

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



مبدأ الشفافية في العقود الإدارية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون العام : تخصص مؤسسات دستورية و إدارية

إشراف الأستاذ :

عبد الرزاق باخالد

تقديم الطالبة :

فاطمة الزهراء شرودود

لجنة المناقشة :

*صافي عبد الله رئيسا

*باخالد عبد الرزاق مشرفا و مقرا

*بوشكيوة عثمان مناقشا

دورة جوان 2017

وَقَدْ عَلِمْنَا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى " لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ " (89)
سورة المائدة.

شكر و عرفان

الحمد لله الذي أعطانا من فيض علمه وأكرمني بنير عطائه وأعزنا من بين خلقه... وأناجنا من كريم صفاته

الحمد لله الذي قدر وشاء..... بأن كنا عبدا له....

شاكرين لفضله..... خاضعين لسلطانه....

الحمد لله الذي أراد أن أكون يوما... وأتتم دروب العلم لأبدأ دروبا آخر...

وما كنت لأصل لو لا فضله وكرمه..... ولولا أساتذة كانوا خلال الرسل

وفي هذا المقام لأجد سوى كلمات الشكر والعرفان إلى مؤطري اعترافا بالجميل والشكر الخالص والتقدير البالغ المقرون بالاحترام إلى الأستاذ با خالد عبد الرزاق الذي شرفني ومنحني الثقة لقبوله الإشراف على هذه الدراسة وعلى ما أسدى إلي من نصح وتوجيهات سديدة أدامه الله منارة للعلم ومتعته بالصحة والعافية والتوفيق.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة

المحترمين وكل أساتذة قسم الحقوق بالإضافة إلى عمال قاعة المطالعة

وكما أتقدم بحسن الثناء والشكر والجميل العرفان إلى كل من قدم لي يد

المساعدة من قريب أو من بعيد لإنجاز هذا البحث وأخص منهم الأخ العزيز

تامر والأخت الشقيقة حياة وسمير وحمزة والنميل عبد الغني.

الإهداء:

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبيي الرحمة ونور العالمين
سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى ذلك الصرخ الشاهق في قلبي إلى من علمني العطاء بدون انتظار إلى من
أحمل اسمه بكل افتخار إلى من كان نجاحنا في الحياة هدفه، إلى من أفتقده
في مواجهة الصعاب ولم تممله الدنيا لأرتوي من حنانه.

إلى روح أبي الغالي رحمه الله واسكنه فسيح جنانه.

إلى من ضحك ولا تزال مستعدة للتضحية من أجل سعادتي إلى من حقنت هذا
القلم حبرا من صبرها وكرمها وعطائها وتشجيعها حتى أصبح قادرا على الكتابة
إلى الوحيدة التي تتمنى أن تراني أحسن منها إلى من رأتني بقلبا قبل عينها
إلى الوحيدة في قلبي أُمي الغالية.

إلى من كانوا شعلة تضيئ حياتي ودربي بالأمل والبسمة إلى من كنت لو
أعرفه فوق الشكر منزلة من الشكر عند الله لقدمتها لهم أخوتي الأعماء أحبكم
حبا لو مرّ على أرض قاحلة لتفجرت منها ينابيع المحبة.

إلى ملائكتي الصغار : محبذو، حيو، جنى، رثا، روزا، طلوح، مريمومة، إلى كل الأمل
والأحباب.

إلى صديقاتي كل باسمه الخاص (نسيمة - حياة - خولة - كريمة - نورة)

إلى كل طلبة مؤسستنا دستورية وإدارية دفعة 2016-2017

مقدمة:

نشأ العقد منذ نشأة الإنسان الأولى كوسيلة للتعامل بين الأفراد بهدف تدبير شؤون معيشتