال أجل متفق عليه³.

أ-3- **بطاقة الوفاء:** لا بد أن يكون لحاملها حساب جاري لدى البنك مصدرها، وأن يكون في رصيده مبلغاً لا يقل عن الحد الأقصى المسموح له بالشراء في حدوده، وهذه البطاقة تخول حاملها سداد ثمن

¹ راجع، هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونياً (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 256 و257.

² عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية (الكتاب الأول) نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 111.

³ المرجع نفسه، ص 114.

السلع والخدمات التي يقوم بشرائها ممن يقبل التعامل بها وذلك بموجب إتفاق بينهما وبين الجهة المصدرة البطاقة¹.

أ-4- بطاقات الشيكات: يتعهد البنك مصدر البطاقة لعمله حامل البطاقة بأن يضمن سداد الشيكات التي يحررها العميل من هذا البنك، وذلك وفقاً لشروط إصدار البطاقة. وتحتوي هذه البطاقة عادة على إسم العميل وتوقيعه ورقم حسابه والحد الأقصى الذي يتعهد البنك بالوفاء به في كل شيك يحرره العميل².

ب- النقود الإلكترونية (الرقمية)

تعد النقود الإلكترونية أحد الابتكارات التي أفرزها التقدم التكنولوجي، وتثير هذه النقود بمختلف صورها عدداً من المسائل القانونية والتنظيمية التي يتعين الإهتمام بها، ويتطلب ذلك إيجاد مجموعة من الوسائل المقبولة لتوثيق وحماية المعلومات؛

ب-1- تعريف النقود الإلكترونية: هي عبارة عن بطاقات إلكترونية تحتوي على مخزون نقدي تصلح كوسيلة للدفع وأداة للإبراء ووسيطاً للتبادل³. فالنقود الإلكترونية عبارة عن قيمة نقدية محدّدة تصدر في صورة بيانات إلكترونية مخزنة على كارت ذكي أو قرص صلب بحيث يستطيع صاحبها نقل ملكيتها إلى من يشاء دون تدخل شخص ثالث، فهي عبارة عن وحدات مخزنة بطريقة إلكترونية على بطاقات بلاستيكية أو أقراص صلبة بداخل الكمبيوتر الشخصي للعميل⁴.

ب-2- معايير تمييز النقود الإلكترونية

نظراً لكون إبرام عقد الصفقات العمومية إلكترونياً يتم عن طريق وسائط إلكترونية، عبر شبكة المعلومات الدولية، نجد أنه يتم دفع المقابل المالي إلكترونياً، حيث يمكن الوفاء بالثمن في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية عن طريق النقود الإلكترونية، وتختلف صور النقود الإلكترونية وأشكالها تبعاً للوسيلة

¹ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونيا (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 257. أيضاً، عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية (الكتاب الأول) نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 114.

² عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية (الكتاب الأول) نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 112.

³ خالد ممدوح إبراهيم: أمن الحكومة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 140 و 141.

⁴ هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونيا (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 259.

التي يتم من خلالها تخزين القيمة النقدية، وكذلك وفقاً لحجم القيمة النقدية المخزونة على تلك الوسيلة التكنولوجية، فهناك معيارين لتمييز صور النقود الإلكترونية؛ معيار الوسيلة ومعيار القيمة النقدية¹.

• **معيار الوسيلة:** يمكن أن نقسم النقود الإلكترونية وفقاً للوسيلة المستخدمة لتخزين القيمة النقدية عليها، إلى البطاقات سابقة الدفع والقرص الصلب وأخيراً الوسيلة المختلطة:

1- **البطاقات سابقة الدفع:** يتم بموجب هذه الوسيلة تخزين القيمة النقدية على شريحة إلكترونية مثبتة على بطاقة بلاستيكية، وتأخذ هذه البطاقات صوراً متعدّدة، وأبسط هذه الأشكال هي البطاقات التي يسجل عليها القيمة النقدية الأصلية والمبلغ الذي تم إنفاقه.

2- **القرص الصلب:** ويتم تخزين النقود على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي ليقوم الشخص باستخدامها متى يريد من خلال شبكة الإنترنت، ولهذا فإنه يطلق على هذا النوع من النقود أيضاً مسمى نقود الشبكة.

3- **الوسيلة المختلطة:** تعدّ هذه الوسيلة خليطاً مركباً من الطريقتين السابقتين، حيث يتم بموجبها شحن القيمة النقدية الموجودة على بطاقة إلكترونية سابقة الدفع على ذاكرة الحاسب الآلي الذي يقوم بقراءتها وبثها عبر شبكة الإنترنت إلى الكمبيوتر الشخصي لبائع السلع والخدمات².

• **معيار القيمة النقدية:** هناك تصنيف آخر للنقود الإلكترونية يركز على معيار حجم القيمة النقدية المخزنة على الوسيلة الإلكترونية (البطاقة البلاستيكية أو القرص الصلب)، ونستطيع أن نميّز هنا بين شكلين من النقود الإلكترونية:

1- **بطاقة ذات قيمة نقدية ضعيفة:** وهي بطاقات صالحة للوفاء بأثمان السلع والخدمات والتي لا تتجاوز قيمتها دولاراً واحداً فقط.

2- **بطاقات ذات قيمة متوسطة:** وهي تلك التي تزيد قيمتها عن دولار ولكنها لا تتجاوز 1000 دولار.

لا يتعين على أيّ تنظيم قانوني لموضوع النقود الإلكترونية فقط تحديد طبيعة أو شخصية تلك الجهة التي تتولى إصدارها وإنّما عليه أيضاً أن يضع مجموعة من الضوابط التي تضمن في النهاية درء المخاطر الإقتصادية والقانونية التي من المتوقع حدوثها عند إصدار هذه النقود، تلك الضوابط قد تكون

¹ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 163.

² المرجع نفسه، ص 164.

شكلية أي تتعلق بشكل وصياغة النصوص القانونية المنظمة لموضوع العقود الإلكترونية، وقد تكون موضوعية أي يتعلق سواء بالجهة المصدرة للعقد الإلكتروني أو لجهات رقابية على المؤسسات المصدرة لتلك العقود¹.

المطلب الثاني: تحديات تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

يتصور في ظل التنفيذ الإلكتروني للصفقة العمومية الإنقطاع المستمر للتيار الكهربائي بين الفينة والأخرى، وهذا يؤدي بدوره إلى تعطيل العمل في الإدارات التي تعتمد اعتماداً كلياً أو جزئياً على الحاسب الآلي والمراسلات الإلكترونية والبطاقات الذكية، إلا أنه يمكن التغلب على تلك الصعوبة باتخاذ أنظمة خاصة لبوابة الحكومة الإلكترونية ليضمن لها الإستمرارية والدوام².

يعترض العقد أحيانا إشكالات تحول دون تنفيذه، فقد تكون هذه الإشكالات نتيجة قهوة قاهرة أين نصبح أمام إستحالة مطلقة للتنفيذ، كما قد تواجه طرفي العقد صعوبات نتيجة لظروف طارئة، أو صعوبات مادية لم تكن في الحسبان أو جراء فعل الأمير. لذلك سنتطرق لدراسة المسائل التي تعترض التنفيذ. سواء إستحالة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (الفرع الأول)، أو صعوبات تنفيذها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إستحالة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

تتحقق حالة إستحالة التنفيذ بالقوة القاهرة، التي يمتنع معها تنفيذ العقد لدرجة الإستحالة المطلقة، ولبيان حالة إستحالة التنفيذ، نتطرق لتعريف القوة القاهرة كسبب لإستحالة التنفيذ، ثم نبين شروطها وكذا آثارها؛

أولاً: تعريف القوة القاهرة كسبب لإستحالة التنفيذ

تعتبر القوة القاهرة حدث مستقل عن إرادة المتعاقدين، وغير مرتقب، يمتنع معه بصورة مطلقة تنفيذ العقد بكامله، أو تنفيذ أحد الموجبات التعاقدية³، والقوة القاهرة ذات أصل مدني، حيث تجد جذورها في القانون الخاص، غير أن القانون والقضاء الإداري يسترشد ويستهدي بقواعد القانون المدني لما تحمله من

¹ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 164 و165.

² أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 67 و68.

³ عبد اللطيف قطيش: الصفقات العمومية تشريعاً وفقها وإجتهاداً...، مرجع سابق، ص 163.

مبادئ العدالة في مجال العقود الإدارية¹. ولم يخرج تعريف القوة القاهرة في العقد الإداري عن مفهومه في العقد المدني، فقد عرف الفقه الفرنسي القوة القاهرة على أنها "الحادث الخارج عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير المتوقع وغير المرتقب والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الإلتزامات التعاقدية". أما الفقه المصري فقد عرفها على أنها "الحادث غير المتوقع، الذي لا يمكن دفعه والذي يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلًا"، وهناك من عرفها على أنها "حدث مستقل عن إرادة طرفي العقد لا يمكن التنبؤ به، ويحول بشكل مطلق دون تنفيذ هذا العقد، أو يحول دون تنفيذ أحد الإلتزامات الواردة فيه"². وتعتبر المادة 127 ق م ج³ الأساس القانوني لهذه النظرية، والتي تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك".

تعتبر القوة القاهرة فكرة وثيقة الصلة بمراعاة مدة التنفيذ في العقد الإداري، فتوافر شروطها يعني المتعامل المتعاقد من تنفيذ عقد الصفقة العمومية، أو تمديد أجله، فالإدارة لا تستطيع إرغامه على التنفيذ، ولا توقع عليه عقوبات بقصد تحقيق ذلك، كما أنها لا تستطيع أن توقع عليه غرامات التأخير⁴.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة في تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

يجب توافر شروط معينة في استحالة تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، إذ قد يحصل حادث مفاجئ غير متوقع، وكذا استحالة دفع ذلك الحادث المفاجئ.

¹ LAURENT RICHER : Droit des Contrats Administratifs, L.G.D.J, Paris 1955.

² علي عبد الأمير قبلان: : أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت (لبنان) 2011، ص 17.

³ أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31، الصادر في 27 مايو 2007.

⁴ بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 281.

1- حدث مفاجئ غير متوقع

يعرف الحادث المفاجئ غير المتوقع؛ بأنه أمر غير متوقع يستحيل معه تنفيذ العقد، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه...، لم يكن قوة قاهرة ولا يترتب عليه إعفاء المدين من إلتزامه¹. أي لا يكون المتعاقد قد تصور إمكانية حدوثه عند إبرام العقد، فالصفة الملازمة للقوة القاهرة أنها غير مقدرة الوقوع². ومما لا شك فيه أنّ الحادث المفاجئ غير المتوقع ممكن الحدوث في عقد الصفقات العمومية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، فمثلاً؛ إذا كان محل التعاقد يتمثل في مجموعة من البرامج أو المعلومات، وحدث أنّ الشركة الموردة للبرنامج، أو البنك الذي يورد المعلومات تعطلت بشكل كلي بسبب قطع كابل، أو إحترق أو تعطل اللوحات الإلكترونية بسبب صاعقة جوية أو إعصار مدمر، وهذه الكابلات مسؤولة عن نقل هذه المعلومات أو تلك البرامج، فإنّ ذلك يعدّ من قبيل الحادث المفاجئ الغير المتوقع والذي أثر بشكل مباشر على تنفيذ العقد عبر شبكة المعلومات الدولية، وجعل من تنفيذه مستحيلاً³.

2- إستحالة دفع الحادث المفاجئ

يتحقق هذا الشرط في المثال السابق بيانه، حيث أنّ الإعصار المدمر أو الصواعق الجوية التي دمرت الكابلات أو اللوحات الإلكترونية المسؤولة عن نقل البرنامج في الشركة، أو نقل المعلومات من البنك الخاص بتلك المعلومات، هو حدث مفاجئ لا يمكن دفعه، لأنّه خارج إرادة أطراف العقد، والذي يستحيل معه تنفيذ العقد عبر شبكة المعلومات الدولية⁴. حيث تؤثر الكوارث الطبيعية من زلزال وهزات أرضية وصواعق في الحركة العامة لأجهزة الحكومة ومستوى توافر خدماتها، فقد تلحق تلك الكوارث أضراراً كبيرة بأنظمة الحكومة الإلكترونية وقد تؤدي في بعض الأحيان إلى شل الخدمات التي تقدمها الحكومة إلكترونياً في حالة إصابة مواقع تشغيل تلك الخدمات⁵.

¹ صفاء فتوح جمعة : العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 195.

² علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 30.

³ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 195.

⁴ المرجع نفسه، ص 196.

⁵ أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 67.

يرتبط عدم إمكان الدفع كشرط للقوة القاهرة بإستحالة تنفيذ العقد، فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو إستحال توقعه لا يعدّ قوة القاهرة. ويجب أن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلًا إستحالة مطلقة، وهذا الشرط يعدّ من الشروط الخاصة بالمتعاقد، وشرط عدم القدرة على الدفع يعتبر شرطاً بديهيًا لتحقيق فكرة القوة القاهرة. وقد يتخذ مفهوم القدرة على دفع القوة القاهرة أو الحدث الفجائي صوراً شتى. فقد يكون بإمكان المتعاقد المدين أن يمنع حدوث الأثر بشكل مطلق، أو التقليل من حجمه، أو قد يتخذ مفهوم القدرة على الدفع إتخاذ تدبير وقائي، كإبلاغ المدين الطرف الآخر بوقوع الحادثة، ليتخذ الأخير ما يلزم لتقليل أثر القوة القاهرة¹.

ثالثاً: القوة القاهرة وقلب إقتصاديات العقد

تعتبر القوة القاهرة وفقاً للمفهوم المستمد من القانون الخاص كما بيّنا أعلاه؛ ذلك الحادث المفاجئ الغير متوقع والذي لا يمكن دفعه، والذي يترتب عنه إستحالة تنفيذ عقد الصفقة العمومية ومن ثمّ إعفاء المدين من المسؤولية. وقد إسترشد القانون والقضاء الإداري بهذه النظرية لما تتضمنه من مبادئ العدالة، فنجده نص على الإعفاء من غرامة التأخير بسبب القوة القاهرة، بموجب المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، غير أننا نطرح تساؤلاً فرض نفسه، إذا كانت القوة القاهرة في القانون الخاص تعبر عن الإستحالة المطلقة في التنفيذ، فهل تطبق هذه النظرية على القانون الإداري، ومن ثمّ لا يمكن إعتبارها إحدى نظريات إعادة التوازن الإقتصادي للعقد التي هي من صنع القانون الإداري؟

تختلف إستحالة التنفيذ عن إعادة التوازن للعقد كون في الحالة الأخيرة لا نتصور أنّ التنفيذ مستحيلًا، إنّما أصبح مرهقاً للمدين، أين تتدخل الإدارة لتتحمل جزء من الأعباء ضماناً لإستمرارية تنفيذ العقد.

كان القضاء الإداري قبل تاريخ التاسع ديسمبر 1931، لا يعترف بالقوة القاهرة كسبب لإعفاء المقاول من تنفيذ إلتزاماته العقدية، أو التأخير في ذلك عن الموعد المتفق عليه، أي حين كان يتبنى في العقود الإدارية قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، في هذه الفترة كان المقاولون حريصين على تضمين عقودهم بنداً يقضي بإعفاءهم من المسؤولية في حال حدوث قوة القاهرة تمنعهم من التنفيذ. أو كانوا يلجؤون إلى طريقة أخرى وهي الرفع من قيمته الحقيقية، تحسباً لوقوع حادث القاهرة تمنعهم من التنفيذ. أو كانوا يلجؤون إلى طريقة أخرى وهي الرفع من قيمة الإدارة صاحبة المشروع، وهو الأمر الذي ينعكس مباشرة على الخزينة العامة وهدر

¹ علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 36.

الأموال العامة. غير أنّ مجلس الدولة الفرنسي تراجع عن هذا الموقف، وقرر الأخذ بنظرية القوة القاهرة مسترشداً في ذلك بالقانون الخاص، غير أنّه كَيّفها وفق متطلبات المصلحة العامة، ومقتضيات المرفق العام، فشدد القاضي الإداري في مواجهة المتعاقد حيث طالبه ببذل مجهود أكبر من مجهود الرجل العادي المعمول به في القانون الخاص. حيث يجب على المتعاقد ألا يتوقف عن بذل مجهود الرجل العادي في محاولته لتنفيذ التزاماته التعاقدية، بل عليه أن يبذل أقصى الجهد وأن لا يتوقف عن التنفيذ ما دام ذلك ممكناً. ثمّ توسع في مفهوم القوة القاهرة المعروفة في القانون الخاص، فأصبح مضمون القوة القاهرة عند القاضي الإداري يعني ذلك الحادث الخارجي الذي من شأنه قلب إقتصاديات العقد، دون أن يصل إلى درجة استحالة تنفيذه، لذلك فلا يترتب عليه إعفاء المتعاقد من التنفيذ، ولكن يخول له مثل الإدارة المتعاقدة حق اللجوء إلى القاضي لطلب فسخ العقد، متى تبين أن إختلال التوازن المالي للعقد عميق ولا يمكن إعادة التوازن له حتى بتدخل الإدارة. وحكم هذا المفهوم الجديد هو ذاته حكم الظروف الطارئة، لذلك يرى الفقهاء أنّ مجلس الدولة استحدث فكرة "القوة القاهرة الإدارية"¹.

نطرح سؤالاً آخر، لماذا مجلس الدولة أعطى تكييفاً جديداً للقوة القاهرة يبدو ظاهراً إستعماله لنفس معطيات نظرية الظروف الطارئة من أجل إعادة التوازن المالي للعقد؟

يبدو ظاهراً أنّ القضاء الإداري جعل من القوة القاهرة كنظرية الظروف الطارئة، غير أنّ الفرق بينهما يتضح في عدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة عندما تصل المخاطر الإقتصادية إلى حدّ إختلال التوازن المالي للعقد كلياً، لأنّه من غير المعقول أن تستمر الإدارة في دفع تعويضات للمتعاقد بشكل مستمر وغير نهائي بناء على نظرية الظروف الطارئة على أساس أنّ إستحالة التنفيذ ليست مطلقة. وعليه؛ فإذا كان إختلال التوازن للعقد بسيطاً يمكن إعادته بتدخل الإدارة مالياً في الحدود المعقولة، تمّ ذلك بناء على نظرية الظروف الطارئة. أمّا إذا كان إختلال التوازن كبيراً ولا يمكن إعادته، ممّا يستدعي إستمرار تدفق أموال الإدارة العامة على المتعاقد، فإنّ ذلك غير منطقي، وغير معقول إستمرار الخزينة العمومية في تقديم التعويضات للمتعاقد بشكل غير متناهي بدعوى أنّ التنفيذ غير مستحيل بشكل مطلق وفقاً لنظرية القوة القاهرة في القانون الخاص. وعليه وطبقاً للمفهوم الجديد "القوة القاهرة الإدارية" فحتى وإن كان التنفيذ ليس إستحالة مطلقة، ولكن إتمامه يشكل عبئاً على الخزينة العامة، فهنا يمكن طلب فسخ العقد بناء على فكرة القوة القاهرة. فإذا كانت القوة القاهرة في القانون الخاص تعبر عن إستحالة مطلقة، فإنّ القوة القاهرة

¹ بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 282 و283.

الإدارية أو ما يصطلح عليها بالإستحالة العابرة، والتي تتحقق إذا تسبب الحادث المفاجئ في الإختلال الكبير لإقتصاديات العقد، وهي لا تعدّ سبباً من أسباب إعفاء المتعاقد من مسؤولية التأخير، وعدم التنفيذ في الوقت المحدد، وإنما تعطي الحق للمتعاقد كما للإدارة طلب فسخ العقد¹. فهنا نلمس توسع مجلس الدولة في فكرة القوة القاهرة الإدارية، والتي بمقتضاها أصبح للمتعاقد الخروج من العقد الذي يستحيل تنفيذ الإلتزام الملقى على عاتقه فيه، ففي نطاق القوة القاهرة الإدارية يفسخ العقد لإستمرار الظرف الطارئ وتعرض المتعاقد لصعاب قد يستحيل معها التنفيذ أو بمجرد قلب التوازن المالي للعقد بصورة نهائية تتجاوز القدر المعقول الذي قدره الطرفان لحظة إبرام العقد، فهي وسط بين القوة القاهرة ومفهومها التقليدي والظروف الطارئة².

رابعاً: النتائج المترتبة على أعمال نظرية القوة القاهرة في عقد الصفقة العمومية

الإلكترونية

يترتب على القوة القاهرة جملة من النتائج تتمثل في الآتي:

1- الإستحالة المطلقة والإستحالة العابرة

تعتبر القوة القاهرة من خلق القانون الخاص، لذلك نجد أحكامها مقررة في القواعد العامة، غير أننا كما رأينا أنّ القضاء الإداري استحدث نوع آخر يخص العقود الإدارية، يتمثل في الإستحالة العابرة (تطبق على العقود الإدارية فقط).

2- عدم الإستمرار في تنفيذ العقد والإعفاء من المسؤولية

تؤدي القوة القاهرة بمعناها المعروف بالسبب الأجنبي (Force majeure) إلى إعفاء المتعاقد من التنفيذ، وبالتالي فإنّ الإدارة في هذه الحالة لا تستطيع إرغامه على التنفيذ، ولا أن توقع عليه عقوبات بقصد

¹ بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 282 وما يليها. علاق عبد الوهاب: : ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 396. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 740 وما يليها.

² محمد عبد المجيد أسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها (دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة وعقود مشروعات البيئة الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2013، ص 247.

تحقيق هذه الغاية، كما أنه يعفى من الغرامة التأخيرية¹، حسب المفهوم المستجد لنظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية.

3- حق طرفي العقد في طلب فسخ العقد مع التعويض

تؤدي القوة القاهرة إلى إنفاخ العقد بقوة القانون، بمعنى أنه إذا لجأ المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بأن إستحالة التنفيذ مردها سبب أجنبي، فإنّ الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه. ولكن في القانون الفرنسي يقوم خلاف بين الفقه والقضاء في هذا الصدد؛ فالقهاء يؤيدون وجهة النظر المقررة في مصر تشريعاً، ولكن المحاكم القضائية تميل إلى جعل القوة القاهرة سبباً للمطالبة بالفسخ قضائياً، بعد سنة 1932 خول مجلس الدولة الفرنسي لكل من الإدارة والمتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد قضائياً، إذا تبين أنّ العقد الإداري لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة. وعليه إستحدث مجلس الدولة الفرنسي كما رأينا فكرة إدارية عن القوة القاهرة (Force majeure administrative)، ولكن الفسخ القضائي في هذه الحالة قد يكون مصحوباً بالتعويض إذا كان له مقتضى، يحكم به على المتعاقد المتعنت، والذي يكون قد أدى بتصرفه إلى الوصول إلى تلك النتيجة².

الفرع الثاني: صعوبة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

تحدث أحيانا ظروفاً مستقلة عن إرادة المتعاقدين، وغير متوقعة بعد إبرام العقد من شأنها الإخلال بإقتصادياته، دون أن تؤدي إلى إستحالة تنفيذه، لكنها تلحق بالمتعاقد أضراراً جسيمةً على الرغم من بقاءه مُلزماً بمتابعة التنفيذ، إذ يصبح تنفيذ العقد أثقل عبئاً على المتعاقد وأكثر كلفة، فتتجاوز خسارة المتعاقد مع الإدارة الخسارة المألوفة العادية، فقد تكون الصعوبات نتيجة ظروف طارئة أو فعل الأمير أو نتيجة صعوبات مادية؛

أولاً: صعوبة التنفيذ نتيجة ظروف طارئة (نظرية المخاطر الإقتصادية)

يمتاز العقد سواء كان مدنياً أو إدارياً، بالتوازن في الإلتزامات والحقوق لكلّ من طرفيه في مرحلة تكوينه، ولكن تشاء الظروف في بعض الأحيان بسبب طوارئ تواجه التنفيذ أن تخل بهذا التوازن، وبالتالي

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 740.

² المرجع نفسه، ص ص (740-743). محمد عبد المجيد أسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها...، مرجع سابق، ص 247 وما يليها.

فإن معالجة الإختلال وإزالة الضرر الناشئ عنه تتّمان إستناداً لنظرية الظروف الطارئة، فهذه الأخيرة تفترض وجود عقد متماد تراخى وقت تنفيذه، وحتى الإنتهاء من التنفيذ، تتغير الظروف الإقتصادية تغيراً فجائياً، ما يؤثر على توازن العقد وقت تكوينه، بسبب حادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الإقتصادي للعقد إختلالاً خطيراً، بحيث يصبح التنفيذ بالنسبة للمدين مرهقاً، ويكبده خسائر فادحة خارجة عن المألوف¹. وتتفق القوة القاهرة والظرف الطارئ في أنّ كليهما غير متوقعين، إلا أنّ الأولى تؤدي إلى إستحالة تنفيذ العقد، والثانية تستتبع صعوبة التنفيذ².

1- تعريف نظرية الظروف الطارئة

عرف الفقه الفرنسي ومنه الفقيه بيكو (Péquignot) نظرية الظروف الطارئة بقوله: "إذا طرأت ظروف عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وكان من شأنها قلب إقتصادياته بطريقه تجعل تنفيذه أمراً مرهقاً وإن لم يكن مستحيلاً ولم يكن في إمكان الطرفين المتعاقدين توقع ذلك الإرهاق، فإنّ للمتعاقد أن يطلب من الإدارة أن تساعده في تنفيذه العقد عن طريق مقاسمته أعباء الظرف الطارئ في صورة تعويض يحسب على أساس العجز الذي يتحمله المتعاقد وبمراعاة كافة ظروف العقد³. وتقوم نظرية الظروف الطارئة على إعتبارين؛ الأول مرده العدالة المجردة والتي تأبى ترك المتعاقد مع الإدارة يصارع ظروف لا يد له فيها ولم يسعه توقعها وتجعل تنفيذه لإلتزامه التعاقدى مرهقاً لدرجة قد تدفعه للتوقف عن الوفاء بإلتزاماته، ممّا يوجب على الإدارة، تحقيقاً لمصلحتها في أ استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد التدخل لإزاحة عثرته، رغم أنّها لم تكن سبباً في ذلك. والإعتبار الثاني مرده أنّ تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بصورته المعمول بها في نطاق القانون الخاص لا تناسب طبيعة تنفيذ العقود الإدارية والتي يتصل تنفيذها بالمصلحة العامة، حيث يقتضي تحقيقها تمام هذا التنفيذ وسرعته في آن واحد⁴.

¹ علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 70.

² صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 195.

³ لمياء هاشم سالم قبيع: إختلال التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 105. أيضاً، محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 111 و 112. أيضاً، بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 212.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 183 و 184.

2- شروط صعوبة التنفيذ التي تستلزم تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يستلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة جملة من الشروط نوردتها فيما يأتي:

أ- **ضرورة حدوث الظرف الطارئ خلال مدة تنفيذ العقد:** مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة، أن تقع تلك الظروف في المدى الزمني المحدد لتنفيذ العقد الإداري محل المطالبة بتطبيقها، وهذا الشرط منطقي ذلك لأنّ الظرف الطارئ إذا ما وقع بعد إنقضاء تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية فلن يلحق به ضرراً يتيح له حق المطالبة بتعويضه عنه¹، وإن تجاوز التنفيذ المدة المحددة في العقد بموافقة الإدارة، فإنّ الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية يأخذ نفس حكم وقوعه في خلال المدة الأصلية، وهذا يعني أنّ الأحداث التي تطرأ قبل إبرام العقد لا يؤخذ بها مبدئياً، وأحياناً يؤخذ بالحدث بين تاريخ إيداع العرض وتاريخ التصديق، كما أنّ الأحداث التي تطرأ بعد إنقضاء مهلة التنفيذ لا يؤخذ بها أيضاً إذا كان التأخير ناجماً عن خطأ المتعاقد، أمّا إذا مدّدت مهلة التنفيذ من قبل الإدارة وحصل الطارئ خلال فترة التمديد هذه، يستفيد المتعاقد من تطبيق النظرية².

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه، هو مدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا ما وقع الظرف الطارئ بعد مضي المدة المحددة لتنفيذ العقد الإداري، دون أن يكون المتعاقد قد إنتهى من تنفيذه؟ بمعنى ما حكم سريان نظرية الظروف الطارئة على المتعاقد المتأخر في تنفيذ العقد؟ هناك طبعاً جملة من الفروض يأخذها القاضي بعين الإعتبار؛ والتي تتمثل في تأخير المتعاقد الذي يرجع لخطئه، أو وقوع الظرف الطارئ خلال المدة الإضافية للمتعاقد، أو أن يكون تأخر المتعاقد مرده الإدارة³.

ب- **يجب أن يكون الحدث الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد مع الإدارة:** لكي يستحق المتعاقد مع الإدارة مشاركتها له في تحمل جزء من الأضرار التي أوجدها الظرف الطارئ الذي توافرت بشأنه شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ينبغي أن لا يكون له دور في تعرضه لتلك الأضرار...، معنى ذلك إستبعاد

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 187. أيضاً، بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 212.

² علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 103.

³ للتفصيل في الموضوع راجع، عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 187 وما يليها.

تطبيق النظرية عندما يكون المتعاقد نفسه قد تسبب أو ساهم في التسبب بإختلال العقد، إما بعدم قيامه بما يلزم للحؤول دون حصول الخلل، وإما بإقترافه خطأ ما¹، وحتى تكون الإدارة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل جزء من تعويض الضرر الناجم عن الطرف الطارئ، فإنه ينبغي أن لا يكون لإرادتها دخل في إحداثه أو المساهمة في إحداثه أو تقاوم آثاره الضارة، أو امتداد تلك الآثار للعقد².

ت- يجب أن يكون الحدث الطارئ غير متوقع وغير عادي: يجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عند إبرام العقد أن يكون الطرف الطارئ غير متوقع وغير عادي وغير داخل في حسابان الطرفين ونيتهما المشتركة عند التعاقد، وألا يكون بالإمكان تداركه أو دفعه³. ويترك للقاضي حال فصله في النزاع المتعلق بمطالبة المتعاقد للإدارة بالتعويض كأثر لنظرية الظروف الطارئة تقدير مدى توقع المتعاقد للطرف الطارئ أو إمكانية توقع وقوع هذا الطرف في ضوء معيار الرجل العادي الذي يوجد في نفس ظروف التعاقد مع الإدارة. وعلى ذلك فإن الطرف الطارئ الذي تتطلبه نظرية الظروف الطارئة يعني ذلك الطرف الذي لم يكن في حسابان المتعاقد حين أبرم العقد مع الإدارة كالحرب والكوارث الطبيعية أو قرار الحكومة بمنع إستيراد سلعة يلتزم المتعاقد بتوريدها⁴.

ث- عدم إمكانية دفع المتعاقد للطرف الطارئ: عدم توقع المتعاقد للطرف الطارئ غير كاف لإعمال نظرية الظروف الطارئة، حيث يتعين أن يثبت إلى جواره عدم استطاعة المتعاقد دفع هذا الطرف أو مواجهته بالطرق العادية المألوفة توقيماً لآثاره الضارة أو منعاً لتفاقمها، فإذا كان بإمكانه ذلك إلا أنه لم يفعل، فلا يستحق تعويضاً عما يخلفه الطرف الطارئ من آثار ضارة، وعلّة ذلك أنّ في تقاعس المتعاقد عن دفع الطرف الطارئ رغم قدرته على ذلك، فيه إخلال منه بالالتزام أصيل في تنفيذ عقد الصفقة العمومية، والذي يقتضي تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته وفق ما تفرضه عليه مقتضيات حسن النية⁵.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 190، أيضاً، علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 103.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 190.

³ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 122. أيضاً، علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 104. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 191.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 191 و192.

⁵ المرجع نفسه، ص 193 و194.

ج- إختلال التوازن في العقد: يجب أن يؤدي الحدث الطارئ إلى إنقلاب في إقتصاديات العقد، تخل معه إختلالاً جسيماً¹. حيث يجب أن يلحق الظرف الطارئ بالمتعاقد ضرراً إستثنائياً تنشأ عنه خسارة فادحة بحيث يكون تنفيذ المتعاقد لإلتزامه في ظل قيام هذا الظرف مرهقاً له من الناحية المالية². وشرط الخسارة هو الشرط الوحيد من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة الذي ينتج عن العقد ذاته، حيث أن باقي الشروط خارجة عن نطاق العقد. والمقصود بإرهاق المتعاقد مع الإدارة في شأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن يؤدي الحادث إلى صعوبة تنفيذ إلتزاماته العقدية وإلى تحمل المتعاقد مع الإدارة خسائر كبيرة غير متوقعة بحيث تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، أي قلب إقتصاديات العقد...، ويقصد بقلب إقتصاديات العقد إختلال التوازن المالي للعقد بأن يلحق بالمتعاقد ضرراً على قدر كبير من الجسامه ويؤدي إلى خسائر فادحة، ويجب على هذه الخسائر أن لا تصل إلى منع المتعاقد من القيام بإلتزاماته، وهو ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة، لأن الإلتزام في الأولى مرهق أما في الثانية فهو مستحيل والذي يؤدي إلى إنهاء العقد³.

3- الأساس التشريعي والتنظيمي لنظرية الظروف الطارئة في الجزائر

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في الجزائر في نص المادة 107 ق م ج⁴. فقد قنّ المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة، لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة. فليس من العدل في شيء أن يترك المتعامل المتعاقد يتحمل ولو حده الأعباء المالية، بحجة أن الإدارة ليست المتسببة في هذه الظروف الجديدة⁵.

¹ علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 104.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 194. أيضاً، بو عمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 214.

³ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 123 و124.

⁴ تنص المادة 107 ق م ج على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب. بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك".

⁵ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 56.

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها التنظيمي في المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن، بما يعني أنّ تنظيم الصفقات العمومية راعي الظروف الطارئة والوضع الجديد والإرهاق المالي للمتعاقد، فأجاز إعادة الإعتبار المالي له في حلّ ودي يتجسد في ملحق للصفقة العمومية¹.

4- آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة جملة من الآثار:

أ- **وجوب إستمرارية تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية:** يجب أن يستمر المتعاقد بالتنفيذ عند مواجهة الظروف الطارئة، فوجود ظرف طارئ إستثنائي لا يؤدي إلى توقف المتعاقد مع الإدارة عن أداء الإلتزامات المترتبة على عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، وذلك من أجل سير المرفق العام بانتظام، فرغم أنّ هذا الظرف يؤدي إلى إرهاق المتعاقد وأنّ تنفيذ الإلتزام مازال ممكناً، إلا أنّ المتعاقد لا يعفى من إلتزامه إلاّ عند حدوث القوة القاهرة، وكلّ ما يستطيع أن يطالب به في هذه الحالة مشاركة الإدارة في تحمل بعض جوانب الخسارة التي لحقت به². فالمتعاقد ملزم بتنفيذ العقد تحت طائلة المسؤولية التعاقدية، ففي حالة توقفه عن التنفيذ، عندها يكون قد ارتكب خطأ جسيماً، يستوجب فرض تعويض بحقه، إذ أنّ نظرية الظروف الطارئة وُجدت لتأمين سير المرافق العامة بالرغم من الصعوبات التي تعترض إستمراريتها بحيث توليه الحق بالإفادة من إمتيازات نظرية الظروف الطارئة³.

لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بإلتزاماته حيال المرفق، بحجة أنّ ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد إلتزاماتها قبله، بل يتعيّن عليه...، أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في إستطاعته، ثمّ يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بإلتزاماتها إن كان لذلك مقتضى...، فلا يسوغ له الإمتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، وإلاّ حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي، فالدفع بعدم التنفيذ -كأصل عام- أمر غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص وإلتصالها بالمرفق العام الذي يجب أن يسير بانتظام وإطراد. وذلك على الرغم من الخطأ أو التقصير الذي قد يقع من جهة الإدارة في تنفيذ أي إلتزام من إلتزاماتها التعاقدية. إلاّ أنّه يجوز لطرفي العقد الإداري عند التعاقد أن

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 56 و57.

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 126.

³ علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 105 و106. أيضاً، عبد

العزیز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 201

يخرجا عن هذا الأصل، مما يسمح للمتعاقد مع الإدارة بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ. وفي هذه الحالة لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ إلتزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ إلتزامه قبلها¹.

ب- **حق المتعامل بالمساعدة من قبل الإدارة (التعويض الجزئي):** يستحق المتعاقد في نظرية الظروف الطارئة تعويض جزئي، يقتصر هذا التعويض على جزء من الخسارة الحاصلة، لأن هدف هذه النظرية هو مشاركة الإدارة للمتعاقد في تحمل الخسارة الناتجة عن هذه الظروف وتوزيعها بينهما، بهدف تمكين المتعاقد من الوفاء بإلتزاماته العقدية².

ت- **ضرورة تقديم طلب للإدارة لإستحقاق المتعاقد للتعويض أو المساعدة:** إذ يجب أن يقدم المتعامل المتعاقد مع الإدارة طلب إلى الإدارة، أثناء تنفيذ العقد، ولا يحق له أي تعويض إلا اعتباراً من تاريخ تقديمه لطلبه³. وبما أننا بصدد تعاقد إلكتروني للصفقة العمومية فإن تقديم الطلب يكون بالطريق الإلكتروني.

ثانيا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

نتناول نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، كسبب من أسباب صعوبة تنفيذ عقد الصفقة العمومية، ولدراسة ذلك سنبين أهم النقاط المتعلقة بها، من خلال، تعريفها وبيان شروطها وآثارها.

1- تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعتبر نظرية الصعوبات المادية من خلق القضاء الإداري، وترجع تطبيقاتها إلى منتصف القرن التاسع عشر، ونكون في إطار تطبيق هذه النظرية إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته إلتزامات ذات طبيعة إستثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار. وتطبيقات هذه النظرية الغالبة تتواجد في عقود الأشغال العامة، بل إن الفقيه دي لويادير، يؤكد أنه لا توجد تطبيقات قضائية

¹ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 180.

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 127. أيضا،

ZOUAIMIA Rachid et Mari Christine: Droit administratif, BERTI éditions, ALGER 2009, p 190.

³ علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 108.

لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، ولكنه سلم في ذات الوقت، بأنه لا توجد أسباب قاطعة تحول دون تطبيق النظرية -متى توافرت شروطها- في مجال العقود الإدارية الأخرى¹.

2- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

مناطق أعمال وتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تمنح للمتعاقد حقاً في تعويض من الإدارة المتعاقدة، لن تتأتى إلا بتوافر شروطها المتمثلة فيما يأتي:

أ- يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية وليست معنوية: وهذه الصعوبات المادية ترجع في غالب الحالات إلى ظواهر طبيعية، ومن ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبة مادية مرجعها طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأشغال العامة²، وذلك إذا اكتشف مقال الأشغال العامة أنّ التركيب الجيولوجي للأرض التي سيتعامل معها لا تتوافق مع الأشغال المراد إجراؤها عليها³. كما قد يكون مصدرها فعل بعض الناس من الغير، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل، لم تظهر في المواصفات التي على أساسها أعد العقد، أو أن يضطر المقاول إلى إصلاح طريق ضرورةً لتنفيذ الأشغال العامة... إلخ⁴.

ب- يجب أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة الطرفين (أي من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين): فالصعوبات المادية يفترض فيها ألا تكون من عمل الإدارة، فإن كان مرجعها إلى فعل الإدارة، فإن ذلك لا يعني بطبيعة الحال عدم التزام الإدارة بالتعويض، وإنما يستبعد في هذه الحالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مع احتمال تطبيق مسؤولية الإدارة على أساس نظرية فعل الأمير⁵، فإذا اعترض تنفيذ العقد أي صعوبة مادية كان بوسع المتعاقد تبنيها لولا خطئه أو إهماله، وهنا يتحمل المتعاقد وحده المصاريف والنفقات⁶. ويجب أيضاً ألا يكون للمتعاقد يد في إحداث تلك الصعوبات أو زيادة آثارها

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة 2005، ص 676 و677. أيضاً، عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 203 و204. أيضاً، محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 102.

² سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 693. أيضاً، محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 104.

³ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 175. أيضاً، عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 202.

⁴ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 694.

⁵ المرجع نفسه، ص 694 و695. أيضاً، محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 107.

⁶ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 107.

خطورة، وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقي آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل. ويجب أن يثبت أن المتعاقد لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته¹.

ت- يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد: يقدر هذا الشرط بذات الأوضاع التي يقدر بها في نظرية الظروف الطارئة، فعلى المتعاقد بطبيعة الحال، قبل أن يقبل العقد، أن يدرس طبيعة الأرض وأن يبذل الجهد المعقول، والمطلوب من كل متعاقد حريص أن يبذله، للإحاطة بكافة الصعوبات المادية التي من شأنها أن تصادفه عند التنفيذ...، فإذا كانت الصعوبات من نوع لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقاً للظروف التي أبرم فيها العقد فحينئذ يمكن طلب التعويض عنها، وإذا كان المتعاقد ملزماً بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يضع في الاعتبار مدى معاونته الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص، ذلك أن أعمال مبدأ حسن النية في التعاقد يقضي أن تضع الإدارة تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات من شأنها أن تعاونه في الوصول إلى تلك الغاية، فإذا ثبت تقصير الإدارة في ذلك، فإن المجلس يمنح التعويض. أما إذا قصر المتعاقد، وكان في وسعه تبين الصعوبات المادية وقت التعاقد، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض التعويض². ويشترط لإمكانية التعويض عن الصعوبات التي تواجه المتعاقد مع الإدارة غير متوقعة لحظة إبرام العقد من قبل طرفي العقد؛ ويجب على المتعاقد أن يقوم بكافة الإجراءات الاحتياطية التي تضمن التحري ودراسة ظروف العقد من جميع الجوانب بحيث تكون الصعوبات المادية قد فاقت كل توقعاته بعد بذل هذا الجهد³.

ث- يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع إستثنائي بحت: يجب أن تكون الصعوبات إستثنائية غير عادية، وليست مجرد صعوبات عادية أو يسيرة يمكن التغلب عليها بسهولة⁴، فالطابع الإستثنائي لهذه الصعوبات يخرجها من إطار الصعوبات البسيطة العادية والتي تدخل في إطار المخاطر العادية للتعاقد، فلا يكون هناك مجالاً لتطبيق هذه النظرية، حيث أنه يفترض أن يكون المتعاقد مع الإدارة قد توقع تلك المخاطر⁵، ذلك أن الصعوبات المادية ليست مطلق عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ،

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 695.

² المرجع نفسه، ص 696.

³ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 105.

⁴ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 175.

⁵ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 207.

ولكنها عقبات من نوع غير مألوف، ولا يمكن أن تنتمي إلى المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ عادة. وواضح أنّ هذا الشرط ينتهي بنا إلى موقف ذاتي، إذ يترك للقاضي أن يقدر في كلّ حالة على حدى، ما إذا كانت الصعوبات غير المتوقعة التي صادفها المتعاقد، ممّا يمكن إعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الإستثنائية¹.

ج- يجب أن يترتب عليها زيادة في أعباء المتعاقد مع الإدارة بما يجاوز الأسعار المتفق عليها: يترتب على الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرر يرهق المتعاقد مع الإدارة ويؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد، ومبرر إلزام الإدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها في هذه الحالة أن يترتب على وجود هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرر للمتعاقد معها، وصورة الضرر هنا في إطار هذه الصعوبات هو ارتفاع تكاليف العملية، أو زيادة في الأسعار المتفق عليها بصورة لم تكن متوقعة يترتب عليها إرهاق شديد للمتعاقد مع الإدارة².

3- نتائج نظرية الصعوبات المادية

يترتب على قيام الصعوبات المادية غير المتوقعة، نفس الآثار المترتبة على نظرية فعل الأمير؛

أ- إستمرارية المتعاقد في تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (بقاء إلتزامات المتعاقد رغم الصعوبات غير المتوقعة): ذلك أنّ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة -شأنها شأن عمل الأمير والظروف الطارئة- لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد من إلتزاماته إلا إذا أدت إلى إستحالة التنفيذ، وحينئذٍ يصبح أمام نظرية القوة القاهرة. ولكن إعتراض الصعوبات المادية للتنفيذ، قد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامات التأخر إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للإنتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد، ويترتب على هذا الشرط، ضرورة إستمرار المتعاقد في التنفيذ رغم مصادفة الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإذا توقف، فإنّه يتعرض لمختلف الجزاءات، مع إحتمال فقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة³. فالصعوبات المادية كأصل عام لا تؤدي إلى إستحالة تنفيذ الإلتزام،

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 697. أيضاً، عبد

العزیز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 201

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 106.

³ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 699.

وإنما تؤدي إلى أن يصبح التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفة، لذلك يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية رغم وجود الصعوبات المادية¹.

ب- حق المتعاقد في الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات: يترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، إذا توافرت شروطها أن يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات².

يتعين على الإدارة في مبدأ إستحقاق التعويض الكامل -متى توافرت شروط النظرية- أن ترد إلى المتعاقد كافة النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة الصعوبات التي إعتضت التنفيذ العادي للعقد، وفي هذه الخاصة تشارك نظرية الصعوبات المادية، نظرية فعل الأمير. وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة³. فالتعويض الذي تكفله نظرية الصعوبات المادية هو تعويض كامل عن جميع الأضرار التي لحقت بالمتعاقد مع الإدارة كأثر لتنفيذ إلتزامه التعاقدية في ظل قيام الصعوبة المادية ويقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة عبء إثبات الضرر الذي أصابه من جراء إعتراض صعوبة مادية لطريق تنفيذ العقد ويترك للقاضي تقدير مدى توافر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومدى إستحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض الذي تقرر له تلك النظرية وذلك في ضوء ظروف تنفيذ كل عقد على حدى⁴.

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 108.

² صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 176.

³ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 699.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 211 و212.

ثالثاً: صعوبة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية لفعل الأمير

تتخذ الإدارة إجراء مشروعاً بدون خطأ منها، وتؤدي إلى إختلال التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية الإلكترونية، مما يؤدي إلى عرقلة التنفيذ، هذه الصعوبة تعطي الحق للمتعاقد في طلب التعويض عن فعل الأمير. لكن ماذا نعني بنظرية فعل الأمير، ماهي شروطها وماهي الآثار المترتبة عنها؟

1- تعريف فعل الأمير

فعل الأمير هو عبارة عن إجراء مشروع تتخذه الإدارة المتعاقدة غير متوقع من المتعاقد معها، يؤدي إلى إلحاق ضرر خاص به لا يشاركه فيه سائر من يسهم هذا الإجراء¹، وقد عمل القضاء الفرنسي بهذه النظرية وهي تقوم على فكرة تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة ما تتخذه المصلحة المتعاقدة من إجراءات إدارية أو مادية مشروعة تطل العقد المبرم وتؤثر فيه².

يمكن تعريف نظرية فعل الأمير بأنها كل إجراء تتخذه السلطات العامة، دون خطأ من جانبها، وينجم عنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، أو في الإلتزامات التي ينص عليها العقد. وتصدر هذه الإجراءات عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص، أو تكون بقواعد تنظيمية عامة. ويعتبر فعل الأمير إحدى النظريات التي تختبئ في أعماق القانون الإداري لتعطيه طابع المرونة الخاص به³.

2- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

يشترط الفقه والقضاء لقيام نظرية فعل الأمير؛ أن يكون هذا التطبيق في إطار عقد إداري، كما يتعين توافر شروط تتعلق بالإجراء الذي اتخذته الإدارة حتى يشكل إتخاذها سبباً لنظرية فعل الأمير، بإعتبار أن هذه النظرية المراد منها الحفاظ على التوازن المالي للعقد. بالإضافة إلى شروط أخرى تتعلق بالمتعاقد؛

أ- إتصال الإجراء بعقد إداري: يجب أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية بمعناها المنفق عليه، فنظرية فعل الأمير هي من الأفكار الإدارية التي لا مقابل لها في القانون الخاص، ولهذا فلا محل

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 170. أيضاً، حمد محمد الشلماني: إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2007، ص 283.

² بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 210 و211.

³ عبد اللطيف قطيش: الصفقات العمومية تشريعاً وفقهاً وإجتهاًداً...، مرجع سابق، ص 167.

لتطبيق هذه النظرية إلا بصدد منازعة تتعلق بعقد إداري¹، بمعنى أنها لا تنطبق على عقود القانون الخاص حتى لو أبرمت من قبل إدارة طالما أن القواعد التي تحكم تلك العقد هي قواعد القانون الخاص. حيث لا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير متى إنعدمت رابطة العقد الإداري، ولا مجال للتعويض عن هذه النظرية مادام العقد ليس إدارياً².

ب- شروط أعمال نظرية فعل الأمير المتعلقة بالإجراء الصادر من الإدارة: يشترط لإمكانية حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض لإعادة التوازن المالي للعقد وفقاً لنظرية فعل الأمير توافر بالإضافة إلى ضرورة إتصال الإجراء بعقد إداري، لا بد كذلك من؛

ب-1- صدور الإجراء عن الإدارة المتعاقدة: يجب أن يصدر الإجراء عن السلطة الإدارية المتعاقدة، إذ أنّ الإجراءات الصادرة عن السلطات الأخرى لم تعد مناطاً لهذه النظرية بعد أن كانت تشتملها في بدايات ظهورها، ذلك لأنّ القضاء قد قام بإدراجها ضمن نظرية الظروف الطارئة عوضاً عن نظرية فعل الأمير³.

ب-2- مشروعية الإجراء الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة: يحدّد هذا الإجراء نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير من حيث الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة، فيجب ألاّ تتنافى الإجراءات الصادرة عن

¹ حكمت محكمة القضاء الإداري المصرية، في حكمها الصادر في 3 مارس 1907، والذي جاء فيه: "متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية، فإنّ طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد إستناداً إلى نظرية "فعل الأمير" يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ من المقرر أنّ المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية "فعل الأمير" لا تقوم إلاّ في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد، بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد". راجع، سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 600.

² راجع كل من؛ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 96.

³ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 211. "لم يكن هذا الشرط قائماً في بداية تطبيق نظرية فعل الأمير، ولم يحدده مجلس الدولة إلاّ في وقت حديث نسبياً، حيث كان يكفي لذلك صدور الإجراء الضار عن إحدى السلطات العامة في الدولة، يستوي في ذلك صدوره عن السلطة المتعاقدة أو أية سلطة أخرى، حيث حكمت محاكم القضاء الإداري على أنّ تطبيق نظرية فعل الأمير تستلزم صدور إجراءات عامة من جانب السلطات العامة. وفي إطار تطور مجلس الدولة في هذا الشأن، إشتربت محكمة القضاء الإداري صدور الإجراء الضار من الإدارة المتعاقدة". للتفصيل أكثر، راجع كلّ من، عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص (174-176). حمد محمد حمد الشلماني: إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 286 وما يليها. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 601.

المصلحة المتعاقدة مع مقتضيات المشروعية، حيث يفترض لتطبيق النظرية عدم خطأ الإدارة حال إتيانها للإجراء المترتب لتطبيقها، ذلك لأن ثبوت خطأ الإدارة يرتب قيام مسؤوليتها عن التعويض على أساس المسؤولية العقدية (على أساس الخطأ) وليس إستناداً لهذه النظرية¹. فإلتزام الإدارة بمقتضى العقد، لا يمكن أن يقيّد تصرفاتها كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام. فإذا ما تصرفت جهة الإدارة المتعاقدة، في حدود سلطاتها، وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد، فإنّ الإدارة تسأل في نطاق نظرية فعل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ من جانبها².

ت- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير التي ترجع للمتعاقد: يتعيّن لإعمال نظرية فعل الأمير أن لا يكون الإجراء الضار الصادر من الإدارة المتعاقدة متوقّعا من المتعاقد معها، إضافة إلى ضرورة إصابته بالضرر؛

ت-1- عدم توقع الإجراء أثناء إبرام العقد: يجب ألا يكون الإجراء الصادر من الإدارة متوقّعا عند إبرام العقد، وقد يتضرر جراه المركز المالي للمتعاقد المتعاقد³. فلحصول المتعاقد مع الإدارة على التعويض كأثر للإجراء الذي أضر به والصادر عن الإدارة المتعاقدة، فإنّه يتعيّن عدم توقع صدوره، إضافة إلى أنّه لم يكن بوسع توقعه، فإذا توقع المتعاقد مع الإدارة صدور الإجراء الضار عنها، فالمفترض أنّه علم أثر صدور هذا الإجراء ووضعه في حساباته عند تقدير المقابل المادي لبند عقد الصفقة، ومن ثمّ لا يستحق تعويضاً. أمّا إذا كان بوسع توقع الإجراء الضار لو أنّه بذل جهداً لذلك إلاّ أنّه لم يفعل، فيكون مقصراً، فلا يستحق تعويضاً، حتى لا يكافئ على خطئه⁴.

شرط عدم توقع الإجراء واضح ولا خلاف عليه فيما يتعلق بالإجراءات العامة، ولكن فعل الأمير يغطي الإجراءات الخاصة التي تصدر من الإدارة وتؤدي إلى تعديل شروط العقد. ولإدارة كما نعلم حق في تعديل شروط العقد دون حاجة لرضاء المتعاقد حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد. فكيف يمكن القول أنّ المتعاقد لم يتوقع التعديل؟ فهنا نقول أنّ شرط عدم التوقع هنا ليس أصل الحق في التعديل، لأنّ

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 176 و177. أيضاً، بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 211.

² سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 602.

³ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 211.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 178 و179.

هذا الحق ثابت متوقع، إلا أنّ المقصود بعدم التوقع هو حدود التعديل ومداه، وعلى هذا؛ لا تطبق النظرية إذا نص العقد على كيفية التعديل وحدوده¹.

ت-2- إلحاق الإجراء ضرراً خاصاً بالمتعاقد: مناط تطبيق نظرية فعل الأمير هو الضرر الذي يلحق بالمتعاقد مع الإدارة، نتيجة للإجراء الصادر عنها، وإذا كان الضرر شرطاً لازماً ومنطقياً لتطبيق نظرية فعل الأمير، فإنه لا يشترط أن يكون على درجة كبيرة من الجسامه، فقد يكون ضرر فعلي يصيب المتعاقد، وقد يكون مجرد إنقاص من الربح الذي عول عليه، المهم أن يؤدي هذا الضرر إلى إحداث إختلال في التوازن المالي للعقد الإداري، أي إختلال التوازن بين إلتزامات المتعاقد وحقوقه المنبثقة عن تنفيذه للعقد الإداري. وإذا كان الضرر المجرد كافياً لترتيب المسؤولية التعاقدية للإدارة والتي يكون الخطأ أساساً لها، على إعتبار أنّ هذا الضرر أحد عناصرها، فإنّ الضرر الموجب لتطبيق نظرية فعل الأمير، يشترط فيه أن يكون ضرراً خاصاً وهو الضرر الذي يصيب المتعاقد دون سائر الأفراد، أو تكون إصابة المتعاقد بهذا الضرر أكثر جسامه ممن أصيبوا به².

3- الأساس التنظيمي لنظرية فعل الأمير

نص المنظم الجزائري على بعض آثار نظرية فعل الأمير التي رأينا أنّها ذات مصدر قضائي، حيث يجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالفة الذكر. بالإضافة إلى نص المادة 147 من نفس المرسوم والتي جعلت من فعل المصلحة المتعاقدة شرطاً للإعفاء من الغرامة التأخيرية.

4- آثار نظرية فعل الأمير على تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

متى توافرت الشروط السابقة فإنه يترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير جملة من الآثار؛

أ- إستحقاق التعويض: يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض الكامل عن الخسائر التي تكبدها وعن الأرباح الإحتمالية التي فوتها، بل ويمكن للمتعاقد المطالبة بإنهاء الرابطة العقدية متى أصبح تنفيذ

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 603. أيضاً، محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 97.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 180. أيضاً، محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 96. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 602.

العقد أمراً مستحيلاً¹. والمطالبة بالتعويض الكامل تعتبر نتيجة رئيسية لنظرية فعل الأمير². سواء على أساس إعادة التوازن المالي للعقد أو على أساس المسؤولية التعاقدية للإدارة³. والتعويض الكامل يشمل العنصرين الأساسيين لكلّ تعويض وهما: العنصر الأول؛ ما يلحق المتعامل من خسارة بسبب عمل الأمير، كالنفقات الإضافية نتيجة فرق السعر... إلخ، والعنصر الثاني؛ هو ما فاته من كسب ويشمل المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يخلت توازن العقد نتيجة لفعل الأمير⁴.

ب- **إستمرار المتعاقد في تنفيذ العقد:** مواصلة المتعامل المتعاقد تنفيذ الصفقة دون تعطل أو تراخي أو توقف، ويعدّ هذا أحد أبرز الشروط المطلوبة لإستحقاق التعويض⁵.

ت- **فسخ العقد:** يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بفسخ العقد إذا ترتب على فعل الأمير إستحالة تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية⁶. فقد تزيد أعباء المتعاقد بدرجة كبيرة لا يمكن أن تتحملها إمكانياته المالية والفنية، وما عليه هنا إلا المطالبة بفسخ العقد⁷.

ث- **حق المتعاقد في المطالبة بعدم توقيع غرامة التأخير:** يتأتى ذلك إذا ثبت أنّ السبب في التأخير مرده فعل الأمير⁸. وهذا ما أكده المنظم الجزائري في المادة 1/147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، 247، بنصها: "يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو إستئنافها".

¹ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 212.

² محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 98.

³ للتفصيل في الموضوع أكثر، حول الأساس القانوني لتبرير التعويض في نظرية فعل الأمير بين فكرة التوازن المالي للعقد وأساس المسؤولية العقدية للإدارة، راجع، سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص ص (627-629).

⁴ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 631.

⁵ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 211.

⁶ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 98.

⁷ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 627.

⁸ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 98. أيضاً، سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 627.

ج- **تحرر المتعاقد من الإلتزام بالتنفيذ:** إذا ترتب على فعل الأمير إستحالة التنفيذ، كصدور تشريع يمنع الإستيراد بالنسبة إلى سلعة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج¹.

يستطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض النتائج إذا تعددت الأسباب طبعاً. فلا يوجد ما يمنع من المطالبة بالإعفاء من غرامة التأخير والتعويض الكامل، أو الفسخ والتعويض الكامل...إلخ.

الفرع الثالث: أثر جائحة كورونا - كوفيد 19- على تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

أثر تفشي فيروس كوفيد 19 سلباً على التنمية الإقتصادية للدول، خاصة بعد غلق الحدود وتوقف عمليتي الإستيراد والتصدير، الذي ترتب عنه إشكالاً حقيقياً في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية. وقد كان هذا الإجراء تدبير إحترازي لمكافحة إنتشار الفيروس، أقرته منظمة الصحة العالمية في ظل الخسائر البشرية التي لحقت جل العالم، حيث كان لزاماً عزل الناس عن بعضهم ليس بين الدول فحسب، بل حتى في الدولة الواحدة. ولم يسلم عقد الصفقات العمومية من جائحة كوفيد -19- من تأثره كباقي العقود من حيث آثار الجائحة على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، حيث قد يكون العقد مرهقاً بالنسبة للمتعاقد الذي لم يتمكن من مواصلة تنفيذ إلتزامه، بل قد يصل لدرجة الإستحالة في ذلك، ومن هنا كان لابد من التساؤل عن التكيف القانوني لأثر جائحة كوفيد -19- على العقد، هل تعتبر قوة القاهرة تجعل من العقد مستحيل التنفيذ، أم أنها ظرف طارئ تؤثر على الإلتزام بجعله مرهقاً؟

أولاً: جائة كورونا كوفيد -19- ما بين إستحالة وصعوبة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

ليبيان التكيف القانوني لجائحة كوفيد 19، هل قوة القاهرة أم ظرف طارئ؟ نطرح إشكالاً نجيب عليه من خلال بيان الفرق بين النظريتين:

في محاولة منا تكيف سبب عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية في ظل جائحة كوفيد -19- ما بين إستحالة التنفيذ وصعوبته، فأتنا ننوه للآثار المترتبة على كل حالة، حيث وجدنا أن، إستحالة تنفيذ العقد

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 600.

بسبب أحداث غير متوقعة يعرف قانوناً كما أسلفنا الذكر، بالقوة القاهرة، مما يترتب عليه إنفساخ العقد بقوة القانون، أما صعوبة التنفيذ فتندرج ضمن الظروف الطارئة، حيث قد يحدث بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه من قبل المتعاقدين ظروف إستثنائية ترهق المتعاقدين، مما يؤدي بالضرورة إلى الإستمرار في تنفيذ العقد مع التمسك بحق المطالبة بالتعويض.

ثانياً: تعليق الآجال المتعلقة بالصفقات العمومية

يكمن التحدي الأساسي بعد ظهور جائحة كورونا، في عملية توفير الخدمات الحكومية للمستفيدين في ظل الإغلاق الجزئي والتام والتباعد الإجتماعي والجسدي وكذا إقفال معظم المرافق الحكومية وتوقف وسائل النقل، وخلال فترة إنحسار نقشي الفيروس وإعادة عجلة الحياة إلى الإدارات العامة، لا بد من الأخذ بالإعتبار كيفية معالجة الإختلالات في سير عمل الإدارات العامة وإعادة النظر بطريقة توفير الخدمات وبالمسارات الإدارية المطلوبة، إضافة إلى ذلك، لا بد من العمل على تحقيق التوازن بين تقديم الخدمات بالطرق التقليدية وعبر المنصات الإلكترونية. من هذا المنطلق، لا بد من تركيز الجهود الحكومية في إطار عام يأخذ بالإعتبار عناصر تطوير الحكومة الإلكترونية والسعي إلى وضع خطة مدروسة للنهوض بالحكومة الإلكترونية¹.

ترتب على جائحة كوفيد 19، عدم قدرة أطراف العلاقة التعاقدية على الوفاء بالتزاماتهم، وذلك خارج إرادتهم، لذلك كان لزاماً تدخل المشرع بوضع آليات قانونية من أجل تحقيق التوازن الإقتصادي للعقد.

تدارك بذلك الوزير الأول لدولة الجزائر الوضع، بإصدار التعليمات الوزارية رقم 163 بتاريخ 13 أفريل 2020، تحت عنوان "بخصوص التخفيف من آثار تدابير الوقاية من وباء كورونا فيروس كوفيد -19- ومكافحته، على الأداة الوطنية للإنجاز". والتي جاء فيها ما يلي:

"إنّ الحكومة وعياً منها بمسؤولية الحفاظ على النسيج الصناعي المنوط بها، قد إتخذت جملة من التدابير ذات الطابع الجبائي وشبه الجبائي والقروض البنكية، بغرض دعم المؤسسات التي تكابد صعوبات على إثر الأزمة الصحية التي تواجهها البلاد.

¹ عمر ملاعب: الحكومة الإلكترونية وجائحة (كوفيد 19)، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الدول العربية، العدد 151، المعهد العربي للتخطيط، الكويت سنة 2020، ص 8.

غير أنّ تطورات الوضعية الصحية المرتبطة بوباء "كوفيد - 19" والآثار الناجمة عن تدابير الوقاية من هذا الوباء ومكافحته، قد أثرت سلباً على الإدارة الوطنية للإنجاز التي تعاني بشدة من وطأة تراجع نشاطها جراء التأخر في تموينها بالمعدات والمواد الأولية وعدم توفر اليد العاملة بسبب التعليق المؤقت لوسائل النقل.

وفي هذا السياق، وحرصاً على عدم تضرر المؤسسات التي وجدت نفسها أمام إستحالة ضمان إنجاز الأشغال والخدمات المقررة، فقد تقرر تطبيق أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 10 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تنص على تعليق الآجال التعاقدية وعدم فرض العقوبات المالية التي تتخذها نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة.

وعليه، فإنّه بالنسبة لجميع الصفقات العمومية للدولة، والجماعات المحلية والهيئات والمؤسسات العمومية، لن يتم تطبيق عقوبات التأخير إبتداءً من تاريخ نشر المرسوم التنفيذي رقم 20-09، المؤرخ في 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من فيروس كورونا¹.

يتضح من التعليمات الوزارية أعلاه؛ أنّها كوّنت كوفيد -19- على أنّه قوّة قاهرة. غير أنّنا نرى أنّه من نتائج القوة القاهرة إستحالة تنفيذ العقد ومن ثمّ إنهاء عقد الصفقة لطالب الفسخ. بمعنى الإستحالة المطلقة لتنفيذ العقد، غير أنّ الإستحالة قد تكون نسبية (عابرة) ممّا يؤدي إلى إمكانية إستمرارية العقد بعد زوال الجائحة مع ملاحظة إرهاق الإدارة لدرجة تفوق إمكانية إعادة التوازن المالي، هنا نطبق نظرية القوة القاهرة الإدارية. غير أنّه في حالة صعوبة التنفيذ، كوّن تنفيذ العقد ممكناً بمجرد زوال الجائحة دون الوصول إلى عنصر الإستحالة، عن طريق إعادة التوازن المالي للعقد، كأن لا يكون عقد الصفقة محدّد المدة، فهنا نطبق نظرية الظروف الطارئة. أين يحق للطرف المتعاقد أن يطالب بالتعويض على أن يلتزم بإستمرار التنفيذ. لذلك نلاحظ أنّ المنظم الجزائري أخذ بالقهوة القاهرة الإدارية "العابرة" أين يتمكن الطرفان من الإستمرار في تنفيذ العقد كما ذكرنا سالفاً. دون الأخذ بعين الإعتبار إمكانية إعادة التوازن على أساس الظروف الطارئة. وهو ما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي، أين قضت محكمة إستئناف كلومار - CLOMAR - من خلال قرار رقم 20/01098، الصادر 20 مارس 2020، حيث جاء فيه أنّ فيروس - COVID 19 - ظرف لا يمكن توقعه يتضمن خطر العدوى التي كانت سببا في إنتشاره

¹ المرسوم التنفيذي رقم 20-09، المؤرخ في 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من فيروس كورونا، مرجع سابق.

الواسع والسريع في أنحاء العالم ما أدى بمنظمة الصحة العالمية إلى إعتبره جائحة عالمية، كما أنّ عدم وجود لقاح إلى يومنا هذا هو ما يجعل من هذه الجائحة قوة قاهرة¹.

تجدر الإشارة أنّ القوة القاهرة إذا أدت إلى إستحالة مطلقة في تنفيذ كلّ الإلتزامات التعاقدية، فهي وإن كانت أساساً للتعويض، إلاّ أنّها لا تعدّ وسيلة لإعادة التوازن، لأنّ الصفقة إنتهت بإستحالة التنفيذ، أمّا إذا كانت استحالة التنفيذ جزئية فنكون أمام القوة القاهرة الإدارية كأساساً لإستمرار العقد، أمّا في حالة إمكانية إعادة التوازن المالي لباقي الإلتزامات التعاقدية، فنكون أمام نظرية الظروف الطارئة وذلك لإستمرارية الصفقة في الإلتزامات التي لم تطلها الإستحالة.

¹ Cour d'appel CLOMAR, 6 ème, chambre, N° 10098/20, 12 Mars 2020. Covid 19, et force majeure : La cour d'appel de Colmar.

الفصل الثاني: تسوية منازعات الصفقات العمومية الإلكترونية

الصفقات العمومية لها صلة وثيقة بالمال العام وحقوق الخزينة العامة من جهة، كما أنها ترتب حقوق والتزامات لأطرافها من جهة ثانية، لذلك تثار بشأنها منازعات على مستوى الإبرام والتنفيذ. وعليه وجب وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات، وجدير بالإشارة أنّ الصفقة العمومية وبالنظر لطابعها التتموي لتعلقها بمشاريع الدولة أو الإدارة المحلية أو الإدارة المرفقية، وجب أن يتبع فيما يخص منازعاتها طرقاً خاصة وأحكام متميزة تتسم بالسرعة حتى لا يتعطل المشروع العام، ويطول تواصل وإمتداد النزاع¹.

يقصد بالمنازعة تلك الخلافات التي تثار بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد أو الغير، والتي تثار على مستوى الإدارة فقد تكون طعن أو تسوية ودية أو قضائية، وفي حالة النزاعات الناشئة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين الأجانب، يؤول النزاع إلى تسوية بديلة عن طريق التحكيم الدولي.

تعتبر المنازعة عن تصارع بين مصالح متقابلة -يستوي في ذلك أن يكون التضارب يخص مصالح الأفراد فيما بينهم أو بين مصالح هؤلاء وإحدى السلطات العامة في الدولة².

تعرض قانون الصفقات العمومية للتسوية الإدارية عن طريق الطعن والتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، تاركاً تنظيم طرق التسوية الأخرى للقواعد العامة المنصوص عليها بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية. لذلك سنتطرق للتسوية غير القضائية لمنازعات الصفقات العمومية الإلكترونية (المبحث الأول)، ثم نعالج بعدها للتسوية القضائية لهذه المنازعات (المبحث الثاني).

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 15 سبتمبر 2015، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 134.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2009، ص 11.

المبحث الأول: التسوية غير القضائية لمنازعات الصفقات العمومية الإلكترونية

نظراً للخصوصية التي يتميز بها عقد الصفقة العمومية، فقد أفردته المنظم الجزائري على غرار باقي التنظيمات المقارنة، بنظام قانوني متميز، وجملة من طرق فض النزاع قبل اللجوء إلى القضاء، وهذا ضماناً لاستمرار تنفيذ العقد الذي مفاده إستمرارية المرفق العام من جهة وحماية للمال العام من جهة ثانية. فالتسوية غير القضائية تمكن من حلّ النزاع بطريق أصلي إدارياً عن طريق التظلم أو بطريق ودي، باعتبار أنّ الطعن (التظلم) الإداري أو التسوية الودية كلاهما تسوية إدارية أصلية تستعمل بغرض حل النزاع وفق إجراءات حمائية قد تكون إتفاقية أو بواسطة لجان مختصة، كما يمكن إذا كان أحد أطراف العلاقة التعاقدية شخصاً أجنبياً، اللجوء إلى التحكيم الدولي كطريق بديل ضماناً للسرعة في هذه المعاملات مقارنة بمرفق القضاء.

تعتبر الطرق غير القضائية طرقاً وقائية لمحاولة الوصول إلى حلّ يرضي أطراف العلاقة التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء.

تتمحور التسوية غير القضائية؛ في التسوية الإدارية عن طريق الطعن في المنازعات الناتجة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية (المطلب الأول) وكذا التسوية الإدارية الودية في المنازعات الناتجة عن تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (المطلب الثاني)، بالإضافة للتسوية البديلة عن طريق التحكيم الدولي كآلية لفض النزاعات الناتجة عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التسوية الإدارية عن طريق الطعن في منازعات الصفقات

العمومية الإلكترونية الناتجة عن الإبرام

تعتبر التسوية الإدارية لمنازعات الصفقات العمومية الإلكترونية، طريق أصلي لفض المنازعات، حيث يجوز للأطراف اللجوء إلى الطعن الإداري في مرحلة إبرام عقد الصفقة العمومية الإلكترونية. وتفصيلاً منا لهذا الموضوع، سنبين إرساء مبدأ التسوية الإدارية للنزاعات الناتجة عن الإبرام عن طريق الطعن (الفرع الأول)، وكذا جوازية الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى تبيان إختصاص لجان التسوية الإدارية الخاصة بالطعن الإداري في مرحلة الإبرام (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إرساء مبدأ التسوية الإدارية للنزاعات الناتجة عن الإبرام عن طريق

الطعن

لقد أناط المنظم الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية بلجان الصفقات العمومية المختصة مهمة تسوية النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية، وذلك في حدود الإختصاصات المرسومة لها إنطلاقاً من العتبات المالية في تنظيم الصفقات العمومية، ويقتصر تدخل لجان الصفقات العمومية في تسوية النزاعات التي تنشأ في مرحلة الإبرام دون التنفيذ في القانون رقم 15-247.

تعّد المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجعية في إرساء مبدأ التسوية الإدارية في مرحلة الإبرام من قبل لجنة مختصة، حيث نصت على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الإستشارة، أن يرفع طعناً لدى لجنة الصفقات المختصة".

كرست المادة 82 أعلاه، حق الطعن كإجراء أولي يخوّل الجهات المعنية ممارسة رقابتها قبل إبرام الصفقة العمومية، وبهذا الإجراء مكن المنظم الجزائري المتعهدين المعنيين والذين قدموا عطاءاتهم من الحق في رفع تظلم أمام لجنة الصفقات المعنية خلال 10 أيام من نشر إعلان المنح المؤقت لتمارس هذه الأخيرة رقابتها قبل توقيع الصفقة من جانب الجهة المختصة، وتصدر رأيها في الطعن، وبذلك كفل المنظم حقوق

المتعهدين وأجبر الإدارة على العمل في إطار الشرعية والوضوح بما يكفل مبدأ المساواة بين المتنافسين، ويبعد الإدارة عن كل شبهة للتحيز لطرف متنافس أو آخر. وتتولى لجنة الصفقات المعنية سواء البلدية أو الولائية أو الخاصة بالهيئة الوطنية المستقلة أو القطاعية دراسة الطعن المرفوع أمامها. وعلى من رفع الطعن إثبات وجه خرق القانون أو التنظيم أو صورة التمييز بين المتنافسين¹.

أولاً: تعريف الطعن الإداري الإلكتروني

نؤكد أنّ القرارات الإدارية الإلكترونية ليست صورة جديدة من صور القرارات الإدارية، بل هي ذات القرارات الإدارية التقليدية، وإنما اختلفت وسيلة وآلية إصدارها وتوقيعها، وبذلك فهي تخضع للنظام القانوني الذي تخضع له القرارات الإدارية بشكل عام، من ناحية الاعتراض على هذه القرارات والتظلم منها، وعليه يجوز التظلم إدارياً من القرارات الإدارية الإلكترونية، وهذا التظلم قد يكون خطياً أو إلكترونياً بنفس آلية إصدار القرار الإداري الإلكتروني، وقد يكون ولائياً لذات الجهة التي أصدرت القرار ويحمل توقيعها، وقد يكون رئاسياً للجهة الرئاسية المصدرة للقرار، وقد يكون أمام لجان أو هيئات يحددها المشرع. وتملك هذه الجهات نفس الصلاحيات التي تملكها جهة الإدارة إزاء القرار الإداري العادي، فتملك إلغاء هذا القرار أو سحبه أو تعديله، وبذات الوسيلة الإلكترونية التي صدر بها، إذ تسمح البرامج الحاسوبية الخاصة بذلك بهذه التعديلات، فيكون البرنامج الحاسوبي مزوداً بخانات لذلك ابتداءً².

يعتبر الطعن الإداري بمثابة إلتماس أو شكوى يقدمها أصحاب الصفة والمصلحة إلى السلطات الإدارية الولائية والرئاسية والوصائية وإلى اللجان الإدارية، طاعنين في قرارات وأعمال إدارية بعدم الشرعية مطالبين بإلغاء أو سحب أو تعديل هذه الأعمال الإدارية غير المشروعة بما يجعلها أكثر إتفاقاً مع مبدأ الشرعية، أو أكثر إتفاقاً مع مبدأ الملائمة والفاعلية والعدالة، وتملك السلطات الإدارية المختصة بالنظر والفصل في التظلمات الإدارية سلطات واسعة وكاملة في مواجهة أعمالها المطعون فيها بعدم الشرعية والمتظلم منها، وأهم هذه السلطات الإجازة وسلطة التعديل وسلطة الإلغاء وسلطة السحب³.

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية ...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 136.

² حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 160.

³ عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، (الجزء الثاني)، نظرية الدعوى الإدارية، مرجع سابق، ص 366.

يعرف الطعن بأنه الإحتجاج الذي يحركه المتعهدون غير المقبولة عروضهم، وهو الطريق متاح بصفة أولية ليكون مجالاً للطعن¹، فهو يعدّ وسيلة قانونية تمنح للمرشح أو المتعهد للإحتجاج على أعمال الإدارة المرتبطة بالصفقات العمومية وفقاً للإجراءات المحددة قانوناً، حيث يشكل أحد الضمانات الممنوحة للمتعاملين من جهة، والتزام على المصلحة المتعاقدة باحترام الإجراءات المتبعة لإبرام الصفقات العمومية². الطعن الإداري أمام لجنة إدارية، أو التظلم الإداري شبه القضائي، هو التظلم الإداري الذي يقدمه أصحاب الأمر والشأن في صورة شكوى وطعن أمام لجان أو مجالس إدارية متخصصة ومختصة يحددها القانون والنصوص التنظيمية في النظام الإداري في الدولة، والمطالبة بالتدخل لمراقبة أعمال وقرارات السلطات الإدارية الولائية أو الرئاسية والعمل على جعلها أكثر إنفاذاً وإنسجاماً مع مقتضيات فكرة الدولة القانونية ومبدأ الشرعية في الدولة وجعلها أكثر عدالة في مواجهة حقوق وحرّيات الأفراد³. لمسنا من خلال تعريف الطعن الإداري، أنّ التعريف يخص التظلم لا الطعن، لذلك نرى ضرورة استبدال مصطلح "طعن" بمصطلح "تظلم" لأنّ الطعن يتمشى والإجراءات القضائية. أمّا التظلم فهو ينحصر في الإدارة دون القضاء.

ثانياً: إلتزامات المصلحة المتعاقدة في مواجهة الطعون

يجب على المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، أن تبلغ، في إعلان المنح المؤقت للصفقة، عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً ورقم تعريفه الجبائي، عند الإقتضاء وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة⁴. يعني هذا أنّ هناك إلتزامين يقعان على المصلحة المتعاقدة وهما:

- الإبلاغ في إعلان المنح المؤقت عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً ورقم تعريفه الجبائي.

¹ بن سريّة سعاد: الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 62.

² فرقان فاطمة الزهراء وأكروور مريم: الطعن الإداري المتعلق بإبرام الصفقات العمومية، العدد 02، المجلد 04، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، سنة 2019، ص 402.

³ عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، (الجزء الثاني)، نظرية الدعوى الإدارية، مرجع سابق، ص 369 و370.

⁴ الفقرة الثانية من المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

- أن تشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة. لم يشر المنظم الجزائري لإمكانية تقديم الطعون بشكل إلكتروني، بالرغم من إيمانه إمكانية إرسال الترشيحات إلكترونياً، إذ لا مانع من اعتماد آلية تقديم الطعون إلكترونياً، نظراً لضيق الأجل المنصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية الخاص بالطعن في بعض قرارات الإدارة (مثل منح قرار الصفقة المؤقت أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء)، وهو ما من شأنه تيسير عملية تقديم الطعون لا سيما إذا كان المعنيون بالأمر يقيمون خارج إقليم المصلحة المتعاقدة¹.

ثالثاً: نطاق الطعون الخاصة بالتسوية الإدارية لمنازعات إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية

تتمحور تسوية منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن الإبرام في مجالات معينة سواء من حيث المحل والإبرام أو من حيث الأطراف؛

1- من حيث المحل

تنص المادة 1/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، على أنه: "... يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الإستشارة، أن يرفع طعناً لدى لجنة الصفقات المختصة". يستفاد من نص المادة أعلاه أنّ المنظم الجزائري، أعطى الحق للمتعامل بالطعن في أربعة أنواع من الطعون، تختلف بحسب نوعية المحل الذي تقوم عليه، وتتمثل هذه الطعون في:

أ- **المنح المؤقت للصفقة:** فرض المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إجراء إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد اليومية الوطنية، وفي النشرة الرسمية للصفقات العمومية، وهو عبارة عن إجراء وجوبي وجوهري ناتج عن الإختيار الأولي من قبل لجنة الفتح والتقييم، وهذا من باب إضفاء شفافية أكثر على الصفقات العمومية الإلكترونية. وعليه يتعلق الطعن في المنح المؤقت المتعلق بالصفقة بالإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة بناءً على إقتراح لجنة تقييم العروض أو خلافاً لما إقترحت هذه الأخيرة. ونشير إلى أنّ المعنيين بالطعن في المنح المؤقت للصفقة هم فقط المتنافسين المشاركين في طلب العروض والذين لم يتم إختيار عروضهم².

¹ رقراقي محمد زكرياء: نزع الصفة المادية عن إجراءات إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة صوت القانون، العدد 01، المجلد السابع، جامعة خميس مليانة، ماي 2020، ص 40.

² النوي خرشى: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 251.

يعتبر الإعلان عن المنح المؤقت إجراء إعلامي بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة للمتعهدين والجمهور عن إختيارها المؤقت وغير النهائي للحائز على الصفقة، وهذا نظراً لحصوله على أعلى تنقيط في العرض المالي والتقني¹، فالإعلان عن المنح المؤقت هو بمثابة إبلاغ المرشحين الذين رفضت عروضهم وتمكينهم من إستعمال حقهم في الطعن، ولا تبلغ في إعلان المنح المؤقت إلاّ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لمن منح الصفقة مؤقتاً، أمّا فيما يخص المتعهدين الآخرين، فإنّه يتعيّن على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت للصفقة، المرشحين أو المتعهدين الراغبين في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية بالإتصال بمصالحها²، ويعتبر الإعلان عن المنح المؤقت وتمكين باقي المتعهدين من الطعن الإداري تكريس لمبدأ الشفافية.

يجب على المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين لممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة أن تبلغ في إعلان المنح المؤقت عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً ورقم تعريفه الجبائي عند الإقتضاء، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة³، ويدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكناً، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكلّ العوامل التي سمحت بإختيار حائز الصفقة العمومية⁴، بإدراج نقاط الإنتقاء المتبعة حسب طبيعة كلّ صفقة وتوضيح معايير الإختيار بدقة، كما يجب أن يتضمن الإعلان "اللجنة المختصة بدراسة الطعن والمهلة القانونية لذلك"⁵.

ب- **إلغاء المنح المؤقت:** وفقاً للمادة 74 من المرسوم الرئاسي 15-247، فإنّ تنازل حائز الصفقة العمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض إستلام الإشعار بتبليغ الصفقة يمكن للمصلحة المتعاقدة من إلغاء المنح المؤقت ومواصلة تقييم العروض الباقية، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة إلغاء المنح المؤقت إذا تعلق الأمر بالصالح العام حسب المادة 73 من نفس المرسوم، ويؤدي قبول طعن قدم ضد الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة إلى إلغاء هذا المنح⁶.

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الأول، مرجع سابق، ص 296.

² المادة 4/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ المادة 3/82 من نفس المرسوم.

⁴ المادة 65 من نفس المرسوم.

⁵ فرقان فاطمة الزهراء وأكرور مريام: الطعن الإداري المتعلق بإبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 407.

⁶ فرقان فاطمة الزهراء وأكرور مريام: الطعن الإداري المتعلق بإبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 404 و405.

يوجه الطعن في إلغاء المنح المؤقت نحو قرار إلغاء المنح المؤقت فقط وليس ضد نتائج إجراء المنافسة أو طلب العروض، والطعن في إلغاء المنح المؤقت، لا يعني إلّا المتنافس الذي تمّ إختياره ثمّ تراجع المصلحة المتعاقدة لسبب ما عن هذا الإختيار دون التراجع عن إجراء طلب العروض كليا، وهذا الأخير يخص صنفين من المتعاملين، وهما؛ المتعاملين الذين شاركوا في طلب العروض في أيّ مرحلة من المراحل ولو تمثلت المشاركة فقط في سحب دفاتر الشروط، والمشاركين الذين تقدمت مشاركتهم في طلب العروض إلى مراحل متقدمة من الإجراء إلى غاية تقييم العروض ولكن قبل المنح المؤقت للصفقة، فإنّ تمّ المنح المؤقت للصفقة، فإنّ المعنيين بالإجراء ينخفض عددهم لينتقل من صنف مجموع المشاركين في الإجراء إلى المتعامل الذي تمّ إختياره فقط¹.

ت- عدم الجدوى: يكون في حالة المنافسة غير المجدية، وقد كرس هذا الإجراء بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، وقد أدرجت المادة 2/40 منه حالات عدم الجدوى، والتي نصت على أنّه: "يعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم إستلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض، عن مطابقة أيّ عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات". هذا وقد حدّدت المادة 7/52 من نفس المرسوم، حالات عدم الجدوى في التراضي بعد الإستشارة، بنصها: "عندما تلجأ المصلحة المتعاقدة مباشرة للتراضي بعد الإستشارة ولا تستلم أي عرض أو أنّه لا يمكن، بعد تقييم العروض المستلمة إختيار العروض المستلمة، إختيار أي عرض، تعلن عدم جدوى الإجراء".

يستفاد من نص المواد أعلاه أنّ عدم جدوى طلب العروض لن يتأتى إلّا في حالات محدّدة حصرا، تتمثل في:

- لا يتم إستلام أيّ عرض،
- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أيّ عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط،
- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات،
- عدم إستلام أي عرض في التراضي بعد الإستشارة،
- عدم إمكانية -بعد تقييم العروض المستلمة- إختيار أيّ عرض.

¹ النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 251.

ث- إلغاء الإجراء: يمكن إلغاء إجراء إبرام الصفقة حسب نص المادة 1/82 و5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك في أي مرحلة من مراحل الإبرام، حتى ولو تم إختيار الحائز على الصفقة والإعلان عن المنح المؤقت من قبل المصلحة المتعاقدة، ولكن قبل المصادقة على الصفقة، وعلى المصلحة المختصة تسبب هذا القرار، ولم يحدّد المشرع الحالات التي تؤدي إلى إلغاء إجراء إبرام الصفقة، مكتفياً بمنح إمكانية الطعن فيها من قبل المتعهدين أمام الجهة المختصة، وبهذا يكون قد ترك للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في تحديد الحالات التي تتطلب إلغاء إجراء الإبرام¹.

يمكن تحديد بعض حالات إلغاء إجراء الإبرام والمتمثلة في:

- عدم تحديد الحاجات بدقة التي من أجلها أبرمت الصفقة.
- ظروف إستثنائية تمنع التنفيذ العادي للصفقة أو تغيير المعطيات التقنية والإقتصادية للخدمة محل طلب العروض².
- لدواعي المصلحة العامة، كأن يصبح موضوع الصفقة غير مجدي.
- بسبب تجاوز العروض المقدمة لمبلغ الميزانية الممنوح للصفقة.
- في حالة وجود منازعة أي تقديم شكوى مؤسسة من أحد المنافسين³.

2- من حيث كيفية الإبرام

حدّدت المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247، طرق إبرام الصفقة العمومية، حيث نصت على أنه: "تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفقاً لإجراء التراضي"، واقتصرّت المادة 82 من نفس المرسوم إمكانية الطعن الإداري على إجراء طلب العروض بمختلف أشكاله - طلب عروض مفتوح، طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب عروض محدود والمسابقة- وكذا أسلوب التراضي بعد الإستشارة، بإعتبار أنّ هذه الأشكال تتضمن منافسة متعاملين إقتصاديين، أي تحمل طابع تنافسي في إبرام الصفقة، وعليه لا يمكن الطعن في حالة التراضي البسيط، ذلك أنّه إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، وباقي المتعاملين الإقتصاديين لا يتمتعون بالصفة القانونية المطلوبة.

¹ فرقان فاطمة الزهراء وأكرور مريم: الطعن الإداري المتعلق بإبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 405.

² راجع المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ فرقان فاطمة الزهراء وأكرور مريم: الطعن الإداري المتعلق بإبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 405 و406.

3- من حيث الأطراف

يقدم الطعن من قبل المترشح أو المتعهد، فلا يجوز للغير الذين لا تتوفر فيهم صفة المتعهد أو المترشح ممارسة حق الطعن. فالشخص المقدم للطعن الإداري سواءً كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ملزم باحترام قواعد معينة حددها المشرع الجزائري بموجب المادة 2/82 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي تنص على أنه: "يجب على المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن..."، وعليه يجب على الطاعن اكتساب صفة المتعهد، أي يجب تقديم الطعن من المتعهد فقط، فهذا الأخير هو من قدم عرضاً للمصلحة المتعاقدة يتعلق بموضوع الصفقة، أو تمت إستشارته من قبل المصلحة المتعاقدة وفق ما نصت عليه المادة 10/52 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247، وبالتالي كل من لم يقدم ترشحاً ليس له الحق في الطعن أمام الجهة المختصة، فالمتعاملون الإقتصاديون الذين لم يقدموا عروضاً ليس لهم الحق في إستعمال آلية الطعن الإداري ولو كان سبب تخلفهم راجع للمصلحة المتعاقدة، كرفض أعوانها إستلام العرض أو عدم تمكين المتنافسين من الوثائق اللازمة لدخول المنافسة، أو عدم إحترام الأجال المحددة لتقديم العروض. كما يجب أن يكون الطعن فردياً وليس جماعياً لإستعمال المشرع صيغة الفرد هذه المادة 1/82، "يمكن للمتعهد الذي يحتج على..."، ويجب أن تتوفر في الطاعن الشروط الواردة في المادة 13 ق إ م إ، والمتمثلة في الصفة والمصلحة القائمة أو المحتملة وأنه يمكن للطاعن أن يرفع تظلمه بنفسه أو بواسطة وكيل أو محامي¹.

4- من حيث الميعاد

يعرف الميعاد على أنه تلك الفترة الزمنية المحددة قانوناً لرفع الطعن الإداري وقبوله من الجهة الإدارية المختصة وهذه الفترة الزمنية المحددة قانوناً هي تلك المدة الواجب مراعاتها لحماية المراكز القانونية وإستقرار الأوضاع².

¹ فرقان فاطمة الزهراء وأكرور مريم: الطعن الإداري المتعلق بإبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 402 و403. أيضاً، هزيل جلول: "المنح المؤقت (جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية)"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، العدد 02، المجلد الأول، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2016، ص 20.

² رحمانى راضية: النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2017، ص 51.

يختلف إنطلاق الأجل لحساب ميعاد الطعن بحسب طبيعة القرار الإداري محل الطعن، حيث يجب أن يرفع الطعن في قرار المنح المؤقت للصفقة في أجل 10 أيام ابتداءً من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت سواءً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في الصحافة أو في البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، وقد أخذ المنظم الجزائري بالمواعيد كاملة، حيث أنه إذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة وطنية أو دينية أو يوم راحة قانونية أسبوعية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي، بعد إنقضاء هذا الأجل فلا يجوز للشخص اللجوء إلى التظلم¹. أمّا في حالات إعلان عدم الجدوى أو إلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت تلزم المصلحة المتعاقدة بوجوب إعلام المترشحين أو المتعهدين بقراراتها برسالة موصى عليها مع وصل بالإستلام، ودعوة الراغبين منهم في الإطلاع على مبررات هذه القرارات إلى الإتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام ابتداءً من تاريخ إستلام الرسالة، وذلك لتبليغهم بنتائج هذه القرارات كتابياً، ويتعين على الراغبين منهم في الطعن في هذه القرارات مباشرة هذا الإجراء خلال عشرة أيام إنطلاقاً من تاريخ إستلامهم رسالة الإعلام².

أوجب المنظم في إطار تسهيل إجراءات الطعن على رئيس كلّ لجنة استقبلت خطأً طعناً أن تعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، مع إخبار المتعهد المعني بهذا التحويل، ويجب على اللجنة المختصة عند دراسة هذا الطعن المحول إليها أن تاخذ بعين الإعتبار تاريخ إستلامه الأول من طرف اللجنة غير المختصة³، ويقدم الطعن في المنح المؤقت في حالات المسابقة وطلب العروض المحدود عند نهاية الإجراء⁴.

¹ المادة 2/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² المادة 3/82 من نفس المرسوم.

³ المادة 6/82 من نفس المرسوم.

⁴ المادة 7/82 من نفس المرسوم.

الفرع الثاني: جوازية الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية

خولت المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، للمتعهد ممارسة حق الطعن أمام لجان الصفقات العمومية، ويكتسي هذا الطعن صفة الجواز لا الإلزام، ويستفاد ذلك من عبارة "يمكن للمتعهد"، أي أنّ المتعهد يستطيع تجاهل مرحلة الطعن الإداري المسبق لعدم إجباريتها، واللجوء إلى القضاء لمخاصمة القرارات المتخذة أثناء مرحلة الإبرام مباشرة دون اللجوء إلى اللجان المختصة¹.

يعدّ الطعن الإداري المسبق جوازيًا بالنسبة لصفقات المتعامل المتعاقد، وهو وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية، وبالتالي يمكن للمتعهد الذي يحتج على إختيار الإدارة اللجوء إلى الطعن قبل اللجوء إلى تحريك الدعوة القضائية، كما يمكنه عدم اللجوء إليه².

ينسجم إتجاه تنظيم المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، في إعتبار الطعن الإداري جوازيًا، مع أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يستفاد هذا من خلال نص المادة 1/830 ق إ م إ، والتي تنص على أنه: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829". فعبارة "يجوز" تدل على الجوازية والإمكانية وليس الإلزام والوجوب.

يستفاد أيضا من نصوص المادة 815 ق إ م إ وما يليها، عدم وجود شرط النظم المسبق كشرط من شروط رفع الدعوى³.

¹ للتفصيل في الموضوع أكثر راجع؛ رحمانى راضية: النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 50.

² عليوات ياقوتة: تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية في الجزائر)، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة (2008 - 2009)، ص 158. أيضا، في نفس المعنى، هزيل جلول: "المنح المؤقت (جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية)"، مرجع سابق، ص 19.

³ راجع المواد 815 وما يليها من القانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

الفرع الثالث: إختصاص لجان التسوية الإدارية الخاصة بالطعن الإداري في مرحلة

الإبرام وتشكيلاتها

تحيلنا المادة 7/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، للجان المختصة بتسوية منازعات الطعن في مرحلة الإبرام وذلك في المواد 171 و173 و174 و185. جاءت هذه المواد تحت عنوان إختصاص لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة وتشكيلها.

أولاً: اللّجنة الجهوية للصفقات

تختص اللجنة الجهوية للصفقات، ضمن حدود المستويات في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 وفي المادة 139، حسب الحالة، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية. وتتشكل اللّجنة من؛ الوزير المعني أو ممثله رئيساً، وكذا ممثل المصلحة المتعاقدة، بالإضافة إلى ممثلين إثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، وممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الإقتضاء، وكذا ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، هذا وتحدد الهياكل التي يسمح لها بإنشاء هذه اللجنة بموجب قرار من الوزير المعني¹.

ثانياً: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهياكل غير الممركز للمؤسسة

العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري وتشكيلاتها

تختص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهياكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، بدراسة مشاريع دفتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بهذه المؤسسات، وتتشكل اللجنة من؛ ممثل عن السلطة الوصية، رئيساً، والمدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله، ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)، وكذا ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال أو ري) عند الإقتضاء، بالإضافة إلى ممثل عن

¹ المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الوزير المكلف بالتجارة. على أن تحدّد قائمة الهياكل غير الممركزة للمؤسسات العمومية الوطنية المذكورة، بموجب قرار من الوزير المعني¹.

ثالثاً: اللجنة الولائية

تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع:

- دفتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير تلك المذكورة في المادة 172، ضمن حدود المستويات المحددة في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 وفي المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.
- دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات.
- الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247. وتتشكل اللجنة من؛ الوالي أو ممثله، رئيساً، وممثل المصلحة المتعاقدة، ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي، وكذا ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، ومدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، بالإضافة إلى مدير التجارة بالولاية².

رابعاً: اللجنة البلدية للصفقات العمومية

تختص اللجنة البلدية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالبلدية، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها، حسب الحالة في المادتين 139 و173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتتشكل اللجنة من؛ رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيساً، وممثل عن المصلحة المتعاقدة، وكذا منتخبين إثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي، وممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف

¹ المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق

² المادة 173 من نفس المرسوم.

بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، بالإضافة إلى ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الإقتضاء¹.

خامسا: لجنة الصفقات العمومية المحلية والهياكل غير الممركزة

تختص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية والهياكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في المادة 172، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمؤسسة، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها، حسب الحالة، في المادتين 139 و173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتتشكل اللجنة من: ممثل السلطة الوصية، رئيسا، والمدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله، وممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية، وكذلك ممثلين إثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، بالإضافة إلى ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، عندما يكون عدد المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد كبيرا، فإنه يمكن للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، تجميعها في لجنة واحدة أو أكثر للصفقات العمومية، ويكون المدير أو المدير العام للمؤسسة العمومية عضوا فيها حسب الملف المبرمج².

يعتبر الطعن الإداري في مرحلة الإبرام تجسيدا فعليا لمبدأ الشفافية، حيث يساهم في تدارك الأخطاء المرتكبة من طرف المصلحة المتعاقدة قبل البدء في تنفيذ الصفقة العمومية.

الفرع الرابع: الأثر المترتب عن ممارسة المتعهدين لحقهم في الطعن أمام لجان

الصفقات العمومية

تعدّ لجان الصفقات العمومية مركز إتخاذ القرار فيما يخص الرقابة على الصفقات العمومية الداخلة ضمن اختصاصاتها، وهي في سبيل ذلك تنظر في الطعون المرفوعة أمامها من قبل المتعهدين، وتسري أعمال هذه اللجان وفق النظام النموذجي الذي تصادق عليه اللجنة القطاعية، ويتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي حسب ما نصت عليه المادة 190 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وفي ظل عدم صدور مرسوم تنفيذي يحدّد عمل هذه اللجان، تسري أحكام المادة 218 من نفس المرسوم، وعليه فإن سير

¹ المادة 174 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² المادة 175 من نفس المرسوم.

أعمال لجان الصفقات العمومية تخضع للمرسوم التنفيذي 11-118، المؤرخ في 16-03-2011، والمتضمن الموافقة على النظام الداخلي للجنة الصفقات العمومية¹.

المطلب الثاني: التسوية الإدارية الودية لنزاعات الصفقات العمومية الإلكترونية النتيجة عن التنفيذ

تقتضي المبادئ العامة في تسوية أي نزاع، أن يعمد في المقام الأول إلى آليات التسوية الودية توفيراً للجهد والوقت والمال، نظراً لما تعانیه أغلب دول العالم من طول عمر النزاع القضائي بسبب تعدد الإجراءات وثقلها، وكثرة الطعون وأجالها حفاظاً على مصالح المتقاضين، لذلك حرص المنظم الجزائري على وضع مجموعة من الآليات الودية لتسوية النزاعات الناشئة عن الصفقات².

يعتبر الحل الودي مجهود ذاتي للمصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد دون تدخل أي جهة أخرى، حتى ولو كانت لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة التي لا يأتي دورها إلا بعد هذه المرحلة أي مرحلة التسوية الودية، والتي يستدعيها عدم إتفاق الطرفين على حل ودي³.

تعدّ التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية مبدأ قديم عرفته مختلف قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية. وتعرف التسوية الودية بأنها مجموعة غير محدّدة من الإجراءات لحل المنازعات، حيث يتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه المنازعات⁴. فهي تعبر عن إيجاد حل ودي للنزاعات بإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كلّ طرف من الطرفين أو بالتوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة أو بالحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة⁵.

تنص المادة 153 من المرسوم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، على أنه: "تسوى النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

¹ رحمانى راضية: النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 60.

² علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 899.

³ النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 384.

⁴ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 1079.

⁵ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 208.

يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم إتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشئة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات، هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، حسب الشروط المذكورة أعلاه، للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها.

يجب أن لا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية...".

كرس المنظم الجزائري قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن تنفيذ عقد الصفقات العمومية، متفاديا بذلك النزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول أمد الإجراءات وطول الإنتظار¹. لذلك سنتطرق للتسوية الودية الإتفاقية البحتة (الفرع الأول)، ثم نتطرق للتسوية الودية عن طريق المصالحة أمام اللجنة المختصة (الفرع الثاني).

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 143.

الفرع الأول: التسوية الودية الإتفاقية بمبادرة من المصلحة المتعاقدة

يتضح جلياً من خلال إستقرائنا لنص المادة 153 أنّ المنظم الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن الحل الودي لتسوية المنازعات، يتضح ذلك من خلال إستعماله لقاعدة أمرّة تتجلى من خلال مصطلح "يجب"، حيث ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بالسهر على حسن تنفيذ الصفقة العمومية، وأوجب عليها في هذا الإطار السعي إلى تسوية النزاعات بطريقة ودية لإيجاد حلّ مناسب لكلّ الأطراف تضع به حدّاً لكلّ المنازعات التي طرأت أثناء التنفيذ من أجل ضمان مواصلة التنفيذ، وإحترام آجال التسليم خشية الولوج في نزاعات قضائية تجهل نتائجها، وتكون آثارها كارثية على المشروع¹.

رغم أنّ المنظم الجزائري نص على ضرورة الحل الودي الإتفاقي، إلاّ أنّه لم يوضح الإجراءات المتبعة في حالة الإتفاق بين الأطراف المتعاقدة على الحلّ الودي، حيث نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على حالة عدم الإتفاق فقط، لذلك نرى ضرورة إضافة ذات فحوى المادة 115 من القانون رقم 10-236، الملغى²: "إذا ما تمّ الإتفاق على حلّ النزاع ودياً يتولى الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار مقرر يثبت فيه هذا الإتفاق ويبين طبيعة الإلتزامات الجديدة".

أولاً: تعريف التسوية الودية الإتفاقية

يعتبر الحل الودي مجهود ذاتي للمصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد دون تدخل أي جهة أخرى حتى ولو كانت التسوية الودية للنزاعات المختصة التي لا يأتي دورها إلاّ بعد هذه المرحلة أي مرحلة التسوية الودية والتي يستدعيها عدم إتفاق الطرفين على حلّ ودي³.

يقصد بالحل الودي محاولة إيجاد الحلول لكلّ نزاع يحدث بمناسبة تنفيذ الصفقة قبل اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة، ويعتبر الحل الودي وجهاً إيجابياً لأنه يعطي للإدارة إمكانية مراجعة موقفها للوصول

¹ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 903. أيضاً، رحمانى

راضية: النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 93.

² القانون رقم 10-236، المتعلق بالصفقات العمومية (ملغى)، مرجع سابق.

³ النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 384.

إلى حل للنزاع خارج الإطار القضائي¹.

تعتبر التسوية الودية الإتفاقية عن الوصول إلى حل إتفاقي يرضي طرفي النزاع دون تدخل طرف ثالث في ذلك.

ثانياً: ضوابط التسوية الودية للصفقة العمومية الإلكترونية

تحرص المصلحة المتعاقدة على تحقيق مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإيراد، فالمصلحة العامة تتطلب أن يستمر العقد أو الصفقة مهما حصل من تغييرات أثناء تنفيذها، ولأجل ذلك فقد فرض المنظم على المصلحة المتعاقدة أن تبادر بالتسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية بموجب المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، معلنة عن ضوابط الحل الودي، وتطبيقاً لهذه المادة، فقد خول تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة ممارسة التعديل من أجل أن يتأقلم تنفيذ الأشغال والخدمات العمومية مع التغييرات والتحويلات التي قد تعرفها الظروف الإقتصادية المحيطة بالصفقة العمومية، وتترواح سلطة ممارسة التعديل ما بين تعديلات تكون في الإطار التعاقدية أي بإتفاق الأطراف عليها، وتعديلات تكون خارج الإطار التعاقدية².

أرسى نص المادة 153 السالفة الذكر ضوابط قانونية للحل الودي للنزاع، حيث لم يترك للمصلحة المتعاقدة الحرية المطلقة في مجال التسوية الودية، بل خصها بمجموعة من الضوابط والتي تتمثل في ما يأتي:

1- ضرورة إحترام الإدارة للتشريع والتنظيم المعمول به وعدم مخالفته

كل إتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلاً ولا يُرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه. فالإتفاق يستمد وجوده من مشروعيته³.

¹ بولكور عبد الغني: مداخلة بعنوان: (المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية)، في أعمال الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الإقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، الجزء الثاني، يومي 30 نوفمبر إلى 01 ديسمبر 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تاسوست، جيجل، ص 251.

² رحمانى راضية: النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 93 و94.

³ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 145.

2- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين

تظهر أثناء التنفيذ أحياناً ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر، يجب على الإدارة المعنية حين المطالبة بها أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة وتنصف المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر ودياً دون أن ترهقه باللجوء للقضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي مثلاً. أو أن تنكر عليه هذا الحق خاصة وأن نص المادة 153 جاء واضحاً، حيث أنه يتيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفقاً للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة كل طرف في الرابطة العقدية¹.

3- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة

أكد المنظم الجزائري في المادة 153 على إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به. وهذا الأمر يفرض لا شك الحسم الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ. فكما تم التوصل إلى حل ودي وضبط الإتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمّن تنفيذ العمل موضوع الصفقة، بما يعود بالفائدة على أطراف الصفقة، وعلى الأفراد المنتفعين منها.

4- الحصول على تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة

نظراً للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية، وحتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة إستمرارية الصفقة، فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ الصفقة في آجالها المحددة في العقد. وإذا لم يحدث الإتفاق بين طرفي النزاع على حسمه ودياً، فإنّ المشرع كفل للمتعامل المتعاقد حق عرض النزاع على مستويات أخرى منها اللجوء إلى القضاء².

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 145.

² المرجع نفسه، ص 145 و146.

الفرع الثاني: التسوية الودية أمام اللجنة المختصة الناتجة عن تنفيذ الصفقات

العمومية

يعتبر اللجوء للجنة التسوية الودية إجراءً وجوبي يفرض على الإدارة المعنية بتنظيم الصفقات العمومية، ويفرض على كلّ متعامل متعاقد قبل إحالة النزاع على القضاء. ويجب تكريس هذه الوجوبية في دفتر الشروط الذي تضعه الإدارة بإرادتها المنفردة وتصادق عليه لجنة الصفقات المعنية، ويوقعه المتعامل المتعاقد ويسجل عليه عبارة "قرئ وقبل" طبقاً للمادة 67 ويدرجه ضمن مشتريات العرض التقني¹. فإدراج المصلحة المتعاقدة ضمن دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات قبل كلّ مقاضاة أمام العدالة يجعل من الإجراء ملزماً للطرفين، وبذلك وإن لم يعد التظلم المسبق إجبارياً بنص القانون، فإنّه يصبح إجبارياً على طرفي العقد بمقتضى العقد².

لجنة التسوية الودية للنزاعات هي الجهة المكلفة بالتسوية الودية، وهي لجنة منصبة خصيصاً لتسوية المنازعات التي تطرأ أثناء مرحلة تنفيذ الصفقات لإيجاد حل ودي ومنصف يرضي جميع الأطراف المتخاصمة، وتتكون أساساً من أشخاص أكفاء ولم تربطهم بالصفقة محل المنازعة أية صلة لا في مرحلة إبرامها ولا في مرحلة تنفيذها، ويختلف شكل اللجنة بحسب ما إذا كانت مركزية أو محلية³.

أولاً: تشكيلة اللجنة

تتشأ لدى كلّ وزير ومسؤول هيئة عمومية وكلّ والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين⁴.

1- اللجنة المركزية للتسوية الودية للنزاعات

تختص لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئات العمومية، بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية الوطنية التابعة لها. تتشكل اللجنة كما يأتي:

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 148.

² النوي خرشي: الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 384.

³ بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 208 و 209.

⁴ المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

- ممثل عن الوزير ومسؤول الهيئة العمومية، رئيساً،
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع،
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة¹.

2- اللجنة المحلية للتسوية الودية

تختص لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة. تتشكل اللجنة كما يأتي:

- ممثل عن الوالي، رئيساً،
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع،
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

يعين أعضاء اللجان المختارون نظراً لكفاءتهم في الميدان المعني بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني.

ويمكن رئيس اللجنة أن يستعين على سبيل الإستشارة، بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة.

ويعين رئيس اللجنة مقررًا من ضمن أعضاء اللجنة،

توضع أمانة اللجنة لدى رئيس اللجنة².

تعتبر التسوية الودية من صميم الأعمال التي يمكن أن يتكفل بها من قبل المجتمع المدني والهيئات المنتخبة، ولذلك فمن الغريب أن يسمح بتأسيس هذه اللجان على مستوى الولاية والوزارة وتحرم البلدية من لجنة مماثلة، علماً أن التسوية الودية في حد ذاتها لا تتم إلا بإتفاق الأطراف المتنازعة، وبخصوص تشكيلة اللجان، تخلو اللجان التي سمح النص بتأسيسها من تمثيل المجتمع المدني على كثرة الجمعيات والمتعلق نشاطها بمجالات لا تبتعد عن مجال الصفقات والمشاريع، ولذلك يقترح تعيين ضمن هذه اللجان ممثل أو

¹ البند 1 من المادة 154 من نفس المرسوم.

² البند 2 من المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق. .

ممثلين عن المجتمع المدني، يتعلق نشاط الجمعية التي ينتمون إليها بجوانب قريبة من موضوع الصفقات العمومية وتسيير المشاريع وتصميمها، ويمثل المجتمع المدني العضو الذي تتوفر فيه الكفاءة والإختصاص اللازمين¹. لذلك لا بد من إضافة بند ثالث خاص بلجان التسوية الودية لنزاعات البلدية، ينص على أنه:

"لجنة التسوية الودية للنزاعات في البلدية. تختص بدراسة نزاعات البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها.

تتشكل اللجنة كما يأتي:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيساً،
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،
- ممثل عن المديرية الفرعية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع،
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف،
- ممثلين عن المجتمع المدني".

نظراً لعدم التجسيد الفعلي للجان التسوية الودية التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الوطنيين، أصدر وزير الداخلية والجماعات المحلية تعليمة وزارية رقم 15-2720²، حول موضوع: لجنة التسوية الودية للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقات العمومية. والتي جاء فيها أنه: "تبعاً للمهام التفقيسية التي تمت على مستوى الولايات لوحظ أنّ العديد منها لم تقم لحد الآن بإنشاء لجنة التسوية الودية للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ عقد الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الوطنيين، وهذا طبقاً لأحكام المواد 153 و154 و155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، رغم صدور هذا الأخير منذ خمس (05) سنوات، وأنّ هذا الإجراء من شأنه أن يساهم في تخفيف النزاعات بشأن الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى العدالة.

¹ النوي الخرشى، الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 386.

² تعليمة وزارية رقم 5720، المؤرخة بتاريخ 15 نوفمبر 2020، المتضمن إنشاء لجان التسوية الودية للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية.

وعليه أطلب منكم، إنشاء هذه اللجان، وإلزام المصالح المتعاقدة على مستوى الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية التابعة لهما والمصالح غير الممركزة للدولة، بإدراج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

أخيرا يتعين على مصالحكم، فور إنشاء هذه اللجنة تبليغ نسخة من مقرر إنشاءها إلى كل من المفتشية العامة والمديرية العامة للمالية والوسائل بوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية".

يستفاد من التعليمات أعلاه تدارك وزير الداخلية والجماعات المحلية للتأخر في إنشاء لجان التسوية الودية، رغم النص عليها منذ خمس سنوات، خاصة أنّ إجراء التسوية الودية يعتبر شرطاً قبل اللجوء إلى العدالة، كما يعتبر شرط حتمي يدرج في دفتر الشروط. بل ويعتبر إجراء وقائي تبادلياً للجوء إلى التسوية القضائية.

ثانياً: نطاق إختصاص لجان التسوية الودية لنزاعات التنفيذ في الصفقات العمومية

- يتعلق إختصاص لجنة التسوية الودية حصرياً في النزاعات التي تحدث بين المتعامل المتعاقد والإدارة في مرحلة التنفيذ، حيث لا يمتد إختصاصها لمرحلتها الإبرام وما بعد التنفيذ.

- ينحصر إختصاص اللجنة في النزاعات التي تحدث بين الإدارة المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين الجزائريين دون الأجانب، فلا يمتد إختصاص اللجنة للعنصر الأجنبي، بل يؤول في هذه الحالة الإختصاص لسلطة الضبط المنصوص عليها في المادة 213، وبعدها اللجوء إلى التحكيم الدولي.

ثالثاً: شروط اللجوء إلى لجان التسوية الودية في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية الإلكترونية

ألزمت المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إدراج بند اللجوء للتسوية الودية للنزاعات في دفتر الشروط، على أن يتم ذلك قبل المقاضاة أمام العدالة، ولا يمكن اللجوء إلى هذا الإجراء في حالة التوصل إلى حل ودي إتفاقي بين الأطراف.

1- ضرورة إدراج بند اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات في دفتر الشروط

إشترطت المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ضرورة إدراج بند اللجوء إلى لجان التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقة العمومية، في دفتر الشروط المتعلقة بالصفقات المبرمة مع المتعاملين

الإقتصاديين الوطنيين قبل كلّ مقاضاة أمام العدالة، وبذلك يعدّ من البيانات الإلزامية التي يجب أن ترد في الصفقة، وهو تكريس لمبدأ التسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقة العمومية بعيداً عن القضاء¹.

2- ضرورة البحث عن حل ودي قبل اللجوء إلى لجان التسوية الودية

يعتبر البحث عن الحل الإتفاقي إلزاماً واقعاً على المصلحة المتعاقدة، حيث تلتزم بضرورة إيجاد حل للنزاع وفق ضوابط قانونية كما بيّنا ذلك سالفاً. وعليه، فإنّه قبل اللجوء إلى لجان التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين. يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي مع المتعامل المتعاقد، وذلك ضماناً لإستمرار تنفيذ العقد لتحقيق الصالح العام.

رابعاً: الإجراءات المتبعة أمام اللجنة

تنص المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه: "يمكن للمتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة.

يوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريراً مفصلاً مرفقاً بوثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل إستلام، كما يمكنه إيداعه مع مقابل وصل إستلام.

تدعى الجهة الشاكية من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل إستلام، لإعطاء رأيها في النزاع.

ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل إستلام، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلتها.

وتؤدي دراسة النزاع، في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوماً، إبتداءً من تاريخ جواب الطرف الخصم، لرأي مبرر.

يمكن للجنة أن تستمع لطرفي النزاع و/أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها.

وتؤخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها. وعند تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحاً.

¹ غلاب عبد الحق: "التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، جوان 2018، ص 107.

يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موسى عليه مع وصل إستلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم.

وتبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام، ابتداءً من تاريخ تبليغها برسالة موسى عليها مع وصل إستلام. وتعلم اللجنة بذلك".

أشارت المادة 155 أعلاه، إلى الإجراءات الواجب إتباعها أمام لجنة التسوية الودية المختصة، حيث بينت إمكانية عرض النزاع على هذه اللجنة من أحد أطراف الصفقة سواءً المتعامل المتعاقد أو المصلحة المتعاقدة، بحيث يرسل الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريراً مفصلاً حول النزاع مرفقاً بالوثيقة الثبوتية عن طريق البريد برسالة موسى عليها مع وصل إستلام، أو يمكن إيداعه مباشرة لدى أمانة اللجنة المختصة، ليقوم رئيس اللجنة بدعوى الجهة الشاكية برسالة موسى عليها مع وصل إستلام لإعطاء رأيها في النزاع.

يبلغ الطرف الخصم لرئيس اللجنة رأيه برسالة موسى عليها مع وصل إستلام في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلتها. ويمكن للجنة أن تستمع لطرفي النزاع أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها. حيث تجتمع اللجنة لدراسة النزاع بعد تلقيها شكوى من أحد الأطراف المتنازعة وتدوم مدة الدراسة ثلاثون يوماً تحتسب ابتداءً من تاريخ تلقيها جواب الخصم، وبعد سماع اللجنة للأطراف المتخاصمة وبعد إستنفادها لإجراءات التحقيق اللازمة تصدر رأيها بأغلبية الأصوات، على أن يرجح صوت الرئيس في حالة التعادل، وتبلغ رأيها للأطراف المتخاصمة في أجل أقصاه ثمانية أيام، كما ترسل نسخة منه للجنة ضبط الصفقات وتفويضات المرفق العام¹.

خامساً: مدى إلزامية الحل الصادر عن لجنة التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ عقد الصفقات العمومية

السؤال الذي يطرح نفسه، هو طبيعة الرأي الصادر عن اللجنة، ومدى إلزاميته للأطراف المتنازعة؟ جعل المنظم الجزائري من القرار الصادر عن اللجنة مجرد رأي إستشاري، فإذا قبل طرفي العقد الرأي الصادر عن اللجنة الإستشارية أصبح ملزماً لهما. وإذا لم يقبل به فلا تكون له صفة الإلزامية. لأنّ العبرة في وجوبية النص حسب المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تتمثل في إلزام المصلحة

¹ المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

المتعاقدة بالبحث عن حل للنزاع من أجل المصلحة العامة ومن ثمّ إستمرار المتعاقد في تنفيذ العقد. أمّا حسب نص المادة 155 من نفس المرسوم فإنّه يمكن على سبيل الجواز اللّجوء إلى التسوية أمام اللجنة، إذا رأى طرفاً العقد الحل في ذلك، وعليه يكون الحل الصادر عن اللجنة غير ملزم بإعتباره مجرد رأي إستشاري لا أكثر.

سادساً: مزايا عرض النزاع على لجنة التسوية الودية قبل اللّجوء إلى التسوية القضائية

ينجم عن رفع الشكوى أمام لجنة التسوية الودية المعنية حسب الحال؛ اللجنة الوزارية أو لجنة الهيئة العمومية أو اللجنة الولائية قبل عرض الملف أمام القضاء المختص تحقيق جملة من المزايا بالنسبة لطرفي النزاع وأهمها:

- من حيث الوقت المخصص للجنة التسوية الودية للفصل في النزاع لا يعدّ كبيراً، فقد فرض المنظم على اللجنة أن تحسم في النزاع المعروف عليها خلال 30 يوماً بدءاً من تلقي إجابة الخصم، وهو ما يعني أنّ المنظم حاول بهذا القيد الزمني أن يلزم اللجنة بضرورة عقد إجتماعاتها لمعرفة مصير الشكوى وعمّا إذا كانت ستصل إلى حل يرضي الأطراف، أو أن يدخل النزاع في مرحلة جديدة هي مرحلة التقاضي بعد أن إستجاب المدعي لمضمون المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247، ورفع شكواه أمام لجنة التسوية الودية .

- تحتوي لجان التسوية الودية للنزاعات في تركيبها البشرية على ممثلين يتمتعون بكفاءة في مجال الصفقات حسب وصف المادة 154، ونتيجة لذلك فإنّ النزاع أحيل على هيئة متخصصة تضم كفاءات ذات مؤهلات عالية وخبرة واسعة ومن الراجح أن يجد النزاع حلاً له على يد هذه اللجنة المتخصصة.

- يترتب على حسم النزاع بالطريقة الودية في حال توصل اللجنة المعنية للحل الودي تقادي عرض النزاع أمام هيئات القضاء بما يكلف ذلك من إجراءات طويلة ومن تبعات مالية أيضاً ومن طول مدة الفصل وتعدّد درجات التقاضي أيضاً، وهو ما يعود بالنفع على أطراف النزاع¹.

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 150 و151.

المطلب الثالث: التسوية البديلة لمنازعات الصفقات العمومية الإلكترونية عن

طريق التحكيم الدولي

تحتاج جهة الإدارة أن تقوم أحياناً بإبرام صفقات عمومية مع متعاملين إقتصاديين أجانب بغية تنمية الإقتصاد الوطني وكذا جذب رؤوس الأموال والخبرات الأجنبية، وأثناء تنفيذ هذه الصفقات العمومية قد تتصادم مصالح جهة الإدارة مع مصالح المتعامل الأجنبي المتعاقد معها فتثور بينهما نزاعات قد تؤدي إلى عرقلة تنفيذ الصفقة العمومية وما يمكن أن ينجر عنه من تبعات، لذا حرص المشرع الجزائري على وضع آلية لحل هذه النزاعات بعيداً عن القضاء الرسمي للدولة وذلك باللجوء إلى التحكيم.

يعتبر التحكيم وليداً لإرادة الأطراف وإتفاقهم على عرض منازعاتهم للتحكيم بدلاً من قضاء الدولة، وعليه فإنّ إتفاق التحكيم كأى عقد يحكمه مبدأ القوة الملزمة للعقود النابعة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومفاد هذا المبدأ إلزام أطراف إتفاق التحكيم بعرض نزاعاتهم موضوع الإتفاق على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه، ويعدّ مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود¹.

يعتبر التحكيم في المواد المدنية والتجارية طريقاً بديلاً لحلّ النزاعات، وأصبح معمول به في أغلبية التشريعات. إلا أنّ التحكيم في منازعات العقود الإدارية قد أثار جدلاً فقهيّاً واسعاً وتردداً قضائياً حول مدى جوازه. لذلك نرى أنّ مسألة إستحداث التحكيم كطريق بديل لتسوية منازعات الصفقات العمومية، يعتبر إستثناءً على القاعدة التي مفادها عدم جواز طلب الشخص المعنوي العام للتحكيم في تسوية المنازعات التي يكون طرفاً فيها. لذلك سنحاول الإجابة على بعض التساؤلات التي يطرحها الموضوع؛ منها معنى التحكيم؟ وما هو الدور الذي يلعبه هذا الأخير في حلّ منازعات الصفقات العمومية الداخلية منها والدولية؟ وما هو نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية؟ وعليه سنتطرق لدراسة الإطار المفاهيمي للتحكيم الدولي (الفرع الأول)، ثم نعالج مسألة تكريس التحكيم الدولي في الصفقات العمومية بعد حظره طويلاً (الفرع الثاني)، وبما أننا بصدد معاملات إلكترونية فحبذا لو كانت مسألة فض النزاع تخضع للطابع الإفتراضي لنعالج مسألة التحكيم الإلكتروني (الفرع الثالث).

¹ باسمة لطفي دباس: شروط إتفاق التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص 86.

الفرع الأول: إرساء مبدأ جواز اللجوء للتحكيم بعد حظره طويلاً

عرفت الحضارات القديمة نظام التحكيم، لذلك فهو ليس بالأسلوب الجديد، وقد تطور هذا الأسلوب في النصف الثاني من القرن العشرين، حيث شهد نهضة غير مسبوقه كوسيلة لفض المنازعات¹.

يعدّ التحكيم أقدم وسيلة لجأ إليها الإنسان لفض ما ينشأ بينه وبين أقرانه من نزاعات. رغم أنه في الدولة الحديثة أصبح التحكيم يعتبر طريقاً بديلاً لحل النزاع. إلا أنّ الواقع يثبت أنّ التحكيم سابق الوجود منه على القضاء. حيث ازدهر التحكيم قبل الإسلام عند العرب وبرز العديد من المحكمين وكان لكل قبيلة محكميها².

أقرّ الدين الإسلامي التحكيم كوسيلة فعالة لفض النزاعات، وجاء ذلك في مواضع متعدّدة، حيث جاء في سورة النساء قوله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"³، وقوله أيضاً: "فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَزْبًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا"⁴.

تبياناً مناً للإطار المفاهيمي لنظام التحكيم، كان لزاماً بيان تعريفه، وكذا تحديد أطرافه.

¹ مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 503.

² حسان نوفل: التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة، الجزائر 2010، ص 14.

³ الآية 35 من سورة النساء. نزلت هذه الآية في التحكيم بين الزوجين، وإذا جاز التحكيم في الخلافات بين الزوجين، فإنّ ذلك يدلّ -كما يرى البعض- على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى، فكأنّ الحكم الصادر من المحكم يكون بمنزلة حكم القاضي المعين من قبل الإمام. ولا خلاف بين الفقهاء على جواز بعث المحكمين إذا وقع الشقاق بين الزوجين، أو خيف وقوعه، وقد ذهب البعض إلى أنّ الأمر في قوله "فأبعثوا" يعتبر للوجوب، ولا يصرف عن الوجوب إلاّ بقرينة. راجع؛ نجيب ثابت عبد الله ثابت الجبلي: التحكيم في القوانين العربية، المكتبة الجامعية الحديثة، الإسكندرية (مصر) 2002، ص 26 و27.

⁴ الآية 65 من سورة النساء. قوله تعالى "فلا وربك لا يؤمنون" أقسم سبحانه وتعالى على نفي الإيمان عنهم إلاّ بالإحتكام إليه صلى الله عليه والترفاع إليه، بقوله سبحانه "حتى يحكموه أي يتخذونك حكماً...، ومعنى "يسلموا تسليمًا" أي ينقادوا لأمرك في الحكم وقضائك. نجيب ثابت عبد الله ثابت الجبلي: التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 27.

أولاً: تعريف التحكيم

زادت أهمية التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات عموماً في الآونة الأخيرة، نظراً لتشعب العلاقات التجارية الدولية ولما يتسم به من بساطة وسرعة في الإجراءات. ويعتبر التحكيم نظاماً بديلاً للقضاء الرسمي، وهو وسيلة قانونية إتفاقية خاصة لحل المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة، فإختيار هذا الطريق لا يكون إلا بإرادة حرة سليمة تتضمن الإتفاق المسبق كتابة على رغبتهم في اللجوء إلى التحكيم وإنهاء منازعاتهم بواسطته، وقد يكون الإتفاق على التحكيم ضمناً حين يقبل الأطراف الإلتزام بشروط عقد نموذجي ويكون هذا النوع متضمناً لشرط التحكيم¹.

1- المعنى اللغوي للتحكيم

يقصد بالتحكيم لغة من الحكم (بالضم) أي القضاء وهو جمع أحكام، ويقال حكم عليه بالأمر حكماً وحكومة، وحكمة إلى الحاكم: عاداه وخاصمه، وحكمه في الأمر تحكماً أي أمره أن يحكم فإحتكم، وتحكّم أي جاز فيه حكمه². فهو إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير، لهذا يقال حكم الخصمان فلان إذا جعل له النظر في منازعتهم، فالتحكيم معناه التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكّم حكماً وأحكّمه فصار محكماً بماله، تحكماً إذا جعل إليه الحكم فيه فإحتكم عليه ذلك. وحكّمه فيما بينهم أي أمره أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكماً فيما بينهم³.

2- التعريف الإصطلاحي للتحكيم

لا يختلف المعنى الإصطلاحي عن المعنى اللغوي الذي يفيد إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الغير. فالتحكيم إصطلاحاً معناه إتخاذ الخصمين شخصاً آخر حاكماً برضاها ليفصل في خصومتها ودعواها⁴. فهو إتفاق الأطراف على إقصاء خصومة معيّنة عن القضاء وعرضها على محكمين ليحكموا فيها وفق

¹ لزهري بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص 14.

² مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، باب الميم فصل الحاء، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت (لبنان) 2005، ص 1095.

³ أحمد حسان مطاوع: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص 19. أيضاً، علاء محي الدين مصطفى أبو حمد: التحكيم في عقود منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 21.

⁴ إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 21.

قانون العلاقة القانونية محل النزاع¹. وهو الوسيلة القانونية التي بمقتضاها يتفق الأطراف على طرح النزاع الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ في المستقبل، بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية، على شخص أو أشخاص معينين للفصل فيه دون المحكمة المختصة بنظر النزاع²، وعرف على أنه وسيلة فنية لفض النزاع الدائر بين طرفين أو أكثر من قبل محكم أو محكمين تخول لهم سلطة الفصل في إتفاق التحكيم، فيجب عليهم أن يفصلوا في النزاع على أساسه بدون تدخل من جانب الدولة في هذه المهمة. وكذا الإبتعاد عن الإجراءات الشكلية الموجودة في القضاء³. فهو الحكم في المنازعة بواسطة أشخاص يتم إختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين، وذلك بموجب إتفاق⁴.

3- التعريف القانوني للتحكيم

عرف المشرع الفرنسي التحكيم بموجب المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: "التحكيم إتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود باخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم". من خلال إستقراءنا لنص المادة نلاحظ أنّ هذا التعريف يخص مشاركة التحكيم وكأنّ المشرع إستثنى من التحكيم المنازعات التي نشأت قبل النزاع. أمّا المشرع التونسي فقد عرف التحكيم في الفصل 1 من الباب الأول من القانون رقم 42 لسنة 1993⁵، على أنّ: "التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب إتفاقية تحكيم". وعرف إتفاقية التحكيم والشرط التحكيمي والإتفاق على التحكيم، بالإضافة إلى نظام التحكيم بموجب نصوص متفرقة⁶. وهو نفس ما أخذ به المشرع المغربي الذي عرف التحكيم بموجب الفصل 306 من القانون رقم 05-08، الذي يقضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية⁷، على أنه:

¹ جورجى شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر 1999، ص 17.

² أحمد محمد عبد الصادق: المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة السابعة، دار القانون للإصدارات القانونية، مصر 2014، ص 35.

³ RENE David: L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982, P9. Aussi ; Patrice COSSALTER : Règlement amiable des litiges dans les marchés publics (Méthode et cadre juridique), Territorial Editions, Paris 2011, p 108.

⁴ MOTULSKY Henri : Ecrit, Etudes et notes sur l'arbitrage, Edition Dalloz, Paris 1974, p 13.

⁵ القانون عدد 42 لسنة 1993، المؤرخ في 26 أبريل 1993، المتعلق بإصدار مجلة التحكيم.

⁶ راجع الفصل 2 و3 و4 و5 من نفس القانون.

⁷ ظهير شريف رقم 1.7.169، صادر في 19 ذي القعدة 1428، الموافق ل 20 نوفمبر 2007، القاضي بتنفيذ القانون رقم 05-08، القاضي بنسخ وتعويض وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

"يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على إتفاق تحكيم". في حين عرف إتفاق التحكيم وعقد التحكيم وكذا نظام التحكيم بالإضافة إلى شرط التحكيم بموجب نصوص متفرقة¹. ونلاحظ مماثلة تعريف التحكيم في القانون التونسي والمغربي، عكس المشرع الجزائري الذي لم يعرف التحكيم كعقد التحكيم ولا كنظام. بل عرف إتفاق التحكيم بموجب المادة 1011 ق إ م² بنصها: "الإتفاق الذي يقبل الأطراف عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"، كما عرف شرط التحكيم بموجب المادة 1007 من نفس القانون بنصها: "شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، لعرض النزاعات التي تثار بشأن العقد على التحكيم". أما المشرع الفرنسي فقد عرف شرط التحكيم بموجب نص المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، المعدل بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ 14 مايو 1980 بآته: "الإتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف عقد من العقود على حلّ المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم". وعرف مشاركة التحكيم بموجب المادة 1447 من ذات التقنين بآتها: "عبارة عن عقد يتم بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى محكم، أو عدّة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه".

يستفاد ممّا سلف أنّ الإتفاق التحكيمي هو ذلك الإتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة، بأن يتم الفصل في المنازعة الناشئة بينهم أو المحتمل نشوؤها مستقبلاً، بمناسبة تنفيذ أو تفسير هذه العلاقة عن طريق التحكيم، معنى ذلك أن التحكيم يتم وفق صورتين؛ فقد يتم في صورة بند في أحد العقود يتفق بمقتضاه المتعاقدان على حلّ المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد بواسطة التحكيم، ويطلق على هذا الإتفاق شرط التحكيم، وقد يتفق أطراف نزاع معيّن نشأ بالفعل على حلّه بواسطة التحكيم، وتسمى هذه الصورة من الإتفاقات بمشاركة التحكيم³.

نلمس أنّ المشرع الجزائري عرف مشاركة التحكيم تحت تسمية إتفاق، وهذا خطأ وقع فيه يجب تداركه من أجل ضبط المصطلحات على إعتبار أنّ المشاركة لا تعدّ إتفاقاً، بل هي إحدى صوره. ومن ذلك نجد

¹ راجع كل من؛ الفصل 307 و312، و314 و318 من ظهير شريف رقم 1.7.169 لسنة 2007، القاضي بتنفيذ القانون رقم 05-08، القاضي بنسخ وتعويض وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، مرجع سابق.

² قانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 503.

أنه جعلهما -شرط ومشاركة التحكيم- صور الإتفاق التحكيمي، يتضح ذلك في المادة 1040 ق إ م إ بنصها على أنه: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والنزاعات المستقبلية".

نلاحظ من خلال المواد أعلاه أنّ المشرع الجزائري فرق بين شرط ومشاركة التحكيم في التحكيم الداخلي وعلى العكس من ذلك بالنسبة للتحكيم الدولي حيث لم يفرق بينهما.

عرف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985¹ إتفاق التحكيم بموجب المادة 1/7 بنصها: "هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، على أنه يجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو في صورة إتفاق منفصل".

عرفت إتفاقية نيويورك لسنة 1958² إتفاق التحكيم بموجب المادة 1/2 و2 بنصها:

1- تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الإتفاقية المكتوبة التي تلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت/ أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معيّنة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.

2- المراد بالإتفاقية الكتابية "هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في إتفاق التحكيم الموقع بين الأطراف أو المتضمن رسائل أو برقيات متبادلة".

نلاحظ أنّ كلّ من إتفاقية نيويورك والقانون النموذجي إعتدما فكريا النزاع الواقع والنزاع المحتمل الوقوع، أي أخذًا بشرط ومشاركة التحكيم، وهو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1040 ق إ م إ السالفة الذكر.

نلمس من التعريفات القانونية أنها ركزت في تعريفها على الإتفاق التحكيمي، وليس تعريف التحكيم كنظام، عكس المشرع التونسي والمغربي اللذان عرفا كلّ مصطلح على حدى دون الخلط بينهما، وهذا ما يبعدنا عن التأويل والتفسير، ويوحى على دقة النص وحسن الصياغة.

¹ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985، مع التعديلات التي إعتمدت سنة 2006، منشور على الموقع: www.uncitral.org.

² الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الموافق عليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 88-88، المؤرخ في 12 جوان 1988، ج.ر. عدد 28، صادرة في 13 جويلية 1988، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، ج.ر. عدد 48، صادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

نقترح بدورنا تعريفاً للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية؛ "التحكيم في منازعات الصفقات العمومية هو ذلك الإتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة -المصلحة المتعاقدة والمتعامل الأجنبي- بعرض النزاع الذي نشأ أو سينشأ مستقبلاً، على هيئة تحكيمية دولية -محكم فرد أو هيئة من تشكيلة فردية- للفصل فيه، شريطة الحصول على موافقة مسبقة من الوزير المكلف بذلك، ويصدر أمر بتنفيذه، إذا لم ينفذ طواعية من السلطة القضائية في دولة التنفيذ".

ثانياً: أطراف التحكيم في عقد الصفقة العمومية الدولية

تتميز العقود الإدارية الدولية بالتفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية بين أطرافها، فهذه العقود تبرم بين طرفين غير متكافئين، وهما طرف وطني ويتمثل في جهة الإدارة والتي قد تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها أو الأشخاص المعنوية العامة، وطرف أجنبي قد يكون طبيعياً أو معنوياً. وعدم التكافؤ يرجع إلى جهة الإدارة لتمتعها بسلطات ومزايا استثنائية خاصة، لا تتمتع بها الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، وعلى ذلك تكون جهة الإدارة في مركز أعلى من الشركات الأجنبية ولكن في نفس الوقت نجد نوع آخر من عدم التكافؤ وهو عدم التكافؤ الإقتصادي، فجهة الإدارة غالباً ما تتعاقد مع شركة عملاقة ذات ميزانية ضخمة، مما يجعلها في مركز إقتصادي أضعف¹.

تختلف أهداف أطراف إتفاقية الإستثمار، فإذا كانت الدولة المضيفة تهدف إلى تحقيق التنمية عن طريق جلب رؤوس الأموال الأجنبية، والتكنولوجيا وتشجيع الإستثمارات القادرة على المساهمة في تلك التنمية دون المساس بصلاحياتها السيادية، فالمستثمر الأجنبي يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق الربح.

1- المصلحة المتعاقدة (الإدارة كطرف في عقد الصفقة العمومية الدولية)

تتخذ الدول بالموارد والثروات الطبيعية، إلا أنها تفتقد لرؤوس الأموال والتكنولوجيا، ولأجل تحقيق تنميتها الإقتصادية لجأت إلى الإستثمارات الأجنبية الخاصة وفق أساليب متنوعة، تمثلت أساساً في إتفاقيات أو عقود الإستثمار التي حلت محل الأشكال التعاقدية التقليدية. فالمصلحة المتعاقدة تعتبر طرفاً في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية الدولية، ممثلة في الدولة؛ غير أن مفهوم الدولة كطرف من أطراف العلاقة التعاقدية يختلف في المفهوم الضيق عنه في المفهوم الواسع لها.

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو حمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 38.

لذلك سنتعرض للدولة بالمفهومين الواسع والضيق؛

أ- **الدولة بالمفهوم الضيق:** يقصد بمفهوم الدولة بالمعنى الضيق؛ تلك العقود المبرمة من طرف الدولة فقط، وتستنثي من ذلك العقود المبرمة مع المنظمات الدولية أو تلك التي تبرمها الهيئات السياسية والإدارية. والدولة في هذه الحالة طرف مباشر في العقد، تقوم بإبرام العقد بنفسها، من خلال ممثليها، مع طرف أجنبي فهي تتدخل كشخص من أشخاص القانون الدولي¹.

ب- **الدولة بالمفهوم الواسع:** تعني عقود الدولة وفق هذا المعنى؛ تلك الإتفاقات التي تبرمها الأجهزة أو الهيئات نصف العامة ونصف الخاصة، التي تتصرف لحساب الدولة لكن لها شخصية قانونية متميزة. ومن الأجهزة القانونية المستقلة التي تعمل لحساب الدولة تلك التي توجد في الدول المنتجة للبترول، والتي تعتبر هيئات تجارية يقسم رأسمالها إلى أسهم ولها طبيعة عمومية، كما أنّ جهازها المسير يوضع من قبل السلطات العامة، بالإضافة إلى أنّها تتعهد في عقودها بأن تعمل لحساب الدولة².

2- المتعامل الأجنبي المتعاقد مع جهة الإدارة

أكدت الفقرة الأخيرة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنّ المشرع إقتصر جواز لجوء المصالح المتعاقدة إلى التحكيم في المنازعات التي تطرأ مع المتعاملين الأجانب فقط. بمفهوم المخالفة للمادة؛ أنّ المتعامل الوطني مستبعد من التحكيم. وهذا ما أكدته المادة 154 من نفس المرسوم، أين أحالت تسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة مع المتعاملين الوطنيين إلى لجنة التسوية الودية. والطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارة قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً؛

أ- **تعاقد الإدارة مع شخص إعتباري أجنبي:** الشخص الإعتباري هو كلّ مجموعة من الأشخاص الطبيعية التي تستهدف تحقيق غرض مشترك وكلّ مجموعة من الأموال ترصد من أجل تحقيق غرض معيّن، ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية التي تجعلها أهلاً لإكتساب الحقوق، وتحمل الإلتزامات، وتجعل لها ذمة مالية مستقلة، حتى تمكنها من مزولة نشاطها بصفة مستقلة عن شخصيات وأموال الأشخاص الطبيعيين المكونين لها، والوضع الغالب لها هو أن تتعاقد جهة الإدارة مع الأشخاص الإعتبارية

¹ إقلولي محمد: النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار " التجربة الجزائرية نموذجاً"، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة، فرع

القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو (د ذ ت م)، ص 143.

² المرجع نفسه، ص 148 و 149.

الخاصة أيّاً كان نوعها، فقد تكون مجموعة شركات متعدّدة الجنسيات، أو تكون شركة واحدة مملوكة لشخص واحد¹.

ب- تعاقد الإدارة مع شخص طبيعي أجنبي: يحق للشخص الطبيعي أن يكون طرفاً من أطراف الصفقة ذات البعد الدولي، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي جاء فيها: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصاً أو عدّة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما هو محدد في المادة 81". وتضيف المادة 3 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة²، على أنّه: "يقصد في هذا الأمر بما يأتي: أ- المؤسسة: "كلّ شخص طبيعي أو معنوي أيّاً كان طبيعته يمارس بصفة دائمة، نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات...".

غير أنّ الشخص الطبيعي حرم بنص القانون من أن يكون طرفاً في عقد الصفقات الدولية، حيث نجد المادة 40/5 من قانون المحروقات³، تنص على أنّه: "يقصد بالشخص كلّ شخص معنوي أجنبي وكذا كلّ شخص معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام الجزائري، تتوفر لديه القدرات المالية و/أو التقنية المطلوبة بموجب هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتنفيذه.

وبالنسبة لنشاطات البيع بالتجزئة، فإنّ مفهوم الشخص يتضمن الشخص الطبيعي...".

يستفاد من نص المادة أعلاه؛ أنّ المشرع الجزائري أقصى الشخص الطبيعي من الصفقات الدولية للبحث والتنقيب عن البترول، لما تتطلبه من إمكانيات ضخمة وقصر إمكانية مشاركته فقط على البيع بالتجزئة لهذه المادة، على أساس إمكانية قيامه بهذه المهمة⁴.

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 93.

² الأمر 03-03، المعدل والمتمم بقانون رقم 10-05، المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

³ قانون رقم 05-07، المؤرخ في 28 أبريل 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم، ج ر عدد 04، صادرة سنة 2005.

⁴ للتفصيل أكثر راجع، علاء عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 70 وما يليها.

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقد الصفقة العمومية الدولية

يلعب التحكيم دوراً فعالاً في حسم المنازعات التي تنبثق عنها عقود الإستثمار، إلى درجة القول أنه بمثابة القضاء الطبيعي في هذا المجال، وليس الطريق البديل له. فإختيار الأطراف في هذه العقود اللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم يرجع إلى أسباب عدّة؛ يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات هذه العقود، كما يتعلق البعض الآخر بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للإستثمار.

أولاً: تناسب مزايا التحكيم وطبيعة عقود الإستثمار

تتميز عقود الإستثمار بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة أطرافها المتمثلة أساساً في الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية. وكذلك محل العقد، حيث يتعلق العقد بمشروع ضخم يستغرق عدّة سنوات لتنفيذه ويكلف أموال باهضة، لذلك يتطلب الإستثمار خبرات فنية عالية.

جعلت مزايا نظام التحكيم المستثمرين يتمسكون بالتحكيم كآلية فعالة لفض نزاعاتهم، لذلك سنبين كل من السرعة والسرية والإبتعاد عن الشكلية كمبررات للجوء إلى التحكيم كآلية بديلة لفض المنازعات؛

1- السرعة في الإجراءات

يتميز التحكيم بسرعه في الفصل في النزاع وملائمته للتطورات التي تتميز بها التجارة الدولية، ويرجع ذلك إلى بساطة إجراءات التحكيم ونهائية الحكم الصادر فيه، وعدم قابليته للطعن بأيّ طريق من الطرق¹، لذلك تحرص مختلف التشريعات وكذا الإتفاقيات الدولية وأنظمة ومراكز التحكيم، على تحقق ميزة السرعة في فض النزاع عن طريق تحديد آجال قصيرة لسير التحكيم.

يتميز التحكيم بمرونة تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت، بحيث أنّ هذه السرعة لا تتوافر في النظم التقليدية التي تتنافى مع سرعة الفصل وبالتالي تبقى الإستثمارات والمبالغ النقدية الكبيرة مجمدة في إنتظار صدور حكم القضاء، ومن ثمّ تكون الخسارة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاع، لأنّ المحكم لا يتقيّد بإجراءات التقاضي ومواعيدها، وبالتالي يتفادى البطء فيها، كما أنّ المحكم متفرغ للنزاع

¹ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 287.

المعروض عليه على عكس القاضي الذي تعرض عليه قضايا كثيرة¹. ضف إلى ذلك أنّ المحكم يكون عادة من أهل الخبرة في موضوع النزاع - خاصة عندما يثير مسائل علمية أو فنية - أو يكون على إطلاع بالأعراف والعادات والممارسات المهنية التي تحكمه، لذلك فهو لا يضطر عادة إلى تكليف خبير، ومن ثمّ يمكنه إختصار الوقت. بينما القاضي لا يستطيع الفصل في مثل هذا النوع من المنازعات إلاّ بعد إنتظار الوقت الذي يحتاج إليه الخبير، بالإضافة إلى عدم تمكنه من الإعتماد على معلوماته الفنية أو الشخصية بالموضوع². وتتحقق السرعة في التحكيم الإلكتروني بصورة فعالة ويعدّ ضمانه حقيقية لفض منازعات الصفقات العمومية الإلكترونية بأقصى سرعة ممكنة. فإذا كانت السرعة ميزة التحكيم مقارنة بالقضاء. فإننا نرى أنّها تتحقق أكثر في التحكيم الإلكتروني مقارنة بالتحكيم التقليدي، نظراً لإستعمال الوسيط الإلكتروني في ظل الغياب المادي لأطراف العلاقة التعاقدية.

2- سرية التحكيم

تعتبر مسألة الرغبة في الحفاظ على سرية المنازعة ووقائعها ضمانه حقيقية للخوض في مجال التحكيم بدلاً من القضاء، فاللجوء إلى التحكيم يضمن للخصوم تحقيق هذه الرغبة لأنّ جلساته تتم في سرية، بينما الأصل في جلسات القضاء هو العلنية³.

يرجع سبب إختيار الأطراف في منازعات عقود الإستثمار للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات إلى ما يتميز به التحكيم من سرية. فجلسات التحكيم غير العلنية وعدم نشر الأحكام تعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم، فالأطراف في عقود الإستثمار يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم نظراً لما قد تؤدي إليه العلنية من زعزعة المراكز الإقتصادية. وذلك لإقتناعهم أنّ السرية تحدّ من تضخم النزاع، وتحافظ على سمعتهم التجارية في المجتمع الدولي، وتأكيداً لذلك نجد أنّ جلسات التحكيم تقتصر على المحكمين وأطراف النزاع

¹ صبري محمد الراعي - رضا السيد عبد العاطي: التحكيم في مصر والبلاد العربية، المجلد الأول، شرح وتعليق على قانون التحكيم المصري بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، الشرق الأوسط للإصدارات القانونية، مصر 2015، ص 21. أيضاً، ممدوح عبد العزيز العنزي: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، النتائج والأسباب (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2006، ص 22. حسين فريجة: مداخلة بعنوان: (أثر التحكيم في عقود الإستثمار الدولي)، في أعمال الملتقى الدولي المعنون ب "الطرق البديلة لحل النزاعات"، يومي 6 و7 ماي 2014، جامعة الجزائر 1، ص 249 و250.

² ممدوح عبد العزيز العنزي: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي...، مرجع سابق، ص 22.

³ المرجع نفسه، ص 23.

وربما الخبراء والشهود في بعض الأحيان، على عكس الأمر في جلسات المحاكمة التي تتم أمام الجمهور¹. لذا يحرص الأطراف على اللجوء إلى مراكز التحكيم المتخصصة التي تفصل بشكل سري ولا تنتشر من الأحكام إلا مبادئها، ودون ذكر أسماء الأطراف².

يختلف تحقق السرية في التحكيم حسب طبيعة التحكيم هل هو تقليدي أم إلكتروني، فإن تحققت السرية في التحكيم التقليدي، فإن ذلك أمر غير مضمون في التحكيم الإلكتروني، نظراً لتفشي جرائم المعلوماتية من قرصنة وإختراق وتجسس ودخول غير مشروع، بالإضافة إلى الإلتلاف والتزوير. لذلك لا بد من ضمان حماية قانونية للنظام والبرنامج المعلوماتي منذ بداية الخصومة التحكيمية إلى غاية إصدار الحكم التحكيمي.

3- طغيان مبدأ سلطان الإرادة على الحكم التحكيمي

يتضح جلياً أنّ الرسمية والشكلية التي يميّز بها القضاء لا وجود لها في نظام التحكيم، لأنّه يتميز بإجراءاته البسيطة البعيدة عن التعقيد³. حيث يعطي التحكيم للخصوم إمكانية مناقشة نزاعهم بلغة فنية مرنة أو عادية، دونما حاجة للغة قضائية وما تتسم به هذه الأخيرة من تعقيدات، حيث أنّ المعالجة التحكيمية للنزاع تتسم بالحرية والسعة، على عكس المعالجة القضائية لذات النزاع الذي يتسم بالتعقيد والتقييد⁴.

تَحَرُّزُ التحكيم من القيود والقواعد القانونية المعقّدة مع ضرورة إحترام المبادئ الأساسية للتقاضي؛ كإحترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم وإحترام مبدأ الوجاهية المتمثل في حق الخصوم في الإطلاع على كلّ ما هو متواجد في ملف النزاع وحق مناقشته والتعليق عليه. هذا مع إعطاء المحكم حرية التحرر من الإجراءات المعقّدة؛ يعني أعمال مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بمسألة مكان التحكيم ولغته وكذا القانون

¹ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 287. أيضاً، منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2010، ص 6. صبري محمد الراعي - رضا السيد عبد العاطي: التحكيم في مصر والبلاد العربية، مرجع سابق، ص 24 و 25. حسين فريجة: مداخلة بعنوان: (أثر التحكيم في عقود الإستثمار الدولي)، مرجع سابق، ص 250.

² صبري محمد الراعي - رضا السيد عبد العاطي: التحكيم في مصر والبلاد العربية، مرجع سابق، ص 24 و 25.

³ المرجع نفسه، ص 25.

⁴ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 287.

الواجب التطبيق، كلّ هذا من شأنه أن يجعل من نظام التحكيم قضاءً مرناً. وننوه أنّ حرية الأطراف تتوسع في التحكيم الحر، بينما تنقيد وتنحصر في التحكيم المؤسسي.

ثانياً: مخاوف المتعامل المتعاقد الأجنبي من القضاء الوطني للدولة المضيضة

تبرم عقود الإستثمار بين طرفين غير متكافئين، وباعتبار أنّ الدولة أحد أطراف العلاقة التعاقدية. ونظراً لما لها من سيادة. فإنّ المستثمر الأجنبي يبقى في ريبة من أمره. متخوفاً من عدم عدالة القضاء الوطني لتلك الدولة. ومن مساس الدولة بحيادها والتي من شأنها -في نظر المتعامل الأجنبي- أن تؤثر على التوازن الإقتصادي للعقد فضلاً عن إمكانية تأثيرها على القضاء الوطني ليحكم في النهاية لصالحها¹، ما يجعله يتمسك بقوة بالتحكيم كطريق بديل لحلّ النزاعات.

يجب ليتحقق أكبر جذب للإستثمارات الأجنبية اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيضة، توفير الحماية الكافية لتأمين إستثمارات الطرف الأجنبي الخاص، فتشجيع الإستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر، ومن أهم هذه الضمانات توفير ضمانات قضائية حماية لإستثمارته، ويختار عادة المستثمر اللجوء إلى قضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، خاصة وأنّ التحكيم من شأنه أن يبذد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي قلما يكون مصدر ترحيب بالنسبة لهم².

الفرع الثالث: التحكيم في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية باعتبارها عقداً

إدارياً

نظراً للتطور الإيديولوجي والإقتصادي للبلاد، عرفت مختلف النظم القانونية المنظمة للصفقات العمومية تطورات مستمرة وهامة لاسيما ما تعلق منها بتنفيذ الصفقات العمومية وبطرق تسوية منازعاتها، إذ عرفت عدّة أشكال أهمها إستحداث التحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات العمومية، فرغ من الأصل هو

¹ خالد خوخي: التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011-2012، ص 93.

² بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية (دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2009، ص 22.

عدم جواز طلب الشخص المعنوي العام للتحكيم في تسوية المنازعات التي يكون طرفاً فيها، الذي ظل عقود عديدة متمسكاً به لإعتبرات السيادة الوطنية، وذلك حينما أجاز صراحة في المادة 153 منه إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي في المنازعات التي يكون فيها المتعامل المتعاقد طرفاً أجنبياً، وذلك تماشياً مع إعتبرات التنمية ومتطلبات التطورات الإقتصادية الحديثة وكذا تشجيعاً للإستثمارات الأجنبية الخلاقة للثروة، والتي تعدّ الجزائر في أمس الحاجة إليها حالياً، خاصة في ظل تراجع مداخيل المحروقات وإنمائية تأزم الوضع الإقتصادي للبلاد¹.

أصبح التحكيم في العقود المدنية والتجارية من الأمور المستقرة فقهاً وقضاءً، إلا أنّ الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية الدولية، حيث واجه التحكيم في هذه العقود تصلب القضاء الإداري وعدم تسامحه تجاه نزع إختصاصه بالنظر في مثل هذه العقود، ففي فرنسا لم يسلم مجلس الدولة بجواز التحكيم في هذه العقود إلا إذا كان هناك نص تشريعي يجيز ذلك وأن يكون ذلك في حدود النص ونطاقه دون التوسع في تطبيقه أو تفسيره².

الأصل في التحكيم، أنه محظور في مجال القانون العام، ولعل مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مستلهم من الرغبة في جعل الهيئات العامة لا تظهر عدم رضاها عن قضاء الدولة، أو تهمل في الدفاع عن المصالح العامة المكلفة برعايتها والتي يحميها القضاء. بالإضافة إلى أنّ إتفاق التحكيم يمس الإختصاص القضائي الذي ينفرد القانون بتوزيعه بين الهيئات التي تقوم به، كما أنّ الرجوع إلى التحكيم من شأنه المساس بمبادئ القانون الإداري التقليدي، ويخاطر بظهور إجتهادات أخرى تنبثق عن التحكيم الإداري. وإنّ مبدأ حظر التحكيم في منازعات المجال الإداري ليس مطلقاً، وإنّما ترد عليه بعض الإستثناءات التي تهدف أساساً إلى تخفيف تكس القضايا لدى القضاء الإداري، وتقريب التنظيم الإداري من التنظيم التجاري. وإن كانت هذه الأهداف لم تتحقق عملياً إلا قليلاً³. ومن هذه الإستثناءات نجد جوازية التحكيم في عقد الصفقات العمومية. وإن جاز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية التقليدية فمن باب أولى الصفقة العمومية الإلكترونية، التي يكون غالباً أحد طرفيها أجنبياً.

¹ رشيد شمش ومجرالي محمد أمين: "التحكيم كضمان قانوني لإستقطاب الإستثمارات الأجنبية في مجال الصفقات العمومية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية"، العدد الخامس، كلية الحقوق، جامعة المدية، جوان 2018، ص 46.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 205.

³ علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 292.

أولاً: التكريس التشريعي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

نطرح هنا إشكالا، حول موقف النصوص التشريعية من التحكيم في مجال الصفقات العمومية، وتأثير المعيار العضوي على آلية التحكيم في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية؟

أثار الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية جدلاً فقهيًا واسعاً؛ حيث ذهب جانب من الفقه إلى أنّ أشخاص القانون العام لا يجوز لهم إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية واستند في ذلك إلى العديد من التشريعات، بينما ذهب جانب آخر إلى أنّه ليس هناك قاعدة في القانون العام تحظر الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية وأنّ الكثير من التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية قد أجازت الإتفاق على التحكيم في مثل هذه العقود بالإضافة إلى أنّ هناك العديد من أحكام القضاء التي تؤيد هذا الإتجاه¹.

انقسم الفقه المعارض للتحكيم في المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية بين مؤيد ومعارض²، لكن القانون الجزائري فصل في المسألة وتحديداً في نص المادة 975 ق إ م إ. وكذا المادة 3/153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 202.

² اختلفت الرؤى بين مؤيد ومعارض للتحكيم في مجال العقود الادارية؛ فجدد الرأي الأول أقر بعدم جواز التحكيم في العقود الادارية: حيث ذهب رأي من الفقه المصري؛ الى أنّ أهم الخصائص التي تتمتع بها الدول بوصفها كذلك هي خاصية السيادة وهي العنصر الجوهرى في تكوين الشخصية الاعتبارية للدولة، ولما كانت الشخصية الأساسية في شرط التحكيم الذي قد يرد في العقود هو عنصر الرضا فيه، إلا أنّ جانباً من الفقه يرى أنّ ذلك يتعارض مع سلامة الدولة ومصحتها العليا التي هي فوق سلامة القانون، كما أنّ التحكيم قد يمس ببعض الإعتبارات السياسية لها. وكما يرى البعض فإنّ وضع المشكلة يتمثل في مدى جواز معاملة الدولة معاملة الافراد عندما تحاكي هؤلاء الافراد في نشاطاتهم الإقتصادية والتجارية وأن تكون طرفاً في إتفاق تحكيمي دولي مثلهم.

استقر الوضع في فرنسا، على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، فإذا لم يوجد نص تشريعي يجيز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، فإنّه يجوز لها أن تسلك هذا الطريق لتسوية النزاع. كذلك الشأن في مصر، أين اعتبروا محاكم مجلس الدولة هي الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وهذا الأمر قد ورد بنص تشريعي، الأمر الذي يتعيّن ألاّ يخالفه ما هو أدنى من التشريع مرتبة في تدرج القواعد القانونية، وهو ما يمكن تسميته بقاعدة تقابل أو توازي القواعد القانونية أيّ أنّه لا ينسخ التشريع إلاّ تشريع يوازيه في الدرجة أو المرتبة.

أما الإتجاه الثاني فقد أجازوا التحكيم في منازعات العقود الإدارية: حيث ذهب جانب من الفقه إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية، ويرى أنصار هذا الرأي أنّ الوضع في القانون المصري لا يثير شكاً حول جواز أن تكون الدولة أو أحد هيئاتها أطرافاً في إتفاق التحكيم، ذلك أنّ الوضع يختلف في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي الذي يحظر على أشخاص القانون العام إبرام إتفاقات تحكيم، أما في القانون المصري فمع وجود بعض النصوص القانونية وإنضمام مصر=

وجدت الجزائر نفسها مجبرة على إدراج التحكيم كنظام بديل لتسوية منازعات الصفقات العمومية وذلك على اعتبار أنّ المتعامل المتعاقد الأجنبي لا يثق إلاّ في التحكيم الدولي، ويشترط إدراجه في الصفقة المبرمة مع الدولة التي يخاف من انحياز قضائها الرسمي لها في حالة نظره في النزاع المثار بينهما، إضافة إلى جهله في الغالب بقواعد القانون الداخلي لها. لذلك نصت المادة 153 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية على أنه: "ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على إقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة".

يخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية، حسب ماجاء في نص المادة 153 المذكورة أعلاه، وبمفهوم المخالفة للمادة، فإنّه لا يجوز للمتعاملين الوطنيين اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض النزاع، بل هم مستبعدون ليس بمفهوم المخالفة فحسب، بل أكدت ذلك أيضاً المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، والتي نصت على أنّ المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين يتم تسويتها عن طريق لجان التسوية الودية، والتي أصدر بشأنها وزير الداخلية والجماعات المحلية تعليمة وزارية رقم 15-5720، لسنة 2020، من أجل الإسراع في إنشاء لجان التسوية الودية كما بيّنا ذلك سابقاً. وقد نظم المشرع الجزائري قواعد التحكيم في عقد الصفقات العمومية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 975 ق إ م¹ على أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800، أن تجري تحكيمياً إلاّ في الحالات الواردة في الإتفاقيات

= إلى معاهدات دولية تجيز تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار أمام مركز حسم منازعات الإستثمار التابع للبنك الدولي للإنشاء والتعمير ICSID، بمقتضى القانون رقم 70 لسنة 1971، وهو جزءا من التشريع الداخلي للدولة، كما أنه في مجال المعاملات الدولية الخاصة، لا يجوز للدول الإحتجاج بأنّ لها نصوصا التشريعية الداخلية وأنّ الدولة وسائر أشخاص القانون العام ليس لها أهلية إبرام إتفاقات تحكيم، فإنّ ذلك يتنافى مع مقتضيات الحياة الدولية المعاصرة. في حين يرى فريق آخر من أنصار ذات المذهب؛ أنّ ما إتجهت إليه المحكمة الإدارية العليا من رفض التحكيم في العقود الإدارية لا يواكب الحياة الإقتصادية الحديثة، ذلك أنّ مطالب الإستثمارات والتنمية في مصر تقضي عدم الوقوف أمام اعتبارات السيادة الوطنية طالما لا يوجد ما يمس هذه السيادة، خاصة وأنّ العالم لا يفرق في مجال الإقتصاد بين تدخل الدولة في سوق التجارة الدولية وبين الأفراد....، للتفصيل في الموضوع أكثر، راجع محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2003، ص 389 وما يليها.

¹ قانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

الدولية التي صادقت عليها الجزائر أو في مادة الصفقات العمومية". وأكدت هذه المادة بموجب نص المادة 1006 ق إ م إ بنصها: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم،

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

يتضح لنا من المادتين أعلاه جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية. لكن الإشكال الواقع في هذه الحالة هو التعارض الحاصل بين نصوص قانون الإجراءات المدنية الإدارية وبعض النصوص التنظيمية الخاصة؟

كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث الأصل المعيار العضوي كأداة لتوزيع الإختصاص بين جهة القضاء العادي والإداري من جهة، وبين جهات القضاء الإداري ذاتها. وهنا توزعت قواعد الإختصاص النوعي بين قوانين أساسية تمثلت أساساً في قانون مجلس الدولة الصادر بموجب القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتضمن إختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله¹. وكذا القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتضمن المحاكم الإدارية²، واللذين تضمننا تحديد قواعد إختصاص كل من مجلس الدولة وإختصاص المحاكم الإدارية³.

حول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للأشخاص العمومية إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية. لكن إلى أي مدى أثر المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 ق إ م إ على مجال التحكيم في الصفقات العمومية؟

¹ القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، المتضمن إختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 37، صادرة في 1 جوان 1998، معدل ومتمم بالقانون رقم 11-13، المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج ر عدد 43، صادرة بتاريخ 03 أوت 2011.

² القانون رقم 98-02، المؤرخ في 30 مايو 1998، المتضمن المحاكم الإدارية، ج ر عدد 37، الصادر في 1 جوان 1998، معدل ومتمم بالقانون رقم 11-13، المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج ر عدد 43، صادرة بتاريخ 03 أوت 2011.

³ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 170.

نصت المادة 975 ق إ م إ المذكورة سلفاً على أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800، أن تجري تحكيماً إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر أو في مادة الصفقات العمومية". وبالرجوع للمادة 800 من نفس القانون نجدها تنص على أنه: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، وبحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

نستشف من نص المادة 975 ق إ م إ¹، أنها خصت بالذكر الأشخاص المذكورة بموجب المادة 800 من نفس القانون. وبالرجوع لهذه الأخيرة - المادة 800- نجدها قاصرة، حيث خصت بالذكر كل من الدولة والولاية والبلدية وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، في حين نجد أنّ المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نصت على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات،

1- الدولة،

2- الجماعات الإقليمية،

3- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

4- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

نستشف من المواد أعلاه أنّ التحكيم كآلية بديلة لفض منازعات الصفقات العمومية يقتصر على الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهذا يعني عدم إمكانية الجهات الأخرى غير المذكورة في المادة 800 ق إ م إ، والمذكورين بموجب المادة 6 من المرسوم رقم 15-247، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم. وهذا التعارض أثر سلباً على نظام التحكيم كطريق بديل لحل النزاع. لذلك نرى ضرورة تعديل المادة 800 ق إ م إ، للقضاء على التعارض الحاصل وللتوسيع من نطاق التحكيم. حيث تصبح على الشكل الآتي: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

¹ قانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

تختص بالفصل في أول درجة، وبحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

ثانياً: نطاق اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية

يستفاد من نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، السالفة الذكر، أنّ لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التحكيم يكون في حالة المنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب، وأنّ المنازعات الناشئة عن الإبرام لا يؤول إختصاصها للتحكيم، كما إستبعد المشرع المتعاملين الوطنيين، لأنّ التحكيم كآلية بديلة لفض المنازعات يعتبر ضماناً حقيقية لإستقطاب المستثمر الأجنبي ومن ثمّ تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة.

يستفاد من نص المادة 1006 من ق إ م إ، أنّ كلّ شخص يجوز له اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز له التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم. ما يعني أنّ مطلق الإختصاص ينحصر فقط في الحقوق المالية، والتي يكون للشخص مطلق التصرف فيها. وعليه نخلص للقول أنّ المسائل التي تدخل في نطاق التحكيم تتمحور في:

- 1- المتعاملين المتعاقدين الأجانب فقط.
- 2- المنازعات الناشئة عن التنفيذ دون الإبرام.
- 3- التحكيم في الحقوق المالية فقط.

ثالثاً: ضوابط اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية

أورد المشرع الجزائري ضوابط من شأنها تبيان الشروط الواجبة للجوء إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية، والمتمثلة في شرط الحصول على الموافقة المسبقة، وكذا ضرورة عرض النزاع على سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1- شرط الحصول على الموافقة المسبقة من الوزير المعني

حسب الفقرة الأخيرة من نص المادة 153 السالفة الذكر، نجد أنّ المنظم الجزائري، جعل النزاع القائم بين المصالح المتعاقدة، والمتعاملين الأجانب في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية، يؤول إلى هيئة تحكيم دولية وذلك بناء على إقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة. يقابله نص المادة الأولى من القانون رقم 9 لسنة 1997 المصري¹، التي نصت على أن تضاف إلى المادة (1) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994²، فقرة ثانية نصها كالآتي: "بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

يستفاد من النصوص أعلاه، أنّ الشخص المخول بالإذن بالتحكيم من خلال الموافقة عليه، ينحصر في الوزير الذي يدخل النزاع محل التحكيم ضمن الإختصاصات النوعية لأعمال وزارته. وأجاز المشرع المصري لمن يتولى إختصاصات الوزير في الأشخاص الإعتبارية العامة الإذن بتسوية نزاع يتعلق بعقد إداري يعدّ الشخص الإعتباري طرفاً فيه عن طريق التحكيم، وذلك بوصفهم ممثلين قانونيين للأشخاص الإعتبارية العامة. وقد حظر النص على الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه من الأشخاص الإعتبارية تفويض سواهم في الموافقة على تسوية نزاع يتعلق بعقد إداري تحكيمياً، حيث يبطل إتفاق التحكيم في هذه الحالة لصدوره من غير مختص، الأمر الذي يبطل حكم التحكيم المستند إلى هذا الإتفاق الباطل لحدوثه من غير ذي صفة³. ولعل الذي دفع المشرع إلى ذلك هو أنّ التحكيم في منازعات العقود الإدارية غالباً ما يكون بشأن عقود تبرمها السلطة الإدارية مع جهات أجنبية، تتعلق بإستغلال موارد الثروة الطبيعية

¹ القانون رقم 9 لسنة 1997 المصري، المتضمن تعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، صادر بتاريخ 14 مايو 1997.

² قانون رقم 27 لسنة 1994، المتضمن إصدار قانون بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج ر عدد 16، صادر بتاريخ 21 أبريل 1994.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 361 و362. أيضاً، ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 339 و340.

كالبترول، أو إستيراد التكنولوجيا كإقامة المصانع الحديثة، وأهمية مثل هذه العقود وقيمتها المالية لا تحتاج إلى بيان¹.

يثار في هذه الحالة سؤال حول مصير الصفقة التي إتفق على شرط التحكيم بشأن نزاعاتها دون الحصول على الموافقة المسبقة من الوزير المختص؟ وهناك العديد من القضايا التي تخص هذه المسألة².

الموافقة المسبقة من الوزير المعني لا نجد ما يبررها في مجال التحكيم، لماذا؟ ببساطة لأنّ اللجوء إلى إتفاق التحكيم لن يأتى إلا بموجب إتفاقيات دولية تنص على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، لذلك فإنّ هذا الشرط لا مبرر له، على اعتبار أنّ اللجوء إلى التحكيم تحصيل حاصل، حتى مع تخلف شرط الموافقة المسبقة، إعمالاً بنص المادة 27 من إتفاقية فيينا والتي مفادها؛ أنّه لا يجوز للدولة التمسك بقانونها الداخلي تنكراً لإلتزاماتها الدولية، المتمثلة في إنضمامها إلى إتفاقية دولية تجيز التحكيم، والتي يعدّ الإنضمام إليها بمثابة موافقة مسبقة من الدولة على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها دون قيد أو شرط يفرضه القانون الداخلي، على اعتبار أنّ التعامل الدولي تحكمه القواعد الدولية ولا شأن للمتعامل الأجنبي بالقانون الداخلي للدولة³.

¹ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 340.

² نجد حكم محكمة القضاء الإداري المصري في 12 مارس 2000، التي قضت فيه برفض طلب الطرف المدعي بتعيين محكم عن الجهاز التنفيذي لإشترط موافقة الوزير أو من يتولى سلطاته على شرط التحكيم، للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لخلو أوراق من هذه الموافقة.

حكم محكمة القضاء الإداري المصري في 07 مايو 2011، التي إعتبرت موافقة الوزير شرط جوهرى يترتب على مخالفته بطلان شرط التحكيم، وإعتبرتها من النظام العام، يبطل كلّ إجراء جاء بتخلفها، وأنّ عبء التأكد من توفرها موجه لطرفي التعاقد، راجع، بودالي محمد وبرباوي رقية: التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد الخامس، المجلد الثالث، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2018، ص 153.

³ في ذات المعنى؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 361 و362.

تثميناً لهذا الرأي، حكم مركز القاهرة الإقليمي، بقبول شرط التحكيم الدولي، على أساس كونها قاعدة في قانون داخلي لا يمكنها التخلص من شرط التحكيم، كما أنّ المشرع لم يخلف البطلان لعدم توفرها، كما أنّ الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها مصر توجب عليها قبول التحكيم ولو خالف التشريع الداخلي على أساس أنّ المعاهدة أسمى من القانون، بإعتبارها نص خاص يقيد العام. =

2- عرض النزاع على سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

استحدث المنظم الجزائري من خلال أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك بموجب المادة 213 منه والتي تنص على أنه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير، وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات. تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية:"

4- البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الأجانب.

5- يحدّد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي".

في إنتظار تأسيس سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإصدار النصوص التنظيمية المحددة لصلاحياتها وسيرها، تبقى إشكالية التسوية الودية للنزاعات المبرمة مع المتعاملين الأجانب معلقة إلى غاية إتخاذ هذه الاجراءات، والتساؤل المطروح حول المنازعات الناشئة في الفترة المحددة بين صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وعدم صدور النصوص التنظيمية المطبقة له، وزوال الهيئات المختصة بهذه التسوية في المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الملغى، وعلى رأسها اللجنة الوطنية للصفقات ممّا يعطل إعمال المادة 218 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، الممدة للنصوص المتخذة في إطار المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى¹.

= في قضية Framatome ضد هيئة الطاقة الإيرانية؛ حيث رفضت محكمة التحكيم دفع الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية ببطلان شرط التحكيم، وذلك إستنادا لأحكام المادة 139 من الدستور الإيراني، وأسست حكمها على أنّ الإستناد على القانون الوطني لإبطال شرط التحكيم مخالفاً لمبدأ الفاعلية والأثر النافع، فلا يمكن قبول أنّ الأطراف أرادوا خضوع شرط التحكيم كشرط جوهري إلى شرط إرادي يتوقف على الدولة. راجع، بودالي محمد وبرباوي رقية: "التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247"، مرجع سابق، ص 153.

¹ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 902.

3- الإستمرار في تنفيذ العقد

يخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية، معنى هذا أنّ الأطراف المتعاقدة تبقى ملزمة بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، وعليه إذا توقف أطراف العقد عن التنفيذ لا يمكنهم الإلتحاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم، وذلك لما لإستمرار تنفيذ العقد من أهمية، بالنسبة لسير المرافق العامة بانتظام وإطراد، هذا بالإضافة إلى أنّ توقف المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالإلتزامات التعاقدية، على إثر منازعة قامت بينه وبينها، يخولها القانون الحق في فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه دون حاجة إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو القضاء، وذلك وفق ماتملكه من سلطات إستثنائية في مجال تنفيذ عقد الصفقة العمومية¹.

الفرع الرابع: تكريس التحكيم الإلكتروني في منازعات الصفقات العمومية

الإلكترونية

يعتبر التحكيم في صورته التقليدية المعروفة أهم الآليات الرائدة في مجال فض منازعات العقود الدولية، والذي تأثر بدوره بثورة المعلومات والاتصالات حتى أضحى يتم في جزء كبير منه عبر الفضاء الإلكتروني، سواءً تأكيداً لمزايا النظام التقليدي والإستفادة من التطور التكنولوجي، أو تكريساً لآلية جديدة متخصصة في نوع معين من المنازعات الناتجة عن التصرفات الناشئة في الفضاء الإلكتروني الذي كان نتيجة حتمية ومكاملة لظهور التجارة الإلكترونية².

يتوجب علينا بما أننا بصدد التحكيم في الصفقات العمومية الإلكترونية، التطرق للتحكيم الإلكتروني، فإذا كانت العقود الدولية فرضت على أصحابها تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم الدولي، فإنّ إتمام صفقات هذه العقود عبر شبكة الإتصالات الدولية الإلكترونية تفرض تسوية المنازعات الناشئة عنها عن طريق التحكيم الدولي الإلكتروني³.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 366.

² علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 1113.

³ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 242.

أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني في منازعات الصفقات العمومية الإلكترونية

يتجلى التحكيم الإلكتروني في إتفاق الأطراف المتعاقدة على إخضاع منازعاتهم الناشئة أو المحتمل نشوءها عن العقود المبرمة بينهم بوسائل إلكترونية إلى شخص آخر أو هيئة تفصل فيها بموجب سلطة مستمدة من إتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل إتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي¹.

يتم إتفاق التحكيم الإلكتروني غالباً بصفة إلكترونية بواسطة تبادل الرسائل الإلكترونية بين الأطراف المتنازعة، ثم يتم طرح هذا الإتفاق على مركز التحكيم الإلكتروني المختار من خلال تعبئة نماذج إلكترونية خاصة بكل مركز².

يمكننا تعريف التحكيم الإلكتروني في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية بأنه: "الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الإدارة -الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى- لتسوية النزاعات الناشئة أو التي ستنشأ عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، وذلك باستخدام وسائل الإتصال الإلكتروني في مرحلة الخصومة التحكيمية إلى غاية صدور الحكم التحكيمي".

ثانياً: إجراءات التسوية التحكيمية إلكترونياً

تبدأ إجراءات التحكيم الإلكتروني بتقديم طلب لإحدى المراكز الإلكترونية الخاصة بتسوية المنازعات عبر شبكة الإتصالات الإلكترونية، إلا أنه من الأمور المهمة قبل البدء في إجراءات التحكيم هو أن يحدّد المدعي المدعى عليه بشكل دقيق، بالإضافة إلى تحديد موضوع النزاع الذي يرغب الأطراف في إخضاعه للتحكيم، حيث أن هذا الطلب يتطلب عناية فائقة لأنّ تعديله بعد ذلك يخضع للسلطة التقديرية للمحكم³.

¹ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 1113.

² بوديسة كريم: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 20 جوان 2012، ص 11.

³ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 257.

* The American Arbitration Association.

1- التوثيق الإلكتروني للمستندات الملحقة بطلب التسوية بالتحكيم الإلكتروني

يكفل نظام التوثيق الإلكتروني التأكد من سلامة المستندات الإلكترونية المرسلة عبر شبكة الإتصالات الإلكترونية، والمرفقة مع طلب التسوية بالتحكيم، حيث يضمن نظام التوثيق الإلكتروني عدم إمكانية الغش والتحريف في المستندات الإلكترونية الأصلية، وهذا النظام تبنته جمعية التحكيم الإلكترونية الأمريكية (AAA)*، في مشروع القاضي الافتراضي على شبكة الإنترنت- بإعتبارها أحد رواد تسوية النزاعات بالتحكيم الإلكتروني- حيث وضعت نظام التوثيق الإلكتروني في الوثائق أو المستندات الإلكترونية الملحقة بطلب التسوية¹.

2- التبادل الإلكتروني للمستندات في التحكيم الإلكتروني

يتم نظام إرسال وقبول المستندات إلكترونياً في نظام التحكيم الإلكتروني عبر نظام (EDAR) وهو ترجم « System «Electronic Documents Acceptance And Routing»، حيث يسمح هذا النظام بفتح قنوات إتصال بين أطراف النزاع والمحكمة التحكيمية من خلال نظام النافذة الإلكترونية التي يتم من خلالها إرسال مستندات القضية وسداد رسومها. وباستخدام نظام النافذة الإلكترونية يستطيع المحكمون والمحامون على أطراف النزاع، أو أطراف النزاع ذاتهم الدخول على كافة صيغ الدعاوى ملزمين بملء البيانات الموجودة فيها على صفحة الويب ثم يرفق بها « attach» أي ملفات إضافية يحتاج أن ترفق مع صحيفة الدعوى، ويتم وضع هذه المستندات والملحقات في ظرف للبيانات الإلكترونية، الذي يقوم بحفظها فيها، حيث أنّ هذا النظام صمّم خصيصاً لنظام التحكيم الإلكتروني².

3- آليات تبادل المستندات عبر الخط

أ- الحجة القانونية للبريد الإلكتروني في سير العملية التحكيمية: يعتبر البريد الإلكتروني آلية فعالة في سير العملية التحكيمية عبر الخط.

ب- إنشاء موقع إلكتروني خاص بالقضايا التحكيمية: يعدّ إنشاء موقع إلكتروني لكل قضية بمثابة إجراء جوهري لحل النزاع التحكيمي إلكترونياً، وقد إعتبر البعض أنّ موقع القضية بمثابة قلم كتاب المحكمة بالنسبة للقضايا التي تنظر أمام القضاء الوطني، والهدف من إنشاءه هو تمكين المحكّمين من إيداع وتقديم

¹ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 258.

² المرجع نفسه، ص 259.

ما يريدون من مستندات ودلائل ووضعتها لدى الهيئة التحكيمية، كما أنّ هذا النظام يعمل بدون إنقطاع ممّا يعني إمكانية إستلام المستندات في أيّ وقت دون التحجج بأيام العطل، ومواقيت العمل¹.

ثالثاً: شروط رفع دعوى التحكيم إلكترونياً

يستوجب لرفع دعوى التحكيم إلكترونياً جملة من الشروط، تتمحور حول:

1- إستيفاء الصحيفة الإلكترونية للبيانات

تتمحور هذه البيانات في إسم المدعي والمدعى عليه ثلاثياً وعنوان كلّ منهما وموطنه، والمقر الرئيسي لمركز أعماله، وبريده أو عنوانه الإلكتروني، وبيان بالوقائع المؤيدة لإدعاءاته في الدعوى، والمسائل أو النقاط محل النزاع، وكذا الطلبات².

2- تحديد الأشخاص المصرح لهم بالدخول إلى نظام المعلومات

يتمثل الأشخاص المصرح لهم بالدخول إلى نظام المعلومات في؛ المحكمين، وموظفي مركز التحكيم، والمحامين، والخبراء، وغيرهم من الأشخاص الذين لهم علاقة بالدعوى التحكيمية، وذلك بغرض منع الأشخاص الغير مرخص لهم بالدخول من إختراق نظام المعلومات والإطلاع على مستندات الدعوى التي تكون سرية.

3- إستخدام نظام إرسال وقبول المستندات الإلكترونية (EDAR)

يعتبر نظام إرسال وقبول المستندات بمثابة نظام إلكتروني خاص يسمح بالتواصل الإلكتروني بين أطراف النزاع والمحكمين عبر النافذة الإلكترونية.

4- توفر أطراف النزاع على جهاز كمبيوتر متصل بشبكة الإنترنت

يجب أن يكون لدى أطراف النزاع جهاز كمبيوتر متصل بشبكة الإنترنت ويكون موجود عليه برامج مستعرضة للمواقع الإلكترونية، مثل برنامج (Navigator Netscape)، وبرنامج (Net Explorer)، وبرنامج قراءة الملفات (Adobe Acrobat Reader)³.

¹ راجع، بوديسة كريم: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 134.

²⁻³ صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 263.

المبحث الثاني: التسوية القضائية للصفقات العمومية الإلكترونية

تعتبر الدعوى القضائية بمثابة ضمان قانونية يتمتع بها الأفراد ويتمكنون بمقتضاها من اللجوء إلى القضاء طلباً لحماية حقوقهم المعتدى عليها أو لتقرير هذه الحقوق أو للتعويض عن الأضرار التي يلحق بها، فهي وسيلة يضعها القانون تحت تصرف الشخص لإصلاح وضع من الأوضاع بمساعدة السلطة العامة¹. فإذا نجح الخصم أمام القضاء وحصل على هذه الحماية القضائية المتولدة من قيام القاضي بتطبيق القانون على النزاع، فإنّ هذه الحماية القضائية تؤدي إلى تعزيز الحماية القانونية القائمة في القاعدة الموضوعية التي تحمي الحق المعتدى عليه².

تعتبر الدعوى الإدارية الوسيلة أو المكنة التي يخولها القانون للشخص في اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوق مستها تصرفات وأعمال الإدارة وأضرت بها³، وهي بمثابة مجموعة القواعد المتبعة والمطبقة بهدف الوصول إلى حل قضائي للنزاعات التي تقوم بفعل النشاط الإداري، عن طريق الإجراءات القضائية التي تتخذ أمام القضاء الإداري للمطالبة بأثر من الآثار المترتبة عن علاقة إدارية⁴. لكن تتور إشكالية التسوية القضائية الإدارية في نوع الدعاوى المثارة، حيث تختلف مواضيع الصفقة فمنها ما تتدرج؛ في دعوى الإلغاء وأخرى في دعوى القضاء الكامل، كما يمكن رفع دعوى إستعجالية في مرحلتي الإبرام والتنفيذ، لذلك سنتطرق للقضاء الإستعجالي كطريق مستحدث لفض المنازعات الناشئة عن الصفقة العمومية (المطلب الأول)، ثم ندرس قضاء الموضوع من خلال بيان؛ دعوى القضاء الكامل كطريق أصلي في حل منازعات الصفقات العمومية ومن ثم نعالج دعوى قضاء الإلغاء وتحديداً القرارات الإدارية المنفصلة (المطلب الثاني)، ونظرا لدراستنا للمعاملات الإلكترونية للصفقة العمومية، كان لابد من بيان القضاء الإداري الإلكتروني كآلية مستحدثة لفض المنازعات (المطلب الثالث).

¹ عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، مرجع سابق، ص 227.

² خالد ممدوح إبراهيم: أمن الحكومة الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 86.

³ كلوفي عزالدين: نظام المنازعة في الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 82

⁴ عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، (نظرية الدعوى الإدارية)، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 228.

المطلب الأول: القضاء الإستعجالي

تمتاز منازعات المصفقات العمومية عن غيرها من منازعات القضاء الإداري بنوع من الخصوصية، تتجلى في منازعات القضاء الإستعجالي التي خصها المشرع الجزائري بنصوص خاصة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويتمثل الهدف من دراسة القضاء الإستعجالي في مجال المصفقات العمومية في إعطاء المميزات التي تنفرد بها الدعوى الإستعجالية في مجال المصفقات العمومية عن غيرها من الدعاوى، وفي هذا نبيّن نوعي القضاء الإستعجالي، حيث نجد قضاء إستعجالي قانوني يختص بالمرحلة ما قبل التعاقدية (الفرع الأول)، وهناك إستعجال بالطبيعة يخص مرحلة التنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القضاء الإستعجالي القانوني الخاص بمرحلة إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية (الإستعجال قبل التعاقدية)

ابتكر المشرع الأوروبي دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدية، بقصد حماية مبادئ العلانية والمنافسة عند إبرام بعض العقود، ما يعني أنّ هذه الدعوى لا يمكن أن تثار إلا في حالة حدوث مخالفات تخرق قواعد العلانية والمنافسة المنصوص عليها في التشريعات الوطنية والأوروبية على حد سواء، فهي دعوى مخصصة إذن لحماية مشروعية الشفافية عند تبادل الإيجاب والقبول وإبرام العقد¹. وقد تبنى المشرع الفرنسي دعوى الإستعجال قبل التعاقدية، والتي تعتبر غير مألوفة في القضاء الإداري الفرنسي، وتجد مصدرها في المادتين 22 و23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف، وكذا المادة 551 من قانون العدالة الإدارية² التي تجيز لصاحب الشأن أن يخطر من القاضي الإداري المستعجل بالنسبة للمخالفات المتعلقة بخرق مبدأ العلانية والمنافسة التي يمكن أن تُرتكب عند إبرام عقود الشراء العام³.

نجد أنّ من أبرز المميزات التي تختص بها منازعات المصفقات العمومية عن غيرها من منازعات القضاء الإداري، أنّه يمكن الفصل فيها بطريق قضائي خاص، يتمثل في قضاء الإستعجال القانوني، حيث

¹ مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 867.

² Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

³ عرافة زبيدة: "دور القاضي الإداري الإستعجالي في حل منازعات المصفقات العمومية قبل الإبرام"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، جوان 2018، ص 263.

أفرده المشرع الجزائري بنصوص خاصة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹. إذ خصص مادتين لمنازعات الصفقات أثناء مرحلة الإبرام.

نظم المشرع الجزائري منازعات الصفقات العمومية الناتجة عن الإبرام بموجب قواعد إجرائية خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وليس بموجب المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية، حيث لم نلمس نص خاص يتعلق بالإستعجال في مادة إبرام الصفقة العمومية، في القضاء الإداري، لعدم وجود نصوص خاصة به في قانون الصفقات العمومية ولا حتى في القوانين العضوية المنظمة لمجلس الدولة رقم 01-98، ولا المحاكم الإدارية 02-98، ولا حتى محكمة التنازع 03-98، وعليه نقول أنّ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد كفل تنظيم الأحكام الخاصة بالمنازعات التي تنشأ عن إبرام عقد الصفقات العمومية، وقد خصص لها مادتين، لذلك نعتبره مرجعية قانونية في منازعات الصفقات العمومية، وهذا يعتبر إختصاصاً قاصراً على منازعات الصفقات العمومية مقارنة عن غيرها من منازعات القضاء الإداري. وقد جاء تحت عنوان "الإستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات" في الفصل الخامس من هذا القانون.

إدراج أحكام المادة 946 ق إ م إ ضمن القضاء الإستعجالي القانوني، يعني بمفهوم المخالفة وجود قضاء إستعجالي بالطبيعة²، وما يعني أيضاً أنّ شروط الإستعجال بالطبيعة قد لا تتوفر في الإستعجال القانوني كحالتي الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق، فقاضي الإستعجال في هذه الحالة لا ينظر إلى مدى توافر عنصر الإستعجال، كما أنّه قد ينظر في أصل الحق ويتصدى للموضوع. وعليه تعتبر المادة 946 ق إ م إ، مرجعية قانونية للإستعجال قبل التعاقد، وتعتبر أيضاً تجسيداً فعلياً للمادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، والتي نصت على ضرورة مراعاة مبادئ المنافسة والشفافية والمساواة، ضماناً لنجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام.

¹ كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 118.

² راجع الفرع الثاني المتعلق بالإستعجال بالطبيعة، ص 390 وما يليها.

أولاً: تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقد (الإستعجال القانوني)

القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد هو إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوروبي، يهدف إلى حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام العقد، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية العادية¹.

يثار هنا تساؤل حول معرفة منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق الإستعجال القانوني؟

ثانياً: شروط الدعوى الإستعجالية في مرحلة إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية

تعتبر المادة 946 ق إ م إ، مرجعية قانونية لمنازعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق القضاء الإستعجالي (موضوع الدعوى الإستعجالية)، والتي نصت على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سبب من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لالتزاماته، وتحدّد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه.

ويمكن لها أيضاً الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدّد.

ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً.

يتضح أنّ هذه المادة بيّنت صنف منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في إختصاص قضاء الإستعجال بقوة القانون، والمتمثلة في المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية في حالة

¹ Couzint PH : Les nouveaux pouvoirs du juge en matière du passation des marchés publics, R.M.P, 1993, N° 272, p 48.

الإخلال بإجراءات الإشهار أو المنافسة، وترفع الدعوى في مرحلة الإبرام، أي قبل إنعقاد العقد، حيث أكدت المادة 3/ 946 ق إ م إ ج على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد". أين جعل المشرع إمكانية إخطار المحكمة قبل إبرام العقد في حالة الإخلال بالإجراءات.

سلك المشرع الجزائري نفس المنحى الذي سلكه نظيره الفرنسي حين أقر بإمكانية إخطار رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي المفوض في حالة مخالفة التزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها الصفقات العمومية¹.

يتم إستعاب الدعوى الإستعجالية من خلال دعوى إيقاف تنفيذ القرار المطعون فيه المرتبط بدعوى الإلغاء في إطار دعوى الموضوع، ومن خلال إختصاصات رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضياً للإستعجال والأوامر القضائية، للبت في الطلبات الوقتية والتحتوية بالنسبة لجميع مراحل إبرام الصفقة².

1- الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار التي تخضع لها عمليات إبرام عقود الصفقات العمومية الإلكترونية

كرس القضاء الفرنسي مفهوماً موضوعياً، حول مسألة عدم مراعاة التزامات الإشهار والوضع في المنافسة، حيث لا يتعلق الأمر بالبحث عما إذا إنشغل الشخص العمومي بالتهرب من إلتزاماته -كما نفعله بشأن إثبات وجود مخالفة لمبدأ مشروعية القرارات الإدارية- وإنما يتطرق القاضي فقط إلى الوسائل المرتبطة بعدم مراعاة أحد الإلتزامين -الإشهار والمنافسة- وعلى ذلك يستبعد إقحام أية وسيلة أخرى غير مؤثرة والتي لا يفحص القاضي مدى وجاهتها، وتعدّ غير مؤثرة بمفهوم الإستعجال قبل التعاقد، الوسائل الأجنبية عن إلتزامات الإشهار والوضع في المنافسة، وبما أننا بصدد صفقات عمومية، فإنّ الهدف من

¹ رحمانى راضية: النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 295.

صدر عن مجلس الدولة الفرنسي عدّة إجتهاادات تأتي في إطار الإستعجال المتعلق بإبرام الصفقات العمومية، لا سيما القرار المشهور لمجلس الدولة في قضية « région Nord pas de calais » في 7 أكتوبر 2005، أين قام مجلس الدولة بإلغاء صفقة تتعلق ببرمجة تثبيت هوائية على مستوى متحف وذلك بسبب أنّ الإشهار لم يكن كافياً أو مكتملاً. وفي قرار آخر صادر عن قاضي الإستعجال للمحكمة الإدارية الفرنسية «Caen»، فقد إعتبر القاضي بأنّ الصفقة العمومية لم تحترم مبادئ الشفافية والمساواة في معاملة المترشحين وحرية الوصول للطلبات العمومية، بسبب أنّ الإشهار تمّ في جريدة جهوية شرق فرنسا، وقد إعتبر القاضي أخذاً بعين الإعتبار طبيعة الصفقة بأنّ هذا الإشهار لا يمكنه أن يضمن مشاركة المؤسسات التي يعتقد أنّها يمكن أن تؤدي الصفقة بشكل أفضل، وإعتبره غير كاف. راجع، رحمانى راضية: النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 296.

² محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية...، (الجزء الثاني)، مرجع سابق، ص 168 و169.

إبرامها غالباً ما يكون ليس تحقيق الربح، بل هو إقتصاد النفقات وذلك بالحصول على أحسن أداء أو خدمة مقابل نفقة معقولة حفاظاً على المال العام، فالهدف من إبرام الصفقة العمومية حسب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالفة الذكر، هو الإستجابة لحاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال، واللوازم، والدراسات والخدمات، ولضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن والعقلاني للمال العام، ووجب أن تراعى في الصفقات العمومية حسب المادة الخامسة من نفس المرسوم والتي ذكرناها سابقاً، المبادئ الآتية؛ مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المترشحين وكذا مبدأ شفافية الإجراءات¹. فخرق القواعد المتعلقة بالعلانية والمدد تعتبر خرقاً لقواعد الإشهار، حيث تعتبر قواعد العلانية من قبل الشكليات الجوهرية، وبالتالي فإنّ الغياب الكلي للعلانية يعيب إجراءات إبرام العقد، ويلطخ التعبير عن إرادة الإدارة بشبهة الفساد².

تلتزم الإدارة المتعاقدة بالموافاة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام الذي تتولى تسييره في أحسن الظروف وبين حرية المنافس لنيل الصفقات العمومية، وذلك يتم بعدم عرقلتها وإساءة إستخدام سلطتها الإدارية في إنتقاء وإختيار المتعاقد معها، ويفرض قانون الصفقات العمومية إلتزام قانوني على الشخص العام، صاحب مشروع الصفقة بالإمتناع عن إرتكاب الممارسات المقيدة لحرية المنافسة والقيام بكشف الممارسات التي يلجأ إليها الأعوان الإقتصاديون لتزييف المنافسة³.

قبول الإدارة العروض رغم عدم إحترامها لبعض الأوضاع القانونية لا يعتبر خرقاً لقواعد المنافسة، مادام هذا التغاضي لم يؤثر على نقاء المنافسة وصحتها، وبالتالي، إذا كان تغاضي الإدارة عن بعض المخالفات التي تحتويها العروض من شأنه أن يزيّف المنافسة أو يمسهها، فإنّ ذلك يعتبر خرقاً لقواعد المنافسة يستدعي تدخل القاضي الذي يجب أن تكون له دراية كافية بقواعد المنافسة⁴. وبالمقابل، فإنّ المخالفات التي تؤثر على مشروعية إجراء الإبرام ولكن لا تؤثر على العلانية والمنافسة لا تدخل ضمن نطاق المخالفات التي تصلح محلاً لدعوى الإستعجال قبل التعاقد، أي أنّ هذه المخالفات لا يمكن الطعن بها عن طريق الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، بل على المدعى أن يلجأ عندئذ إلى الطرق الأخرى للقضاء، ومن هذه القواعد تلك المتعلقة بتشكيل لجان الصفقات، وتوزيع قواعد الإختصاص بتوقيع العقود، كما لا يعتبر خرقاً

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 163 و164.

² مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 868.

³ محمد الشريف كتو: "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 75.

⁴ GERMAN Jérôme : « Les recours juridictionnels ouverts au concurrent évincé contre un marché public communautaire après sa conclusion en France et en Allemagne », R F D A ? N° 1, 2009, p 51.

لقواعد المنافسة إحتواء العقد على شروط غير مشروعة، ولكنها غير منطوية على عنصر تفضيلي، وكذلك التبليغ غير المشروع لقرار رفض الترشيح أو رفض العرض، أو رفض تعويض المصاريف المدفوعة من جانب العارض في إعداد عرضه في الحالات التي ينص فيها القانون على إمكانية ذلك¹.

جميع الإجراءات التي تتبع في مرحلة الإبرام، والتي تتمثل في الكيفية التي يتم على ضوءها إبرام الصفقة العمومية، أو تأهيل المترشحين، أو الإقصاء من المشاركة، أو إختيار المتعامل المتعاقد، فإنّ كلّ ذلك له علاقة بإجراءات الإشهار أو المنافسة، فإنّها تتم أساساً عبر الطعن في إحدى تلك القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة². حيث تقبل دعوى الإستعجال قبل التعاقد من المرشحين الذين تمّ إستبعادهم من نطاق المنافسة من جانب الإدارة دون وجه حق، وكذلك بالنسبة للأشخاص الذين لم يشركوا في إجراءات العقد، إذا كان سبب عدم الإشتراك مرده الخلل في إلتزامات العلانية التي إستوجبها القانون³.

يتقيد قاضي الإستعجال بنطاق الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية حيث ينحصر في مسألتها الإخلال بالإشهار والمنافسة؛

أ- الإخلال بالإشهار: يكون؛

- بعدم إجراء الإعلان عن الصفقة العمومية أو عدم الإعلان عن الفائز بالصفقة،
- إحتواء الإعلان على معلومات غير كافية أو غامضة كعدم التعريف بالعقد بشكل كاف مما يؤدي إلى تفضيل مرشح بعينه.
- المبالغة في المعايير التقنية المعلن عنها بغرض إقصاء بعض المرشحين وعدم تبريرها بضرورة الخدمة العامة.

¹ مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 870 و871.

² كلوفي عز الدين: نظام المراجعة في مجال المصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 131.

³ طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصرامة حيث قضت المحكمة الإدارية "الرين" بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بحرق بعض إلتزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية، بسبب إنعدام المصلحة، ولنفس السبب رفضت المحكمة الإدارية "ليس" دعوى مرفوعة من قبل إحدى منظمات حماية البيئة. وكذلك قرار مجلس الدولة أنّ نقابة مهندسي المارتينيك لا تملك صفة إمكانية إثارة دعوى الإستعجال قبل التعاقدية لأنه لا علاقة له بعملية إبرام العقد. ولكن المجلس نفسه قد قبل دعوى شركة *caso nostra international*، لأنها تملك المصلحة المتمثلة في الظفر بالعقد المحتمل إبرامه. راجع، عبد الله كنتاوي: أطراف دعوى الإستعجال قبل التعاقدية في مادة العقود والمصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، جانفي 2018، ص 290.

- المساس بالمساواة بين المرشحين في إعلامهم بخصائص العقد وآجال الإعلام (عدم إعلامهم في آن واحد). وهو ما يعرف بالإعلان المعيب، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بنشر الإعلان في جريدة وطنية عوض جريدتين. لأنّ هذا التجاوز قانوني، باعتبار نص القانون على وجوب النشر في جريدتين وطنيتين.
- عدم تضمين الإعلان للبيانات الإلزامية المنصوص عليها قانوناً¹.

ب- **الإخلال بالمنافسة:** من مشتقات المساس بالمنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية نجد؛

- مدى صحة تشكيلة لجنة العروض والآجال القصيرة لتسلمها وعدم تحديد الآجال أو تعديل موضوع العقد بعد الإعلان.
- عدم تبليغ المرشحين الآخرين جميعاً برفض عروضهم أو ترشحهم مع تحديد أسباب هذا الرفض، والقاضي يمارس رقابة على أسباب الرفض وعدم صحة إجراءات الإبرام... إلخ².

نصت المادة 2/946 ق إ م إ على أنه: "يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال...".

يستفاد من النص أعلاه أنّ المشرع الجزائري، نص على الضرر المحتمل وليس الحاصل. والضرر الناجم عن عدم إسناد الصفقة يسميه البعض الضرر المهني والتجاري الناجم عن المساس بصورة المؤسسة التي كانت مرشحة للفوز بالصفقة نظراً لكفاءتها وجودة خدماتها، وكذلك عن الضرر الحاصل من وراء عدم حصولها على الأرباح المتوقعة من الصفقة، ولا يقع على الطاعن عبء الإثبات، وإنما يكفي أن يقدم مبررات وعناصر تسمح بتقدير الضرر الذي يقع عليه وهي مسألة شخصية فهو يقدر مدى تأثير الإخلال وتسببه بالضرر للطاعن³.

2- **توافر الصفة في المدعي:** حدّد قانون الإجراءات المدنية والإدارية صفة رافع دعوى الإستعجال قبل التعاقد، فإمّا أن يكون مدعياً بحكم المصلحة، أو بحكم القانون؛

¹ راجع، سلوى بزاحي: "رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 05، سنة 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 37.

² بروك حليلة: دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، سنة 2014، ص 301.

³ المرجع نفسه، ص 302.

أ- المدعي بحكم المصلحة: يتم الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد، ويتعلق الأمر هنا بالمتعامل الإقتصادي المتضرر من إبرام العقد، والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقة العمومية طبقاً للفقرتين الأولى والثانية من المادة 946 ق إ م¹، كما هو الشأن في حالة عدم لجوء الإدارة إلى طلب العروض، بالرغم من أن القانون يوجب ذلك. وأن العرض المقدم من طرف متعامل آخر والذي وافقت عليه أسوأ بكثير من العرض الذي يمكن أن يقدمه هو، هذا ويجب أن يكون المتعامل المقصي فعلياً قادراً على إبرام الصفقة، وله مؤهلات مالية ومادية وتقنية للقيام بذلك، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي قرّر بأنه: "لا يمكن للأشخاص غير المؤهلين لإبرام العقد أن يخطروا القاضي الإستعجالي لما قبل التعاقد"². فالمدعي بحكم المصلحة قد يكون:

أ- 1- المدعي المرشح المستبعد: يستخدم القضاء الإداري الفرنسي مصطلح المتنافس المستبعد Le concurrent évincé على المتعامل الإقتصادي الذي إستجاب للإعلان عن الصفقة ولم يتم إختيار عرضه³، فالمرشح الذي قدم عرضاً ولم يتم إختياره، بإمكانه تقديم الطعن في أي مرحلة من مراحل إجراءات الإبرام، أو المؤسسة التي لم يسمح لها بتقديم عرض في طلب عرض محدود وقد يجتمع باقي المترشحين لتقديم طعن جماعي⁴. فالمرشح المستبعد له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، ويتعلق الأمر بالشخص الذي إستبعد من إجراء إبرام العقد، والذي يكون قد قدم عرضاً، والذي تم إستبعاده في مرحلة ما من مراحل الإجراء⁵.

طبق مجلس الدولة الجزائري هو الآخر شرط عدم الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، في قضية بين الديوان الوطني للخدمات الجامعية ومديرية الخدمات الجامعية بالجلفة ضد (ع م) صاحب مؤسسة التجارة

¹ سلوى بزاحي: "رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مرجع سابق، ص 36. أيضاً، شريفي الشريف: "مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي"، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد 3، المركز الجامعي تمنغست، الجزائر 2013، ص 102.

² عبد الله كنتاوي: "أطراف دعوى الإستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 290.

³ CABANES Christophe et NEVEU Benoit : Droit de la concurrence dans les contrats publics, Le MONITEUR, Paris 2008, p 227.

⁴ بروك حليلة: "دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 304.

⁵ لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 157.

بالجملة للدواجن البيض والأرانب، حيث أنّ الطلب القضائي الغرض منه وقف إجراءات المناقصة رقم 01 وما يترتب عليها من آثار لا سيما إلغاء فتح الأظرفة وتمديد آجال إيداع العروض¹.

¹ قرار صادر يوم 09-01-2018، عن مجلس الدولة الغرفة الخامسة، في جلسة علنية، المنعقدة بمقره الأبيار -الجزائر العاصمة، رقم التسجيل 152117، في يوم 28-03-2018، رقم الفهرس 18/00006. (غير منشور).
طبق مجلس الدولة الجزائري شرط عدم الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، في قضية بين الديوان الوطني لخدمات الجامعية ومديرية الخدمات الجامعية بالجلفة ضد (ع م) صاحب مؤسسة التجارة بالجملة للدواجن البيض والأرانب، حيث أنّ الطلب القضائي الغرض منه وقف إجراءات المناقصة رقم 01 وما يترتب عليها من آثار لا سيما إلغاء فتح الأظرفة وتمديد آجال إيداع العروض.

حيث أنّ المحكمة الإدارية بالجلفة وبموجب الأمر الإستعجالي الصادر عنها بتاريخ 10-12-2017، فهرس رقم 17/1401، أمرت بوقف إتمام إجراءات المناقصة وتمديد أجل إيداع العروض إلى غاية تاريخ 12-12-2017، على الساعة الرابعة زواياً وإلزامها بإستلام عرض المدعي لتمكينه من المشاركة في المناقصة وذلك في الأجل المذكور.
حيث أنّ المدعى عليهما أساساً إستئنافهما لإلغاء الأمر الإستعجالي المذكور أعلاه، أنّ المحكمة خرقت جانب سرية عمل العروض ومكنت المستأنف عليه رسو المناقصة عليه دون غيره كونه إطلع على جميع العروض الأخرى وهذا فيه مساس بأصل الحق.

حيث يتبين من ظاهر الملف ومن محضر إثبات حالة المحضر من طرف المحضر القضائي بتاريخ 04-12-2017، المقدم من المستأنفين على مستوى مجلس الدولة، أنّه تمّ منع بعض ممثلي المومنين من تسليم أظرفة العروض وكذا الدخول إلى القاعة وحضور عملية فتح الأظرفة بسبب عدم حيازتهم على وكالات رسمية.

حيث أنّه من المقرر وعملاً بالمادة 946 ق إ م إ، فإنّه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.
حيث أنّ المستأنف عليه إدعى أمام المحكمة أنّ الإدارة أخلت بالالتزامات المنافسة وذلك بمنع ممثله من تسليم العروض بسبب عدم حيازته على وكالة رسمية في حين سمح له بسحب دفتر الشروط بدون إشتراط وكالة رسمية.

حيث أنّه بالرجوع إلى المادة 63 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، نجدها تنص على أنّه تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64، ويجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المرشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهما المعنيين لذلك، ومن ثمّ فإنّ المادة 63 المذكورة أعلاه تخص سحب دفاتر الشروط، في حين أنّ النزاع المعروض على القضاء موضوعه إيداع العروض وحضور عملية فتح الأظرفة، وبالرجوع إلى المادة 13 من دفتر الشروط المدفوع في الملف يشترط لصحة عملية إيداع العروض أن يتم من طرف المترشح أو من يمثله بصفة قانونية.

حيث أنّه بالرجوع للقواعد العامة للقانون، فإنّ التمثيل يكون بوكالة قانونية تحرّر أمام الجهات المخول لها ذلك قانوناً.

أ-2- المدعي المحروم من الترشح: يمكن إستعمال الطعن من المرشح الذي حرم أص لاً من الترشح، بسبب خرق قواعد الإشهار والمنافسة، وتخصص الطاعن يكفي لقيام المصلحة في إبرام العقد ولا يطلب منه إثبات أنه ترشح للعقد، وقد إعتبر مجلس الدولة أنّ المتنافس المستبعد هي صفة تكون لكل طاعن له مصلحة في إبرام العقد حتى ولو لم يقدم ترشيحه، أو لم يقبل ترشحه أو أنه قدم عرضاً غير مناسب أو غير قانوني أو غير مقبول، كما يمكن إستعمال الطعن من طرف المتعاملون الذين لم تجدد عقودهم¹.

ب- المدعي بحكم القانون:

المدعي في هذه الحالة لا يكون أحد المتنافسين الذين قدموا عروضهم، والذي يمكن أن يتضرر من خرق إلتزامات العلانية والمنافسة، إنّما جهات رسمية منحها القانون صلاحية ممارسة هذه الدعوى لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. لذلك يمكن أن تثار دعوى الإستعجال قبل التعاقد من قبل الوالي ممثلاً للدولة². والوالي هو ممثل الدولة على مستوى الولاية، طبقاً لأحكام المادة 110 من قانون الولاية³ والتي نصت على أنه: "الوالي ممثل الدولة على مستوى الولاية...".

يحيل الوالي قرارات المجالس المحلية التي يراها غير مشروعة على قاضي الموضوع، لكن طبقاً للمادة 2/946 من القانون رقم 08-09 له الحق كتمثل الدولة في إستعمال الطعن وتحريك الدعوى للإستعجال

= حيث أنّ التوكيل المدفوع في الملف جاء مخالفاً للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون وللمادة 13 من دفتر الشروط.

حيث أنه خلافاً لما توصل إليه قضاة الدرجة الأولى فإنّ المستأنفان إحتزما إجراءات المنافسة المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ودفتر الشروط المرفق بالملف مما يتعين إلغاء الأمر المستأنف والقضاء من جديد برفض الطلب لعدم التأسيس.

حيث أنّ المصاريف القضائية يتحملها المستأنف عليه.

لهذه الأسباب:

في الموضوع: إلغاء الأمر المستأنف والقضاء من جديد برفض الطلب لعدم التأسيس.

¹ بروك حليلة: دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 305.

² مسعود هلاي ومحمد أنور بن ساعد: "الدعوى المستحدثة في إبرام العقود والصفقات في التشريع الجزائري (قراءة في أحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)", مجلة التراث، العدد 2، المجلد الأول، الصادرة في أوت 2019، ص 82.

³ قانون رقم 12-07، المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433، الموافق 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، صادر في 29 فيفري 2012.

قبل التعاقد، وذلك إذا تعلق الأمر بعقد يبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية دون أن يثبت المصلحة أو تضرره من الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، والواقع أن الطعن الذي يتقدم به الوالي نادر الحدوث لأنه ليس لديه المعلومات الكافية في المرحلة السابقة للتعاقد، ولا يعلم بالصفقة إلا بعد تلقيه المدوالة التي وافقت عليها أو الشكوى التي يقدمها مرشح متضرر¹.

ثالثاً: إجراءات الإستعجال ما قبل التعاقد

يلزم المدعي في دعوى الإستعجال قبل التعاقد بإتباع إجراءات قانونية، تخص عريضة الدعوى وكذا التقيد بالأجال القانونية؛

1- بخصوص عريضة المدعي

يجب أن تكون العريضة مسببة وذلك بالإشارة إلى وجود إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، وأن ذلك الإخلال منسوب إلى المصلحة المتعاقدة، وأنها بصدد ضرر فعلي أو احتمالي، ويكون المدعي هنا الشخص المتضرر من ذلك الإخلال أو الذي قد يتضرر منه، والذي يكون إما شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وكذا والي الولاية عندما تكون المصلحة المتعاقدة في الصفقة أو العقد المزمع إبرامه هي جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، مع الإشارة أنه من اللزوم أن تتوفر المصلحة في صاحب العريضة². تعتبر المصلحة شرطاً ضرورياً يجب توافره في الطاعن، فقد يكون صاحب المصلحة مستبعداً من الصفقة، أو محروماً منها، لذلك يحق لكل مترشح قدم عرضاً أو حرم من تقديمه، وكان ذلك بسبب خرق قواعد الإشهار والمنافسة أن يقدم طعناً في مرحلة إبرام الصفقة³.

¹ بروك حليلة: دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 305.

² لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 198.

³ نتصور بدهاءة أن صاحب المصلحة قد يكون محروماً من الترشح أو مستبعداً نتيجة خرق الإدارة لقواعد الإشهار، لكن هل يتصور أن الطاعن هو المتعامل الذي فاز بالصفقة؟ قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن في القرار المؤرخ في 23-12-2011، أين إعتبر أن المؤسسة التي أعلن عن فوزها بالصفقة لم تتضرر من جراء مخالفة قواعد الإشهار والمنافسة التي يخضع لها العقد وليس لها مصلحة في الطعن في إجراءات إبرامه وبالتالي فهي ليست مؤهلة لطلب إلغاءه إستناداً إلى المادة 1/551 من قانون العدالة الإدارية، تقابلها المادة 946 من القانون رقم 08-09، وليس لها إلا الحق في سحب عرضها قبل إبرام العقد، إذا تبين لاحقاً عدم صحة الإجراءات التي قد تؤدي إلى إلغاءه. ومن الظاهر أنه لا يمكن تصور مصلحة المترشح الذي تم إختياره في الطعن في إجراء أدى إلى فائده. ومن الصعب تصور الأسباب الأخلاقية التي قد تدفعه لذلك، غير أن هناك أسباب أخرى قد تكون الخشية من إلغاء العقد في مرحلة متقدمة من تنفيذه. وعدم الحصول على تعويض خاصة إذا كان الإلغاء هو نتيجة لعدم المشروعية، أو الرغبة في الربح أكبر...، راجع، بروك كريمة: دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 305.

2- ميعاد رفع الدعوى

لم ينص المشرع الجزائري على ميعاد محدد لرفع الدعوى، لكن يجب على المدعي أن يرفع دعواه قبل إبرام الصفقة، هذا حسب نص المادة 3/946 من القانون رقم 08-09، لكن بالرجوع للفقرة الثانية من نفس المادة نجد تناقض صريح في عبارة "أبرم أو سيبرم".

تعتبر دعوى الإستعجال قبل التعاقدى دعوى وقائية وليس تصحيحية، لذلك كان حريّ بالمشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 2/946، إذ ما جدوى الطعن بعد إبرام الصفقة العمومية؟ لأنّ الحكمة من الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية هو تجنب الإخلال بقواعد العلنية والمنافسة.

أجازت الفقرة الثالثة من المادة 946 ق إ م إ، إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد، وبمفهوم المخالفة لنص المادة فإنّه من غير الجائز إخطارها بعد إبرام العقد. كما أنّه من غير المعقول أن يتخذ القاضي السلطات المخولة له بعد إبرام العقد؛ سواءً من خلال سلطة أمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزامه، أو في فرض الغرامة التهديدية، أو في حالة الأمر بتأجيل إمضاء الصفقة.

إقتبس المشرع الجزائري نص المادة 946 ق إ م إ من نص المادة 1/551 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي، والتي تنص في فقرتها الأخيرة عن إخطار القاضي قبل إبرام العقد¹.

يجب على المدعي المقصى من الصفقة وبالنظر إلى ميكانيزمات إبرام الصفقات العمومية، أن يرفع دعواه في أسرع وقت ممكن تقادياً لإبرام الصفقة قبل فصل المحكمة في طلبه، وعلى العموم قبل إنقضاء ميعاد العشرة أيام المنصوص عليه في المادة 3/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلقة بالطعن في المنح المؤقت أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء، وهو الميعاد الممنوح للمترشحين أو المتعهدين للطعن أمام لجنة الصفقات العمومية المعنية، خاصة أنّ هذا الطعن هو طعن إداري بالموازاة مع الطعن القضائي المتمثل في دعوى الإستعجال قبل التعاقدى، كما أنّ المادة 82 نصت على إمكانية الطعن الإداري إلى جانب الدعوى القضائية. ومع ذلك لا يمكن الحديث عن إمكانية الجمع بين الطعن الإداري ودعوى الإستعجال قبل التعاقدى، وإنّما على المعنى أن يختار ما بين أحد السبيلين، لكن من الناحية العملية فإنّ ما يطلبه المترشح أو المتعهد من إحدى الهيئتين مختلف عمّا يطلبه أمام الهيئة الأخرى².

¹ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

² لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 199 و200.

3- القاضي المختص

يتمثل القاضي المختص في تشكيلة جماعية مكلفة بالفصل في دعوى الموضوع، والتي تفصل باعتبارها قاضياً للإستعجال، غير أنه وبموجب إجراء الفرز المنصوص عليه في المادة 924 ق إ م إ، فإنّ الفصل يتم بموجب أمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي ينتدبه، تبعاً لما هو مفصل في الجزء الأول من هذا الكتاب، وفي القانون الفرنسي ينعقد الإختصاص للفصل في دعوى الإستعجال قبل التعاقدى لقاضٍ فرد وهو رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي ينتدبه، وذلك طبقاً للمادة 1/551 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي¹.

رابعاً: سلطات (تدابير) القاضي الناظر في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية

تحدّد صلاحية القاضي في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية في مراقبته مدى إحترام الإدارة لإلتزامها المتعلقة بالمنافسة والإشهار، وإذا لاحظ أي إخلال بهذه الإلتزامات فيمكنه أن يأمر الإدارة بتأجيل إمضاء العقد على نائل الصفقة إلى نهاية الإجراءات، ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً، كما يمكن أن يحكم على الإدارة بغرامة تهديدية من أجل الإمتثال لإلتزاماتها، وعليه فإنّ دور القاضي هنا لا يمتد إلى موضوع النزاع وتقدير قيمة الترشيحات والعروض المقدمة، وإنّما دوره يعتبر وقائياً يتمثل في تفادي إبرام عقد نهائي غير شرعي، قد يترتب عليه آثاراً يصعب معالجتها وإزالتها بعد ذلك².

نلاحظ أنّ القانون رقم 08-09، قصر الإختصاص القضائي في مادة الإستعجال قبل التعاقدى على المحكمة الإدارية، دون مجلس الدولة، وذلك تجانساً مع تمديد الصفة إلى الوالي دون غيره على المستوى المركزي، وهو ما يمثل إهمالاً صريحاً لإختصاصات مجلس الدولة كونه جهة إبتدائية نهائية في الدعاوى المتعلقة بالصفقات المركزية، والتي تنفصل عنها قرارات مركزية يطعن فيها أمامه إبتدائياً ونهائياً، هذا وقد منحت المادة 946 من القانون 08-09، مجموعة من السلطات للهيئة الناظرة في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية نوجزها فيما يلي:

1- سلطة الأمر (أمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته)

أعطى القانون رقم 08-09 سلطة الأمر للمحكمة الإدارية، وذلك بأن تأمر المصلحة المتعاقدة التي أخلت بإلتزاماتها القانونية في مجال الإشهار والمنافسة، وهو ما يناقض ما إستقر عليه الفقه الإداري

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 201.

² محمد الشريف كتو: "حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية"، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2010، ص 83.

الفرنسي من أنّ القاضي يحكم ولا يدبر، وكان الأجدر بالمشرع ألا يستعمل لفظ الأمر ضد المصلحة المتعاقدة، وأن يكتفي بإلغاء الإجراء غير المشروع لأنه مخالفة للإلتزام قانوني وليس تعاقدي، وقد يكون هذا الإلغاء جزئياً بما يسمح بتصحيح الإجراء الكلي، أو قد يكون الإلغاء كلياً ممّا يفرض على المصلحة المتعاقدة إعادة إجراءات الإبرام بأكملها¹. حيث يستفاد من الفقرة الرابعة من المادة 946 ق إ م إ بنصها: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته، مع تحديد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه". فالقاضي لا يأمر بذلك عند معابنته لوجود إخلال بالإلتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، وأنّ هناك ضرر فعلي أو إحتمالي، ونكون بصدد تنوع بشأن الأوامر الممكن الأمر بها تبعاً للمرحلة التي توجد عليها إجراءات إبرام الصفقة العمومية أو العقد الإداري². هذا وقد كان المشرع الفرنسي أكثر وضوحاً في منح صلاحية الأمر للقاضي الإستعجالي، حيث منحه سلطة التدخل في البنود التعاقدية وإلغاء ما تضمن منها محاباة أو أي شكل من أشكال الإخلال بالمنافسة³.

¹ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 913 و914.

² يمكن أن تتمحور الأوامر في:

- أمر المصلحة المتعاقدة بوضع دفتر شروط تحت تصرف المؤسسات المترشحة.
 - أمر المصلحة المتعاقدة بإرسال الوثائق إلى المترشح الذي طلبها، والتي أحجمت المصلحة المتعاقدة عن تمكينه منها.
 - أمر المصلحة المتعاقدة بتحرير طلب العروض بلغة أجنبية واحدة على الأقل.
 - أمر المصلحة المتعاقدة بتحديد أجل لتحضير العروض في حالة إغفالها لذلك.
- ومن التطبيقات القضائية لسلطة الأمر في القضاء الفرنسي، والمجسدة لإمكانية توجيه قاضي الإستعجال للشخص العمومي الأوامر الآتية:

- القيام بإجراء جديد لطلب العروض (قرار مجلس الدولة في 6 نوفمبر 1998، قضية AP-Hopitaux de Marseille).

- إعادة الإجراءات في مرحلة ما والتي يحددها بالنظر إلى طبيعة الإخلال بالإلتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة والتي عاينها قاضي الإستعجال (أمر المحكمة الإدارية ليون في 11 يوليو 2002، قضية شركة Avenance Enseignement) وطبق القضاة الإداريين بفرنسا سلطة الأمر في العديد من المواضيع، نذكر منها: أمر رئيس المحكمة الإدارية بمدينة ستراسبورغ إحدى الجماعات المحلية بإعادة الإجراء المتعلق بقبول الترشيحات كما ألغى مجلس الدولة الفرنسي القرار الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية Grenoble، بتاريخ 05-05-1999، لأنّ هذا الأخير رفض إحترام إلتزاماتها المفروضة عليها بموجب القانون تكريساً لمبدأ المنافسة... إلخ من القضايا، ولمزيد من المعلومات راجع، لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجال الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 205 و206. أيضاً، عرافة زبيدة: دور القاضي الإداري الإستعجالي في حل منازعات الصفقات العمومية قبل الإبرام، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، كلية الحقوق، جامعة المدينة، جوان 2018، ص 268.

³ شريف سمية: رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2016، ص 67.

2- سلطة تأجيل إبرام الصفقة

منحت المادة 6/946 من القانون رقم 08-09، للمحكمة الإدارية إمكانية تأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات، ولمدة لا تتجاوز عشرين يوماً، وتعدّ من بين وسائل الضغط على المصلحة المتعاقدة، حيث نصت على أنه: "بمجرد إخطارها، يمكن لها الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين يوماً".

يتمثل الهدف من الأمر بتأجيل إمضاء العقد، في السماح لقاضي الإستعجالات للفصل بنجاعة في الطلب الرامي إلى أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة بالإمتثال لإلتزاماته. وينتهي مفعول الأمر المتضمن تأجيل إمضاء العقد بمجرد الفصل من قبل قاضي الإستعجالات في الطلب الرامي إلى أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة بالإمتثال لتلك الإلتزامات والتي هي موضوع الفقرة الرابعة من المادة 946 ق م إ، المذكورة أعلاه، كما ينهي على أقصى حدّ عند إنقضاء أجل العشرين (20) يوماً والذي يبدأ من تاريخ رفع الدعوى الرامية إلى أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة بالإمتثال لإلتزاماته¹.

3- سلطة فرض الغرامة التهديدية

يمكن المحكمة الإدارية الناظرة في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية الحكم بغرامة مالية على الطرف المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، وهو عادة المصلحة المتعاقدة إذا إمتعت عن الإمتثال لأوامر المحكمة بتصحيح إجراءاتها خلال فترة زمنية معيّنة، حيث تبدأ الغرامة التهديدية بعد إنقضاء الفترة المحددة للإمتثال².

يهدف إجراء الغرامة التهديدية إلى ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية، حيث يستطيع القاضي بناءً عليها أن يأمر المدين بتنفيذ إلتزاماته عينياً خلال مدة معيّنة، فإذا تأخر كان ملزماً بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معيّن عن كلّ فترة زمنية من الإخلال بالإلتزام. ويتم تصفية الغرامة التهديدية المؤقتة بطلب من المعني عندما لا تستجيب المصلحة المتعاقدة للإلتزامات التي أمرت بالإمتثال لها، وذلك بعد إنقضاء الأجل الممنوح بموجب الأمر الإستعجالي، ذلك أنّ مبلغ الغرامة المحكوم به يحسب عن كلّ يوم تأخير عن الإمتثال إنطلاقاً من إنتهاء الأجل الممنوح لذلك الغرض، ويأخذ القاضي عند تصفية الغرامة التهديدية بعين الإعتبار، سلوك المحكوم عليه والصعوبات التي إعترضته لتنفيذ الأمر الإستعجالي، وتطبيقاً لأحكام المادة

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 208.

² علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في المصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 914.

982 وما بعدها من ق إ م إ، تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر، وفي مقدور قاضي الإستعجال تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند اللزوم، كما في حالة إثبات أنّ عدم التنفيذ أو التأخر فيه راجع لسبب أجنبي أو لقوة قاهرة، كما باستطاعته التقرير بعد تصفية الغرامة التهديدية بعدم دفع جزء منها إلى المدعي إذا تجاوز مقدارها قيمة الضرر، ويأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية¹.

الفرع الثاني: القضاء الإستعجالي بالطبيعة المتعلق بمرحلة تنفيذ الصفقة

العمومية الإلكترونية

يعتبر القضاء الإستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية على غرار باقي المنازعات القضائية مسلكاً قضائياً خاصاً بتوفير حماية وقتية وسريعة للمراكز الحقوقية في مواجهة ما يهددها من آثار وخيمة مرشحة للتفاقم بسبب مرور الوقت، إلى حدّ يخشى معه إستدراك الحالة وإرجاعها إلى ما كانت عليه قبل حدوث النزاع².

يجمع المختصون في مجال المنازعات القضائية سواء تلك المعروضة أمام القضاء العادي أو المعروضة على القضاء الإداري على أنّ الفصل فيها يستغرق في أغلب الأحيان مدةً زمنية طويلة تمتد إلى سنوات بفعل ثقل الإجراءات، ووجوب إحترام آجال الطعن، وهو الأمر الذي من شأنه أن يترتب ضياع بعض الحقوق لدى أحد المتخاصمين، أو إحداث أضرار يستحيل معها إعادة الحال على ما كانت عليه بعد مدة زمنية. وهي الأمور التي جعلت المشرع الجزائري يتبنى إلى جانب إجراءات التقاضي المعروفة إجراءات أخرى ذات طابع إستعجالي، تتسم بالبساطة والسرعة قصد حماية أوضاع معينة أو حقوق ثابتة³.

أولاً: تعريف القضاء الإستعجالي بالطبيعة

القضاء الإستعجالي بالطبيعة هو ذلك الإستعجال الذي تكون فيه المنازعة ناتجة عن إشكالات تطرأ أثناء سير الدعوى الإدارية الأصلية أو قبل ممارستها، تتطلب حلاً إستعجالياً تتمثل في إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير، أو تدعو إليها الضرورة لدفع خطر محقق، أو يترتب عليها وضعية

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 207.

² محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب) 2015، ص 186.

³ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 907.

يتعذر تدارك نتائجها، فهذه الإجراءات السريعة والتدابير المؤقتة لا تكون من إختصاص قاضي الموضوع وإنما تؤول إلى إختصاص قضاء الإستعجال، وذلك قبل الفصل في أصل الحق أو قبل اللجوء إلى قضاء الموضوع للبت فيه¹.

يعرف القضاء الإستعجالي على أنه إجراء يطلب بموجبه أحد الأطراف في الغالب الفرد إتخاذ إجراء مؤقت وسريع لحماية مصالحه قبل أن تتعرض لنتائج يصعب تداركها، كما عرفه البعض بأنه عمل قضائي الغرض منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة وبطريقة مؤقتة في الأمور المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت، بشرط ألا يتعرض حكمه لأصل الحق، ولا يقيد حكمه هذا قاضي الموضوع عند عرض المنازعة عليه²، فالقضاء المستعجل هو قضاء وقتي لمنع الخطر الحقيقي المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة وهذا لا يكون عادة في القضاء العادي³. وهو إجراء يطلب بموجبه أحد الأطراف إتخاذ إجراء مؤقت وسريع لحماية مصالحه قبل أن تتعرض لنتائج يصعب تداركها⁴.

عُرف القضاء الإستعجالي بأنه إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها لكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق⁵.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف القضاء الإستعجالي، لكنّه تطرق إلى بيان مميزاته وخصائصه من خلال نص المادة 919 ق إ م إ بنصها: "عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الإستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معيّنة منه متى كانت ظروف الإستعجال تبرر ذلك، ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

عندما يقضي بوقف التنفيذ، يفصل في طلب إلغاء القرار في أقرب الآجال.

¹ كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية...، مرجع سابق، ص 121.

² المرجع نفسه، ص 119.

³ هبة حسين مجد زايد: الحماية الجنائية للصفقات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 429.

⁴ شيهوب مسعود: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (نظرية الإختصاص)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009، ص 134.

⁵ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 908.

ينتهي أثر وقف التنفيذ عند الفصل في موضوع الطلب".

ثانياً: شروط رفع دعوى إستعجالية

تقوم دعوى الإستعجال بالطبيعة في منازعات الصفقات بصفة خاصة ومنازعات القضاء الإداري بصفة عامة على شروط أساسية موضوعية، والتي تتمثل في عنصر الإستعجال أي الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يستدعي تدبيراً فورياً لتفادي ضرر لا يمكن تداركه، وعدم المساس بالجوهر أي ألا ينظر قاضي الأمور المستعجلة في موضوع الدعوى ولا في أصل الحق¹. كما لا يمكنه المساس بالنظام العام؛

1 - وجوب توافر حالة الإستعجال لرفع الدعوى الإستعجالية المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية الإلكترونية

يكون الإستعجال كشرط لقبول الدعوى المستعجلة قائماً، إذا أحاط بالحق المراد حمايته خطر محقق، الأمر الذي يقتضي سرعة درءه بصورة لا تحتمل التأخير لحين الفصل في الدعوى الموضوعية، فالإستعجال مناطه الحاجة الملحة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه من مضي المدّة، لو ترك دون حماية حتى يفصل في الدعوى موضوعاً²، حيث تتجلى حالة الإستعجال في الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي، ولو قصرت مواعيد³. كما أنّ حالة الإستعجال هذه هي التي أنشأت قضاء الإستعجال بالطبيعة، إذ يعتبر القاسم المشترك بين القضاء الإداري والقضاء الإستعجالي العادي، وأنّ هذا الشرط -حالة الإستعجال- من النظام العام لا يمكن الإتفاق على مخالفته، وعلى الهيئة القضائية المختصة إثارته من تلقاء نفسها، وتسبب حكمها على هذا العنصر، وفي حالة إنعدامه يتم رفض الطلب طبقاً للمادة 924 ق إ م إ ج، ولا يتم

¹ محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 178.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 318.

³ شهبوب مسعود: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص 136. أيضاً، عبد اللطيف هداية الله: القضاء

المستعجل (في القانون المغربي)، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب) 1998، ص 77.

التصريح بعدم الإختصاص النوعي رغم أنّ إنعدام حالة الإستعجال هذه تجعل من قضاة الموضوع هم المختصين بالفصل في المنازعة¹.

نستدل في مسألة وجوب توافر حالة الإستعجال كشرط لقيام الدعوى الإستعجالية بنص المادة 46 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة بنصها على أنّه: "يمكن لمجلس المنافسة بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة إتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيّدة للمنافسة موضوع التحقيق إذا إقتضت الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه..."، ويعتبر تقدير حالة الإستعجال من المسائل الواقعية وليست القانونية، وهي غير خاضعة لرقابة المحكمة العليا لإتصالها بالسلطة التقديرية لقاضي الأمور المستعجلة².

تجدر الإشارة إلى وجوب توافر عنصر الإستعجال وقت رفع الدعوى، فإذا زال عنصر العجلة أثناء سير الخصومة يجب على الهيئة القضائية التصريح بعدم الإختصاص لإنتفاء عنصر الإستعجال، وهو الأمر الذي أكدته المادة 920 من القانون رقم 08-09 بنصها على أنّه: "يمكن لقاضي الإستعجال عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه إذا كانت ظروف الإستعجال قائمة..."، أي بمفهوم المخالفة لنص المادة؛ إذا كانت ظروف الإستعجال غير قائمة لا يمكن لقاضي الإستعجال الفصل في الطلب.

2- عدم المساس بأصل الحق

يأمر قاضي الأمور المستعجلة بالتدابير الإستعجالية، لتمييزها بالبساطة والسرعة، لأنّ هذه التدابير مؤقتة ويختص بها قاضي فرد، لذلك أوجب المشرع على قاضي الأمور المستعجلة ألاّ يمس بأصل الحق، لأنّ الفصل في أصل الحق يبقى من إختصاص قاضي الموضوع³.

¹ كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في مجال المصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 123. تنص المادة 924 ق إ م إ على أنّه: "عندما لا يتوافر الإستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الإستعجال هذا الطلب بأمر مستعجل. عندما يظهر أنّ الطلب لا يدخل في إختصاص الجهة القضائية الإدارية، يحكم القاضي بعدم الإختصاص النوعي".

² علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في المصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 909.

³ ورد المصدر الحقيقي لهذا الشرط في المادة 809 من القانون المدني الفرنسي القديم، وأعيد النص عليه في المادة 102 من تعنين المحاكم الإدارية بفرنسا، وكذلك الفقرة الأخيرة من المادة 27 من المرسوم الصادر في 29-08-1984، والمتعلق بإجراءات أمام مجلس الدولة الفرنسي، للتفصيل أكثر راجع، بشير بلعيد: القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة (الجزائر) 1995، ص 54 وما يليها.

يشترط في قضاء الإستعجال بالطبيعة أن لا يفصل في أصل الحق ولا يتطرق إلى صميم موضوع النزاع، وإنما يقضي بتدابير وقائية أو إجراءات وقتية، ولا يعتبر حسماً للحق المتنازع عليه في الموضوع، وقد أشارت المادة 918 ق إ م إ ج¹، إلى شرط عدم المساس بأصل الحق بنصها: "يأمر قاضي الإستعجال بالتدابير المؤقتة. لا ينظر في أصل الحق، ويفصل في أقرب الآجال"، فقضاء الإستعجال بالطبيعة ليس له بأي حال من الأحوال أن يفصل في أصل الحقوق، والإلتزامات مهما أحاط بها من حالة إستعجال، أو ترتب على إمتناعه عن البت فيها من ضرر للخصوم، بل يجب عليه تركها لقضاء الموضوع المختصين وهدم للفصل فيها، كالدعوى الرامية إلى فسخ عقد الصفقة، أو مدى صحتها، أو بطلانها، أو الدعاوى الرامية إلى طلب التعويض والحقوق المالية المترتبة على إلتزامات الصفقة العمومية... إلخ².

3- عدم المساس بالنظام العام

شرط عدم المساس بالنظام هو شرط خاص بقضاء الإستعجال الإداري بالطبيعة دون القضاء الإستعجالي العادي، ودون الخوض في فكرة النظام العام باعتبارها فكرة مرنة، تتغير بتغير الظروف الإجتماعية والإقتصادية والسياسة لأي دولة من الدول، كما أنّ مفهوم النظام العام يختلف باختلاف الموضوع، إذ أنّ النظام العام في مجال الضبط الإداري ليس مفهومه في مجال إجراءات التقاضي وهكذا. والشيء المهم في هذا المجال هو أنّ قاضي الإستعجال الإداري عليه التحقق قبل الفصل بإتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت من عدم مساس المنازعة بالنظام العام والأمن العام، الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديده دون التأثير بإدعاءات الأطراف ودفعهم بما في ذلك الإدارة³.

¹ قانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

أصل الحق معرف في القرار الشهير الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 18-12-1985، حيث جاء فيه: "إنّ المقصود بأصل الحق الذي يتمتع قاضي الأمور المستعجلة عن المساس به هو السبب القانوني الذي يحدّد حقوق وإلتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والإلتزامات بالتفسير والتأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما، كما ليس له أن يغيّر أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني، أو أن يتعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع، أو يؤسس قضاءه في الطلب الوقتي على أسباب تمس أصل الحق...".

قرار رقم 35444، المؤرخ في 18-12-1985، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1990، العدد 1، ص 46. نقلًا عن علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 910.

² كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 123 و 124.

³ المرجع نفسه، ص 124.

نص المشرع الجزائري على شرط عدم المساس بالنظام العام ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمناً بموجب المادة 932 منه، عندما خصه بإستثناء عن باقي الدفوع، إذ يجوز لهيئة القضاء الإستعجالي أن تخبر الخصوم بالأوجه المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة، خلافاً لباقي الأوجه مهما كانت طبيعتها، تطبيقاً للمادة 843 ق إ م إ وأن المادة 932 من نفس القانون تعتبر إستثناء لها.

المطلب الثاني: قاضي الموضوع

يمكن ردّ طبيعة الدعوى المقدمة أمام المحاكم الإدارية في مجال منازعات الصفقات العمومية، إلى نوعين رئيسيين هما؛ القضاء الشامل (الكامل) ودعوى قضاء الإلغاء¹. لذلك سنتطرق لدعوى القضاء الكامل (الفرع الأول)، وكذا دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دعوى القضاء الكامل

تدخل المنازعات الناشئة عن عقد الصفقات العمومية، كأصل عام في ولاية القضاء الكامل²، ويعتبر القضاء الشامل القضاء الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب عن الصفقات العمومية، حيث تتصل الأعمال بالصفقة العمومية وتستمد الإدارة سلطة إصدار هذه الأعمال من نصوص الصفقة ذاتها وتصدرها في مواجهة المتعاقد معها بوصفها طرفاً في الصفقة العمومية³. ويرجع السبب في إختصاص القضاء الإداري الكامل لمنازعات الصفقات العمومية إلى طبيعة دعوى القضاء الكامل التي تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود وذلك بعكس الحال في دعوى الإلغاء⁴. فمتى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد الصفقة أو صحتها أو تنفيذها أو إنقضاءها، فإنها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل، دون ولاية قضاء الإلغاء.

¹ محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 198.

² DARCY Gilles et PAILLES Michel : Contentieux administratif, L G D J, Paris 1989, p 211.

³ محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 198.

راجع أيضاً، سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 187 وما يليها.

⁴ كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 103.

تعتبر دعوى القضاء الكامل؛ دعوى يرفعها صاحب الشأن ضد الإدارة لإعتدائها على مركزه القانوني الشخصي بإنكارها ما يدعيه قبلها من حق أو منازعتها إياه في مدها، مطالباً القضاء بأن يحكم له على الإدارة بفعل شيء أو بدفع مبلغ من المال¹.

أولاً: الأساس القانوني لدعوى القضاء الكامل

تجد دعوى القضاء الكامل أساسها القانوني في نصوص القانون رقم 08-09، بلفظ صريح بموجب المادة 801 منه، بنصها: ".... دعاوى القضاء الكامل..."، كما يمكن أن يستشف من المواد 800 و902 و903 و949 و953 وكذا المادة 960 من نفس القانون، لإرتباطها إجرائياً عن طريق إمكانية الطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية.

ثانياً: أنواع دعاوى القضاء الكامل

تتخذ منازعات الصفقة العمومية المنعقد إختصاصها لولاية القضاء الكامل عدّة أنواع ندرجها فيما يأتي:

1- دعوى فسخ العقد

يملك المتعاقد حق المطالبة بفسخ العقد في حدود معينة، ودعواه في هذه الحالة تندرج في نطاق القضاء الكامل، ويتم الفسخ القضائي بناءً على طلب من أحد الأطراف المتعاقدة إلى قاضي العقد بالإستناد إلى سبب جدي. مثال ذلك؛ عدم قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية، كما قد يكون بسبب تعسف الإدارة في فرض سلطاتها.

يأخذ فسخ الصفقة العمومية عن طريق القضاء إحدى الصور الآتية:

- يتم الطعن في القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة والمتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، وهو الحق المخول لها بموجب المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية².
- يتم اللجوء إلى القضاء الإداري من طرف المتعامل المتعاقد للمطالبة بفسخ الصفقة العمومية لسبب من الأسباب؛ كإستحالة في التنفيذ لقوة قاهرة أو للإخلال بالإلتزامات¹.

¹ أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2010، ص 37.

² كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 108.

تدرج الدعوى الإدارية في هذا الصدد في نطاق القضاء الكامل، بما في ذلك الطعن بالإلغاء في القرار الإداري الصادر عن المصلحة المتعاقدة المتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، لأنه يدخل ضمن القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية العقدية لإرتباطة ببند الصفقة العمومية وشروطها².

2- دعوى دفع مستحقات المتعاقد (دعوى الحصول على مبالغ مالية)

تستهدف دعوى القضاء الكامل الحصول على مبالغ مالية، وذلك إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأي سبب آخر من الأسباب والتي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال³. إذ يعتبر الحصول على المقابل المالي من أهم حقوق المتعاقد على الإطلاق، ويتخذ هذا المقابل النقدي في الصفقة العمومية صورة عوض للبضاعة الموردة، أو الخدمة المطلوبة، أو

¹ بوجادي عمر: إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2011، ص 195.

² كلوفي عزالدين: نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 108.

قضى مجلس الدولة في قرار صادر له بتاريخ 2012/01/12، في قضية بين (بلدية العلمة ممثلة في شخص رئيسها. ضد السيد (ح ع ر))، حيث أنه بموجب عريضة أودعت لدى رئاسة مجلس الدولة بتاريخ 2010/04/25، قامت بلدية العلمة باستئناف القرار الصادر في 2010/02/28 عن مجلس قضاء عنابة، إثر الدعوى التي رفعها ضدها السيد (ح ع ر)، والذي قضى بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلغاء مقرر فسخ الصفقتين المبرمتين ما بين الطرفين.

قضى مجلس الدولة بعد عرض الوقائع والإجراءات ب: قبول الإستئناف شكلاً، ومن حيث الموضوع: مطالبة المستأنفة بإلغاء القرار المستأنف وفصلاً من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس لأنه فسخ الصفقة بناءً على إدانة المستأنف عليه بتهمة التزوير في شهادة التأهيل. حيث أنّ المستأنف عليه يعرض طالبا رفض الإستئناف لأنه غير مؤسس. حيث أنه ثابت من الملف أنّ موضوع الدعوى يتعلق بإلغاء قرار فسخ الصفقة. حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء وقانوناً أنّ النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي نزاعات القضاء الكامل، وأن الإدارة ونظراً لما لها من سلطة تقديرية لها فسخ أي صفقة عمومية بإرادتها المنفردة ولا يبقى للمتعاقد إلا حق المطالبة بالتعويض في الحالات التي يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ الصفقة، كما أنّ القرارات الصادرة بالفسخ ليست قرارات إدارية بمفهومها التقليدي التي تخضع لدعوى الإلغاء، لأنه لا يمكن إرغام الإدارة على التعامل مع متعاقد رغم إرادتها وبالتالي لا يبقى لهذا الأخير إلا المطالبة بالتعويض في الحالة التي لا يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ العقد.

حيث أنه والحال كذلك وبغض النظر عن الدفع التي أثارها المستأنفة فإنّ قضاة الدرجة الأولى لما قضوا بإلغاء قرار الفسخ وألزمو الإدارة بتنفيذ الصفقة يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون والإجتهاادات القضائية مما يتعين معه إلغاء هذا القرار، وفصلاً من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس.

ولهذه الأسباب قرر مجلس الدولة قبول الإستئناف شكلاً، وفي الموضوع إلغاء القرار المستأنف وفصلاً من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس. قرار صادر له بتاريخ 2012/01/12، عن الغرفة الأولى القسم الأول، ملف رقم 063683، فهرس رقم 05، في قضية بين (بلدية العلمة ممثلة في شخص رئيسها. ضد السيد (ح ع ر)).

³ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 189.

الأشغال المنجزة¹، حيث أنّ جميع منازعات الصفقات العمومية التي يكون موضوعها الحصول على مبالغ مالية والتي تمثل الشروط الواردة في عقد الصفقات مهما كانت صورها، سواء أكانت تمثل قيمة الإلتزام المتفق عليه ضمن بنود الصفقة، أو جزء منه، أو قسط من الأقساط، أو كان يمثل المطالبة بالتعويض عن الأضرار متسبباً فيها أحد الأطراف المتعاقدة، أو كانت المنازعة تتعلق بغرامة مالية التي تنتمي إلى إحدى الإمتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في إيقاعها على المتعامل المتعاقد في حالة عدم تنفيذ الإلتزام أو تنفيذه خارج الآجال، أو أنّ التنفيذ غير مطابق للإتفاق، أو كانت المنازعة تتعلق بإسترداد مبالغ الكفالة المدفوعة مسبقاً، أو منازعات مبالغ ضمان حسن التنفيذ، أو تحميل فارق السعر، وبصورة عامة جميع المنازعات في مجال الصفقات العمومية ذات الطابع المالي، في إطار بنود عقد الصفقة العمومية تمارس بموجب دعوى القضاء الكامل، لأنها منازعات تدرج ضمن دائرة تنفيذ الصفقة العمومية وناشئة عن نصوصها، فهي منازعات على الحق ومدى الإلتزام بشروط الصفقة، ومن ثمّ فلا جدال في أنّ مثل هذه المنازعات هي منازعات حقوقية يختص بها القضاء الكامل، ولا تنتمي إلى منازعات قضاء الإلغاء، لأنّ موضوعها لا يتمحور حول صحة القرار الإداري².

3- دعوى بطلان الصفقة

إذا شاب إبرام عقد الصفقة العمومية الإلكترونية عيب يتعلق بتكوينها أو صحتها أو بالشكل الذي أوجبه القانون لإبرامها، فيكون لأيّ من أطرافه اللجوء إلى القضاء طالباً بإبطاله³، ففي حالة وجود عيب في تكوين عقد الصفقة العمومية الإلكترونية -وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي- ليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد إلاّ سبيل القضاء الكامل، لأنّ القاعدة المسلم بها، تقوم على أنّ دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية، وهذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها بطبيعة الحال، لأنّ الأجنبي لا يجوز له إلاّ أن يطعن بالإلغاء، لأنه أجنبي ليس للعقد في مواجهته أيّ قوّة في الإلزام⁴.

4- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف إلتزاماتها التعاقدية

يصدر أحياناً من الإدارة تصرف على خلاف إلتزاماتها التعاقدية، لذلك فإنّه يحق للمتعاقد الآخر أن يحصل على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل، لأنّه لا يستطيع أن يلجأ إلى قضاء

¹ محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 221.

² كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية ...، مرجع سابق، ص 106

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 310.

⁴ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 189.

الإلغاء. وتحفظ دعواه في هذه الحالة بصفقتها تلك - من حيث أنها تنمي إلى القضاء الكامل - حتى ولو إقتصرت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفقتها متعاقدة. ولهذا أثره الخطير فيما يتعلق بإجراءات التقاضي ومدده لإختلاف كل من قضاء الإلغاء والتعويض في ذلك الخصوص¹.

الفرع الثاني: دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

يتمثل قضاء عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، ومسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، في القضاء الكامل، باعتبار أن الصفقة العمومية الإلكترونية عقد إداري، وبالتالي فإن مجال القضاء الكامل في نطاق العقود الإدارية محدود، والمتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يجد أن ذلك القضاء يقوم على مبدئين أصليين يتمثلان في كون؛ دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه ضد عقد الصفقات العمومية، ذلك أن من شروط دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري، وأنه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الإستناد إلى مخالفة الإدارة لإلتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري².

¹ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 190.

² يتمثل المبدأ الأول: أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه ضد عقد الصفقات العمومية، ذلك أن من شروط دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري، ولكنها لا يمكن أن توجه إلى عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، لأن عقد الصفقة هو توافق إرادتين، بينما القرار هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها، وذلك لا يعني بحال من الأحوال عدم إمكان إبطال عقد الصفقة، وإنما مجال ذلك هو القضاء الكامل، ويترتب على ذلك نتيجة هامة، وهي أن إبطال العقد - على هذا الأساس - لا يمكن أن يصل إليه إلا أحد أطرافه، لأنه ليس لغير الطرفين المتعاقدين أن يرفع دعوى تستند إلى العقد.

أما المبدأ الثاني: أنه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الإستناد إلى مخالفة الإدارة لإلتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري، فدعوى الإلغاء هي جزء لمبدأ المشروعية، والإلتزامات المترتبة على العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية هي إلتزامات شخصية. فالأصل أنه لا إختصاص لقاضي الإلغاء بنظر منازعات الصفقات العمومية الإلكترونية، ويستثنى من هذا أن طبيعة القرار محل المنازعة، حيث يدخل في إختصاص قاضي الإلغاء كافة القرارات المنفصلة عن العقد، وكذلك كافة ما تصدره الإدارة من قرارات لا بوصفها سلطة تعاقداً، وإنما باعتبارها سلطة عامة. راجع كل من؛ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 197. أيضاً، محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 223. وكذا، عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 324.

أولاً: تعريف دعوى الإلغاء و دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة

1- تعريف دعوى الإلغاء

تعرف دعوى الإلغاء بأنها دعوى يرفعها صاحب المصلحة إلى القاضي الإداري، ويطلب فيها إلغاء قرار إداري غير مشروع، وعليه يكون للقاضي أن يفحص مشروعية القرار الإداري، ومدى مطابقته للقانون، فإذا إنتهى إلى عدم مشروعيته قضي بإلغائه، ولكن دون أن يمتد هذا القضاء إلى أكثر من ذلك، أي إلى تعديله وإستبداله بغيره¹، وتتحرك وتتحرر سلطات القاضي المختص فيها في مسألة البحث عن شرعية القرارات الإدارية المطعون فيها بعدم الشرعية. والحكم بإلغاء هذه القرارات إذا تمّ التأكد من عدم شرعيتها، وذلك بحكم قضائي ذي حجة عامة ومطلقة².

2- تعريف القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية الإلكترونية

تصدر الجهة الإدارية المختصة (وزارة، هيئة وطنية عمومية، ولاية، بلدية، مؤسسة عمومية إدارية...)، قراراً إدارياً يتعلق بصفقة عمومية، فلا يكون للقرار الإداري وجوداً بذاته بل له علاقة بالعملية التعاقدية، وهذا ما إصطلح عليه فقهاً بالأعمال المنفصلة. كالقرارات الإدارية المتضمنة لإعلان عن الصفقة، والقرارات المتضمنة إستبعاد المرشحين، وكذا قرار المنح المؤقت للصفقة، وهذه القرارات جميعاً إعتبرها الفقه قرارات منفصلة يجب الطعن فيها إستقلالاً بالإلغاء³. إذ تتمثل القرارات الإدارية المنفصلة في تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة، وتساهم في تكوين عقد من العقود الإدارية، ومن ثمّ يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به، وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء إستقلالاً عن العملية التعاقدية⁴.

¹ أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 37.

² عمار عوايدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، (الجزء الثاني)، نظرية الدعوى الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004، ص 314.

³ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 156.

⁴ تياب نادية: آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 218. أيضاً، أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 15.

3- تعريف القرار الإداري الإلكتروني

تتضمن الصفقات العمومية الإلكترونية قيام الإدارة العامة بوظيفتها المتمثلة بالنشاط الإداري إلكترونياً بشكل كلي أو جزئي، لذلك فإنها ستوظف شبكة الإنترنت ووسائل الإتصال الحديثة بما لها من مزايا تفوق الوصف في القيام بمهامها كوسيلة مساندة، وهذا يعني أن الإدارة العامة ستجري تصرفاتها القانونية بشكل كلي أو جزئي عبر هذه الشبكة، لذلك نجد شيوع مصطلحات جديدة تتماشى مع المستجدات الحاصلة، كالقرار الإداري الإلكتروني الذي يتمثل في تلقي الإدارة العامة الطلب الإلكتروني على موقعها الإلكتروني، وإفصاحها عن رغبتها الملزمة بإصدار القرار والتوقيع عليه إلكترونياً، وإعلان صاحب الشأن على بريده الإلكتروني، وذلك بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، بقصد إحداث أثر قانوني معين يكون جائزاً وممكناً قانوناً إبتغاء المصلحة العامة"، فالقرار الإداري الإلكتروني ما هو إلا إفصاح عن إرادة منفردة ملزمة تصدر عن سلطة إدارية عامة عبر وسائل إلكترونية وترتب آثاراً قانونية. وبهذا الصدد لا يختلف عن القرار الصادر بالطريقة التقليدية، إذ يجب أن تتوفر فيه مقومات وعناصر القرار الإداري، بصدوره عن جهة إدارية بإرادتها المنفردة، بقصد إحداث آثار قانونية معينة، وتتوافر شروط صحته بمشروعية السبب الذي يقوم عليه والمحل الذي يتعلق به، وبصدوره عن مرجع مختص في الشكل والإجراءات المقررة قانوناً، ويستهدف تحقيق المصلحة العامة¹.

ثانياً: شروط قبول دعوى إلغاء القرار المنفصل عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

يثور تساؤل حول صاحب المصلحة في الطعن في القرارات الإدارية السابقة بإنعقاد عقد الصفقة العمومية الإلكترونية؟

1- أن يقدم طلب الإلغاء الإلكتروني من الغير

يشترط لصدور القرار المنفصل عن الصفقة العمومية الإلكترونية، تقدم صاحب الشأن بطلب للإدارة العامة، ويجب أن يتضمن الطلب البيانات الأساسية التي توضح قصد صاحب الشأن من تقديمه، مثل موضوع الطلب، بيانات الطالب، طلباته... إلخ. وتمتاز عملية تقديم الطلب بشكل إلكتروني بأنها تقلل نسبة الخطأ في بيانات الطلب، إذ أنّ ذلك يتم من خلال الموقع الإلكتروني للإدارة وبتدقيق من النظام الإلكتروني، كما أنّ تقديم الطلب بهذه الصورة يمتاز بالسرعة الهائلة مقارنة بالإسلوب التقليدي، إلا أنّ ما

¹ حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 104 و105.

يعيب استخدام الطريق الإلكتروني لتقديم الطلبات المقدمة من خلاله، قد يؤدي إلى تعطيل الموقع أو صعوبة الإتصال به وبطئه، ناهيك عن أنّ تقديم الطلب إلكترونياً يتطلب تسجيل البيانات الشخصية لمقدم الطلب، مما يثير القلق والخوف لدى مقدم الطلب من نشر هذه البيانات عبر شبكة الإنترنت. ويعرف الطلب الإلكتروني بأنه إجراء إداري يتم أدائه عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات بين الإدارة العامة والمتعاملين معها من خلال شبكة النت الخاصة بالنظام المعلوماتي للإدارة¹.

يقصد بالغير في هذا المقام غير المتعامل المتعاقد، وهو الشخص الخارج عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، فهذا الغير إذا تضرر من قرار إداري أصدرته المصلحة المتعاقدة، واستوفت فيه الشروط القانونية كشرط المصلحة، فليس أمامه للطعن في هذا القرار الإداري إلاّ طريق دعوى الإلغاء ولا يمكنه أن يسلك طريق دعوى القضاء الكامل كونه ليس طرفاً في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، ولا يتمتع بأي حق من الحقوق الشخصية المترتبة عن العملية التعاقدية². أمّا المتعاقد مع الإدارة فليس له دعوى إلاّ دعوى العقد عن طريق القضاء الكامل، ويستمد غير المتعاقد حقه في الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد من أنّ هذا القرار قد أثر في مركزه القانوني، ومن ثمّ تكون له مصلحة في الطعن عليه بالإلغاء³.

يطلق على صاحب المصلحة في الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة في هذه المرحلة مصطلح المتنافسين أو المتعهدين، أو المرشحين للتعاقد، وذلك طالما أنّ العقد لم يتم التصديق عليه بصورة نهائية من قبل السلطة المختصة، فلا يمكن هنا إطلاق صفة المتعاقد أو الغير الأجنبي عن التعاقد على الطاعن بالإلغاء، فتعبير المتنافسين يميّز الطاعنين في الإجراءات الممهدة والسابقة على التعاقد قبل إتمام إجراءات التصديق، أمّا بعد إتمام إجراءات التصديق من قبل السلطة المختصة فتحدّد الأوصاف القانونية للطاعنين، وتتركز أسباب طعون المتنافسين حول إستبعادهم من دائرة التعاقد مع الإدارة، وهي أسباب ترجع بحكم التسلسل الطبيعي لإجراءات التعاقد إلى وقائع سابقة على إبرام العقد ذاته، فطعون المتنافسين لا تستند إلى شروط العقد الإداري، وإنّما ترجع إلى مخالفة الإدارة للقوانين واللوائح في إصدارها للقرارات السابقة على إنعقاد العقد. والرابطة العقدية لا تتم إلاّ بعد المصادقة على إجراءات التعاقد من السلطة المختصة، وعليه

¹ حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 106 و107.

² كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في مجال المصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 112.

³ أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص

فإنّ القرارات الإدارية الصادرة والسابقة على عملية التصديق النهائي تعدّ من قبيل القرارات الممهدة للتعاقد، والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء¹.

2- أن يكون القرار الإداري نهائياً وقابلاً للتنفيذ

القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن كافة القرارات الإدارية، يتعيّن لقبول طلب إلغاءه أن يكون نافذاً دون حاجة لتصديق سلطة تعلو سلطة إصداره، وبذلك لا تكون محلاً لدعوى الإلغاء كافة الأعمال التحضيرية أو الإستشارية، حيث أنّ مثل هذه الأعمال لا ترتب بذاتها آثاراً قانونية تعطي للأفراد حقاً في الطعن عليها بالإلغاء لعدم تمتعها بأي صفة تنفيذية، ومن ثمّ فلا يجوز الطعن بالإلغاء لإنتفاء صفة القرار الإداري ضد الإجراءات السابقة على إبرام العقد كتقدير الإحتياطات الفعلية ضد الإدارة، أو الإستشارة السابقة، أو التصريح بالتعاقد... إلخ².

3- أن تقام الدعوى في الميعاد المقرر لإقامة دعوى الإلغاء

تقام الدعوى في الميعاد المقرر لإقامة دعوى الإلغاء وذلك قبل صدور ستين يوماً من تاريخ نشر أو إعلان صاحب الشأن به، أو علمه بصدوره علماً يقيناً، وإذا لم يقدم طلب الإلغاء خلال الميعاد القانوني فيكون القرار قد اكتسب الدرجة القطعية، ويتحصن من الإلغاء، ولا سبيل بعد ذلك للطعن القضائي ولو كان القرار معيباً³. لذلك يجب التقيد بالميعاد المحدد لتقديم الطلب الإلكتروني، لكي ينتج الميعاد أثره القانوني لا بد بداية أن يكون المشرع قد سمح للإدارة بتلقي الطلبات الإلكترونية⁴.

4- أن يقدم طلب الإلغاء على أساس عدم مشروعية القرار المطعون فيه

يقدم طلب الإلغاء على أساس عدم مشروعية القرار المطعون فيه وليس على أساس مخالفة الإدارة لأيّ من إلتزاماتها التعاقدية⁵.

¹ أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 113.

² - ³ المرجع نفسه، ص 107 و 108.

⁴ حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 113 و 114.

⁵ أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 107 و 108.

ثالثاً: أنواع القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية الإلكترونية

بغض النظر عن الطريقة التي تتبعها الإدارة لإبرام عقودها، فإنها وهي في سبيلها للتعاقد، تقوم باتخاذ عدة قرارات إدارية بعضها تسهل وتمهد عملية الإبرام، وأخرى تقتزن أو تصاحب هذا الإبرام، كما يلحق بعضها بإبرام العقد نفسه¹؛

1- القرارات التمهيديّة التي تسبق الإنعقاد

تمثل المرحلة التمهيديّة التي تمر بها العقود الإدارية الأرض الخصبة لتطبيق القرارات القابلة للإنفصال عن العملية العقدية، فالقرارات الصادرة من الإدارة أثناء هذه المرحلة هي قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء بصورة مستقلة عن العقد ذاته، طالما أنّ هذه القرارات نهائية، وتؤثر في المراكز القانونية للأفراد²، وتتمثل القرارات التمهيديّة في؛

أ- قرارات الإعلان عن الصفقة: يعدّ قرار الإعلان عن الصفقة من الإلتزامات الجوهرية التي أوجبها المشرع على المصلحة المتعاقدة في كثير من النصوص المتفرقة بين تنظيم الصفقات العمومية، وقانون المنافسة، وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته وغيرها، وذلك لضمان حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، ومبدأ المساواة، وإمتثالاً للشروط التي أوجبها القانون في قرار الإعلان عن الصفقة العمومية في نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247³.

ب- قرارات الحرمان والإستبعاد من الصفقة العمومية الإلكترونية: تتمثل قرارات الحرمان في القرارات التي تصدرها جهة الإدارة بحرمان بعض الأشخاص من التقدم للصفقة، إمّا كجزاء بسبب التنفيذ المعيب للإلتزام سابق، أو كإجراء وقائي لتهيئة الجو الصالح للمنافسة، وإستبعاد العطاءات التي لا تتوافر لها أو لمقدمها الشروط المقررة، فقرار الحرمان يعتبر إجراءً عاماً ينصب على شخص معيّن سواء أكان الشخص معنوياً أو طبيعياً، ويهدف إلى حرمانه من دخول كافة الصفقات. أمّا قرار الإستبعاد فهو قرار موضوعي لا ينصب على شخص معيّن، وإنّما يوجه إلى العطاءات التي لا تتوافر فيها الشروط التي يحددها القانون أو التي ترد بعد الموعد المحدد لتقديم العطاءات. وهكذا تعتبر قرارات الإدارة بحرمان بعض الأشخاص من

¹ أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص 30.

² المرجع نفسه، ص 30.

³ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 918.

الدخول في الصفقة أو بشطب أسماء البعض الآخر من القوائم غير المسموح لهم بالتعاقد من القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء¹.

2- القرارات المتعلقة بإبرام أو عدم إبرام الصفقة

أ- **قرارات المنح المؤقت:** يخضع المنح المؤقت لمجموعة من الضوابط والأحكام القانونية التي تلزم المصلحة المتعاقدة، وينتج مجموعة من الآثار في مواجهة حائز الصفقة، أو في مواجهة باقي المتعهدين باعتبارهم أصحاب مصلحة، وقد أدرج القضاء الإداري الفرنسي على اعتبار قرار المنح المؤقت للصفقة، قراراً إدارياً منفصلاً يجوز الطعن فيه بالإلغاء، رغم عدم وجود نص صريح في القانون الجزائري يحدّد طبيعته القانونية².

ب- **قرارات العدول عن الإبرام (قرارات رفض الإبرام):** القاعدة العامة أنّ الإدارة تتمتع بسلطة إستثنائية فيما إذا كانت تقوم بإبرام العقد أو عدم إبرامه إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك³، ورغم أنّ الإدارة ملزمة بإرساء العطاء على المتقدم بإرساء العطاءات، إلّا أنّها ليست ملزمة بالتعاقد معه إذا إقتضت المصلحة العامة عدم إتمامه. ومن ثمّ يعتبر قرارها برفض التعاقد من القرارات الإدارية النهائية القابلة للطعن عليها بالإلغاء إذا شابها وجه من أوجه عدم المشروعية⁴. وتتص المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، على أنّه: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلّا إذا وافقت عليها السلطة المختصة...". ويستفاد من هذا النص أنّه لا يمكن للصفقة العمومية أن تبرم مع أيّ متعامل إلّا بصدور قرار نهائي من السلطة المختصة المذكورة في المادة 4 أعلاه، ما يفيد أنّ لهذه الأخيرة السلطة التقديرية في إبرام أو عدم إبرام الصفقة.

ت- **قرارات الإبرام:** يقصد بإبرام عقد الصفقة العمومية العمومية ذلك القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الإرساء من قبل الجهة الإدارية المختصة بعد قرار لجنة البت بالإرساء، ولا يشترط أن يكون هذا القرار صريحاً بل يمكن أن يكون ضمناً، وهذا القرار يؤدي إلى إنشاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، وبه يكتمل رضا طرفيه... فالقرار الصادر بإبرام الصفقة هو في حدّ ذاته قراراً إدارياً يخضع

¹ أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 98 و99.

² علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 919.

³ أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص 33.

⁴ أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 104.

لإختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي الموضوع، باعتبار أنّ عقد الصفقة حال صدور هذا القرار لم يكن قد إنقضى بعد، الأمر الذي يجعل منه قراراً إدارياً منفصلاً عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، ويجوز الطعن فيه بالإلغاء إستقلالاً عن العقد إذا توافرت موجبات إغائه¹.

ث- التصديق عن الصفقة: نصت المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على رقابة الوصاية، حيث إحتفظ المنظم للوصاية بسلطتها تجاه المجالس المحلية. فوفقاً لهذه المادة تخضع الصفقات العمومية المبرمة لرقابة الوصاية قبل دخولها حيّز التنفيذ ويهدف إلى التحقيق من مطابقة إبرام الصفقات لأهداف الفعالية والإقتصادية والتأكد من كون العملية موضوع الصفقة تدخل فعلاً في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع². ومن أمثلة التصديق على الصفقة، ما نصت عليه المادة 149 من القانون رقم 10-11، ووفقاً لهذه المادة يصادق على محضر المناقصة والصفقات العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي ويرسل محضر المناقصة والصفقة العمومية إلى الوالي مرفقاً بالمداولة المتعلقة بهما. حيث يلتزم رئيس المجلس الشعبي البلدي بإرسال المداولة للوالي في ظرف (08) أيام من تاريخ التصويت عليها مع الملف الكامل للصفقة. وللوالي مهلة 21 يوم من تاريخ إرسال الوثائق للمصادقة على الصفقة.

رابعاً: مدى إختصاص قضاء الإلغاء بنظر منازعات العقود الإدارية

1- إختصاص قضاء الإلغاء بنظر النزاع حول قرار الإدارة المنفصل عن العقد

القرار المنفصل عن العقد الإداري هو قرار لا يدخل في الرابطة العقدية وإن كان يمهّد لإنعقادها، الأمر الذي يجعله ينفصل عن العقد الإداري لإحتفاظه بطبيعته كقرار إداري أصدرته الإدارة من جانب واحد إستناداً إلى السلطة المخولة لها بمقتضى القوانين واللوائح، بقصد إحداث أثر قانوني وتطبيقاً لذلك، فقد إعتبرت المحكمة الإدارية العليا قرارات لجنة البت من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، الأمر الذي يمنح صاحب العطاء المرفوض الحق في الطعن على قراراتها برفض عطاءه بالإلغاء³.

¹ أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص 32، أيضاً، أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 102 و 103.

² قانون رقم 10-11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر بتاريخ 3 يوليو 2011.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 325.

2- إختصاص قضاء الإلغاء بنظر الطعن الصادر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة وليست جهة تعاقد

تتخصر ولاية القضاء الكامل لمحاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات العقدية على تلك المنازعات التي تنبثها قرارات الإدارة الصادرة عنها بوصفها جهة تعاقد وليست سلطة عامة، تملك الإفصاح عن إرادتها الملزمة باصدار قرارات إدارية بقصد إحداث أثر قانوني، حيث يكون مآل النظر في مشروعية تلك القرارات لقاضي الإلغاء¹.

خامسا: مناط إختصاص قضاء الإلغاء بنظر مشروعية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري

يتعين لإنعقاد الإختصاص بنظر الطعن عن عقد الصفقات العمومية الإلكترونية أن يقدم طلب الإلغاء من غير المتعاقد مع الإدارة، متى توافرت لديه المصلحة من هذا الطعن، بأن يكون هذا الغير في حالة قانونية خاصة، ومن شأن القرار المنفصل عن عقد الصفقة التأثير فيها، حيث لا يستطيع غير المتعاقد اللجوء إلى القضاء الكامل لحسم منازعاته المتعلقة بالعقد لكونه غير طرف فيه، الأمر الذي لا يكون أمامه سوى اللجوء إلى قاضي الإلغاء².

سادسا: أثر إلغاء القرار الإداري المنفصل عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية

إستقر الفقه والقضاء على المستقر على أنّ الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية يقتصر أثره على هذا القرار، دون أن يمتد هذا الأثر للتأثير في صحة الصفقة العمومية الإلكترونية رغم مساهمة القرار الإداري الملغى في تكوينها، حيث يبقى هذا العقد قائماً وصحيحاً

¹ تأكيداً لذلك، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى عدم قبول دعوى إلغاء قرار الإدارة بفسخ العقد الإداري حيث أصدرته الإدارة إستناداً إلى نصوص العقد، وليس بوصفها سلطة عامة الأمر الذي يوكل الإختصاص بنظر النزاع فيه إلى قاضي العقد وليس قضاء الإلغاء، حيث قضت ب: "... لما كان القرار المطعون فيه وقد تضمن إلغاء التعاقد مع الطاعن إستناداً لما نسب إليه من إخلاله بالتزاماته التعاقدية بعدم سداد قيمة التأمين النهائي والتوريد خلال المواعيد المقررة -فإنه والحالة هذه يكون مستنداً لأحكام العقد- ومن ثم فإنّ المنازعة المثارة بشأنه تكون من المنازعات الحقيقية التي تكون محلاً للطعن على أساس إستعداد ولاية القضاء الكامل، وتخرج من ثمّ عن ولاية الإلغاء، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعد قبول طلب وقف تنفيذ وإلغاء هذا القرار بحسابه لا يكتسب وصف القرار الإداري الذي يتعين وجوده كشرط لقبول دعوى الإلغاء...، المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 1654 لسنة 36 ق، جلسة 22-03-1994، نقلاً عن، عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 331 و332.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سابق، ص 327 و328.

مولدا لجميع آثاره العقدية. أساس ذلك أنّ القرارات المنفصلة، وإن كانت تمهد لإبرام العقد إلا أنّها في حقيقتها عملاً مستقلاً عن عملية التعاقد، ومن ثمّ فهي تخضع لإختصاص قضاء الإلغاء.

المطلب الثالث: التسوية الإلكترونية لمنازعات المصفقات العمومية الإلكترونية

(القضاء الإداري الإلكتروني)

شهد العالم في العشرية الأخيرة ثورة لا مثيل لها في مجال المعلومات والاتصال، والتي فاقت تحدياتها كلّ التصورات، ومست بآثارها كلّ جوانب التصرفات القانونية وعلى رأسها التعاقد في المصفقات ذات البعد الدولي، وما نتج عنها من تطور في برمجيات الوكيل الذكي، والتي تبناها المشرع الجزائري من خلال إباحة التعاقد الإلكتروني في المصفقات الوطنية والدولية، في المواد من 203 إلى غاية المادة 206 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. إلا أنّه -المنظم الجزائري- عند إقراره تأثره بهذه الوسيلة دون أن يستكمل مسار هذا التصرف القانوني الذي لا يكمن أن يخلو من منازعة في أي بعد من أبعاده. ولا يستوي الوضع في قيام الصففة وإبرامها وإنعقادها بطريقة إلكترونية، ثمّ فض منازعاتها بطريقة تقليدية، وذلك لزوال الحكمة من التعاقد الإلكتروني، وإنّفاء مميزاته وخصائصه بمجرد عرض النزاعات الناشئة بواسطة الطرق التقليدية¹. تماشياً مع ما جاء في قانون المصفقات العمومية من ضرورة تبادل المعلومات إلكترونياً، استحدث المشرع القانون رقم 15-03، المتعلق بعصرنة العدالة².

تشمل الإدارة الإلكترونية مرفق القضاء، والذي يشكل استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات كوسيلة لتعزيز الثقة في النظام القضائي عبر تطوير وتبسيط إجراءات التقاضي وتسريع إدارة الملفات وإصدار الأحكام بما يحقق الوصول إلى العدالة والحق في وقت مناسب، فالتعويل على طرق الإتصال الإلكتروني في نطاق إجراءات التقاضي الإداري يمثل خطوة كبرى نحو زيادة فعالية أداء القضاء الإداري لمهمته الجوهرية القائمة على الفصل في المنازعات الإدارية³.

¹ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في المصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 1109.

² القانون رقم 15-03، المؤرخ في 01 فيفري 2015، المتعلق بعصرنة العدالة، ج ر عدد 06، صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

³ هشام الصافي: إلكترونية القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 9.

السؤال الذي يطرح نفسه يدور حول؛ كيف يمكننا الإستعانة بالوسائط الإلكترونية الحديثة في تطوير مرفق القضاء الإداري من أجل تحقيق العدالة وتبسيط الإجراءات؟ وما مدى مساهمة التكنولوجيا الحديثة في تحسين الخدمات العمومية المقدمة في قطاع العدالة؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من تبيان معنى القضاء الإداري الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم نتطرق لمسألة المحكمة الإلكترونية كإجراء مستحدث لفض منازعات الصفقة العمومية الإلكترونية (الفرع الثاني)، لنعالج بعدها القاضي الإلكتروني وتحقيق الدعوى الإلكترونية (الفرع الثالث). وبالتالي ضرورة إثبات المنازعة في الصفقة العمومية الإلكترونية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: إلكترونية القضاء الإداري

ترتبط الخدمة العمومية ارتباطا وثيقا بالمرافق العامة التي تسعى الدولة جاهدة إلى تطويرها وفق الوسائل العصرية التي من شأنها تحسين متطلبات المواطن، والانتعاش الذي تشهده الإدارة العمومية في وقتنا الحالي في ظل تطور أساليب الخدمات التي تقدمها موازاة مع التطور التكنولوجي أدى إلى ظهور الإدارة الإلكترونية التي اعتمدها الدولة في القطاعات الإستراتيجية، والتي من بينها مرفق العدالة، بحيث تم إدراج الأسلوب الإلكتروني في التنظيم القضائي الجزائري لما له من أهمية بالغة في تطوير وتحسين وتسهيل الخدمات التي يقدمها مرفق القضاء للمتعاملين معه¹. للاستفاضة في الموضوع، سنبيّن معنى القضاء الإداري الإلكتروني، ثمّ تعريف إلكترونية القضاء الإداري، وبعدها نحدّد خصائصه .

أولاً: تعريف النقاضي الإداري الإلكتروني

يقصد بالنقاضي الإلكتروني؛ عملية نقل مستندات النقاضي إلكترونيا إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني، حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض وإرسال إشعار إلى المتقاضي يفيد به علما بما تمّ بشأن هذه المستندات².

النقاضي الإلكتروني هو تنظيم تقني معلوماتي يتيح للمتداعين تسجيل دعواهم وتقديم أدلتهم وحضور جلسات المحاكمة تمهيدا للوصول إلى الحكم وتنفيذه من خلال وسائل الإتصال الإلكترونية والتي هي جزء

¹ الطيب بلواضح والذهبي حليفة: الخدمات الإلكترونية المتاحة في مجال عصنة العدالة الجزائرية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جانفي 2020، ص 139.

² خالد ممدوح إبراهيم: أمن الحكومة الإلكترونية، دار الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2008، ص 80.

من نظام معلوماتي يمكن القضاة الإتصال بالمتداعين دون حضورهم الشخصي ومباشرة إجراءات التقاضي من خلال هذا النظام، كما يتيح هذا النظام من خلال المحكمة الإلكترونية شفافية وسرعة في الحصول على المعلومات، وبناء عليه فتجهيز المحكمة وقاعات المحاكمة والأقسام الإدارية والتنفيذية فيها سيأخذ طابعاً تقنياً يمكن القضاة والخصوم من متابعة دعواهم والحضور وتسجيل الطلبات والإتصال بموظفي وقضاة المحاكم إلكترونياً دون حاجة للحضور الشخصي، ويتميز هذا الإتصال بالشفافية والسرعة العالية في الحصول على المعلومة وتنفيذ الإجراءات¹.

يعرف القضاء الإداري الإلكتروني بأنه حلول الوسائط الإلكترونية محل القاضي الإداري في إصدار الأحكام والقرارات. فالقضاء الإداري الإلكتروني هو ذلك القضاء الذي تكون فيه الوسائل الإلكترونية بذاتها هي التي توفر الحماية القضائية دون التدخل البشري إلا في مرحلة الإعداد والإنشاء والتطوير والتحديث للقاضي الإداري الإلكتروني الذي يعمل في معزل عن التدخل البشري في مرحلة إصدار الأحكام وتوفير سبل الحماية القضائية للمتقاضين، حيث تستند الفكرة الرئيسية للقاضي الإداري الإلكتروني، أنه يعتمد على أن تقوم الأنظمة التي يعمل بتقنيات الذكاء الاصطناعي على نقل المعلومات والخبرة المتوفرة لدى الخبراء والقضاة إلى الحاسب الآلي، الذي يقوم بدوره بالإستدلالات والوصول إلى نتيجة محدّدة، وهو ما تمّ تطبيقه في الكثير من العلوم التي تعتمد الآن على نظام المحاكاة الحاسوبية التي تعمل من خلال تجميع المعلومات والبيانات واختزالها والقيام بتحليلها ورسم العلاقات والروابط بمختلف تفاصيلها المطبقة حالياً في مجال البحث والتحقيق الجنائي².

عرف البعض إلكترونية القضاء الإداري بأنه إستخدام الوسائط الإلكترونية في عملية التقاضي الإداري بدءاً من بدايتها، (الطلب والإعلان أو الإخطار)، وسيرها (الجلسات) وإنهاء بإصدار الحكم والظعن فيه وتنفيذه، وهذا يعني إعتبار الوسائط الإلكترونية وسائل مساعدة للقاضي الإداري في عملية التقاضي³.

¹ حازم محمد الشرعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية كنظام قضائي معلوماتي عالي ومفرغ من فروع القانون بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن) 2010، ص 59.

² هشام الصافي: إلكترونية القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 19.

³ المرجع نفسه، ص 18.

ثالثاً: أهمية التقاضي الإلكتروني

استخدام وسائل الإتصال الحديثة في التقاضي من شأنه توفير الوقت والجهد على القضاة والمتقاضين والمحامين، ويمكنهم من التعرف على القرارات الصادرة والإطلاع على ملفات القضايا ومحتوياتها واختصار الآجال التي تطلب للإطلاع، كما تساعد على الحد من المترددين على المحاكم، حيث يمكنهم الدخول على الموقع الإلكتروني للقضاء والتعرف على الأحكام والقرارات وسير الجلسات والحصول على الأحكام والشهادات من خلال بطاقات الإئتمان وسداد الرسوم من خلالها، كما تساعد هذه الوسائل على سرعة الفصل في القضايا وتحرير المسودات والأحكام واستخراج النسخ، كما تتيح هذه الوسائل تتبع سير الملفات والدعاوى في جميع درجات التقاضي. كذلك تسهم الوسائل الإلكترونية في وجود قواعد البيانات على مستوى التشريعات الوطنية سواء السارية أو التي تمّ تعديلها، مما يسمح للقاضي بالإطلاع على جميع التشريعات وتحديد القانون الواجب التطبيق على واقعة النزاع من خلال الإستعانة بالكمبيوتر. أيضاً تساعد تلك الوسائل على التعرف على أحدث المبادئ القانونية الصادرة من المحاكم، بالإضافة إلى أنّ الوسائل الإلكترونية تسمح بالرقابة على أعوان القضاء كالمحضرين ومعاوني التنفيذ والخبراء، وتسمح أيضاً بالرقابة والتفتيش المتزامن مع سير القضية دون نقل الملفات لإدارة التفتيش القضائي، بجانب دور هذه الوسائل في تجنب التعارض بين الأحكام، حيث يمكن من خلال التطبيقات الإلكترونية والربط الإلكتروني بين المحاكم المختلفة من خلال موقع إلكتروني موحد للقضاء، أن تتوصل المحكمة المعروض عليها أيّ نوع إلى وجود حكم سابق في نزاع آخر بين ذات الخصوم بصفاتهم وما إذا كان يتعلق بذات النزاع المطروح أمامها محلاً وسبباً¹.

¹ أحمد هندي: التقاضي الإلكتروني لإستعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2014، ص 17 و18.

الفرع الثاني: المحكمة الإلكترونية كإجراء مستحدث لفض منازعات الصفقات

العمومية الإلكترونية

تعدّ المحكمة الإلكترونية من أحدث الأساليب في العصر الحالي المعنية بتسوية منازعات الصفقات الدولية بالإعتماد على الوسائل الإلكترونية المستحدثة في مباشرة إجراءات الدعوى والإثبات وغيرها، حيث نجد هذه الفضاءات الإلكترونية تملك من المقومات ما يجعلها تفوق نظيرتها التقليدية¹.

أولاً: تعريف المحكمة الإلكترونية

يعدّ مصطلح المحكمة الإلكترونية من المصطلحات والمفاهيم الحديثة، حيث أنه لم يظهر إلا منذ سنوات قليلة، ويمكن أن نضع تعريفاً للمحكمة الإلكترونية بأنها تنظيم تقني معلوماتي تفاعلي مؤمن على الشبكة العالمية، يتيح للمتقاضين تحريك دعواهم وتقديم البيانات والإطلاع على مجريات الجلسات، وللقضاة وأعاونهم النظر في الدعاوى وتدوينها وحفظها والفصل فيها عبر الوسائل التقنية الحديثة². وتعرف على أنها حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود، يسمح ببرمجة الدعوى الإلكترونية، ويتألف من شبكة الربط الدولية إضافة إلى موقع المحكمة، ويباشر من خلاله مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعاوى الناشئة عن العقود الدولية بموجب تشريعات ذات طابع عالمي لا سيما تلك المتميزة بطابعها المادي³. فهي عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة الإدارية عبر البريد الإلكتروني للمحكمة، حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص بالمحكمة، وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو بالرفض وإرسال إشعار إلى المتقاضين يعلمهم بما تم بشأن هذه المستندات⁴.

تعتبر المحكمة الإدارية الإلكترونية نظام يقوم بتمثيل عملية سير الدعوى الإدارية المعمول بها حالياً على الأوراق تمثيلاً حاسوبياً لتوثيق جميع المراحل التي تمر بها الدعوى من مرحلة رفعها إلى مرحلة الإنتهاء، فهي سلطة مجموعة متخصصة من من القضاة بالنظر في الدعاوى الإدارية، ومباشرة إجراءاتها

¹ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 1109.

² سمية بومروان: الحكومة الإلكترونية ودورها في تحسين الإدارات الحكومية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 15.

³ علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 1110.

⁴ حسين إبراهيم خليل: الإعلان القضائي عن طريق البريد الإلكتروني في النظرية والتطبيق، دار الفكر والقانون، المنصورة

القضائية بوسائل إلكترونية مستحدثة، ضمن نظام قضائي معلوماتي متكامل الأطراف والوسائل¹. فالمحكمة الإلكترونية، هي محكمة لا حضور فيها للخصوم أو ممثلهم، وإنما تقدم فيها جميع الأوراق أو المستندات عبر الإنترنت، كما أنّ المرافعة والتحقيق يتم بذات الطريقة، وأيضا تبادل المستندات والإطلاع عليها وإصدار الحكم والمدولة، فهي تعني الانتقال من تقديم الخدمات والمعاملات بشكلها الروتيني إلى الشكل الإلكتروني عبر الإنترنت، إذ هي إعادة إدارة للأداء في مرفق العدالة. فإجراءات التقاضي تتم عبر شبكة الإنترنت بطريقة إلكترونية، سمعية وبصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والقضاة في مكان واحد، تماما مثل التحكيم الإلكتروني².

عرفت المحكمة الإلكترونية أيضا على أنّها حيزٌ تقني معلوماتي ثنائي الوجود (شبكة الربط الدولية مبنى المحكمة) يعكس الظهور المكاني الإلكتروني لأجهزة ووحدات قضائية وإدارية على الشبكة، تعمل هذه الأجهزة على إستقبال الطلبات القضائية ولوائح الدعاوى وتجهيز برامج الملفات الإلكترونية وتوفير متجدد للمعلومات حول مستجدات الدعاوى وقرارات الأحكام بما يمثل تواسلا دائما مع جمهور المواطنين والمحامين، كما تمكن هذه المحكمة أصحاب العلاقة المتقاضين ووكلائهم من الترافع وتحضير الشهود وتقديم البيانات والإتصال المباشر مع العاملين في المحكمة في كلّ وقت ومن أيّ مكان، كما توفر المحكمة آليات جديدة ومتطورة لمتابعة الدعاوى والإطلاع على مجريات الجلسات -بل وحتى حضور الجلسات حضورياً إلكترونياً- وقرارات الأحكام بكل يسر وسهولة³.

ثانياً: تسجيل الدعاوى وإستيفاء الرسوم إلكترونياً

يتوجب لتسجيل الدعاوى وتسليمها إلكترونياً، أن يتم إنشاء موقع على الإنترنت يحمل عنواناً يستطيع من خلاله جمهور المواطنين والمحامين الدخول إلى النظام وقيد الدعاوى وتسليم البيانات ودفع الرسوم، ولوائح الدعوى التي سيتم إرسالها ليست لوائح مطبوعة أو ورقية وإنما لوائح عالية التقنية تمتاز بميزتين، الأولى توفير بيانات توافق القانون والأصول، والثانية منع النزاع الشكلي⁴.

¹ هشام الصافي: إلكترونية القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق،، مرجع سابق، ص 20.

² أحمد هندي: التقاضي الإلكتروني لإستعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 73.

³ حازم محمد الشرعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 59 و60.

⁴ المرجع نفسه، ص 64.

ثالثا: مظاهر عصنة قطاع العدالة في الجزائر

1- إنجاز أرضية خدمات الإنترنت (ISP)

تم منذ نوفمبر 2003، تزويد قطاع العدالة بممون لدخول عالم الإنترنت، يتميز بنوعية رفيعة تحدّد الأهداف الخاصة بالإدارة المركزية لوزارة العدل والجهات القضائية وكلّ المؤسسات التابعة للقطاع، بالإضافة لإنشاء موقع خاص بوزارة العدل (www/m justice/dz) لإعلام كل المواطنين بنشاطات وزارة العدل¹.

2- إدماج تقنية التصديق والتوقيع الإلكترونيين في المجال القضائي

نص المشرع الجزائري صراحة على تقنية التصديق والتوقيع الإلكتروني، فبالرجوع لقانون عصنة العدالة رقم 03-15، في الفصل الثاني منه المعنون "بالمنظومة المعلوماتية المركزية لوزارة العدل والإشهاد على صحة الوثائق الإلكترونية"، ضمن القسم الثاني منه تحت عنوان "التصديق الإلكتروني"، نجده أقر إمكانية مهر الوثائق والمحركات القضائية التي تسلّمها مصالح وزارة العدل والمؤسسات التابعة لها والجهات القضائية بتوقيع إلكتروني تكون صلته بالمحرّر الأصلي مضمونة بواسطة وسيلة تحقق موثوقة²، وتفترض الموثوقية في التصديق الإلكتروني إلى غاية إثبات العكس متى أنشئ التوقيع الإلكتروني وكانت هوية الموقع أكيدة وسلامة العقد مضمونة³، على أن يتم إثبات العلاقة بين معطيات التحقق من التوقيع الإلكتروني وصاحب التوقيع عن طريق شهادة إلكترونية موصوفة تصدرها وزارة العدل⁴، وتضمن هذه الأخيرة -وزارة العدل- التصديق على التوقيع الإلكتروني بواسطة ترتيب إلكتروني مؤمن يضمن التعرف على هوية الشخص المرسل إليه وتاريخ صلاحية التوقيع والمعلومات التي يتضمنها⁵.

3- إستحداث تقنية المحادثات المرئية عن بعد

تمّ إستحداث تقنية المحادثات المرئية أثناء سير الإجراءات القضائية، فإذا إستدعى بعد المسافة أو تطلب ذلك حسن سير العدالة، يمكن إستجواب وسماع الأطراف عن طريق المحادثة المرئية عن بعد، ويجب أن

¹ عشاش حمزة وخضري حمزة: الإدارة الإلكترونية ودورها في عصنة قطاع العدالة بالجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، لسنة 2020، ص 276.

² المادة 4 من القانون رقم 03-15، المتعلق بعصنة العدالة، مرجع سابق.

³ المادة 5 من نفس القانون.

⁴ المادة 6 من نفس القانون.

⁵ المادة 7 من نفس القانون.

تضمن الوسيلة المستعملة سرية الإرسال وأمانته. على أن يتم تسجيل التصريحات على دعامة تضمن سلامتها وترفق بملف الإجراءات. وتدوّن التصريحات كاملة وحرفيا على محضر يوقع من طرف القاضي المكلف بالملف وأمين الضبط¹، وقد حدّدت الإجراءات الواجب إتباعها في المحادثة عن بعد بموجب المادتين 15 و16 من القانون رقم 03-15، المتعلق بعصرنة العدالة.

4- إنشاء المركز الوطني للأنظمة المعلوماتية لوزارة العدل

يتم إنشاء المركز الوطني للأنظمة المعلوماتية لوزارة العدل، وهو الذي يسهر على إدارة وتسيير مختلف الأنظمة المعلوماتية المستحدثة².

5- استحداث النظام الآلي لتسيير الملف الإداري (SGDJ)

يسمح هذا النظام بتسيير ومتابعة الملف القضائي من المحامين والمتقاضين، بدءا من تسجيل القضية إلى غاية البت النهائي فيها، بالإضافة إلى الإطلاع على الشباك الإلكتروني لمجلس الدولة³.

الفرع الثالث: القاضي الإلكتروني وتحقيق الدعوى الإلكترونية

تتمثل الدعوى الإلكترونية في سلطة اللجوء إلى القضاء للحصول على تقرير حق موضوعي أو حمايته لكن تتم عبر وسائط إلكترونية ومن خلال شبكة الإنترنت⁴.

لا تقتصر إلكترونية القضاء الإداري على استخدام الأجهزة والأدوات الإلكترونية في الأعمال الإدارية لمرفق القضاء الإداري فقط، بل يمكن أن يمتد نطاق عملها إلى أعمال الوظيفة القضائية، فيمكن الإستعانة بما يطلق عليه مسمى الحاسوب القاضي أو القاضي الإلكتروني "الوكيل الإلكتروني"⁵. لذلك سنبين دور الوكيل الإلكتروني في تفعيل الدعوى الإلكترونية؛

¹ المادة 14 من قانون عصرنة العدالة الجزائري رقم 03-15، مرجع سابق.

² عشاش حمزة وخضري حمزة: الإدارة الإلكترونية ودورها في عصرنة قطاع العدالة بالجزائر، مرجع سابق، ص 277.

³ المرجع نفسه، ص 277.

⁴ خالد ممدوح إبراهيم: أمن الحكومة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 87.

⁵ هشام الصافي: إلكترونية القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق،، مرجع سابق، ص 118.

أولاً: تعريف القاضي الإلكتروني (الوكيل الإلكتروني المؤتمت)

يعرف الوكيل الإلكتروني بأنه برنامج الحاسب الآلي، يقوم بعمل معين نيابة عن الشخص الذي يستخدم الحاسب الآلي، يكون له في قيامه بهذا العمل قدر من الإستقلالية، فلا يتطلب قيامه بهذا العمل تدخل مباشر من الشخص الذي يمثله¹.

ثانياً: دور القاضي الإلكتروني -الوكيل الإلكتروني- في تحقيق الدعوى الإدارية

تستند الفكرة الرئيسية للقاضي الإلكتروني في أنه من الأنظمة التقنية التي تعمل بتقنيات الذكاء الاصطناعي، والتي تقوم على نقل المعلومات والخبرة المتوفرة لدى الخبراء والقضاة إلى الحاسب الآلي، الذي يقوم بدوره بالإستدلالات والوصول إلى نتيجة محدّدة وهو ماتمّ تطبيقه في الكثير من العلوم التي تعتمد على نظام المحاكاة الحاسوبية. والتي تعمل من خلال تجميع المعلومات والبيانات واختزالها، والقيام بتحليلها ورسم العلاقات والروابط بمختلف تفاصيلها والمطبقة حالياً في مجال البحث والتحقيق الجنائي. من هنا جاء الدور الذي يلعبه استخدام "القاضي الإلكتروني" في تحقيق الدعوى الإدارية من خلال إمكانية مساعدته للقضاة الإداريين من مفوضي مجلس الدولة في تحضير الدعاوى الإدارية المكلفين بتحضيرها، خصوصاً تلك الدعاوى الإدارية التي تحتاج إلى خبير حسابي، حيث أنّ عنصر الخطأ الناتج من استخدامه في مثل هذه الحالة لا يتعدى نسبة 1 %، إضافة إلى أنه يمكن أن يحل محل مفوض مجلس الدولة في إعداد تقرير في القضايا التي استقرت أحكام مجلس الدولة فيها على حكم معين ممّا لا نراه يتعارض مع عمل هيئة المفوضين والدور القانوني لها والقيمة المعولة على تقريرها من كونه غير ملزم للمحكمة، كما يمكن أن يلعب أيضاً دور مساعد لمفوضي مجلس الدولة طبقاً لإختصاصه بعرض ترسية على طرفي النزاع².

¹ شريف محمد غنام: دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2012، ص

22.

² هشام الصافي: إلكترونية القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 120.

الفرع الرابع: إثبات عقد الصفقات العمومية الإلكترونية

إنّ تكنولوجيا المعلومات بما تتسم به من مستوى فني رفيع، أصبح لها مكانة هامة ومتزايدة في مجال الإثبات، حيث يتم ضغط ومعالجة المعلومات والبيانات عبر المستند والمحركات المعلوماتية، ومع استخدام الإنترنت في التعاقد بدأ ظهور مشكل الإثبات، ويعود ذلك لطبيعة السند الذي يتم تحرير العقد وتدوين بنوده عليه وإلى نوع التوقيع الذي يتم استخدامه في هذه السندات، ففي التعاقد الإلكتروني لا مجال للسند الورقي، وإنما يتم تدوين العقد على سند إلكتروني كوسيلة لتحديد هوية المتعاقد عبر الإنترنت¹.

تقوم نظرية الإثبات في القانون الإداري على أساس ظروف هذا القانون، وطبيعة الدعوى الإدارية التي يختص بنظرها القضاء الإداري، وتعلق هذه الدعوى بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وتقوم كذلك على الصالح العام حيث يسودها مبدأ المشروعية الذي يعني خضوع الإدارة في تصرفاتها لحكم القانون².

ظهرت مشكلات عديدة يثيرها التعاقد الإلكتروني نتيجة استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود وخاصة الإنترنت، ومن أهم المشكلات إثبات هذه العقود التي تتم بواسطة وسائل إلكترونية وذلك نظراً لإختلاف الوسط المادي الذي يتم تحرير وتدوين بنود العقد من خلاله، إلا أنّ التساؤل الذي يطرح نفسه يتمحور حول إعتبار ما يتم إدخاله من بيانات على هذه الوسائط، ما إذا كان من قبيل الكتابة التي يعتد بها في الإثبات؟ وهل القواعد العامة المقررة في الإثبات المدني قادرة على إضفاء الحجية القانونية على الدائم والسندات الإلكترونية مساواة بالسندات المادية الملموسة من حيث الإثبات، أم لا بد من خلق نظام قانوني مستقل يحكم هذه المعاملات؟

نظراً للصعوبات التي واجهت إثبات الدائم الإلكترونية في ظل غياب السند الورقي المادي الملموس، فقد كان لزاماً البحث على نظام قانوني مستقل عن الإثبات التقليدي، لأنّ التعاقد الإلكتروني تكون دوائمه إلكترونية فيما يخص السندات أو الدفع وكذا التوقيع وقد يكون حتى تنفيذ العقد إلكترونياً. مما جعل من الضرورة البحث عن نظام قانوني خاص بالمعاملات الإلكترونية وهو الإثبات بالسندات الإلكترونية.

¹ أيسر صبري ابراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته...، ص 130.

² رحيمة الصغير نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 121.

أولاً: خصوصية الإثبات الإلكتروني في الخصومة الإدارية الناتجة عن الصفقة العمومية الإلكترونية

تبيّن لنا من خلال دراسة تكوين الصفة العمومية الإلكترونية، أن إبرامها يتم بذات الطرق التي تبرم بها الصفة التقليدية، غير أنّ الإختلاف يكمن في وسيلة الإبرام، المتمثلة في الوسيط الإلكتروني، هذا الأخير يثار بسببه إشكالات تتعلق بكيفية إثباته، حيث أنّ مشكلة إثبات العقد الإلكتروني لا تزال مستجدة حتى في قواعد القانون الخاص، فكيف نبرر كيفية إثباتها في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية باعتبارها عقداً إدارياً؟

تجدر الإشارة إلى أنّه عندما يثبت الدليل أمام القضاء على التصرف القانوني، فإنّه ينشأ عن هذا الحكم إعلان لحقيقة قضائية رسمية، إذ أنّ حجية الأمر المقضي به التي تلازم هذا الحكم توجب الأخذ به كحقيقة قائمة¹. وتتمثل طرق الإثبات في الأدلة المثبتة للدعوى، التي يعتمد عليها القاضي في إصدار حكمه².

1- الإقرار التشريعي بالسند الإلكتروني في الإثبات (موقف القانون من طبيعة المحررات الإلكترونية)

أ- التدخل التشريعي الدولي لقبول المحررات الإلكترونية: إتجهت جهود منظمة الأمم المتحدة ومجلس الإتحاد الأوروبي إلى وضع القواعد القانونية الموجهة لمشريعي الدول التي تنضوي تحت لواء هذه المنظمة أو تلك، وكذلك لمساعدتها على وضع تشريعاتها الوطنية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية. وهذه الجهود المتمثلة في وضع قواعد تشريعية نموذجية تستعين بها الدول الأعضاء في هذه المنظمات عند مراجعة تشريعاتها أو سن تشريعاتها الجديدة المواكبة للوسائل الإلكترونية الحديثة التي يتم بواسطتها إجراء المعاملات الإلكترونية، طمحت إلى توحيد القواعد من أجل الإستفادة من الأمان القانوني، وإلى تحقيق التوافق في هذا المجال³.

سعت منظمة الأمم المتحدة إلى مواجهة الكم المتزايد من المعاملات التي تجري إلكترونياً في التجارة الدولية، والتي تنطوي على إستخدام بدائل للأشكال الورقية للإتصال وحفظ المعلومة، وكلفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بإعداد الدراسات وتقديم التوصيات بما يمكن جميع الدول من تطوير تشريعاتها التي تعتمد على الأشكال المادية للسندات، وصياغة هذه التشريعات التي تعتمد الإثبات بركائز إلكترونية. نتيجة لذلك، كان أول قانون نموذجي إعدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الأربعين

¹ NORMAND Jacques: Le juge et le litige, Edition L G D J, Paris, p 307.

² عايدة الشامي: خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، مرجع سابق، ص 24.

المنعقدة عام 1996، هو القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الذي يعرف بقانون الأونيسترال نسبة إلى التسمية المختصرة للجنة التي قامت بإعداده، وأثمرت تلك الجهود إلى إقرار قانون نموذجي عام 2000، يختص بالتوقيعات الإلكترونية يعرف بالإسم المختصر قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، كل ذلك هدف إلى توحيد وتنسيق القواعد القانونية الخاصة باستخدام السندات الإلكترونية ومنحها القوة الثبوتية على المستوى الدولي، بحيث تكون مقبولة لدى الدول ذات الأنظمة القانونية المختلفة بشكل يمكن أن يسهم في تعزيز تشريعاتها وعلى صياغة تلك التشريعات في حال عدم وجودها¹.

أصدرت اللجنة الأوروبية في عام 1997، بياناً تعلن فيه عن نيتها في إعداد مشروع لتوجيه أوروبي حول إطار للتوقيع الإلكتروني وعمليات التشفير، بهدف ضمان الأمن والثقة في المبادلات الإلكترونية، وفي عام 1998، عرضت مشروع التوجيه حول إطار قانون عام للتوقيع الإلكتروني، وقد وافق مجلس وزراء المجموعة الأوروبية على هذا المشروع في عام 1999، كما وافق عليه البرلمان الأوروبي. وهذا التوجيه أوجب على الدول الأعضاء إتخاذ الإجراءات اللازمة لإدماج أحكام التوجيه الأوروبي في قوانينها².

ب- **التدخل التشريعي بموجب القواعد العامة في الإثبات من حجية المحرر الإلكتروني:** أحدث المشرع الفرنسي تعديلاً جذرياً في الأفكار التقليدية التي كانت تقوم عليها قواعد الإثبات في القانون المدني الفرنسي، وقد وقع هذا التعديل على النصوص المتعلقة بالأدلة الكتابية ليدخل في نطاق هذه الأدلة "المحررات الإلكترونية"، ويحدّد شروط إعتبارها دليلاً كاملاً في الإثبات، ويزيل عقبات قبول الكتابة والتوقيعات الإلكترونية في الإثبات، وبالتعديل رقم 230-2000، الصادر في 13 مارس 2000، يكون المشرع الفرنسي قد إستجاب كغيره من الدول الأوروبية لتوجيهات الإتحاد الأوروبي بشأن الإعتراف بالوسائل الإلكترونية في إثبات المعاملات، هذا وقد نص المشرع الفرنسي عن الإثبات بالكتابة بموجب المادة 1316 من ق م ف³، على أنه: "يشمل الإثبات بالكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أياً كانت الدعامة التي تستخدم لإنشائها أو الوسيط الذي تنقل عبره". تقابلها نص المادة 323 مكرر 1 أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل

¹ المعتمض بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 279 و 280.

² المرجع نفسه، ص 280.

³art-1316 de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O.F n°62, du 14 mars 2000 :« la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de tous autre signe ou symbole d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leur modalités de transmission», sur le site : www.juridoc.gouv .

الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ت- التدخل التشريعي بموجب القواعد الخاصة بالإثبات من طبيعة المحررات الإلكترونية: تعتبر الكتابة في عقد الصفقات العمومية ركناً لإنعقاد العقد وإلاّ عدّ باطلاً، وإذا كان عقد الصفقات العمومية يقوم على دعائم ورقية لا تعتريه إشكالات في إثباته، فإنّ الصفقات العمومية الإلكترونية نزعت عنها الصفة المادية، أين أصبح التعاقد يتم في عالم إفتراضي، وفي ظل غياب دعائم ملموسة تثبت هذا العقد، كان لزاماً سن قوانين تتماشى مع الواقع الإفتراضي الذي فرض نفسه، وإذا كان إثبات العقد المدني في غالبه رضائي، فإنّ عقد الصفقات العمومية إداري يستلزم شكل معيّن، ومن ثم يثير إشكالاً في مدى إعتبار الكتابة الإلكترونية حجة للإثبات من عدمها؟ خاصة في خضم الحديث عن المبادئ الخاصة للبوابة الإلكترونية في الصفقات العمومية. فسواء كانت المحررات الكتابية في أقرص ممنغطة أو سجل إلكتروني أو رسائل أو بيانات إلكترونية، فإنّها تكون معرضة للتلف، كما أنّ التكييف القانوني للمحرر الإلكتروني يثير إشكالاً؛ في مدى إعتباره محرراً رسمياً أم عرفياً؟

نص المشرع المغربي في القانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية¹، في الفرع الثاني المعنون بالإثبات بالكتابة، بموجب الفصل 1-417 على أنّه: "تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق.

تقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني للإثبات، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف، بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها". وهو نفس ما أخذ به المشرع المصري، حين جعل للوثيقة الإلكترونية نفس قوة الإثبات التي تتمتع بها المحررات الورقية، وذلك بنصه في المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004² والتي جاء فيها: "للكتاباة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية...".

¹ ظهر شريف رقم 1.07.129 لسنة 2007، المتضمن بتنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات

القانونية المغربي، مرجع سابق

² قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، مرجع سابق.

2- حجية المحررات الإلكترونية في إثبات عقد الصفقة العمومية

يعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أنّ المحررات المتبادلة بين أطراف العلاقة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، تحوز حجية المحررات العرفية في الإثبات إذا ما تمّ ذلك عن طريق الوسائط الإلكترونية، سواءً كانت محاضر جلسات لجان البت وفتح الأطراف أو دفاتر الشروط أو الوثائق المكملة للعقد أو نظام الإستشارة، طالما لم يصدر قانون خاص يبيّن حجية هذه الأوراق. حيث أنّ الوثائق الرسمية كقرار اللجنة المختصة بقبول المرشح الفائز يعتبر محرراً رسمياً لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير، وكذا قرار الإعلان عن إجراء العروض أو إلغائه يعتبر من المحررات الرسمية، إذا ما توافرت فيه شروط المحرر الرسمي المنصوص عليها في قانون الإثبات. أمّا الأوراق الأخرى كدفاتر الشروط ومحاضر لجان البت وفتح الأطراف، فقد اعتبرها الفقه والقضاء محررات عرفية من جهة، أو قرائن مكتوبة يمكن إثبات عكسها من جهة أخرى¹.

ثانياً: تحديات الإثبات الإلكتروني في الخصومة الإدارية

تكمن خصوصية الإثبات وصعوبته في الخصومة الإدارية في كون قواعد الإثبات تصاغ على أساس ظروف القانون الإداري وطبيعة الدعوى الإدارية، وهي تتعلق بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة (كسلطة عامة)، تقوم بوظيفتها الإدارية، وتقوم على الصالح العام، وبين الأفراد، مع بروز عدّة عوامل تدور حول إمتيازات الإدارة (الطرف الدائم في الدعوى الإدارية)، وتتحكم في تشكيل قواعد الإثبات في القانون الإداري، حيث تؤدي هذه العوامل إلى خلق ظاهرة إنعدام التوازن العادل بين الطرفين من جهة الإثبات، ممّا يجعل للإثبات أهمية خاصة، ويجعل الحاجة الملحة لوضع قواعد خاصة لإثبات الدعوى الإدارية، بما يتفق و ظروف القانون الإداري وغيرها من قواعد الإثبات في فروع القوانين الأخرى، حيث توجد ثمة أصول عامة في الإثبات تعتبر من أصول التقاضي ومقتضياته، ولا تختلف من دعوى إلى أخرى².

¹ علي جبير عبيد الجنابي: الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني، مذكرة قدمت إستكمالاً للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، أيار 2017، ص 117.

² عابدة الشامي: خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، مرجع سابق، ص 17 و18.

ثالثاً: أهمية الإثبات وصعوبته في الخصومة الإدارية

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها بما ينبنى عليه من آثار، فالإثبات هو الوسيلة الوحيدة التي يعتد بها القانون لتأكيد وجود الواقعة محل النزاع أو عدم وجودها، ومن ثمّ إضفاء الآثار القانونية الموضوعية المترتبة على تلك الواقعة، وبالتالي فإنّ تأكيد وجود الواقعة محل النزاع أو نفيها لا يقبل من غير إثبات، كأن يعتمد القاضي في حكمه على فصاحة الخصم وقوة عباراته¹.

يتسم الإثبات بأهمية بالغة، حيث أنّ الحق يتجرد من كلّ قيمة إذا لم يعم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، فالدليل هو قوام حياة الحق وجعله نافعاً، فالحق المجرد من دليل يصبح عند المنازعة هو والعدم سواء، والنظام القانوني للإثبات يقوم أساساً على الكتابة على مستند ورقي يوقع بخط اليد ممّن صدرت عنه الكتابة؛ فالكتابة من ناحية والتوقيع الخطي من ناحية أخرى هما عنصرا الدليل الكتابي للإثبات، والمشكلة تظهر في مدى إتفاق الوسائل التقنية الحديثة في إنجاز المعاملات القانونية لإثبات التصرفات القانونية من ناحية وقبول الوسائل الجديدة كدليل مقنع للإثبات من ناحية أخرى².

رابعاً: الكتابة الإلكترونية لإثبات عقد الصفقات العمومية

تعدّ الرضائية مبدأً أساسياً في إبرام العقود، وذلك بمجرد توفر الإرادة بتلاقي الإيجاب بالقبول، لكن عقد الصفقات العمومية يتطلب شكلاً معيناً لإبرامه. وإن كان هذا الشكل قد لا يثير إشكالات معقدة في التعاقد التقليدي، فإنّه لا شك سيثير الكثير من الإشكالات في التعاقد عبر شبكة المعلومات الدولية. نص الفصل 82 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بتونس³ على أنه: "عند تقديم الترشيحات والعروض على الخط تمكن المنظومة من إثبات الإرسال وتاريخه وساعته".

سنبيّن تعريف الكتابة الإلكترونية، ثم بيان شروطها؛

¹ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 101 و102.

² راجع كلّ من؛ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 312. المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 96. عايدة الشامي: خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، مرجع سابق، ص 13.

³ أمر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13 مارس 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المعدل بموجب الأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، مرجع سابق.

1- تعريف الكتابة الإلكترونية

تعتبر الكتابة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية ركن بحيث لا يقوم العقد إلا بتوافرها. كما تلعب دورا لا يستهان به في مجال الإثبات، وتعتبر الكتابة من أهم مميزات إجراءات التقاضي الإدارية، حيث أنّ إجراءات التقاضي المدنية شفهية -كأصل عام- وترجع هذه الصفة إلى أنّ الإدارة وهي طرف دائم وأساسي في الدعوى الإدارية تعتبر شخصاً إعتبارياً لا تتمتع بذاكرة شخصية أو أحاسيس إنسانية، لذلك فإنّه من الضرورة بمكان إثبات كلّ تصرفاتها في المستندات والأوراق بالكتابة، وتقديمها إلى الجهات المختصة هذا من جهة، ومن ناحية أخرى الدعوى الإدارية تقوم على روابط القانون العام التي يسودها مبدأ المشروعية، من أجل ذلك يلزم تحديد الوقائع والحجج بالأوراق ودراستها حتى يتسنى إنزال حكم القانون على الوجه الصحيح، لذلك فإنّ الإجراءات أمام القضاء الإداري تكون في الأصل كتابية وليست شفهية¹.

تعتبر الكتابة من الأفكار القانونية التي يصعب تعريفها، فلفظ الكتابة ينصرف إلى أوسع معانيه، لذلك سنتطرق للتعريف اللغوي ثم الإصطلاحي لنصل بعدها إلى التعريف القانوني في التشريعات المقارنة؛

أ- **التعريف اللغوي:** الكتابة لغة مشتقة من الفعل الثلاثي كتب بمعنى خط، فيقال كتب الشيء أي خطه، والكتابة هي ما يخطه الإنسان ليثبت به أمرا له أو عليه².

ب- **التعريف الإصطلاحي:** الكتابة عبارة مجموعة من الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو عن الفكر، وهو ما يتطلب أن تأخذ شكلا معيّنا، وتتم بأي لغة وبأي وسيلة.

ت- **التعريف القانوني:** عرف المشرع الجزائري الكتابة بموجب نص المادة 323 مكرر من التقنين المدني³ على أنّها: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

معنى هذا أنّ المشرع الجزائري لم يعرف الكتابة الإلكترونية، بل أقرّ بهذه الأخيرة من خلال بيان الوسيلة المعتمدة في الكتابة، يتضح ذلك من عبارة مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها، والكتابة الإلكترونية طبعا تختلف عن الكتابة التقليدية من خلال الوسائل الإلكترونية المعتمدة. وعلى العكس

¹ عابدة الشامي: خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، مرجع سابق، ص 145.

² المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني ...، مرجع سابق، ص 241.

³ أمر رقم 75-58، لسنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، لسنة 2007، المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

من ذلك نجد المشرع المصري عرف الكتابة الإلكترونية، بموجب المادة الأولى الفقرة الأولى من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات بجمهورية مصر العربية رقم 15 لسنة 2004¹، بنصها: "في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالكتابة الإلكترونية: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

تنص المادة 2 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001²، على أنه: "يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها وإرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو نسخ البرق". ما يعني أنّ القانون النموذجي لم يشر صراحة لمصطلح الكتابة الإلكترونية، بل تبناها تحت مسمى "رسالة بيانات".
نوه أنّ الكتابة الإلكترونية لها نفس القيمة القانونية لأنّ الإختلاف يكمن فقط في الوسيط الإلكتروني المستعمل³.

2- شروط الكتابة الإلكترونية لإثبات عقد الصفقات العمومية

اتفق الفقهاء على جملة من الشروط ينبغي توافرها في الكتابة للإقرار بها كوسيلة للإثبات، وتتمثل في سهولة الكتابة من حيث قابليتها للقراءة والفهم والوضوح، وكذا الثبات والاستمرارية، وعدم قابليتها للتحريف أو التعديل، وإمكانية إسترجاع مضمون الكتابة، ويضيف الإجتهد القضائي الفرنسي خاصة أخرى تتمثل في ضمان نسبة الكتابة ممن صدرت منه، وهذا ما أقرته المادة 1316 في فقرتها الأولى من القانون المدني الفرنسي، وذلك بضرورة أن تضمن الكتابة تحديد هوية الشخص الذي تصدر عنه حتى يقر بها كوسيلة للإثبات⁴.

¹ قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات بجمهورية مصر العربية رقم 15 لسنة 2004، مرجع سابق.

² قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

³ L'écrit électronique a la même valeur juridique que l'écrit traditionnel seulement si son auteur peut être identifié et si son intégrité est garantie, c'est l'objectif que cherche à atteindre la signature électronique. Voir, PARENT Julien : La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux, op.cit, p 35.

⁴ راجع، حسن عبد الباسط الجميبي: إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 19. أيضا، المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 254 و255.

أ- شرط السهولة والبساطة (قابلية الكتابة الإلكترونية للقراءة والفهم والوضوح): يستفاد هذا الشرط من المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي بنصها: "الكتابة الإلكترونية هي كلّ تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أيّ إشارات أخرى، تدلّ على المقصود منها ويستطيع الغير فهمها". ولكي يمكن الإحتجاج بمضمون المحرّر المكتوب في مواجهة الآخرين، يجب أن الكتابة تكون مقروءة؛ أي أنّ المحرّر الكتابي يجب أن يكون مدونا بحروف أو رموز معروفة للشخص الذي يراد الإحتجاج عليه بهذا المحرر. فالمحركات الإلكترونية يتم تدوينها على الوسائط بلغة الآلة التي لا يمكن أن يقرأها الإنسان بشكل مباشر إلاّ إذا تمّ إيصال المعلومات في الحاسب الآلي ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة (وحروفها تتكون من عبارات بين رقم صفر ورقم واحد) إلى اللّغة المقروءة للإنسان. ومهما يكن من أمر؛ فإنّ المحركات الإلكترونية يمكن قراءتها بشكل واضح ومفهوم باستخدام الحاسب الآلي، وهو ما يعني إستيفاء الشرط المتعلق بإمكان قراءتها وفهمها¹.

أكدت المواصفات الخاصة بالمحركات والصادرة عن منظمة المواصفات العالمية (ISO)، هذا المعنى حين أشارت أنّ المحرر هو مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك².

يرى الفقه الفرنسي في إثبات العقد الإداري الإلكتروني أنّ الكتابة الإلكترونية يجب أن تتوافر فيها شروط الكتابة العادية؛ ومنها الوضوح والقابلية للقراءة والفهم، طالما أنّ المشرع قد ساوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية من حيث الحجية القانونية، طبقا للمادة رقم 56 من قانون العقود الإدارية التي نصت على إمكانية المساواة بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية من حيث الإنعقاد والإثبات³.

بالرجوع إلى نص م 323 ق م ج: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو آية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم...". وعليه لا بد أن تكون الكتابة على نحو يمكن للأطراف قراءتها.

¹ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 317 و318. أيضا؛ رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 145. وأحمد يوسف عاشور الحريري: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 200.

² راجع؛ رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 145. وأحمد يوسف عاشور الحريري: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، مرجع سابق، ص 201.

³ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 318. وأيضا؛ رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 146.

ب- شرط قابلية الكتابة للحفظ والإستمرار: يشترط للإعتداد بالكتابة في الإثبات أن يتم التدوين على ركيزة تسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها بحيث يمكن كلما كان ذلك لازماً لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه¹. تأكيداً لذلك نصت المادة 1/10 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، بصدد ذكر الشروط الواجب توافرها في المستند الإلكتروني للإعتداد به على ضرورة الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح إستخدامها في الرجوع إليها لاحقاً، وقد أشارت المادة 1/6 من القانون نفسه إلى شرط الإستمرارية، فعندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح إستخدامها بالرجوع إليها لاحقاً.

يقصد بشرط إستمرارية الدليل، أن قبول السند الإلكتروني في مجال الإثبات يقتضي أن تتوفر فيه الضمانات اللازمة التي تكفل حمايته من محاولات التلاعب في مضمون الكتابة التي تقع على ركيزته أو العبث بها، وقد حرص المشرع الفرنسي على أن تدل صياغة النص على وجوب توافر إشتراطات الكتابة الورقية في السند الإلكتروني، من حيث الإستمرارية بحالة سليمة وحفظ سلامة مضمونه حتى يمكن الرجوع إليه وقت الحاجة²، ويتحقق هذا الشرط في السندات الإلكترونية بإستخدام وسائط إلكترونية متطورة يتحقق فيها عنصر الثبات والإستمرار بالنسبة للمعلومات التي يحتويها³، لذلك يحتاج قبول السند الإلكتروني في الإثبات إلى تدعيم الثقة فيه عن طريق إستخدام إحدى التقنيات التي كشف عنها التطور التقني في مجال تكنولوجيا المعلومات، كإستخدام التشفير، والإحتفاظ بمفتاح فك التشفير في طي الكتمان وآلية المفتاح المزوج، التي تتمثل في أنه لا يمكن الدخول على السند والتعديل في مضمونه إلاّ بإستخدام المفتاحين معاً، وذلك يعني عدم إمكان إستخدام هذا المفتاح إلاّ بتدخل طرفيه⁴.

تسمح الوسائط الورقية بحكم تكوينها المادي بثبات الكتابة وإستمراريتها، ممّا يسهل إمكانية الرجوع إليها كلما كان ذلك لازماً، غير أنّ الكتابة على الوسائط الإلكترونية، تثير تساؤل حول تحقق تلك الشروط. وهنا نطرح تساءل حول إمكانية القول بإستمرارية الكتابة الإلكترونية في ظل تعرض الأقراص الممغنطة للتلف؟

¹ المعتمض بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 256.

² المرجع نفسه، ص 298.

³ محمد علي سويلم: الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية الجرائم المعلوماتية والإلكترونية بين الجوانب الإجرائية والأحكام الموضوعية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2018، ص 140.

⁴ المعتمض بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 298.

الخاصية الكيميائية والمادية التي تتكون منها الشرائح الممنغطة التي يجري تحميل وتخزين البيانات الإلكترونية عليها، تمتاز بحساسية عالية تجعلها عرضة للتلف السريع، الأمر الذي لا يستوي معه اعتماد هذه الوسائط في الإثبات ما لم يجر العمل على تجاوز هذه العقبة¹، فالخصائص المادية للوسيط الإلكتروني تشكل عقبة في سبيل تحقيق هذا شرط الإستمرارية، ذلك أنّ التكوين المادي والكيميائي للأقراص الممنغطة المستعملة في التعاقد عن طريق الإنترنت، يميّز بقدر من الحساسية بما يعرضها للتلف السريع عند إختلاف قوة التيار الكهربائي أو الإختلاف الشديد في درجة تخزين هذه الوسائط، وهي بذلك تعدّ أقل قدرة من الأوراق على الإحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة. ومع ذلك، قد أمكن التغلب على هذه الصعوبة الفنية بإستخدام أجهزة ووسائط أكثر قدرة، ليمكنها الإحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة وبما تفوق قدرة الأوراق العادية التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن، وقد تتآكل بفعل الرطوبة أو الحشرات نتيجة لسوء التخزين، ويمكن كذلك إستخدام تقنية الضغط الإلكتروني، أو حفظها عن طريق جهات التصديق الإلكتروني².

بالرجوع إلى التطورات التقنية التي طرأت على مبتكرات الوسائط الإلكترونية، نجد أنّه تمّ التغلب على هذه العقبة، بما تمّ ابتكاره من ركائز تتمتع بقدرة تحمل هائلة، تسمح بالإحتفاظ بالبيانات المخزنة لمدة طويلة قد تتجاوز بذلك قدرة الأوراق العادية المعرضة للتلف والتآكل بعوامل الرطوبة وبالتالي تحقيق هذا الشرط من خلال التكنولوجيا المتقدمة، وبالتالي، نظرا للميزة التي تحظى بها المستندات الإلكترونية في قدرتها على الإحتفاظ بالبيانات المخزنة لفترات طويلة تسمح من خلالها بالرجوع إليها كلما تطلب الأمر ذلك، نجد توافر شرط الإستمرارية بالمستند الإلكتروني شأنه شأن المستند العادي³.

نظراً لخصوصية عقد الصفقات العمومية الإلكترونية، كان لا بد من أخذ الحيطة في حفظ الدعائم الإلكترونية، لذلك إحتاط المشرع الفرنسي عندما ألزم السلطات المتعاقدة بحفظ كلّ الوثائق والمستندات الخاصة بإبرام العقد عن طريق ما يسمى "بالأرشفيف الإداري الإلكتروني"، كما ألزم المترشحين حفظ دفتر الشروط ونظام الإستشارة وكلّ المستندات الخاصة بالعقد من أجل تقديمها للقضاء⁴. ومع ذلك تسمح سلطة القاضي التقديرية في المنازعات الإدارية بالتحقق من مدى توفر قابلية الكتابة الإلكترونية للحفظ والإستمرار، وكأصل عام تحتفظ الإدارة دائماً بالمستندات والوثائق الخاصة بالعقد في حالة تلف المحررات الإلكترونية

¹ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 256.

² رحيمة الصغير ساعد ندميلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 148 و 149.

³ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 257 و 258.

⁴ Voir, décret 2002-692 de la dématérialisation des procédures des marchés publics et le décret 2001- 846 des enchères électronique.

الخاصة بالعقد كدفتر الشروط ونظام الإستشارة، حيث يجوز للقاضي أن يطلب من الإدارة تقديم هذه المستندات¹.

تتحدّد مسألة تقدير قوّة المحرر الكتابي في الإثبات في ضوء السلامة المادية للمحرر وعدم إدخال تعديلات عليه بالإضافة أو المحو أو بالتحشير، إلّا بظهور أي عيوب مادية بالمحرر، فإذا حدثت تلك التعديلات فإنّ ذلك يجب أن يكون له أثر مادي ظاهر على المحرر حتى يمكن للقاضي تقدير ما قد يترتب على ذلك من آثار قانونية، فإذا ما كانت العيوب المادية التي يتم إستظهارها تؤثر على قوّة المحرر في الإثبات مؤدية إلى إنقاصها بل وإلى إسقاطها بحسب الأحوال، فإنّ ذلك يفهم منه وبالضرورة أنّ المحرر الإلكتروني يجب أن يكون غير قابل للتعديل بالإضافة إلّا بظهور ماتمّ إدخاله عليه من تعديلات حتى يمكن تقدير قيمته في الإثبات².

يبدو الفرق جليا بين الكتابة على الدعائم الورقية والدعائم الإلكترونية، على إعتبار أنّ التدوين الكتابي على الورق بالإحبار التي تنطبع عليه يتصل كميائيا بالتركيب المادي لهذه الأوراق، بحيث لا يمكن فصلها إلّا بإتلاف الأوراق، أو إحداث تغييرات مادية يسهل التعرف عليها بالمناظرة أو من خلال الخبرة الفنية، لكن على خلاف ذلك، فإنّ الكتابة على الوسائط الإلكترونية، تمكن الأطراف من تعديل مضمون المحرر وإعادة تنسيقه بالإضافة أو الإلغاء أو المحو بدون أن يظهر لهذا التعديل أيّ أثر مادي يمكن إكتشافه³.

¹ تأكد هذا المنحى في حكم المحكمة العليا بمصر، حيث جاء في حكمها: "الأصل أنّ عبء الإثبات يقع على المدعي، لكن الأخذ بهذا الأصل في مجال المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال، حيث أنّه في غالب الأمر تحتفظ الإدارة بالوثائق والمستندات ذات الأثر الحاسم في المنازعات. لذا فهي تلتزم بتقديم المستندات والأوراق المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في إثباته نغياً وإيجاباً متى طلب منها ذلك". رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 149 و150.

²⁻³ محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 321.

ت- شرط الثبات وعدم التعديل: يشترط في الكتابة حتى تصلح دليلاً للإثبات أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها، وبالتالي ينبغي أن تكون خالية من المحو والتحشية، فإذا كانت هناك علامات تدل على التعديل في بيانات السند، فإن ذلك ينال من قوته الثبوتية¹.

يعني شرط عدم قابلية الدليل للتعديل، أن يكون قادراً على مقاومة أي محاولة لإجراء تعديل أو تغيير في مضمونه، ولا يتم هذا التعديل إلا بإتلاف الدليل أو بترك أثر واضح عليه، ويهدف هذا الشرط إلى إضفاء عنصر الثقة والأمان على الدليل حتى يمكن الإعتماد عليه ومنحه الحجية القانونية، وقد صار هذا الشرط متحققاً في المستندات الإلكترونية بعد أن أفرز التقدم التقني وسائط إلكترونية تتميز بثبات محتوياتها وما تضمنته من بيانات ومعلومات ليس من الصعب التلاعب فيها².

خلافاً للسندات الورقية، فإن السندات الإلكترونية، وبسبب تفوقها من ناحية الإستخدام العملي يمكن لكل طرف أن يعدل مضمونه وإعادة تنسيقه بالإضافة إلى إلغائه دون أن يظهر لهذا التعديل أي أثر مادي يمكن كشفه، بينما بالمقابل، فإننا نجد أن السند العادي يسهل كشف أي تعديل من محو أو تحشية، وهو متولد أصلاً من طبيعة الورق أو الحبر المستعمل في الكتابة عليها، مما يصعب معه فصلها إلا بإتلاف السند، أو بإحداث تغييرات مادية تظهر بالعين المجردة أو باللجوء إلى الخبرة الفنية إذا صعب ذلك³. وعليه فإن إمكانية مساس المحرر الإلكتروني بالإضافة أو الإلغاء أو التعديل، يقضي على عنصر الثقة في البيانات الموجودة في المحرر، لذلك كان لزاماً خلق نظام حمائي لهذا المحرر، عن طريق تحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثنائية لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها، يعرف هذا النظام بإسم (EMAG PROCESSING)⁴. وبهذا البرنامج أصبح بالإمكان إنشاء وثائق تتساوى مع الوثائق التقليدية في إمكانية قراءتها دون التلاعب في مضمونها إذ يستعمل الأسلوب الذي يطلق عليه مستخدمو الحاسوب المسمى (Write once read many times). كما ابتكر العقل البشري وسيلة أخرى من شأنها أن تحافظ على ثبات

¹ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 258.

² محمد علي سويلم: الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 141.

³ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 258.

⁴ راجع محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 321. أيضاً؛ المعتصم بالله فوزي

أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 258.

السند الإلكتروني، حيث يتم حفظ مضمون السند في صناديق إلكترونية يتعذر فتحها إلا بالمفتاح الخاص، والذي تشرف عليه سلطات المصادقة العامة أو الخاصة¹.

ث- شرط ضمان نسبة الكتابة ممن صدرت منه (تحديد هوية منشئ المحرر الإلكتروني): يجب أن يكون المحرر الإلكتروني قادراً على تحديد هوية منشئ المحرر الإلكتروني، لكي ينال حجية في الإثبات تساوي تلك الحجية المقررة للمحررات التقليدية. لأنّ الهدف من التوثيق الإلكتروني التحقق من هوية الموقع، وأنّ الرسالة الموقعة منه تنسب إليه، على إعتبار أنّ المعاملات الإلكترونية تتم على واقع غير ملموس، أين يصعب التحقق من شخصية المتعامل مع الإدارة، لذلك أوجبت القوانين المقارنة هذا الأسلوب حفاظاً على صحة التعاملات وسلامتها القانونية، وكذلك الحفاظ على سرّيتها².

نصت المادة 1/7 بند 3 من القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر، والمتضمن³ على أنه: "سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية يجب التعرف على هوية المتعاملين الإقتصاديين والتأكد منها"، تقابلها المادة 2/3 بند 4 من القانون المغربي المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية⁴، على أنه: "تتيح بوابة الصفقات العمومية؛ ضمان تحديد الهوية وعدم الطعن في الوثائق الموقعة على البوابة بواسطة عملية توقيع إلكتروني". بالإضافة إلى المادة 1/1316 قانون مدني فرنسي التي تنص على أنه: "تقبل الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية، شرط أن يكون في الإمكان تحديد هوية الشخص الذي صدرت عنه".

يتضح جلياً أنّ جميع التشريعات المقارنة المذكورة أخذت بهذا الشرط، رغم أنه يبدو غير منطقي باعتبار أنّ تحديد هوية الشخص المتعامل عبر الوسيط الإلكتروني تبدو صعبة، كما أنّ التوقيع الإلكتروني قد يغني عن هذا الشرط بصفة آلية.

¹ المعتصم بالله فوزي أدهم: إثبات التعاقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 259.

² رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 80.

³ القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية...، مرجع سابق.

⁴ قرار وزير الإقتصاد والمالية رقم 20.14، لسنة 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية بالمغرب، مرجع سابق.

خاتمة

تماشياً والتطور المعلوماتي الحاصل، خاصة في ظل العولمة وكذا التجارة الدولية والاستثمارات العابرة للحدود، كان لزاماً تبني معاملات إلكترونية في عقد الصفقات العمومية، التي تعتبر مهد التنمية الاقتصادية، لذلك استحدث المنظم الجزائري نصوصاً قانونية تثمن ضرورة التعامل الإلكتروني للصفقة العمومية، ورغم نص المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، على أنه تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية، ويحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها بموجب قرار. إلا أنّ صدور هذا القرار تأخر لمدة ثلاث سنوات وتحديداً في 9 أبريل 2014، وتجسيد البوابة لم يتأتى ليومنا هذا. وقد إكتفى المنظم الجزائري بنصوص المواد من 203 إلى 206 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ومن ثم فإن تفعيل الإدارة الإلكترونية التي تسعى إليها الجزائر يتعارض ومقتضيات هذا التأخير، لأجل هذا يستوجب إتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لإنشاء هذه البوابة، ومن ثم تكوين صفقة عمومية إلكترونية من مرحلة الإعلان والإبرام إلى غاية تنفيذها وإثباتها وكذا فض المنازعات الناشئة عنها إلكترونياً.

نستخلص من خلال دراستنا؛ أنّ عدم وجود تعريف للصفقة العمومية الإلكترونية يعتبر من ضمن التحديات التي تعيق تبادل المعلومات إلكترونياً.

- لاحظنا أنّ خصائص الصفقة العمومية الإلكترونية زاوجت بين خصائص الصفقة العمومية من جهة وخصائص العقد الإلكتروني من جهة أخرى، ونجد أنّ أهمها إستعمال الوسيط الإلكتروني سواء من حيث توفر الوسائل التقنية من إنترنت وحواسيب أو من خلال إستعمال البوابة الإلكترونية، كما توصلنا إلى أنّ إعتبار عقد الصفقة العمومية الإدارية بإعتباره دولياً غالباً، فإنّ دولية العقد لن تزيل الطابع الإداري للصفقة، إذا تصرف الإدارة كان على أساس السلطة العامة.

- لاحظنا أنّ أركان الصفقة العمومية الإلكترونية هي ذاتها الأركان العامة في التعاقد، مع ضرورة مراعاة الشكلية بإعتبار الصفقة عقد مكتوب، وهذا ما ينجر عنه مسألة الكتابة الإلكترونية وما يترتب عليها من إشكالات خاصة في الإثبات. غير أننا لمسنا بعض الاختلاف عن القواعد العامة فيما يتعلق بكيفية التعبير عن الإيجاب والقبول، فإذا كانت القاعدة أنّه يجوز التعبير بكافة الطرق بما فيها الإشارة، فإننا لا نتصور ذلك في الصفقة العمومية الإلكترونية، بإعتبارها عقد مكتوب، ولا نتصور ذلك في التعاقد الإلكتروني بإعتباره عقد يبرم عن بعد، فهنا نلمس الاختلاف الحاصل بين القبول التقليدي والقبول الإلكتروني، ففي هذا

الأخير نلمس خروجاً عن القواعد العامة من خلال عدم إمكانية التعبير عن القبول الإلكتروني إلا بالكتابة، على عكس القبول التقليدي الذي يعتد بجميع الطرق مثل الإشارة أو اللفظ وكذا الكتابة. وعليه فالتعاقد لا ينعقد على شبكة المعلومات الدولية بمجرد إتخاذ القابل موقفاً معيناً، أو باللفظ أو بالإشارة؛ إذ لا بد من صدور تعبير بالقبول، وكذلك الشأن بالنسبة للإيجاب، حيث في مجال الصفقات العمومية لا يمكن تقديم إيجاب إلا في صورة كتابة وعلى نماذج تصدرها جهة الإدارة (دفتر الشروط) والإيجاب هنا نطلق عليه مسمى العطاء الذي يتم إعداده وفقاً للشروط والمواصفات الفنية التي أعلنتها الإدارة، وهذا ما يؤكد لنا أنّ إعداد دفتر الشروط من المصلحة المتعاقدة لا يعتبر إيجاباً كما رأينا في مرحلة الإعلان عن الصفقة وإنّما يعدّ بمثابة دعوة إلى التعاقد.

لا يثير ركن المحل والسبب إشكالاً بتوصيف عقد الصفقة بالطابع الإلكتروني لكن مع مراعاة مسألة مشروعيتها، لذلك يجب على الأطراف توخي الحذر، لأنّ اعتبار الصفقة ذات طابع دولي يعني اعتماد النظام العام الدولي والذي قد يخالف بدوره النظام العام الداخلي مما يمس بالنظام العام والآداب العامة.

- نوهنا فيما سلف لمسألة الطابع الإجرائي للصفقة العمومية الإلكترونية، ولاحظنا تبني المنظم الجزائري، للإعلان الإلكتروني وإن كان يعتبر ذا طابع مكمل فقط للإعلان العادي، كما وجدنا في إجراءات إبرام الصفقة الإلكترونية أنّ جميع المراحل تتم بطريقة إلكترونية، حتى مرحلة فتح الأظرفة، لذلك كان لا بد من وضع نظام حمائي في التعاملات الإلكترونية. وإن كان المنظم قد تطرق إليها بنوع من الإحتشام مقارنة بالتنظيمات المقارنة.

- تتمتع الصفقة العمومية الإلكترونية بجملة من المبادئ منها؛ المبادئ العامة المتمثلة في المنافسة والمساواة والشفافية، ورأينا أنّ الطابع المعلوماتي أثر بشكل مباشر على هذه المبادئ سواء من ناحية إستقطاب المتنافسين أو من خلال القضاء على جرائم الفساد التي كانت متفشية نظراً للعلاقة المباشرة التي كانت موجودة بين الموظف والمتعامل الإقتصادي.

- لاحظنا تبني المنظم الجزائري على غرار التنظيمات المقارنة والتوجيهات الأوروبية للمبادئ التقنية للنظام المعلوماتي للصفقة العمومية الإلكترونية، والمتمثلة في سلامة الوثائق وتتبع أحداثها وكذا سرية المعلومات وتأمينها وأرشفتها، إلا أنّنا بإعتمادنا المنهج المقارن، لاحظنا أنّ المنظم الجزائري رغم إصداره للقرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية وكيفية تسييرها، إلا أنّه لم يبيّن الإجراءات المتبعة من المشاركين بطريقة واضحة على عكس المنظم المغربي والتونسي والمصري وكذا الفرنسي.

- أقر المنظم الجزائري إمكانية إرسال ملف ورقي يصاحب الملف الإلكتروني، لكي يفتح في حالة وجود فيروس معلوماتي، لكننا نرى أنّ المنظم عوض أن ينص على إجراء حمائي للمعطيات من خلال خلق برامج معلوماتية وقائية وحمائية ومؤمنة، نص على الرجوع للملف الورقي والذي سيقودنا من جديد لفتح باب الفساد الإداري والمالي.

- لمسنا من خلال دراستنا جملة من التحديات حالت دون التمكين أو التجسيد الفعلي للبوابة الإلكترونية من أجل تبادل المعلومات إلكترونياً، مما حال دون إمكانية تكوين أو تنفيذ الصفقة العمومية إلكترونياً، نذكر منها:

- الأمن المعلوماتي؛ لا حظنا أنّ التعاقد الإلكتروني للصفقة العمومية كافح جرائم الفساد التقليدية من محاباة وإستغلال النفوذ وغيرها، كما كافح كلّ أنواع البيروقراطية الإدارية، غير أنّنا من جهة أخرى لمسنا جرائم معلوماتية مستجدة، صاحبت النظام المعلوماتي المعمول به في محاولة رقمنة وعصرنة الصفقة العمومية، لذلك نرى ضرورة وضع أمن معلوماتي للبوابة الإلكترونية لثمين المبادئ التقنية للصفقة العمومية الإلكترونية، فلا يمكننا الحديث عن سلامة الوثائق ولا أمنها ولا سريتها، إذا لم يكن هناك نظام حمائي ضد الأعمال التخريبية لبرامج الحاسوب من قرصنة وتجسس ودخول غير مشروع وتزوير وإتلاف للبيانات والمعطيات الإلكترونية المقدمة من المتعاملين الإقتصاديين، لذلك نقول أنّ عدم توفر الأمن القانوني يشكل عائقاً أمام تفعيل البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية.

- ضعف البنية التحتية؛ لاحظنا من خلال دراستنا أنّ مشكل البنية التحتية يتجلى من خلال الإنقطاع المستمر للإنترنت والكهرباء، بل وعدم توفر الإنترنت في بعض المناطق من الوطن يعتبر عائقاً يعرقل تبني نظام إلكتروني للصفقات العمومية، والأكثر من ذلك عدم توفر المتعاملين الإقتصاديين على المعدّات التقنية التي تؤهلهم للمشاركة في الصفقة، لذلك نقول أنّ الجزائر تتميز بتكنولوجيا معلومات وإتصال ذات سرعة ناقصة مما يؤدي بالضرورة إلى حدوث الكثير من التعطيلات في مجال الولوج إلى هذه البوابة، فبدل أن تبسط هذه الأخيرة الأمور تزيدها تعقيداً، وهذا الأمر يؤدي إلى عدم فاعلية البوابة الإلكترونية لعدم قيامها بالهدف الذي أنشأت من أجله. من هنا يتضح عجز قطاع البريد وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تلبية طلبات العملاء، من خلال عدم تمكين الكثير من المناطق من الإستفادة من خدمة الإنترنت، وعدم تدفقها الجيد في مناطق أخرى. فضعف البنية التحتية وتفاوتها من منطقة لأخرى، يعتبر تحدياً يعوق تكريس الصفقة العمومية الإلكترونية، لتعذر طرح المعطيات إلكترونياً، ممّا يؤثر على إعمال المبادئ العامة

للصفقة، أين لا يلج للصفقة الكثير ممن تتوفر فيهم الشروط القانونية لأن غياب الأرضية الخصبة لتدفق الإنترنت حال دون مشاركتهم، وهذا يعد إضعافاً لحرية المنافسة ولمبدأ المساواة.

- الأمن القانوني؛ يعتبر الأمن القانوني مطلباً رئيسياً لتبني نظام معلوماتي قائم بذاته يُمكن من تبني صفقة إلكترونية من مرحلة الإعلان إلى ما بعد التنفيذ، فقصور النصوص القانونية يعتبر تحدياً يجب مواجهته خاصة في قواعد الإثبات وحجية الكتابة الإلكترونية والمحضر الرقمي، والتوقيع الإلكتروني. بالإضافة إلى عدم وجود نصوص قانونية تحمي المعاملة الإلكترونية من جميع أشكال الجرائم المعلوماتية من قرصنة وتزوير وإتلاف للبيانات وغيرها.

- المتطلب المالي؛ تعتبر الجزائر دولة غنية من حيث مواردها، غير أنها لا تزال سائرة في طريق النمو، هذا ما يجعلها بحاجة إلى تبني إستثمارات مع متعاملين أجانب من أجل دفع عجلة التنمية الاقتصادية، وبما أنّ الصفقات العمومية تعتبر وسيلة فعالة لتنفيذ مخططات التنمية الاقتصادية، فإنّها تحتاج لأموال طائلة لذلك، فلو كنا بلد مستثمر للتكنولوجيا لحققنا تنمية فعلية، وعليه فإنّ تنفيذ هذا المخطط بطريقة إلكترونية سيحتاج لأموال أكثر، من خلال وضع برنامج متكامل، من حيث توفر بنية تحية ومعدات رقمية، وتزويد الأموال أكثر في متطلبات النظم المعلوماتية التي تحتاج إلى صيانة برامج الحماية. فتبني إدارة إلكترونية لن يتأتى في ظل غياب المورد المالي وفق ميزانية محكمة.

- الأمية الرقمية؛ يعتبر جهل المتعاملين الإقتصاديين وكذا الموظفين لتكنولوجيا المعلومات عائقاً لا يمكن من خلاله الحديث عن معاملة رقمية للصفقة العمومية، وهذا راجع لعوامل عدّة منها؛ عدم توفر الإنترنت في بعض المناطق من الوطن، وكذا عدم توفر البعض على حواسيب ومعدات رقمية من هاتف وطابعة وغيرها، وهذا ما أدى إلى خلق عناصر تمييزية، حيث تضيع فرصة هؤلاء في المشاركة في الصفقة. بالإضافة إلى تخوف المتعامل المتعاقد من إستعمال البطاقات المغنطيسية في سحب أموالهم تفعيلاً لخدمة الدفع الإلكتروني وهذا يعتبر تحدياً يعرقل النهوض بفكرة التعاقد الإلكتروني.

- يمكن القول أن الجزائر مازالت تعاني من العديد من المشاكل التي تجعلها بعيدة عن إمكانية تبني هذه البوابة إضافة إلى تذبذب النصوص القانونية في كيفية تسيير البوابة مما أدى إلى صعوبة تطبيقها على أرض الواقع.

- رأينا في مسألة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، أنّه يمكننا تنفيذ العقد إلكترونياً عبر الخط، أو تقليدياً، وذلك حسب طبيعة الصفقة، حيث هناك أشكال يمكن تنفيذها كلياً أو جزئياً عبر الخط، مثل

صفقات الخدمات والدراسات، ومنه لا نتصور إمكانية تنفيذ عقد الأشغال واللوازم بالطريقة الإلكترونية لطبيعة العقد الذي تنصب على عقار أو منقول. ومن حيث طبيعة الإلتزام، نجد أنّ الصفقة العمومية باعتبارها عقد بمقابل فإننا نتصور أن يتم الدفع بالطريق الإلكتروني، بغض النظر عن طريقة تنفيذ العقد مادية كانت أو إلكترونية. والدفع الإلكتروني لا يتعلق فقط بالثمن بل قد يكون في صورة تعويضات أو غرامة تأخير أو دفع ومصادرة تأمين.

- رأينا بعض الإشكالات التي قد يقع فيها أطراف العلاقة التعاقدية مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، فوجدنا أنّ المتعامل قد يستحيل عليه تنفيذ العقد في حالة القوة القاهرة، أو قد تعترضه صعوبات مادية أو ظروف طارئة أو فعل مشروع من الإدارة يجعل تنفيذ العقد صعباً ومرهقاً. وننوه هنا أنّ تصور إشكالات التنفيذ في التعاقد الإلكتروني ستكون بصورة أكبر مما كانت عليه في التعاقد التقليدي، وذلك نظراً للإنتقاع المستمر للكهرباء والإنترنت، ومن خلال تعرض الحواسيب لمختلف أشكال التعطيلات من فيروسات وغيرها. أو من خلال مصادر الخطر المحتملة والتي تمس النظام المعلوماتي سواء من قبل الموظفين والمرتفق أو من القرصنة والهاكرز، مما يجعل من تنفيذ الصفقة مستحيلاً أو مرهقاً.

- توصلنا من خلال دراستنا، إلى أنّ القضاء الإداري إستحدث نظريات إعادة التوازن المالي للعقد، من نظرية فعل الأمير والظروف الطارئة وكذا الصعوبات المادية. أمّا نظرية القوة القاهرة فقد إستمدت أحكامها من القانون الخاص والتي تعفي إن توافرت شروطها المتعامل من الإستمرار في تنفيذ العقد نظراً للإستحالة التي فرضها السبب الأجنبي، غير أنّ هذا التصور موجود في القانون المدني، باعتبار أنّنا وجدنا أنّ القضاء الإداري الفرنسي، حين إسترشد بالقوة القاهرة لم يطبق أحكامها الموجودة في القانون المدني كما لم يدخلها ضمن نظريات إعادة التوازن المالي للعقد، بل إستحدث الفكرة تحت مسمى القوة القاهرة الإدارية، والتي علقت آجال التنفيذ، وجعلت من إستمرار التنفيذ ممكناً ولو على عاتق الإدارة تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن هنا جعل لكلا الطرفين الحق في الفسخ وطلب التعويض إذا رأوا متطلباً لذلك.

- لمسنا أنّ الأوضاع الراهنة لجائحة كوفيد-19، وصدور تعليمة وزارية بتعليق الآجال المتعلقة بالصفقات العمومية، يبيّن أن هذه الجائحة يمكن اعتبارها ظرف طارئ إذا تعلق الأمر بإعادة التوازن المالي للعقد، لأنّ الطرف يبقى ملزماً بالتنفيذ، اللهم إلا إذا كان ملزماً بتنفيذ عقد محدّد المدة وبقيت الجائحة قائمة رغم إنتهاء المدة، هنا نكون أمام قوة القاهرة لإستحالة التنفيذ. كما يمكن تعليق الآجال للقوة القاهرة الإدارية

"العابرة"، في حالة ما إذا لم يكن العقد مستحيلاً إستحالة مطلقة، ولم نستطع إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة.

- أعطى المنظم للأطراف المتعاقدة ضمانات قانونية إذا أثير نزاع، فجعل هناك طرقاً أصلية لفض المنازعات، حيث نجد الطرق الأصلية من خلال التسوية الإدارية، أين أعطى للمتعاقدين حق الطعن الجوازي، وكذا تسوية المنازعات بالطرق الودية. وجعل لهم حق اللجوء إلى القضاء، وقد لاحظنا النص على دعوى مستحدثة، وهي الإستعجال قبل التعاقد الذي يكون في مرحلة الإبرام والذي من شروطه الإخلال بالعلنية والمنافسة، فبمجرد الإعلان عن الصفقة يحق للمتعاقد رفع دعوى إستعجالية قبل التعاقد، وكذا الإستعجال بالطبيعة في مرحلة التنفيذ، ومن جهة أخرى خول لهم حق رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، وكذا رفع دعوى القضاء الكامل. غير أننا وجدنا أنه بما أننا بصدد صفقة إلكترونية فإنه لا بد من رفع دعوى إلكترونية، مع ضرورة التجسيد الفعلي للقضاء الإداري الإلكتروني ومحاكم إلكترونية ووكيل قضائي إلكتروني مؤتمت.

- في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته؛ لاحظنا بالنسبة لحالات التراضي البسيط أنّ المنظم أوردتها على سبيل الحصر، غير أنّ هناك حالة مستجدة لم ينص عليها المنظم في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إنّما جاءت نتيجة الظروف الإستثنائية التي مرت بها البلاد، والآثار السلبية التي تركها فيروس كوفيد 19 على إبرام الصفقة العمومية، لذلك تدارك المنظم الجزائري الوضع، فنص في المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 20-237، المحدد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19) ومكافحته على إمكان المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط لإبرام صفقات عمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19) ومكافحته، ويمكن أن تتم المفاوضات على أساس الأسعار المتداولة في السوق.

نلاحظ من خلال هذه الحالة أنّه؛ رغم ذكر المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لحالات التراضي البسيط على سبيل الحصر، حيث لا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة، لذلك لم ندخل هذه الحالة التي فرضتها الظروف المستجدة نتيجة جائحة كوفيد 19، ضمن الحالات المذكورة، وعليه اعتبرناها حالة مستقلة أدخلت بنص القانون ضمن حالات التراضي البسيط.

كما أننا نرى أنه رغم التدارك الحاصل، لكننا لمسنا تأخراً في سن نصوصاً قانونية تعالج الأوضاع والإشكالات المستجدة، فمنذ تفشي هذا الفيروس في أواخر 2019، والأخذ بالتدابير الاحترازية منذ شهر مارس 2020. لم يصدر النص إلى غاية شهر أوت من نفس السنة، ونحن نعلم أنّ الصفقات العمومية تعتبر المخطط التنموي للإقتصاد الوطني، لذلك لا بد من تكريس نصوص قانونية بصفة دائمة حسب المستجدات الحاصلة في المجتمع. وتجسيد التعاقد الإلكتروني لها بإعتباره تعاقد إفتراضي، حيث يبرم العقد وقد ينفذ إلكترونياً، في ظل الغلق الكلي، إتباعاً للتدابير والإجراءات الوقائية، ومن ثمّ الدفع بعجلة التنمية للبلاد.

- نظراً لعدم إنشاء لجان التسوية الودية التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الوطنيين، أصدر وزير الداخلية والجماعات المحلية تعليمية وزارية رقم 15-2720، المتضمنة إنشاء لجان التسوية الودية للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، نظراً للأهمية الفعلية لهذه اللجان قبل اللجوء إلى العدالة.

- تداركاً من وزارة التجارة بأهمية المعاملات الإلكترونية، فقد أصدرت تعليمية وزارية رقم 1164، المؤرخة في 20 ماي 2020، والتي نصت على إلزامية تقديم السجل الإلكتروني في الصفقات العمومية.

- أصدرت وزارة البريد والمواصلات بوابة إلكترونية للمؤسسات الصغيرة، وهذا يعبر عن وجود نية صريحة للسعي وراء نظام معلوماتي.

- لاحظنا إستحداث المنظم الجزائري لأشكال جديدة لطلب العروض والمتمثلة في المزاد الإلكتروني العكسي والفهارس الإلكترونية، والتي تعتبر ضماناً حقيقية لمبدأ شفافية الإجراءات.

- إعمال التحكيم في الصفقات العمومية الإلكترونية كطريق بديل لحل النزاع، أصبح ضرورة حتمية خاصة في الصفقات ذات الطابع الدولي، وبما أننا بصدد تعاقد إلكتروني، فإنّ ظهور طرف أجنبي في المعاملة أمر واقع، وقد لاحظنا أنّ المنظم ربط هذه الإمكانية بشروط، حيث نجد في الفقرة الأخيرة من نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أنّ المنظم الجزائري، جعل النزاع القائم بين المصالح المتعاقدة، والمتعاملين الأجانب في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية، يؤول إلى هيئة تحكيم دولية وذلك بناء على إقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة. ويبدو لنا أنّ هذا الشرط يعتبر تناقضا صريحاً، بإعتبار أنّ الموافقة المسبقة من الوزير المعني لا نجد ما يبررها في مجال التحكيم، لأنّ اللجوء إلى إتفاق التحكيم لن يتأتى إلاّ بموجب إتفاقيات دولية تنص على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، لذلك فإنّ هذا الشرط لا مبرر له، فمسألة اللجوء إلى التحكيم تحصيل

حاصل، حتى مع تخلف شرط الموافقة المسبقة، إعمالاً بنص المادة 27 من إتفاقية فيينا والتي فادها؛ أنه لا يجوز للدولة التمسك بقانونها الداخلي تنكراً لإلتزاماتها الدولية، المتمثلة في إنضمامها إلى إتفاقية دولية تجيز التحكيم، والتي يعدّ الإنضمام إليها بمثابة موافقة مسبقة من الدولة على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها دون قيد أو شرط يفرضه القانون الداخلي، لأنّ التعامل الدولي تحكمه القواعد الدولية ولا شأن للمتعامل الأجنبي بالقانون الداخلي للدولة.

- يحبذ أن يكون التحكيم إلكترونياً؛ فإذا كانت العقود الدولية فرضت على أصحابها تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم الدولي، فإنّ إتمام صفقات هذه العقود عبر شبكة الإتصالات الدولية الإلكترونية تفرض تسوية المنازعات الناشئة عنها عن طريق التحكيم الدولي الإلكتروني.

- يختلف تحقق السرية في التحكيم حسب طبيعة التحكيم تقليدي كان أم إلكترونياً، فإذا تحققت السرية في التحكيم التقليدي، فإنّ ذلك أمر غير مضمون في التحكيم الإلكتروني، نظراً لتفشي جرائم المعلوماتية من قرصنة وإختراق وتجسس ودخول غير مشروع، بالإضافة إلى الإلتلاف والتزوير، لذلك لا بد من ضمان حماية قانونية للنظام والبرنامج المعلوماتي منذ بداية الخصومة التحكيمية إلى غاية إصدار الحكم التحكيمي.

من خلال النتائج المتوصل إليها ونظراً للسلبيات التي تعترى التعاملات الإلكترونية للصفقة، نطرح جملة من الإقتراحات:

- نظراً لعدم وجود تعريف للصفقة العمومية الإلكترونية، فإننا نقترح التعريف الآتي: "الصفقات العمومية الإلكترونية عقود مكتوبة تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط القانونية عن طريق وسيط إلكتروني، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات". ويمكن تعريفها على أنّها: "تلك العقود التي يتم إبرامها من طرف أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص بإستعمال وسائل إلكترونية، وهي من بين العقود التي تبرم عن بعد، فالصفقة العمومية الإلكترونية يتم إبرامها مع متعاملين إقتصاديين بإستعمال وسائل إلكترونية من أجل تلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال أو اللوازم والخدمات أو الدراسات". فهي نفسها الصفقة العمومية العادية أي التقليدية، فقط الإختلاف بينهما يكمن في الوسيلة المعتمدة في التعاقد من خلال إستعمال الوسيط الإلكتروني.

- نقترح بدورنا تعريفاً للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية؛ "التحكيم في منازعات الصفقات العمومية هو ذلك الإتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة -المصلحة المتعاقدة والمتعامل الأجنبي- بعرض النزاع الذي نشأ أو سينشأ مستقبلاً، على هيئة تحكيمية دولية -محكم فرد أو هيئة من تشكيلة فردية- للفصل فيه، شريطة الحصول على موافقة مسبقة من الوزير المكلف بذلك، ويصدر أمر بتنفيذه، إذا لم ينفذ طواعية من السلطة القضائية في دولة التنفيذ".
- نقترح أيضاً تعريفاً للتحكيم الإلكتروني في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية بأنه: "الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الإدارة -الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى- لتسوية النزاعات الناشئة أو التي ستنشأ عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية، وذلك باستخدام وسائل الإتصال الإلكتروني بداية من مرحلة الخصومة التحكيمية إلى غاية صدور الحكم التحكيمي".
- نقترح ضرورة توفير الأطر التشريعية خاصة ما تعلق منها بالنص صراحة على التعامل الإلكتروني، وهذا من أجل إرساء الشفافية والنزاهة فيما يخص الصفقات العمومية باعتبارها نوعاً من أنواع الخدمة العمومية الموجهة للمتعاملين الإقتصاديين مهما كانت صفتهم أو جنسياتهم، وبهذا ستنافس البوابة الإلكترونية الجرائد اليومية في نشر اعلانات الصفقة والدعوات إلى الإنتقاء الأولي أو رسائل الإستشارة.
- إصدار تشريعات متخصصة وتدريب مجموعة مناسبة من القضاة والمحامين وفق ما يتطلبه التعامل الرقمي، وهذا لإنجاح عصرنة العدالة.
- ضرورة نشر الوعي المعلوماتي لدى المتعاملين الإقتصاديين، وكذا ترسيخ أهمية الإدارة الإلكترونية في ذهنيات المواطنين والموظفين، إضافة إلى ضرورة الإعتناء بتعليم المواطن بشكل عام وتأهيله للتعامل مع استخدامات التقنيات الحديثة بشكل خاص. ويتأتى ذلك عن طريق تفعيل ندوات علمية وأيام دراسية ينشطها متخصصين في النظام المعلوماتي والبرمجيات الرقمية، بالإضافة إلى متخصصين في الصفقات العمومية.
- لاحظنا أنّ المتطلب المالي يعتبر تحدي أمام تبني تعامل إلكتروني للصفقة العمومية، لذلك لا بد من؛ جعل الجزائر مصدرة للإنترنت بدل الإستهلاك فقط، ويجب وضع برامج تكنولوجية من أجل خلق إقتصاد رقمي وطني دون الحاجة لإستيراد نظم البرامج الإلكترونية من الخارج.
- نلتمس من المنظم الإسراع في إنشاء البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على غرار منظمي الجوار كالمغرب وتونس ومصر وفرنسا، باعتبار أنّ استعمال البوابة الإلكترونية يتضمن من المعلومات ما يمكن

المتعاملين الإقتصاديين من تبادل البيانات في نطاق الصفقات العمومية، الأمر الذي من شأنه إضفاء النزاهة والشفافية في التعاملات الإدارية.

- كرس المنظم الجزائري الإعلان الإلكتروني كآلية مكملة وليست حتمية لإبرام الصفقة العمومية، ونظراً لوجود نص خاص بتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ومع إلزامية البيانات المذكورة في الإعلان تحت طائلة البطلان، فقد كان حريّ به إضافة فقرة أخيرة تخص؛

- "العنوان الإلكتروني". وبذلك يكون قد كفل للمتنافسين فرصة المشاركة من خلال إطلاعهم على شكل طلب العروض، موضوع الخدمة ومحل الصفقة ومجالها وكذا الوثائق المطلوبة. وهذا إن دلّ على شيء إنّما يدل على إعمال وتجسيد مبدأ المساواة بين المتنافسين وكذا علانية الإجراءات. وهو ما أخذ به المنظم المغربي كما ذكرنا سابقاً، حيث نص في المادة 20-1-ك- على أنه: "كل طلب عروض مفتوح يجب أن يكون موضوع إعلان يبين:

- عند الإقتضاء العنوان الإلكتروني للموقع المستعمل لنشر إعلان طلب العروض".

- تفتح الإدارة المعنية مجال المنافسة واسعاً في طلب العروض المفتوح، ويتسع على ضوءه مجال المشاركة. ولكنها قد تضبط الإعلان، فلا يشارك في العرض إلا من توفرت فيهم شروطاً خاصة، ومؤهلات دنيا، فيكون طلب العروض حينئذ مغلقاً أو محدداً ومشروطاً أو مقيداً بشروط ومؤهلات وقدرات دنيا مشار إليها في الإعلان، فيضيق مجال المشاركة. وعليه يكون طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا ضيقاً مقيداً بشروط وليس مفتوحاً. لذلك نقترح تسميته طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا، فنعتبر مصطلح مفتوح زائد على النص يجب حذفه، فتصبح المادة على الشكل الآتي: "طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط الدنيا المؤهلة...".

- إعمال مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ليس على طلاقته، حيث يضيق ويتسع حسب أسلوب التعاقد المعتمد، سواء طلب العروض كقاعدة عامة أو التراضي كاستثناء على القاعدة، فلو سلمنا بداهة بوجود منافسة في أسلوب طلب العروض، فإننا لا نتوقع ذلك في أسلوب التراضي. بمعنى وجود منافسة في طلب العروض دون أسلوب التراضي، وهنا نواجه بعض الإشكالات من حيث تذبذب بعض النصوص القانونية. وهو ما لمسناه في المادة 2/2 من قانون المنافسة والتي تنص على أنه: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على:

- الصفقات العمومية، بدءاً من نشر الإعلان عن المناقصة، إلى غاية المنح النهائي للصفقة".

يستفاد من نص المادة 2 من قانون المنافسة أنّ الصفقات العمومية بأسلوبها في التعاقد تخضع لمبدأ المنافسة، وهذا خطأ، حيث أنّ اعتماد أسلوب التراضي بشكله لا يخضع للمنافسة الحرة. لذلك كان حرّي بالمشرع أن يتدارك ضرورة إعادة صياغة النص، فيصبح على الشكل الآتي: "بغض النظر عن كلّ الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على:

- **طلب العروض، بدءاً من نشر الإعلان، إلى غاية المنح النهائي.** بمعنى إستبدال مصطلح الصفقة العمومية بطلب العروض، على اعتبار أنّ الصفقة تتعدّد بشكّلين هما؛ طلب العروض وأسلوب التراضي وهذا الأخير لا جدوى للحديث عن حرية الدخول للمنافسة بصدده.

- نرى ضرورة تعديل المادة 800 ق إ م إ، للقضاء على التعارض الحاصل بين النصوص القانونية وللتوسيع من نطاق التحكيم. حيث نستشف من هذه المادة أنّ التحكيم كآلية بديلة لفض منازعات الصفقات العمومية يقتصر على الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهذا يعني عدم إمكانية الجهات الأخرى غير المذكورة في المادة 800 ق إ م إ، والمذكورين بموجب المادة 6 من المرسوم رقم 15-247، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم. وهذا التعارض أثر سلباً على نظام التحكيم كطريق بديل لحل النزاع. لذلك لا بد من تعديل المادة 800 ق إ م إ، للقضاء على التعارض الحاصل وللتوسيع من نطاق التحكيم. حيث تصبح على الشكل الآتي: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، وبحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة". وهذا للقضاء على التعارض الموجود بين النصوص والتوسيع من نطاق التحكيم.

- لاحظنا من خلال نص المادة في المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 20-237، المحدّد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء كوفيد -19- ومكافحته وجود خطأ مادي، "المصلحة" تصبح، يمكن "للمصلحة المتعاقدة" بمعنى إضافة الحرف "ل".

- جعل المشرع لرافع الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية ميعاد حدّد بفترة قبل إبرام العقد حسب ماجاءت به الفقرة الثالثة من المادة 946 إ م إ، ونظراً لوجود تعارض صريح بين هذه الفقرة وسابقتها، نرى ضرورة

تعديل المادة 2/946 من نفس القانون بنزع مصطلح "إذا أبرم العقد"، وإستبداله بـ "إذا كان سيبرم عقداً" لأنّ الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية دعوى وقائية لا تصحيحية، وعليه تعاد الصياغة كالاتي: "يتم هذا الإخطار من قبل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا كان سيرم عقداً من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية". بمعنى أنّ العقد لم يبرم بعد.

- رغم أنّ المنظم الجزائري نص على ضرورة الحل الودي الإتفاقي، إلاّ أنّه لم يوضح الإجراءات المتبعة في حالة الإتفاق بين الأطراف المتعاقدة على الحلّ الودي، حيث نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على حالة عدم الإتفاق فقط، لذلك نرى ضرورة إضافة ذات فحوى المادة 115 من القانون رقم 10-236، الملغى: "إذا ما تمّ الإتفاق على حلّ النزاع ودياً يتولى الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار مقرر يثبت فيه هذا الإتفاق ويبين طبيعة الإلتزامات الجديدة".

- إن النصوص القانونية الواردة في قانون الصفقات العمومية والتي وضعها المنظم الجزائري تبقى غامضة وغير واضحة، مما يخلق صعوبة في عملية تطبيق البوابة الإلكترونية وفهم محتواها.

- في الأخير يمكن القول أنّ البوابة الإلكترونية تعتبر الطريقة المثلى لتحقيق مبدأ الشفافية وتبسيط إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وذلك من خلال ما تضمنته هذه البوابة من معلومات ووثائق تهم المتعاملين الإقتصاديين وجل المهتمين بمجال الصفقات العمومية، وقد عملت معظم الدول على الأخذ بهذه البوابة مواكبة منها للتطورات الحاصلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والإتصال من جهة، ومن جهة أخرى محاولة عصرنة قطاع الصفقات العمومية وتبسيط الإجراءات. والجزائر كغيرها من الدول سايرت هذه التطورات وقامت بالتنصيص على إنشاء هذه البوابة الخاصة بالصفقات العمومية، حيث تكفل هذه البوابة الإلكترونية تنظيم المسائل المتعلقة بالصفقات العمومية، وبالتالي الإنتقال من الطريقة التقليدية في إبرام الصفقات العمومية إلى الطريقة الإلكترونية، كون أن الإعتقاد على هذه الأخيرة يضمن السرعة في إنجاز الصفقات وكذا يضمن حياد الإدارة في إختيار المتعامل الإقتصادي، وبالتالي تجنب الغموض الذي يكتسي جانب الصفقات العمومية، ومنه ضمان الشفافية وتبسيط الإجراءات خاصة من ناحية الإعتقاد على الإعلان الإلكتروني عبر هذه البوابة، ومن ثمّ ضمان عنصر النزاهة.

- ضرورة إسراع الجزائر إلى إنشاء البوابة الإلكترونية المتخصصة في مجال الصفقات العمومية، مع العمل على تحسين تكنولوجيا المعلومات والإتصال، حتى تضمن السير الحسن لهذه البوابة خاصة إذا

- علمنا أنها تتوفر على جميع المعلومات والوثائق الضرورية التي يحتاجها المتعامل الإقتصادي، ومن جانب آخر لضمان الشفافية لإستبعاد جرائم الفساد التي يعرفها هذا القطاع الحساس.
- العمل على خلق نظام حمائي فعال وقوي يحمي المعلومات والوثائق المتعلقة بالمتعاملين الإقتصاديين من كل أشكال التسلّل إلى البنى التحتية وممارسة العمليات التخريبية والقرصنة التي قد تشكل عائقا يهدّد إنشاء مثل هذه البوابة.
 - فرض تكوين رقمي وفق برامج تدريبي لضمان كفاءة عالية لدى الموظفين، من خلال إعداد برامج تكوينية حسب الكفاءة المهنية للموظف لتمكينه من توكي حذر الوقوع في صفقات فساد.
 - إعداد خبراء من لجان الصفقات العمومية في البرمجة المعلوماتية لمواجهة المخاطر المعلوماتية والتحديات التي تواجه إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية الإلكترونية.
 - توفير نظام رقمي وقواعد بيانات محكمة لضمان تكوين راق.
 - تمكين الموظفين من أجر ملائم يضمن لهم العيش برفاهية، لأنّ التذني في الأجر يجعل من الموظف يطمع في الإمتيازات التي يحصل عليها ولو بصفة غير قانونية وهو ما يغرقه في الفساد.
 - ضماناً لمعاملة إلكترونية للصفقة العمومية من المرحلة ما قبل التعاقدية إلى مرحلة ما بعد التنفيذ، لآبد من إعادة النظر في صياغة النصوص القانونية، حيث أنّه بإستقراءنا لقانون الصفقات العمومية الجزائري لا نلمس ما يوحي بنية المنظم الجزائري في تبني نظام إلكتروني للصفقات العمومية مقارنة بالتنظيمات محل الدراسة، لذلك كان حريّ بالمنظم الجزائري ولو لم ينص على نظام مستقل للصفقات الإلكترونية، أن يصيغ المواد بما يفرض وجود تعامل إلكتروني، كما لمسناه عند المنظم التونسي والمغربي والفرنسي والمصري. وذلك بإضافة مصطلح، "على الخط" في كل معاملة يفترض أن تكون مادية أو إلكترونية.
 - نرى ضرورة الإسراع في وضع برنامج الإدارة الإلكترونية الوجوبية لسنة 2025، يوضع هذا البرنامج من الحكومة ويتضمن متخصصين في المجال، لمواجهة التحديات المذكورة آنفاً، وكذا البحث عن الأرضية الخصبة لتجسيد إدارة وحكومة إلكترونية فعلية وليس مجرد تنصيب قانوني.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1. القرآن الكريم

2. المؤلفات

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- 2- أبو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2013.
- 3- أيسر صبري إبراهيم: إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2014.
- 4- أحمد أبو الوفا: التحكيم الإختياري والإجباري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2007.
- 5- أحمد حسان مطاوع: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، 2007.
- 6- أحمد محمد عبد الصادق: المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة السابعة، دار القانون للإصدارات القانونية، مصر 2014.
- 7- أحمد هندي: التقاضي الإلكتروني لإستعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2014.
- 8- أحمد يوسف عاشور الحديدي: أثر التكنولوجيا الحديثة على الوسائل القانونية لجهة الإدارة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2017.
- 9- آسيا الحراق: الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجاً"، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط (المغرب) 2015.
- 10- أشرف محمد خليل حماد: نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2010.
- 11- أشرف عبد القادر قنديل: الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة،

- الإسكندرية (مصر) 2015.
- 12- أكرم تحسين الدخيلي: النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت (لبنان) 2018.
- 13- النوي خرشي: تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر 2011.
- 14- النوي خرشي: الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، دار الهدى، الجزائر 2018.
- 15- أمير فرج يوسف: التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2007.
- 16- أمير فرج يوسف: الجريمة الإلكترونية والمعلوماتية والجهود الدولية والمحلية لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية (مصر) 2011.
- 17- أيمن علي حسن الحوئي: التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2011.
- 18- باسمة لطفي دباس: شروط اتفاق التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
- 19- بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية (دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2009.
- 20- بشير بلعيد: القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة 1995.
- 21- بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر 2011.
- 22- بن دعاس سهام: جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2019.
- 23- بو عمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، (دراسة فقهية، تشريعية وقضائية)، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2018.
- 24- توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، دار

- الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2019.
- 25- ثامر محمد عبد الجبار عبد العباس السعيدى: التنظيم القانوني للمزاد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر 2017.
- 26- جورجى شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر 1999.
- 27- حازم محمد الشرعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية كنظام قضائي معلوماتي عالي ومفرد من فروع القانون بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن) 2010.
- 28- حسان نوفل: التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2010.
- 29- حسن عبد الباسط الجميعة: إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2000 .
- 30- حسين إبراهيم خليل: الإعلان القضائي عن طريق البريد الإلكتروني في النظرية والتطبيق، دار الفكر والقانون، المنصورة 2015.
- 31- حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2004.
- 32- حنان ریحان مبارك المضحكي: الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2014.
- 33- حمد محمد حمد الشلماني: إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2007.
- 34- حمدي القبيلات: قانون الإدارة العامة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن) 2019.
- 35- حوت فيروز: الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي في ضوء القانون الجزائري والإتفاقيات الدولية، المركز الأكاديمي للنشر والتوزيع، الإسكندرية (مصر) 2018.
- 36- خالد خليفة: طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية،

- الجزائر 2017.
- 37- خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2006.
- 38- خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2007.
- 39- خالد ممدوح إبراهيم: أمن المستندات الإلكترونية، دار الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2008.
- 40- خالد ممدوح إبراهيم: أمن الحكومة الإلكترونية، دار الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2008.
- 41- داود عبد الرزاق الباز: الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2007.
- 42- رحيمة الصغير ساعد نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2010.
- 43- رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2010.
- 44- رضا المتولي وهدان: النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الإعتداءات الإلكترونية (دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقہ الإسلامي)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة 2017.
- 45- ريم علي إحسان محمد العزاوي: وسائل إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية (مصر) 2014.
- 46- زوزو زوليخة: جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، دار الولاية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان (الأردن) 2016.
- 47- سليم عبد الله الجبوري: الحماية القانونية لمعلومات شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2011.
- 48- سمية بو مروان: الحكومة الإلكترونية ودورها في تحسين الإدارات الحكومية (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض (المملكة العربية السعودية) 2014.

- 49- شحاتة غريب شلماقي: التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2015.
- 50- شريف محمد غنام: دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2012.
- 51- صبري محمود الراعي ورضا السيد عبد العاطي: مدونة التحكيم في مصر والبلاد العربية، المجلد الأول، شرح وتعليق على قانون التحكيم المصري بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، الشرق الأوسط للإصدارات القانونية، مصر 2015.
- 52- صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة (مصر) 2018.
- 53- صلاح المنزلاوي : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2005.
- 54- طارق إبراهيم الدسوقي عطية: الأمن المعلوماتي (النظام القانوني للحماية المعلوماتية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية (مصر) 2009.
- 55- عاطف محمد عبد اللطيف: إمتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.
- 56- عايدة الشامي: خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الجديد، الإسكندرية (مصر) 2008.
- 57- عباس العبودي: تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، (دراسة مقارنة معززة بآخر التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2010.
- 58- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانوني لإتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر 2005.
- 59- عبد الحميد الشواي: التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 1996.
- 60- عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر الجامعي، مصر

- 2005.
- 61- عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2009.
- 62- عبد العزيز عبد المنعم خليفة: دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2009.
- 63- عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية (الكتاب الأول) نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2004.
- 64- عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية (الكتاب الثاني) الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2004.
- 65- عبد الفتاح بيومي حجازي: الحكومة الإلكترونية بين الواقع والطموح، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2008.
- 66- عبد اللطيف قطيش: الصفقات العمومية تشريعاً وفقهاً وقضاءً (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2013.
- 67- عبد اللطيف هداية الله: القضاء المستعجل (في القانون المغربي)، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1998.
- 68- عبد الله طلبة: مبادئ القانون الإداري، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق 1990.
- 69- عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الإستثمار في الدول العربية "دراسة مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن) 2008.
- 70- عبد المجيد الشواربي: العقود الإدارية في ظل الفقه والقضاء والتشريع، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2003.
- 71- عصام عبد الفتاح مطر: الفساد الإداري (ماهيته، أسبابه، مظاهره، الوثائق العالمية والوطنية المعنية بمكافحته، دور الهيئات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية في مواجهة الفساد)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2011.

- 72- عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الدامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2018.
- 73- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2008.
- 74- عماد مجدي عبد الملك: العقود الإدارية وأحكامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2011.
- 75- عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007.
- 76- عمار بوضياف: دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات والإدارية (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2009.
- 77- عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، (التطور، المفهوم، المجال، الأنواع، طرق الإبرام وإجراءاته)، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017.
- 78- عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، (التنفيذ، الرقابة على الصفقات، المنازعات، جرائم الصفقات، نهاية الصفقات)، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017.
- 79- عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، (نظرية الدعوى الإدارية)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004.
- 80- عنتر بن مرزوق وحفيظي نور الدين وقرقاد عادل وبن ناعة الطاهر: إدارة الموارد البشرية في عصر الإدارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان (الأردن) 2018.
- 81- فؤاد العطار: القانون الإداري (أصول النظام الإداري وتنظيم الإدارة العامة)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 1977.
- 82- فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقيقية، بيروت (لبنان) 2014.

- 83- فاروق علي الحنفاوي: موسوعة قانون الكمبيوتر (الكتاب الأول)، قانون البرمجيات (دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر)، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2001.
- 84- فيلاي علي: الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر 2005.
- 85- قاصدي فايزة: أخلاقيات المهنة في مجال العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر 2015.
- 86- قمر عبد الوهاب: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، دار المعرفة، الجزائر 2009.
- 87- كلوفي عز الدين: نظام المنازعة في الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر 2012.
- 88- لحسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في الإستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2016.
- 89- لزه خليفة بن سعيد: التحكيم التجاري لدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012.
- 90- لمياء هاشم سالم قبع: إختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر 2013.
- 91- ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية (مصر) 2004.
- 92- ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2013.
- 93- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، باب الميم فصل الحاء، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت (لبنان) 2005.
- 94- محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005.
- 95- محمد الصيرفي: الشراء الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 208.
- 96- محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية

- (مصر) 2005.
- 97- محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني- مع الإشارة إلى نظام عقود الإدارة بإمارة دبي وأمريكا وقوانين المعاملات الإلكترونية في دول مجلس التعاون الخليجي، دار الكتب ودار الدراسات العربية، الإسكندرية (مصر) 2017.
- 98- محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب) 2015.
- 99- محمد باهي: منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب) 2015.
- 100- محمد بكر حسين: الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2006.
- 101- محمد بن سعيد بن حمد العمري: الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2011.
- 102- محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2003.
- 103- محمد سعيد الرحو: النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية (دراسة تحليلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية 2007.
- 104- محمد سمير أحمد: الإدارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان (الأردن) 2009.
- 105- محمد سلمان الغريب: الإحتكار والمنافسة غير المشروعة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.
- 106- محمد عبد الفتاح ترك: شرط التحكيم بالإحالة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2006.
- 107- محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2003.
- 108- محمد علي سويلم: الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية، الجرائم المعلوماتية والإلكترونية بين الجوانب الإجرائية والأحكام الموضوعية (دراسة مقارنة) لقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني

- وتكنولوجيا المعلومات بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2018.
- 109- محمود إبراهيم غازي: الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية (مصر) 2014.
- 110- محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.
- 111- مسعود شيهوب: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، (نظرية الإختصاص)، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009.
- 112- مصطفى محمد جمال- عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، (د ذ ب ن) 1998.
- 113- مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية (مصر) 2018.
- 114- ممدوح عبد العزيز العنزي: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، النتائج والأسباب (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2006.
- 115- منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر) 2010.
- 116- مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان) 2005.
- 117- نبيل أزياب: سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية (مصر) 2018.
- 118- نجيب ثابت عبد الله ثابت الجبلي: التحكيم في القوانين العربية، المكتبة الجامعية الحديثة، الإسكندرية (مصر) 2002.
- 119- نصر الدين محمد بشير: غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر) 2007.

- 120- نعيم إبراهيم الظاهر: الطريق نحو الحكومة الإلكترونية "رؤية متكاملة"، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن 2014.
- 121- هيبه سردوك: المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية (مصر) 2009.
- III. الأطروحات والمذكرات الجامعية
- أ- الأطروحات:
- 1- إقلولي محمد: النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار " التجربة الجزائرية نموذجاً"، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة، فرع القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو (د ذ م).
- 2- بن سريه سعاد: الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بوداوا، جامعة إجمد بوقرة، بومرداس، سنة 2018.
- 3- بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2011-2012.
- 4- بوجادي عمر: إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2011.
- 5- رحمانى راضية: النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2017.
- 6- سعيد عبد الرزاق باخبيزة: سلطة الإدارة الجزائرية في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2007-2008.
- 7- شريفى الشريف: النظام المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013 - 2014.
- 8- علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الأول، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم

- السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، سنة 2016-2017.
- 9- علاق عبد الوهاب: ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، الجزء الثاني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، سنة 2016-2017.
- 10- عليوات ياقوتة: تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية في الجزائر)، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008 - 2009.
- 11- قبايلي الطيب: التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2012.
- 12- هاشمي فوزية: آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 19 مارس 1962، جامعة الجيلالي اليايس بلعباس، سنة 2018.
- 13- هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة إلكترونيا "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة 2014.
- ب- المذكرات:**
- 1- أسعد فاضل منديل: التحكيم في قانون المرافعات العراقي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة النهريين، سنة 2002.
- 2- بن زمام عبد الغني: تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007-2008.
- 3- بن سديرة جلول: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2014-2015.
- 4- بوديسة كريم: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة

لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 20 جوان 2012.

5- خالد خوخي: التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011-2012.

6- خضري حمزة: منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، فرع القانون العام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2004-2005.

7- سبكي ربيعة: سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2013.

8- شريف سمية: رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2016.

9- شقطني سهام: النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، السنة الجامعية 2010-2011.

10- علي جبير عبيد الجنابي: الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني، مذكرة قدمت إكمالاً للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، آيار 2017.

IV. المقالات:

- 1- أشرف عبد المحسن الشريف: "أمن وحماية المستندات الإلكترونية على بوابة الحكومات العربية"، مجلة أعلم، العدد السادس عشر، يناير 2016، ص ص (87-114).
- 2- الطيب بلواضح والذهبي حليفة: "الخدمات الإلكترونية المتاحة في مجال عصنة العدالة الجزائرية"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جانفي 2020، ص ص (136-151).

- 3- بروك حليلة: "دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، جامعة محمد خيضر بسكرة، سنة 2014، ص ص (295-318).
- 4- بوزيدي خالد: "الإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية كإجراء جديد لتعزيز مبادئ الشفافية والمساواة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، العدد السادس، جامعة مستغانم جوان 2018، ص ص (278-282).
- 5- بشار خياط: "العقد الإداري الإلكتروني"، مجلة جامعة البعث، المجلد 39 العدد 67، عام 2017، ص ص (125-155).
- 6- بن عودة صليحة: "أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، مجلد 1، عدد 2، سنة 2015، ص ص (53-83).
- 7- بلغول عباس: "الصفقات العمومية الإلكترونية في المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 6، العدد 2، ديسمبر 2019، ص ص (28-61).
- 8- بودالي محمد وبرباوي رقية: "التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المجلد الثالث، العدد الخامس، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2018، ص ص (144-156).
- 9- رحيمة نمديلي: "أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)"، مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني (2)، جانفي 2011، ص ص (189-202).
- 10- رشيد شمشيم ومجرالي محمد أمين: "التحكيم كضمان قانوني لإستقطاب الإستثمارات الأجنبية في مجال الصفقات العمومية"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، كلية الحقوق، جامعة المدية، جوان 2018، ص ص (45-59).
- 11- رقرقي محمد زكريا: "نزع الصفة المادية عن إجراءات إبرام الصفقات العمومية في الجزائر"، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد 01، جامعة خميس مليانة، ماي 2020، ص ص (30-53).
- 12- سلوى بزاحي: "رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 05، كلية الحقوق والعلوم

- السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، سنة 2012، ص ص (29-47).
- 13- شريف الشريف: "مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي"، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد 3، المركز الجامعي تمنغست، الجزائر 2013، ص ص (89-110).
- 14- ظافر مدحت فيصل: "العقود الادارية الالكترونية وأحكامها القانونية"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (8)، المجلد (4)، العدد (29)، آذار 2016، ص ص (228-242).
- 15- عبد الله كنتاوي: "أطراف دعوى الإستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية (دراسة مقارنة)"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، جانفي 2018، ص ص (288-303).
- 16- عرافة زبيدة: "دور القاضي الإداري الإستعجالي في حل منازعات الصفقات العمومية قبل الإبرام"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، جوان 2018، ص ص (261-274).
- 17- عشاش حمزة وخضري حمزة: "الإدارة الإلكترونية ودورها في عصرنة قطاع العدالة بالجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، لسنة 2020، ص ص (267-280).
- 18- علي خطار شنتاوي: "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها"، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الرابعة والعشرين، مارس 2000، الكويت، ص ص (67-121).
- 19- عمارة مسعودة: "دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المؤرخ في 16-09-2015، المنظم للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد الأول، جامعة البليدة 02، لونيبي علي، ص ص (25-55).
- 20- عمر ملاعب: "الحكومة الإلكترونية وجائحة (كوفيد 19)"، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الدول العربية، العدد 151، المعهد العربي للتخطيط، الكويت سنة 2020، ص ص (1-11).
- 21- فرقان فاطمة الزهراء وأكرور مريام: "الطعن الإداري المتعلق بإبرام الصفقات العمومية"، العدد 02، المجلد 04، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، السنة

- 2019، ص ص (416-400).
- 22- فيروز حوت: "القيود الواردة على حرية المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية"، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، العدد الخامس (05)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة جوان 2018، ص ص (175-190).
- 23- قيدار عبد القادر صالح: "إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (1)، العدد 37، سنة 2008، ص ص (149-184).
- 24- محمد الشريف كتو: "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2010، ص ص (73 - 101).
- 25- مسعود هلاي ومحمد أنور بن ساعد: "الدعوى المستحدثة في إبرام العقود والصفقات في التشريع الجزائري (قراءة في أحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)"، مجلة التراث، العدد 2، المجلد الأول، الصادرة في أوت 2019، ص ص (73 - 89).
- 26- نادية عبد الرحيم: "الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته على ضوء قانوني الفساد والصفقات العمومية"، مجلة الإجتهد، عدد 09، معهد الحقوق، المركز الجامعي تمارست، سبتمبر 2015، ص ص (150-163).
- 27- هزيل جلول: "المنح المؤقت (جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية)"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، العدد 02، المجلد الأول، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، ص ص (1 إلى 31).
- 28- والي عبد اللطيف ودندن جمال الدين: "إستحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية"، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد الرابع، العدد الأول، مارس 2019، ص ص (148 - 158).
- 29- ودان بو عبد الله ومركان محمد البشير: "البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية"، مجلة المالية والأسواق، مخبر الديناميكية الإقتصادية الكلية والتغيرات الهيكلية، جامعة مستغانم، المجلد الثاني، العدد 1، جانفي 2016، ص ص (95 - 120).

.V. المداخلات

- 1- بودريوة عبد الكريم: مداخلة بعنوان: (مدى مسايرة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحى -دولة متدخلة أو ضابطة أو مترددة-)، من أعمال الملتقى الوطنى حول: أثر التحولات الإقتصادية على المنظومة القانونية القانونية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر إلى 01 ديسمبر 2011، ص ص (161-169).
- 2- بولكور عبد الغنى: مداخلة بعنوان: (المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية)، فى أعمال الملتقى الوطنى حول: أثر التحولات الإقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، الجزء الثانى، يومي 30 نوفمبر - 01 ديسمبر 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تاسوست، ص ص (241-256).
- 3- حسين فريجة: مداخلة بعنوان: (أثر التحكيم فى عقود الإستثمار الدولى)، فى أعمال الملتقى الدولى المعنون بـ "الطرق البديلة لحل النزاعات"، يومي 6 و7 ماي 2014، جامعة الجزائر 1، ص ص (246-286).
- 4- خضرى حمزة: مداخلة بعنوان: (الوقاية من الفساد ومكافحته فى إطار الصفقات العمومية)، فى أعمال الملتقى الوطنى حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مولود معمري، جامعة تيزي وزو، يومي 10 و11 مارس 2009. ص ص (49-64).
- 5- خيرة مقطف: (المعاملات الإلكترونية فى مجال الصفقات العمومية)، مداخلة فى الملتقى الوطنى السادس حول " دور قانون الصفقات العمومية فى حماية المال العام"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية 20 ماي 2013.
- 6- عبد الفتاح الجبالي: ورقة بحثية بعنوان "الشفافية فى المشتريات والمشروعات الحكومية لضمان المنافسة المتكافئة للأعمال الصغيرة و المتوسطة"، سلسلة أوراق سياسات تعزيز الشفافية ومكافحة الفساد، مركز المشروعات الدولية الخاصة (CIPE)، جمهورية مصر العربية. (4-30).

VI. النصوص القانونية:

أ- الدستور

- دستور الجمهورية الجزائري الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بنشر نص الدستور الموافق عليه في إستفتاء نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدل و متمم إلى غاية القانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد 14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.

ب- الإتفاقيات الدولية

1- الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الموافق عليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 88-18، المؤرخ في 12 جوان 1988، ج.ر عدد 28، صادرة في 13 جويلية 1988، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، ج.ر عدد 48، صادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

ت- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31، صادر في 27 مايو 2007.

2- قانون رقم 27 لسنة 1994، المتضمن إصدار قانون بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج ر عدد 16، صادر بتاريخ 21 أبريل 1994.

3- قانون رقم من القانون رقم 9 لسنة 1997 المصري، المتضمن تعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، صادر بتاريخ 14 مايو 1997.

4- القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، المتضمن إختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 37، صادرة في 1 جوان 1998، معدل و متمم بالقانون رقم 11-

- 13، المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 03 أوت 2011.
- 5- القانون رقم 98-02، المؤرخ في 30 مايو 1998، المتضمن المحاكم الإدارية، ج ر عدد 37، الصادر في 1 جوان 1998، معدل ومتمم بالقانون رقم 11-13، المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 03 أوت 2011.
- 6- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 02-83، المؤرخ في 9 أوت 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 64، صادر بتاريخ 11 أوت 2000.
- 7- أمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424، الموافق ل 19 يوليو 2003، المعدل والمتمم بقانون رقم 10-05، مؤرخ في 5 رمضان 1431هـ، الموافق ل 15 غشت 2010م، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 غشت 2010.
- 8- قانون رقم 15 لسنة 2004، المتضمن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات بجمهورية مصر العربية، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 22 أبريل 2004.
- 9- قانون رقم 05-07، المؤرخ في 28 أبريل 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم، ج ر عدد 04، صادر في أبريل 2005.
- 10- ظهير شريف رقم 1.7.169، صادر في 19 ذي القعدة 1428، الموافق ل 20 نوفمبر 2007، المتضمن تنفيذ القانون رقم 05-08، القاضي بنسخ وتعويض وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.
- 11- ظهير شريف رقم 1.07.129 المؤرخ في 19 من ذي القعدة 1428، الموافق ل 30 نوفمبر 2007، المتضمن تنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي، ج ر عدد 5584، صادر بتاريخ 06 ديسمبر 2007.
- 12- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.
- 13- أمر رقم 10-05، المؤرخ في رمضان عام 1431 هـ، الموافق ل 26 غشت سنة 2010، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 50، صادرة في 1 سبتمبر 2010.
- 14- قانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر بتاريخ 3 يوليو 2011.

- 15- قانون رقم 07-12، المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433، الموافق 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، صادر في 29 فيفري 2012.
- 16- أمر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13 مارس 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المعدل بموجب الأمر الحكومي عدد 416 لسنة 2018، المؤرخ في 11 ماي 2018 بتونس.
- 17- قانون رقم 03-15، المؤرخ في 01-فيفري 2015، المتعلق بعصرنة العدالة، ج ر عدد 06، صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.
- 18- قانون رقم 04-15، المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436، الموافق لأول فبراير 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06، صادر بتاريخ 10 فبراير 2015.
- 19- قانون رقم 04-18، المؤرخ في 24 شعبان عام 1439، الموافق ل 10 مايو 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 13 مايو 2018.
- 20- قانون رقم 05-18، مؤرخ في 24 شعبان 1439، الموافق ل 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، صادر بتاريخ 30 شعبان 1439، الموافق ل 16 مايو 2018.
- 21- قانون رقم 07-18، المؤرخ في 25 رمضان عام 1439، الموافق ل 10 يونيو 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر عدد 34، صادر بتاريخ 10 يونيو 2018.
- ت- النصوص التنظيمية**
- 1- مرسوم رقم 2.12.349 صادر في 8 جمادى الأولى 1434، الموافق ل 20 مارس 2013، المتعلق بالصفقات العمومية، ج ر عدد 6140، صادر بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 الموافق ل 4 أبريل 2013، بالمغرب.
- 2- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 2 ذي الحجة 1436، الموافق ل 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرقق العام، ج ر عدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم 16-247، المؤرخ في 27 رجب عام 1437، الموافق ل 5 مايو

سنة 2016، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، ج ر عدد 28، صادر في أول شعبان 1437، الموافق ل 8 مايو 2016.

4- المرسوم الرئاسي رقم 20-05، المؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1441، الموافق ل 20 جانفي 2020، المتعلق بوضع منظومة وطنية لأمن الأنظمة المعلوماتية، ج ر رقم 04، صادر بتاريخ أول جمادى الثانية عام 1441هـ، الموافق ل 26 جانفي 2020.

5- مرسوم رئاسي رقم 20-237، مؤرخ في 12 محرم 1442، الموافق ل 31 غشت سنة 2020، المحدد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19) ومكافحته، ج ر عدد 51، صادر بتاريخ 12 محرم عام 1442 هـ، الموافق ل 31 غشت سنة 2020.

ث- القرارات الوزارية:

1- قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم 33 لسنة 2010، المؤرخ بتاريخ 4 نوفمبر 2009، بشأن النشر الإلكتروني عن المناقصات والمزايدات الحكومية في الجهات المختلفة، صادر برئاسة مجلس الوزراء بتاريخ 4 يناير 2010.

2- قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لنماذج رسالة العرض والتصريح والإكتتاب والتصريح بالنزاهة، ج ر عدد 24، صادر بتاريخ 20 أبريل 2011. (ملغى).

3- (كتاب دوري) رقم 5 لسنة 2012 بشأن النشر الإلكتروني عن نتائج البت الفني والبت المالي والترسية للمناقصات والممارسات والمزايدات بجميع أنواعها بالجهات الحكومية، صادر برئاسة مجلس الوزراء بتاريخ 28 ماي 2012. (مصر).

4- قرار مجلس الوزراء رقم 463 لسنة 2012، بشأن النشر الإلكتروني عن نتائج البت الفني والبت المالي والترسية للمناقصات والممارسات والمزايدات بجميع أنواعها بالجهات الحكومية، صادر برئاسة مجلس الوزراء في 28 أبريل 2012. (مصر).

5- قرار وزاري مؤرخ في 13 محرم 1435، الموافق ل 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 9 أبريل 2014.

6- قرار لوزير الاقتصاد والمالية رقم 20.14 صادر في 8 ذي القعدة 1435 الموافق ل 4

سبتمبر 2014، المتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية. ج ر عدد 6298، صادر بتاريخ 14 ذو الحجة 1435 الموافق ل 9 أكتوبر 2014.

7- القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 9 جويلية 2014، المحدد لقائمة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء للمناقصة، ج ر عدد 63، صادر بتاريخ 22 أكتوبر 2014.

8- القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 29 نوفمبر 2014، المحدد لقائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ، ج ر عدد 05، صادر بتاريخ 01 ديسمبر 2014.

9- القرار الوزاري المؤرخ في 07 ربيع الأول عام 1437، الموافق ل 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفية التسجيل والسحب قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 16 مارس 2016.

10- القرار الوزاري المؤرخ في 07 ربيع الأول عام 1437، الموافق ل 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 16 مارس 2016.

11- قرار وزاري مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437، الموافق ل 19 ديسمبر 2015، المحدد لنماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالإكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، ج ر عدد 17، صادرة بتاريخ 7 جمادى الثانية 1437، الموافق ل 16 مارس 2016.

ج- الوثائق الدولية

1- التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997، المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد.

1- التوجيه الأوروبي رقم 18-2004، الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود التوريد والخدمات والأشغال.

2- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985، مع التعديلات التي إعتمدت سنة 2006، منشور على الموقع:

www.uncitral.org

- 3- قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 2001.
- 4- قرار الجمعية العامة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، تحت عنوان: الأعمال الممكنة مستقبلا في مجال الاشتراء العمومي البند 9 من جدول الأعمال المؤقت، الدورة السابعة والثلاثين، نيويورك 14 حزيران/يونيه-2 تموز/يوليه 2004. تحت عنوان الأعمال الممكنة مستقبلا في مجال الاشتراء العمومي البند 9 من جدول الأعمال المؤقت.
- 5- تقرير اللجنة الإلكترونية التي تمّ إنشائها من طرف الوزارة الأولى، بعنوان: الجزائر الإلكترونية 2013"، ديسمبر 2008، ص 20. متوفر بموقع بوابة الوزير الأول: www.premier-ministre.gov.dz
- 6- مذكرة عامة تحت رقم 6061 / 2019، حول وجوبية اعتماد طريقة الشراء العمومي على الخط « TUNEPS » في إبرام الصفقات العمومية، اللجنة الوزارية لمراقبة الصفقات العمومية (وزارة الصحة) صادرة بتاريخ 18 مارس 2019.
- 7- تعليمة وزارية رقم 5720، المؤرخة بتاريخ 15 نوفمبر 2020، المتضمن إنشاء لجان التسوية الودية للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية.

VII. الإجتهاادات القضائية

- 1- قرار مجلس الدولة، صادر بتاريخ 2012/01/12، عن الغرفة الأولى القسم الأول، ملف رقم 063683، فهرس رقم 05، في قضية بين (بلدية العلمة ممثلة في شخص رئيسها. ضد السيد (ح ع ر)). (غير منشور).
- 2- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 13-07-2016، قضية (م، ن، شركة تضامن للأشغال العمومية والبناء ممثلة من طرف مديرها. ضد الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الإجتماعية ومن معه وبحضور المدير الجهوي للصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الإجتماعية بالبلدية ممثلا للوحدة الجهوية بالبلدية)، رقم الملف 097400، رقم الفهرس 00912/16 (غير منشور).
- 3- قرار مجلس الدولة، صادر يوم 09-01-2018، ، الغرفة الخامسة، في جلسة علنية

المنعقدة بمقره الأبيار - الجزائر العاصمة، رقم التسجيل 152117، في يوم 28-03-2018، رقم
الفهرس 18/00006 (غير منشور).

4- قرار مجلس الدولة رقم 19/06299 مؤرخ في 04/04/2019، قضية (ش ذ م م
ديكوبات) ضد وكالة التسيير والتنظيم العقاري والحضري معسكر (غير منشور).

ثانيا: باللغة الفرنسية

I- Ouvrages :

- 1- ANDRE De L'aubader : Les contrats administratifs, Tome 2, L G D J, Paris 1956.
- 2- BRESSE Pierre, BEAURE D'AUGERES Guillaume ET THUILLIER Stéphanie: paiement numérique sur Internet « état de l'art, impact sur les métiers et aspects juridiques, THOMSON Publishing, Paris 1997.
- 3- DARCY Gilles et PAILLES Michel : Contentieux administratif, L G D J, Paris 1989.
- 4- CABANES Christophe et NEVEU Benoit : Droit de la concurrence dans les contras publics, Le MONITEURE, Paris 2008.
- 5- KADI Hanifi Mokhtaria : L'avenant au marché public, mémoire de magister, université d'Alger, 1997.
- 6- MARC Alphandéry: Les marchés publics informatiques, territorial éditions, Paris 2014
- 7- MORAVDE-Deville Jacqueline: Cour de droit administratif des Biens, Montchrestien, Paris 1999.
- 8- MICHON Jérôme : Les marches publics en 100 questions (Guide pratique à l'usage des acheteurs et des prestataires), 5 édition, Le MONITEUR Edition, Paris 2012.
- 9- MICHEL Rousset et OLIIVIER Rousset : Droit administratif 1, l'action administrative, deuxième édition, P U G, Paris 2004.
- 10- MOTULSKY Henri : Ecrit, Etudes et notes sur l'arbitrage, Edition Dalloz, Paris 1974.
- 11- NORMAND Jacques: Le juge et le litige, Edition L G D J, Paris.
- 12- Patrick Shultz : Eléments du droit des marchés publics, L G D J, Paris 1996.
- 13- Patrice COSSALTER : Règlement amiable des litiges dans les marches publics (Méthode et cadre juridique), Territorial Editions, Paris 2011.
- 14- PIETTE-COUDOL Thierry : la signature électronique, LITEC, Paris, 2001.
- 15- RENE David: L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982.
- 16- ZOUAIMIA Rachid et MARI Christine : Droit administratif, BERTI éditions,

ALGER 2009.

II- Mimoires :

- 1- Laura Berlandis: Comment faire adhérer à une population d'acheteurs industriels l'utilisation d'un outil e-Achats ? Le cas des enchères inversées :Mimoiere de recherche de Master, Département PP&E, Schneider Electric. Gestion et management, Université GRONPBLE, Paris 2014.
- 2- PARENT Julien : La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux, Droit des Interventions Publiques Parcours Droit et Gestion des Services Publics Territoriaux, Université Angers, Paris le 8 septembre 2017.
- 3- RUIS Philippe : La dématérialisation des procédures de marches publiques, mémoire pour l'obtention du Diplôme des études supérieures spécialisées, Institut des études politiques de Bordeaux, Paris 2003.

III- Articles :

- 1- Couzint PH : « Les nouveaux pouvoirs du juge en matière du passation des marchés publics », R.M.P, 1993, N° 272.
- 2- GERMAN Jérôme : « Les recoures juridictionnels ouverts au concurrent évincé contre un marché public communautaire après sa conclusion en France et en Allemagne », R F D A, N° 1, 2009.
- 3- Lauboutier Flora et Ramos Angélicia : « La dématérialisation à l'une de la réforme de la commande publique », contrats publics, n°167, juillet-aout 2016
- 4- MOLES Philippe et NOEL Mathieu, « La dématérialisation des marchés publics et l'expérience d'une plate-forme régionale », AJCT mars 2011, pp (117-125).
- 5- Philipe Delelis: « la dématérialisation des marchés publics "principaux aspects juridiques et organisationnels " », revue legicom, N 31, volume 02, 2004.

IV- Lois et décrets :

- 1- Décret n 99- 68 du 2 février 1999, relative à la mise en ligne des formulaires administratifs
- 2- la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O.F n°62, du14 mars 2000.
- 3- Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.
- 4- Décret n 2002-692 du 30Avril 2002 pris en application du 1et du 2 de l'article 56 du code des marchés publics et relatif a la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics.
- 5- décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, J O n° 6 du 8 janvier 2004.

- 6- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. J.O n°143 du 22 juin 2004
- 7- Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, NOR : ECOM 188600D, Disponible sur legifrance-Source : Legifrance- Mis à jour le 31/12/2019. Modifié par le Décret n° 2019-1344 du 12 Décembre 2019, modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances- NOR: ECONOM1923341D.
- 8- Décret n 99- 68 du 2 février 1999, relative à la mise en ligne des formulaires administratifs.

V- Directifs européennes :

- 1- Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J O n° L 013 du 19/01/2000.
- 2- directive 97/7/CE du Parlement Européen et du conseil du 20 mai concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, J.O.C.E, n° L 144 du 04 juin 1997.
- 3- Directive 2000/31/CE du parlement Européen et du conseil du 08/06/2000 relative à certain aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le Marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"
- 4- Directive Européenne 2004-18- CE du Parlement Européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.
- 5- Directive 95/46/EC, 24 octobre 1995.

VIII. Document :

la loi type de la commission des Nation Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur les signatures électroniques qui a été adopté le 05/07/2001 lors de la session 34 tenue à Vienne.

IX. Jurisprudence :

- Cour d'appel clomar, 6 ème, chambre, N° 10098/20, 12 Mars 2020. Covid 19, et force majeure : La cour d'appel de Colmar.

النظام القانوني للتعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية

(دراسة مقارنة)

1.....	مقدمة.....
10.....	الباب الأول: تكوين عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....
11.....	الفصل الأول: تأثير البيئة الرقمية على إبرام عقد الصفقات العمومية.....
12.....	المبحث الأول: البيئة الموضوعية لعقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....
13.....	المطلب الأول: تعريف عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....
13.....	الفرع الأول: تعريف عقد الصفقات العمومية.....
15.....	الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري.....
17.....	الفرع الثالث: تعريف العقد الإلكتروني.....
19.....	الفرع الرابع: تعريف العقد الإداري الإلكتروني.....
23.....	المطلب الثاني: خصائص للصفقات العمومية الإلكترونية.....
24.....	الفرع الأول: إستعمال الوسيط الإلكتروني.....
25.....	أولاً: توفر الإنترنت.....
28.....	ثانياً: توفر الحاسب الآلي والمعدات التقنية.....
29.....	ثالثاً: توفر البوابة الإلكترونية.....
29.....	1- تعريف البوابة الإلكترونية.....
31.....	2- وظائف البوابة الإلكترونية.....
31.....	أ- النشر.....

- ب- التسجيل.....31
- ت- البحث.....33
- 3- تفعيل وتجسيد البوابة الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية33
- 4- إنعكاسات البوابة الإلكترونية على إبرام عقد الصفقة العمومية.....34
- أ- القضاء على البيروقراطية والفساد الإداري.....34
- ب- القضاء على الدعائم الورقية.....34
- ت- خلق بنية تحتية للتكنولوجيا الرقمية.....34
- ث- تنمية الموارد البشرية إلكترونياً35
- ج- توفير التكلفة المادية على الإدارة.....36
- ح- تخفيف الأعباء على المتعاملين.....37
- الفرع الثاني: الطابع الدولي للصفقة العمومية الإلكترونية غالباً.....37
- الفرع الثالث: صفة التفاعلية (عقد فوري متواصل).....39
- الفرع الرابع: إتصال المعاملة الإلكترونية بتسيير أو تنظيم مرفق عام.....39
- الفرع الخامس: أن يكون أحد أطراف العقد شخص قانوني عام.....40
- الفرع السادس: تضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة.....41
- المطلب الثالث: أركان عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....42
- الفرع الأول: التراضي الإلكتروني في عقد الصفقات العمومية.....43
- أولاً: الإيجاب في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....44
- 1- تعريف الإيجاب الإلكتروني.....44
- 2- سريان الإيجاب الإلكتروني.....45
- ثانياً: القبول في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....46

- 46.....1- تعريف القبول الإلكتروني.....
- 46.....2- تطابق الإيجاب والقبول في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....
- 48.....الفرع الثاني: ركن المحل في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....
- 48.....أولاً: أن يكون المحل ممكناً وغير مستحيل.....
- 49.....ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين.....
- 49.....ثالثاً: أن يكون المحل مشروعاً؛ غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.....
- 50.....الفرع الثالث: ركن السبب في الصفقة العمومية الإلكترونية.....
- 51.....الفرع الرابع: ركن الشكلية في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....
- 51.....أولاً: مدى وجوب الكتابة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....
- 56.....ثانياً: تعزيز ركن الكتابة من خلال وثائق الصفقة العمومية الإلكترونية.....
- 56.....1- دفاتر الشروط.....
- 57.....أ- تعريف دفاتر الشروط.....
- 58.....ب- أنواع دفاتر الشروط.....
- 58.....ب-1- دفاتر البنود الإدارية العامة.....
- 59.....ب-2- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة.....
- 59.....ب-3- دفاتر التعليمات الخاصة.....
- 59.....2- وثائق الصفقة التي تصاحب دفاتر الشروط.....
- 59.....أ- قوائم الأسعار والجداول والقياسات.....
- 60.....ب- وثائق الإستشارة.....
- 61.....المبحث الثاني: البيئة الإجرائية لإبرام عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....
- 63.....المطلب الأول: المرحلة ما قبل التعاقدية لإبرام الصفقات العمومية الإلكترونية.....

(الإعلان الإلكتروني وسرية المعاملات بين الحتمية والإضافية)

- الفرع الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....65
- الفرع الثاني: الأساس القانوني للإعلان الإلكتروني عن الصفقة العمومية الإلكترونية.....66
- الفرع الثالث: البيانات الواجب إدراجها في الإعلان.....73
- الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني.....75
- المطلب الثاني: التعاقد الإلكتروني للصفقة العمومية من خلال طلب العروض كأصل.....76
- الفرع الأول: تعريف طلب العروض.....77
- الفرع الثاني: أشكال طلب العروض.....80
- أولاً: الطرق التقليدية لطلب العروض.....81
- 1- طلب العروض المفتوح.....81
- 2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.....82
- أ- تعريف طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.....82
- ب- شروط طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.....83
- ب-1- القدرات التقنية.....83
- ب-2- القدرات المالية.....83
- ب-3- القدرات المهنية.....83
- ب-4- ضرورة تناسب القدرات مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع.....83
- 3- طلب العروض المحدود.....84
- 4- المسابقة.....84
- ثانياً: الطرق المستحدثة لطلب العروض.....86
- 1- المزاد الإلكتروني العكسي.....87
- أ- تعريف المزاد الإلكتروني العكسي.....87

- 89.....ب- نطاق المزاد الإلكتروني العكسي.....
- 89.....ب-1- من حيث المحل.....
- 89..... • صفقة التوريد
- 89..... • صفقة تقديم خدمات.....
- 89.....ب-2- من حيث الإجراءات.....
- 89..... • مراجعة الأسعار.....
- 90..... • مراجعة العناصر المتعلقة بالقياس الكمي.....
- 90.....2- الفهارس الإلكترونية للمتعهدين.....
- 91.....أ- تعريف الفهارس الإلكترونية.....
- 91.....ب- نطاق الفهارس الإلكترونية.....
- 92.....ب-1- عقد البرنامج.....
- 92.....ب-2- عقد الطلبات.....
- 93.....الفرع الثالث: إجراءات طلب العروض عبر البوابة الإلكترونية.....
- 96.....أولاً: تقديم العروض إلكترونياً.....
- 99.....ثانياً: مرحلة فحص العروض (فتح العروض والبت فيها إلكترونياً).....
- 100.....1- تشكيل لجنة فتح العروض والبت فيها.....
- 101.....2- كيفية فتح العروض والبت فيها إلكترونياً.....
- 101.....أ- فتح العروض إلكترونياً.....
- 104.....ب- تقييم العروض إلكترونياً.....
- 107.....ت- البت في طلب العروض الإلكتروني.....
- 107.....ثالثاً: المنح المؤقت للصفقة أو إرساء العروض.....
- 109.....رابعاً: الإعتماد والتوقيع الإلكتروني للصفقة العمومية.....

- المطلب الثالث: التعاقد الإلكتروني للصفقة العمومية من خلال أسلوب التراضي كاستثناء...110
- الفرع الأول: تعريف أسلوب التراضي 111
- الفرع الثاني: أشكال التراضي.....113
- أولاً: التراضي البسيط.....113
- 1- تعريف التراضي البسيط.....113
- 2- حالات التراضي البسيط..... 113
- أ- حالة المتعامل المحتكر الوحيد.....113
- ب- حالة الإستعجال الملح..... 114
- ت- حالة تمويل مستعجل ذي شروط خاصة.....115
- ث- حالة مشروع ذي أهمية وطنية.....115
- ج- حالة ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.....115
- ح- حالة وجود نص تشريعي أو تنظيمي يمنح صفقة لمؤسسة صناعية وتجارية.....116
- خ- في إطار الوقاية من إنتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19-) ومكافحته.....116
- ثانياً: التراضي بعد الاستشارة.....117
- 1- تعريف التراضي بعد الإستشارة.....117
- 2- حالات اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الإستشارة.....118
- أ- حالة الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.....118
- ب- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة.....119
- ت- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.....119
- ث- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ.....120
- ج- حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي.....120
- الفرع الثالث: إجراءات إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية بأسلوب التراضي بين الحرية والتقييد...121

- 121.....أولا: حرية الإدارة في إختيار المتعامل المتعاقد بالتراضي
- 122ثانيا: القيود الشكلية الواردة على التراضي بنوعيه
- 123.....ثالثا: وسائل إبرام عقد الصفقة العمومية الإلكترونية بأسلوب التراضي
- 123.....1- البريد الإلكتروني
- 123.....2- التفاوض عن طريق مؤتمرات الفيديو
- 124.....3- التفاوض عبر غرف المحادثة
- 125.....الفصل الثاني: أثر البيئة الرقمية على مبادئ الصفقات العمومية
- المبحث الأول: أثر البيئة الرقمية على المبادئ الموضوعية لإبرام الصفقات العمومية الإلكترونية
(المبادئ العامة).....127
- المطلب الأول: تكريس مبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....131
- الفرع الأول: إعمال مبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....131
- أولا: تعريف مبدأ المنافسة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....132
- ثانيا: الأسس القانوني لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية.....134
- الفرع الثاني: نطاق تطبيق مبدأ المنافسة في عقد الصفقات الإلكترونية.....136
- الفرع الثالث: الأسس التي يقوم عليها مبدأ حرية المنافسة.....140
- أولا: الأسس النظرية.....140
- 1- الحرية الإقتصادية.....140
- 2- المساواة أمام القانون.....140
- ثانيا: الأسس العملية.....140
- 1- مراعاة المصلحة المالية للإدارة عن طريق إستقطاب أكبر عدد من المتنافسين.....140

- 2- المحافظة على النزاهة.....140
- المطلب الثاني: تكريس مبدأ المساواة فيما بين المترشحين في عقد الصفقات العمومية
الإلكترونية.....141
- الفرع الأول: تعريف مبدأ المساواة.....142
- الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ المساواة.....144
- الفرع الثالث: شروط إعمال مبدأ المساواة في الصفقات العمومية الإلكترونية.....146
- أولاً: الإلمام بالمعرفة والدراية الإلكترونية.....146
- ثانياً: توفير الوسائل التقنية بمساعدة الدولة على كفالة المساواة.....147
- ثالثاً: حياد المرافق العامة.....148
- رابعاً: ضرورة توفر المتنافسين على الشروط والمؤهلات القانونية والتقنية والمالية المطلوبة.....149
- خامساً: تقديم الضمان المؤقت.....149
- الفرع الرابع: حدود مبدأ المساواة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....150
- أولاً: قيود الواردة على مبدأ المساواة بسبب إعطاء الأفضلية للمقولة الوطنية.....150
- 1- تخفيض هامش الأفضلية.....151
- 2- إخضاع المتعهدين الأجانب إلى الإلتزام بالإستثمار في إطار شراكة.....151
- 3- إستبعاد المؤسسات الأجنبية من خلال إعطاء الأولوية للمنافسة الوطنية.....152
- 4- تقديم خدمات للنشاطات الحرفية.....153
- 5- تخصيص أحكاماً خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.....153
- ثانياً: القيود الواردة على مبدأ المساواة من خلال حرمان بعض الأشخاص من المشاركة في الصفقة
العمومية الإلكترونية.....153

- 1- الحرمان الجزائي من المشاركة في الصفقة.....153
- 2- الحرمان الوقائي من المشاركة في الصفقة.....154
- ثالثا: القيود الواردة على مبدأ المساواة من خلال إستبعاد بعض الأشخاص من المشاركة في الصفقة العمومية الإلكترونية.....155
- 1- إستبعاد المشاركين لعدم توفرهم على الكفاءة المالية والفنية.....156
- 2- إستبعاد المشاركين لعدم توفر الشروط المحددة من الإدارة في دفتر الشروط.....156
- الفرع الخامس: نتائج أعمال مبدأ المساواة في الصفقات العمومية الإلكترونية.....157
- المطلب الثالث: تكريس مبدأ شفافية الإجراءات في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....158**
- الفرع الأول: تعريف مبدأ شفافية الإجراءات158
- الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ شفافية الإجراءات في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية...162
- الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات حصانة فعالة ضد جرائم الفساد في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....164
- الفرع الرابع: دور البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية في تكريس مبدأ شفافية الإجراءات.....168
- المبحث الثاني: أثر البيئة الرقمية على المبادئ الخاصة بنظام المعلوماتية للصفقات العمومية**
- (المبادئ التقنية).....171
- المطلب الأول: حفظ الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية173**
- الفرع الأول: سلامة الوثائق.....175
- أولا: تثمين مبدأ سلامة الوثائق كضرورة حتمية لتبادل المعلومات إلكترونيا.....176
- ثانيا: تتبع الأحداث.....177
- الفرع الثاني: الجرائم المرتكبة للمساس بسلامة الوثائق.....178

- أولاً: جريمة إتلاف البيانات المعالجة إلكترونياً في الصفقات العمومية الإلكترونية179
- 1- تعريف جريمة إتلاف البيانات الإلكترونية.....179
- 2- أركان جريمة إتلاف البيانات المعالجة إلكترونياً.....180
- أ- الركن المادي.....180
- أ-1- فعل الإدخال.....181
- أ-2- فعل المحو.....183
- أ-3- فعل التعديل.....184
- ب- الركن المعنوي.....184
- ثانياً: جريمة التجسس الإلكتروني (الدخول غير المشروع على النظام المعلوماتي).....185
- 1- تعريف جريمة التجسس المعلوماتي.....185
- 2- تأثير جريمة التجسس المعلوماتي على الصفقة العمومية الإلكترونية.....185
- 3- موقف التشريعات من جريمة التجسس الإلكتروني.....186
- 4- أركان جريمة التجسس المعلوماتي.....187
- أ- الركن المادي.....187
- أ-1- الدخول بدون وجه حق إلى النظام المعلوماتي.....187
- أ-2- البقاء بدون وجه حق في النظام المعلوماتي.....188
- ب- الركن المعنوي.....188
- المطلب الثاني: سرية الوثائق والمعلومات المتبادلة بالطريقة الإلكترونية.....189
- الفرع الأول: معنى سرية الوثائق في الصفقات العمومية الإلكترونية.....189
- الفرع الثاني: ضمانات سرية الوثائق في الصفقات العمومية الإلكترونية.....191
- أولاً: نظام التشفير (تشفير البيانات المتعلقة بالصفقات العمومية الإلكترونية).....192
- 1- تعريف نظام التشفير.....192
- 2- طرق التشفير.....194

- 3- فك التشفير.....195
- أ- تعريف فك التشفير.....195
- ب- أنواع فك التشفير.....195
- ب-1- التشفير المماثل.....195
- ب-2- التشفير اللامتماثل.....196
- ثانيا: التوقيع الإلكتروني آلية فعالة لضمان سرية المعاملات الإلكترونية في الصفقات العمومية وإثباتها.....197
- 1- تعريف التوقيع الإلكتروني.....198
- أ- التعريف الفقهي.....198
- ب- التعريف القانوني.....199
- 2- شروط التوقيع الإلكتروني.....201
- أ- معرفة هوية الموقع من خلال التوقيع (التوقيع يميز شخصية صاحبه).....203
- أ-1- سيطرة الموقع وحده دون غيره على وسيلة التوقيع.....203
- أ-2- بطاقة تحديد هوية الموقع الإلكتروني (السماح بتحديد هوية الموقع).....204
- ب- الحفاظ على التوقيع الإلكتروني.....204
- ت- يجب أن يكون التوقيع متصلا بالمحرر.....204
- ثالثا: التصديق الإلكتروني.....206
- 1- شهادة التصديق الإلكتروني.....206
- 2- جهة التصديق الإلكتروني.....207
- 3- مقدم خدمات التصديق الإلكتروني.....210
- الفرع الثاني: تجريم إنتهاك سرية وخصوصية المعطيات في الصفقات العمومية الإلكترونية.....211
- أولا: الأساس القانوني لجريمة إنتهاك سرية المعطيات.....211

- ثانيا: أركان جريمة إنتهاك سرية وخصوصية المعطيات في الصفقات الإلكترونية.....212
- 1- الركن المادي.....212
- 2- الركن المعنوي.....212
- المطلب الثالث: تأمين أرشفة الوثائق الرقمية بالطريقة الإلكترونية.....213
- الفرع الأول: تعريف أمن المعلومات في الصفقات العمومية الإلكترونية.....213
- الفرع الثاني: مصادر الخطر المهددة للأمن المعلوماتي للصفقات العمومية.....215
- أولا: المستخدمون الشرعيون للصفقة العمومية الإلكترونية (المهاجمون من الداخل).....215
- 1- الموظفون.....216
- 2- المرتفق.....216
- ثانيا: المستخدمون غير الشرعيين (الهجوم من الخارج).....217
- 1- القرصنة.....217
- 2- الهواة الهاكرز Hakers.....218
- الفرع الثاني: متطلبات الأمن المعلوماتي لتكوين عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....218
- أولا: الحماية القانونية (سن نصوص قانونية تضمن حماية المعلومات المتبادلة إلكترونياً).....218
- ثانيا: توفر مجموعة من المبادئ تضمن المحافظة على أمن المعلومات المتبادلة إلكترونياً.....220
- 1- السرية.....220
- 2- التكامل وتتبع الأحداث.....220
- 3- التوافر: توفر القدرات التقنية.....220
- ثالثا: إنشاء برامج متخصصة للتأمين.....221
- 1- خلق قاعدة بيانات.....221

- 2- خلق نظام تسيير محكم للبوابة.....223
- 3- إستخدام الشفرة أو كلمة السر.....223
- 4- الجدار الناري (حاجز الحماية).....223
- 5- مزود بروكسي.....225
- 6- إستخدام الخصائص البيولوجية المميّزة لكل شخص.....225
- الباب الثاني: الآثار المترتبة على إبرام عقد الصفقات العمومية إلكترونيا.....227
- الفصل الأول: تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....228
- المبحث الأول: الأسس العامة لإلتزامات وحقوق أطراف عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....231
- المطلب الأول: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....232
- الفرع الأول: السلطات غير الجزائية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد.....232
- أولا: سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف.....232
- 1- تعريف سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف.....233
- 2- ضوابط إستعمال الإدارة لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية الإلكترونية.....234
- أ- ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة.....234
- ب- إتخاذ إجراء الرقابة في إطار المشروعية.....234
- ت- ألا تؤدي سلطة الرقابة والإشراف إلى تعديل الصفقة.....235
- ثانيا: سلطة الإدارة في تعديل بنود عقد الصفقة العمومية الإلكترونية (ملحق الصفقة).....235
- 1- تعريف سلطة التعديل.....236
- 2- ضوابط ممارسة حق الإدارة في تعديل العقد.....236
- أ- أن تمارس التعديلات في إطار العقد الأصلي.....236
- ب- عدم مساس التعديل للحقوق المالية.....237

- ت- إستوفاء القرار لشروط المشروعية.....237
- ث- أن يكون للتعديل أسباب موضوعية.....238
- 3- ضمانات المتعاقد تجاه إستعمال الإدارة غير المشروع لسلطة التعديل.....238
- أ- الإمتناع عن قرار تنفيذ العقد.....238
- ب- المطالبة بإلغاء قرار التعديل لعدم مشروعيته.....239
- ت- المطالبة بفسخ العقد.....239
- 4- سلطة تعديل عقد الصفقة العمومية في الجزائر والأساس التنظيمي للملحق.....239
- أ- تعريف الملحق.....240
- ب- شروط ممارسة سلطة التعديل من خلال وثيقة الملحق.....240
- ب-1- أن يكون مكتوباً.....240
- ب-2- ألا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وتوازنها.....241
- ب-3- أن تبادر الإدارة المعنية إلى إبرام الملحق أثناء فترة التنفيذ وضمن الأجال.....241
- ب-4- أن تراعي في الملحق سائر الجوانب الإجرائية.....241
- ثالثاً: سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة (الفسخ لدواعي المصلحة العامة).....241
- 1- شروط ممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء الإفرادي.....242
- أ- يجب أن يكون الهدف من إنهاء العقد تحقيق المصلحة العامة.....242
- ب- أن يكون في قرار الإنهاء جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية.....242
- 2- الآثار المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة...243
- الفرع الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر في تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....244
- أولاً: الجزاءات المالية.....245
- 1- تعريف الجزاءات المالية.....245
- 2- أنواع الجزاءات المالية.....246

- أ- التعويض.....246
- أ-1- تعريف التعويض.....246
- أ-2- تقدير التعويض.....246
- ب- الغرامات التأخيرية.....247
- ب-1- تعريف الغرامة التأخيرية.....247
- ب-2- حالات وأسباب توقيع الغرامة التأخيرية.....247
- حالة عدم تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه.....248
- حالة التنفيذ غير المطابق.....249
- ب-3- حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية.....249
- التأخر مرده إجراءات بأشرتها المصلحة المتعاقدة (فعل الأمير).....250
- حالة القوة القاهرة.....250
- ت- مصادرة الضمان (التأمين - الكفالة).....250
- ت-1- تعريف التأمين.....251
- ت-2- تعريف مصادرة التأمين.....251
- ت-3- أنواع التأمينات محل المصادرة.....252
- كفالة حسن التنفيذ.....252
- كفالة رد التسيقات.....254
- كفالة الضمان.....255
- ثانيا: الجزاءات غير المالية.....256
- 1- الجزاءات الضاغطة.....256
- أ- تعريف الجزاءات الضاغطة.....256
- ب- شروط توقيع الجزاءات الضاغطة.....256
- ب-1- وقوع خطأ من المتعاقد.....256
- ب-2- إذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه.....257

- ت- صور الجزاءات الضاغطة.....258
- ت-1- سحب العمل من المقاول في صفقات الأشغال العامة.....258
- ت-2- التوريد على حساب المتعامل المتعاقد في صفقة التوريد.....259
- 2- الجزاءات الفاسخة (الفسخ الجزائي).....259
- أ- تعريف الفسخ الجزائي.....260
- ب- شروط ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي.....260
- ب-1- مخالفة المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية بإرتكابه خطأ جسيماً.....261
- ب-2- إعدار الإدارة للمتعاقد بالفسخ الجزائي.....261
- ب-3- إلتزام الإدارة بتسبيب قرار الفسخ الجزائي.....261
- ت- سلطة الإدارة التقديرية في فسخ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....262
- ت-1- الفسخ الوجوبي للصفقة العمومية الإلكترونية.....262
- إستعمال المتعاقد الغش وأساليب الفساد والإحتكار.....262
- فسخ العقد لإفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة.....263
- ت-2- الفسخ الجوازي للعقد.....264
- المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....264
- الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في أن تحترم جهة الإدارة إلتزاماتها الناشئة عن عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....265
- أولاً: مدى إلتزام الإدارة بالشروط الواردة في العقد.....265
- ثانياً: إلتزام الإدارة بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة.....265
- ثالثاً: إلتزام الإدارة باحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد.....265
- رابعاً: إلتزام الإدارة باحترام المدد المقررة لتنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....266
- خامساً: إلتزام ضمان التنفيذ خاصة المعلوماتي.....266

- سادسا: التزام الإدارة بتنفيذ العقد بأكمله.....266.....
- الفرع الثاني: حق المتعامل المتعاقد في إقتضاء المقابل المالي.....267.....
- أولا: تعريف الثمن كمقابل مال في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....268.....
- ثانيا: نطاق شرط ثبات الأسعار.....269.....
- 1- الفوائد.....269.....
- 2- مراجعة الأسعار.....269.....
- 3- تحيين الأسعار.....271.....
- ثالثا: كفيات دفع المقابل المالي.....272.....
- 1- الدفع مقابل التنفيذ الجزئي للصفقة.....272.....
- 2- الدفع بعد التنفيذ الكامل للصفقة.....273.....
- 3- التسوية على حساب الرصيد المؤقت.....273.....
- 4- التسوية على حساب الرصيد النهائي.....273.....
- 5- الدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة (التسبيقات المالية).....273.....
- الفرع الثالث: حق التعويض المحتمل.....274.....
- أولا: تعويض المتعامل المتعاقد على أساس خطأ الإدارة.....274.....
- 1- التعويض على أساس المسؤولية التعاقدية.....274.....
- 2- التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.....274.....
- ثانيا: التعويض على أساس الإثراء بلا سبب.....274.....
- 1- التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال الإضافية.....275.....
- 2- التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال غير المطابقة.....275.....
- ثالثا: التعويض على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة.....276.....

- 276..... رابعاً: التعويض على أساس القوة القاهرة.
- 277..... الفرع الرابع: حق إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية الإلكترونية ومبدأ التعويض بلا خطأ.
- 278..... أولاً: تعريف التوازن المالي.
- 278..... ثانياً: أساس فكرة التوازن المالي.
- 279..... ثالثاً: الأساس القانوني للتوازن المالي.
- 279..... رابعاً: التوازن المالي والتوازن الحسابي.
- 281..... المبحث الثاني: إشكالات تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.
- 282..... المطلب الأول: تقنيات تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.
- 283..... الفرع الأول: التنفيذ التقليدي للصفقة العمومية الإلكترونية.
- 283..... أولاً: التنفيذ التقليدي الناتج عن خصائص عقد الأشغال العامة.
- 284..... 1- كون يكون محل عقد الأشغال عقاراً.
- 284..... 2- أن تكون الغاية من تنفيذ العقد تحقيق المصلحة العامة.
- 285..... 3- أن يتم تنفيذ الأشغال لحساب شخص معنوي عام.
- 285..... 4- خاصية مخاطر التنفيذ في عقد الأشغال العامة.
- 286..... ثانياً: التنفيذ التقليدي للصفقة العمومية الإلكترونية الناتج عن خصائص عقد التوريد.
- 286..... الفرع الثاني: التنفيذ الإلكتروني للصفقة العمومية الإلكترونية.
- 286..... أولاً: طبيعة الصفقة تستلزم التنفيذ الإلكتروني دون المادي.
- 287..... 1- طبيعة عقد إنجاز الدراسات تقتضي التنفيذ الإلكتروني الجزئي للصفقة العمومية الإلكترونية.
- 287..... 2- طبيعة عقد الخدمات تقتضي التنفيذ الإلكتروني الكلي أو الجزئي للصفقة العمومية الإلكترونية.
- 290..... الإلكترونية.

- 290.....ثانيا: طبيعة الإلتزام تقتضي التنفيذ الإلكتروني للصفقة.....
- (الوفاء الإلكتروني آلية فعالة لتنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية)
- 1- تعريف الوفاء الإلكتروني.....291
- 2- وسائل الدفع الإلكتروني.....292
- أ- بطاقات الدفع الإلكتروني.....293
- أ-1- بطاقات السحب الآلي.....293
- أ-2- بطاقة الإئتمان.....293
- أ-3- بطاقة الوفاء.....293
- أ-4- بطاقة الشيكات.....294
- ب- النقود الإلكترونية (الرقمية).....294
- ب-1- تعريف النقود الإلكترونية.....294
- ب-2- معايير تمييز النقود الإلكترونية.....294
- معيار الوسيلة.....295
- معيار القيمة النقدية.....295
- 296.....المطلب الثاني: تحديات تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية**
- الفرع الأول: إستحالة تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....296
- أولا: تعريف القوة القاهرة كسبب لإستحالة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....296
- ثانيا: الشروط الواجب توافرها في إستحالة تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....297
- 1- حادث مفاجئ غير متوقع.....298
- 2- إستحالة دفع الحادث المفاجئ.....298
- ثالثا: القوة القاهرة وقلب إقتصاديات العقد.....299
- رابعا: النتائج المترتبة على إعمال نظرية القوة القاهرة في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....301
- 1- الإستحالة المطلقة والإستحالة العابرة.....301

- 2- عدم الإستمرار في تنفيذ العقد والإعفاء من المسؤولية.....301
- 3- حق طرفي العقد في طلب فسخ العقد مع التعويض301
- الفرع لثاني: صعوبة تنفيذ عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....302
- أولاً: صعوبة التنفيذ نتيجة ظروف طارئة.....302
- 1- تعريف نظرية الظروف الطارئة.....303
- 2- شروط صعوبة التنفيذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.....303
- أ- ضرورة حدوث الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد.....303
- ب- يجب أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد مع الإدارة.....304
- ت- يجب أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع وغير عادي.....305
- ث- عدم إمكانية دفع المتعاقد للظرف الطارئ306
- ج- إختلال التوازن في العقد.....306
- 3- الأساس التشريعي والتنظيمي لنظرية الظروف الطارئة.....306
- 4- آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية307
- أ- وجوب إستمرارية تنفيذ عقد الصفقة العمومية.....307
- ب- حق المتعامل بالمساعدة من قبل الإدارة (التعويض الجزئي).....308
- ت- ضرورة تقديم طلب للإدارة لإستحقاق المتعاقد للتعويض أو المساعدة.....308
- ثانياً: صعوبة التنفيذ بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة.....308
- 1- تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....308
- 2- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....308
- أ- يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية لا معنوية.....309
- ب- يجب أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين.....309
- ت- يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد.....310
- ث- يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع إستثنائي بحت.....310

- ج- يجب أن يترتب عليها زيادة في أعباء المتعاقد مع الإدارة بما يجاوز الأسعار المتفق عليها.....311
- 3- نتائج أعمال نظرية الصعوبات المادية.....311
- أ- إستمرار المتعاقد في تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....311
- ب- حق المتعاقد في الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات.....312
- ثالثا: صعوبة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية لفضل الأمير.....313
- 1- تعريف نظرية فعل الأمير.....313
- 2- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.....313
- أ- إتصال الإجراء بعقد إداري.....313
- ب- شروط أعمال نظرية فعل الأمير المتعلقة بالإجراء الصادر من الإدارة.....314
- ب-1- صدور الإجراء عن الإدارة المتعاقدة.....314
- ب-2- مشروعية الإجراء الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة.....314
- ت- شروط أعمال نظرية فعل الأمير التي ترجع للمتعاقد.....315
- ت-1- عدم توقع الإجراء أثناء تنفيذ العقد.....315
- ت-2- إلحاق الإجراء ضرراً خاصاً بالمتعاقدين.....316
- 3- الأساس التنظيمي لنظرية فعل الأمير.....316
- 4- آثار نظرية فعل الأمير على تنفيذ عقد الصفقة.....316
- أ- إستحقاق التعويض.....316
- ب- إستمرار المتعاقد في تنفيذ العقد.....316
- ت-فسخ العقد.....317
- ث- حق المتعاقد في المطالبة بعدم توقيع غرامة التأخير.....317
- ج- تحرر المتعاقد من الإلتزام بالتنفيذ.....318
- الفرع الثالث: أثر جائحة كورونا -كوفيد 19- على تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....318
- أولاً: جائحة -كوفيد 19- ما بين إستحالة وصعوبة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....317

- ثانيا: تعليق الآجال المتعلقة بالصفقات العمومية الإلكترونية.....318
- الفصل الثاني: تسوية منازعات الصفقات العمومية الإلكترونية322
- المبحث الأول: التسوية غير القضائية لمنازعات الصفقات العمومية الإلكترونية.....323
- المطلب الأول: التسوية الإدارية عن طريق الطعن للصفقات العمومية الإلكترونية الناتجة عن الإبرام.....324
- الفرع الأول: إرساء مبدأ التسوية الإدارية للنزاعات الناتجة عن الإبرام عن طريق الطعن.....324
- أولا: تعريف الطعن الإداري الإلكتروني.....325
- ثانيا: إلتزامات المصلحة المتعاقدة في مواجهة الطعون.....326
- ثالثا: نطاق الطعون الخاصة بالتسوية الإدارية لمنازعات إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية.....327
- 1- من حيث المحل.....327
- أ- المنح المؤقت للصفقة.....327
- ب-إلغاء المنح المؤقت.....328
- ت-عدم الجدوى.....329
- ث- إلغاء الإجراء.....329
- 2- من حيث كيفية الإبرام.....330
- 3- من حيث الأطراف.....331
- 4- من حيث الميعاد.....331
- الفرع الثاني: جوازية الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية333
- الفرع الثالث: إختصاص لجان التسوية الإدارية الخاصة بالطعن الإداري في مرحلة الإبرام وتشكيلاتها.....334
- أولا: اللجنة الجهوية للصفقات العمومية.....334

- ثانيا: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهياكل غير المركزية للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري وتشكيلاتها.....334
- ثالثا: اللجنة الولائية.....335
- رابعا: اللجنة البلدية للصفقات العمومية.....335
- خامسا: لجنة الصفقات العمومية المحلية والهياكل غير المركزية.....336
- الفرع الرابع: الأثر المترتب عن ممارسة المتعهدين لحقهم في الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية.....336
- المطلب الثاني: التسوية الإدارية الودية للصفقات العمومية الإلكترونية في مرحلة التنفيذ.....337**
- الفرع الأول: التسوية الودية الإتفاقية بمبادرة من المصلحة المتعاقدة.....339
- أولا: تعريف التسوية الودية الإتفاقية339
- ثانيا: ضوابط التسوية الودية للصفقات العمومية الإلكترونية.....340
- 1- ضرورة إحترام الإدارة للصفقة العمومية الإلكترونية.....340
- 2- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.....341
- 3- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.....341
- 4- الحصول على تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة.....341
- الفرع الثاني: التسوية الودية أمام اللّجنة المختصة342
- أولا: تشكيلة اللجنة.....342
- 1- اللجنة المركزية للتسوية الودية للنزاعات.....342
- 2- اللجنة المحلية للتسوية الودية للنزاعات.....343
- ثانيا: نطاق إختصاص لجان التسوية الودية لنزاعات التنفيذ في الصفقات العمومية.....345

- ثالثا: شروط اللجوء إلى لجان التسوية الودية في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية الإلكترونية...345
- 1- ضرورة إدراج بند اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات في دفتر الشروط...345
- 2- ضرورة البحث عن حل ودي قبل اللجوء إلى لجان التسوية الودية...346
- رابعا: الإجراءات المتبعة أمام اللجنة...346
- خامسا: مدى إلزامية الحل الصادر عن لجنة التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ عقد الصفقات العمومية...347
- سادسا: مزايا عرض النزاع على لجنة التسوية الودية قبل اللجوء إلى التسوية القضائية...348
- المطلب الثالث: التسوية البديلة لمنازعات الصفقات العمومية الإلكترونية عن طريق التحكيم الدولي**
- 349.....
- الفرع الأول: إرساء مبدأ جواز اللجوء إلى التحكيم بعد حظره طويلا...350
- أولا: تعريف التحكيم...351
- 1- المعنى اللغوي للتحكيم...351
- 2- التعريف الإصطلاحي للتحكيم...351
- 3- التعريف القانوني للتحكيم...352
- ثانيا: أطراف التحكيم في عقد الصفقة العمومية الدولية...355
- 1- الدولة -المصلحة المتعاقدة- (الإدارة كطرف في عقد الصفقة العمومية الإلكترونية...355
- أ- الدولة بالمفهوم الضيق...356
- ب- الدولة بالمفهوم الواسع...356
- 2- المتعامل الأجنبي المتعاقد مع الإدارة...356
- أ- تعاقد الإدارة مع شخص إعتباري أجنبي...357
- ب- تعاقد الإدارة مع شخص طبيعي أجنبي...357

- الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في الصفقة العمومية الإلكترونية.....358
- أولاً: تناسب مزايا التحكيم وعقود الإستثمار.....358
- 1- السرعة في الإجراءات.....358
- 2- سرية التحكيم.....359
- 3- طغيان مبدأ سلطان الإرادة على الحكم التحكيمي.....360
- ثانياً: مخاوف المتعامل المتعاقد الأجنبي من القضاء الوطني للدولة المضيفة.....361
- الفرع الثالث: التحكيم في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية باعتبارها عقداً إدارياً 361
- أولاً: التكريس التشريعي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية 363
- ثانياً: نطاق اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية.....367
- ثالثاً: ضوابط اللجوء إلى التحكيم في عقد الصفقات العمومية الإلكترونية.....367
- 1- شرط الحصول على الموافقة المسبقة.....368
- 2- عرض النزاع على سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.....370
- 3- الإستمرار في تنفيذ العقد.....371
- الفرع الرابع: تكريس التحكيم الإلكتروني في منازعات الصفقات العمومية الإلكترونية.....371
- أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني في منازعات الصفقات العمومية الإلكترونية.....372
- ثانياً : إجراءات التسوية التحكيمية الإلكترونية.....372
- 1- التوثيق الإلكتروني للمستندات الملحقة بطلب التسوية عن طريق التحكيم الإلكتروني.....373
- 2- التبادل الإلكتروني للمستندات في التحكيم الإلكتروني.....373
- 3- آليات تبادل المستندات عبر الخط.....373
- أ- الحجية القانونية للبريد الإلكتروني في سير العملية التحكيمية.....373
- ب- إنشاء موقع إلكتروني خاص بالقضايا التحكيمية.....373

374..... ثالثا: شروط رفع دعوى التحكيم إلكترونيا.

374..... 1- إستيفاء الصحيفة الإلكترونية للبيانات.

374..... 2- تحديد الأشخاص المصرح لهم بالدخول إلى نظام المعلومات.

374..... 3- إستخدام نظام إرسال وقبول المستندات الإلكترونية.

374..... 4- توافر أطراف النزاع على جهاز كمبيوتر متصل بشبكة إنترنت.

375..... المبحث الثاني: التسوية القضائية للصفقات العمومية الإلكترونية.

375..... المطلب الأول: القضاء الإستعجالي.

375... الفرع الأول: القضاء الإستعجالي القانوني الخاص بمرحلة إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية.

(الإستعجال قبل التعاقد)

378..... أولا: تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقد.

378..... ثانيا: شروط الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية.

379... 1- الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقة العمومية.

381..... أ- الإخلال بالإشهار.

382..... ب- الإخلال بالمنافسة.

382..... 2- توافر الصفة في المدعي.

383..... أ- المدعي بحكم المصلحة.

383..... 1- المدعي المرشح المستبعد.

385..... 2- المدعي المحروم من الترشح.

385..... ب- المدعي بحكم القانون.

386..... ثالثا: إجراءات الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية.

386..... 1- بخصوص عريضة المدعي.

387..... 2- ميعاد رفع الدعوى.

388..... 3- القاضي المختص.

- رابعاً: سلطات (تدابير) القاضي الناظر في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية.....388
- 1- سلطة الأمر.....388
- 2- سلطة تأجيل إبرام الصفقة.....390
- 3- سلطة فرض الغرامة التهديدية.....390
- الفرع الثاني: القضاء الإستعجالي بالطبيعة المتعلق بمرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الإلكترونية 391
- أولاً: تعريف القضاء الإستعجالي بالطبيعة.....391
- ثانياً: شروط رفع دعوى الإستعجال بالطبيعة.....393
- 1- وجوب توافر حالة الإستعجال.....393
- 2- عدم المساس بأصل الحق.....395
- 3- عدم المساس بالنظام العام.....395
- المطلب الثاني: قاضي الموضوع.....396**
- الفرع الأول: دعوى القضاء الكامل.....396
- أولاً: الأساس القانوني لدعوى القضاء الكامل.....397
- ثانياً: أنواع دعوى القضاء الكامل.....397
- 1- دعوى فسخ العقد.....397
- 2- دعوى دفع مستحقات المتعاقد (الحصول على مبالغ مالية).....398
- 3- دعوى بطلان الصفقة.....399
- 4- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف إلتزاماتها التعاقدية.....399
- الفرع الثاني: دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....399
- أولاً: تعريف دعوى الإلغاء ودعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة.....401
- 1- تعريف دعوى الإلغاء.....401

- 2- تعريف القرار الإداري المنفصل عن عقد الصفقة العمومية.....401
- 3- تعريف القرار الإداري الإلكتروني.....402
- ثانيا: شروط قبول دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية..402
- 1- أن يقدم طلب الإلغاء الإلكتروني من الغير.....402
- 2- أن يكون القرار الإداري نهائيا وقابلا للتنفيذ.....404
- 3- أن تقام الدعوى في الميعاد المقرر لإقامة دعوى الإلغاء.....404
- 4- أن يقدم طلب الإلغاء على أساس عدم مشروعية القرار المطعون فيه.....404
- ثالثا: أنواع القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية الإلكترونية.....405
- 1- القرارات التمهيدية التي تسبق الإنعقاد.....405
- أ- قرارات الإعلان عن الصفقة.....405
- ب-قرارات الحرمان والإستبعاد من الصفقة.....405
- 2-القرارات المتعلقة بإبرام أو عدم إبرام الصفقة.....406
- أ- قرار المنح المؤقت.....406
- ب-قرار العدول عن الإبرام.....406
- ت-قرارات الإبرام.....406
- ث-قرارات التصديق عن الصفقة.....407
- رابعا: مدى إختصاص قضاء الإلغاء بنظر منازعات العقود الإدارية.....407
- 1- إختصاص قضاء الإلغاء بنظر النزاع حول قرار الإدارة المنفصل عن العقد.....407
- 2- إختصاص قضاء الإلغاء بنظر الطعن الصادر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة وليست جهة تعاقد.....408
- خامسا: مناط إختصاص قضاء الإلغاء بنظر مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية.....408

- سادسا: أثر إلغاء القرار الإداري المنفصل عن عقد الصفقة العمومية الإلكترونية..... 408
- المطلب الثالث: التسوية الإلكترونية لمنازعات الصفقات العمومية الإلكترونية..... 409
- الفرع الأول: إلكترونية القضاء الإداري..... 410
- أولا: تعريف التقاضي الإداري الإلكتروني..... 410
- ثانيا: أهمية التقاضي الإلكتروني..... 411
- الفرع الثاني: المحكمة الإلكترونية كإجراء مستحدث لفض منازعات الصفقات العمومية الإلكترونية 413
- أولا: تعريف المحكمة الإلكترونية..... 413
- ثانيا: تسجيل الدعاوى وإستيفاء الرسوم إلكترونيا..... 414
- ثالثا: مظاهر عصرنة قطاع العدالة في الجزائر..... 415
- 1- إنجاز أرضية خدمات إنترنت..... 415
- 2- إدماج تقنية التصديق والتوقيع الإلكترونيين في المجال القضائي..... 415
- 3- إستحداث تقنية المحادثات المرئية عن بعد..... 415
- 4- إنشاء المركز الوطني للأنظمة المعلوماتية لوزارة العدل..... 416
- 5- إستحداث النظام الآلي لتسيير الملف الإداري..... 416
- الفرع الثالث: القاضي الإلكتروني وتحقيق الدعوى الإلكترونية..... 416
- أولا: تعريف القاضي الإلكتروني (الوكيل الإلكتروني المؤتمت)..... 417
- ثانيا: دور القاضي الإلكتروني في تحقيق الدعوى الإدارية..... 417
- الفرع الرابع: إثبات عقد الصفقات العمومية الإلكترونية..... 418
- أولا: خصوصية الإثبات الإلكتروني في الخصومة الإدارية الناتجة عن الصفقة العمومية الإلكترونية..... 419

- 1- الإعراف التشريعي بالسند الإلكتروني في الإثبات.....419
- أ- التدخل التشريعي الدولي لقبول المحررات الإلكترونية420
- ب- التدخل التشريعي بموجب القواعد العامة في الإثبات من حجية المحرر الإلكتروني. 420
- ت- التدخل التشريعي بموجب القواعد الخاصة بالإثبات في حجية المحرر الإلكتروني....421
- 2- حجية المحررات الإلكترونية في إثبات عقد الصفقة العمومية الإلكترونية.....422
- ثانيا: تحديات الإثبات الإلكتروني في الخصومة الإدارية.....422
- ثالثا: أهمية الإثبات وصعوبته في الخصومة الإدارية.....423
- رابعا: الكتابة الإلكترونية لإثبات عقد الصفقات العمومية.....423
- 1- تعريف الكتابة الإلكترونية.....424
- أ-التعريف اللغوي.....424
- ب-التعريف الإصطلاحي.....424
- ت-التعريف القانوني.....424
- 2- شروط الكتابة الإلكترونية لإثبات عقد الصفقة العمومية الإلكترونية425
- أ- السهولة والبساطة (قابلية الكتابة الإلكترونية للقراءة والفهم والوضوح).....426
- ب- قابلية الكتابة للحفظ والاستمرار.....427
- ت- شرط الثبات وعدم التعديل.....430
- ث- شرط ضمان نسبة الكتابة ممن صدرت منه.....431
- خاتمة.....432
- قائمة المراجع445
- الفهرس.....471

العنوان: "النظام القانوني للتعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)"

الملخص:

تبنت الحكومة الجزائرية على غرار الكثير من التشريعات رقمنة الصفقات العمومية، حيث ظهرت الرغبة في نزع الصفة المادية عن إجراءات إبرام الصفقة العمومية، باعتبار أن عصر المعلوماتية غزى كل المعاملات، وأثر بصفة مباشرة على تكوين الصفقة وتنفيذها، كما أثر على مبادئها من خلال تعزيز المنافسة والمساواة وتكريس الشفافية الإدارية في ظل الإعلان الإلكتروني. وكذا القضاء على البيروقراطية الإدارية والجرائم التقليدية. غير أن عدم التجسيد الفعلي للبوابة الإلكترونية للصفقات حال دون خلق نظام قانوني متكامل للمعاملات الإلكترونية للصفقة العمومية.

كلمات مفتاحية: الصفقات العمومية - البوابة الإلكترونية - الإتصال وتبادل المعلومات إلكترونيا - نزع الصفة المادية.

Title

« The legal system of electronic contracting in the field of public deals (comparative study) »

Abstract ;

The Algerian government along with other legislators adopted digitizing public deals, where a want for removing the physical trait of procedures of making public deals was shown, being that the age of computing invaded all fields, directly affecting the composition and the making of the deal, it also affected its principles through strengthening competition, equality, and applying administrative transparency in light of electronic announcement, In addition to demolishing administrative bureaucracy and traditional crimes. Although the non-application of the electronic portal of deals lead to the inexistence of a complete legal system for electronic transactions of public deals.

Keywords;

Public deals- Electronic portal- Communication and the electronic exchange of information- removal of the physical trait.

TITRE

«Le système juridique du Contrat électronique dans le domaine des marchés publics (étude comparative)»

Résumé ;

Le gouvernement algérien a adopté, à l'instar de nombreuses législations, la numérisation des marchés publics, qui a engendré la suppression de la transaction matérielle dans les procédures de conclusion de la transaction publique.

Comme L'ère des technologies de l'information a envahi toutes les transactions, cela a directement affecté la formation et la mise en œuvre de la transaction, et a également affecté ses principes en favorisant la concurrence et l'égalité. Et il a un impact sur le renforcement de la transparence administrative à la lumière de la publicité électronique et d'éliminer la bureaucratie administrative et les crimes traditionnels.

Cependant, l'absence d'une concrétisation effective du portail électronique des marchés publics a empêché la création d'un système juridique intégré pour les transactions électroniques des marchés publics.

Mots clés: marchés publics - le portail électronique - communication électronique et échange d'informations - dématérialisation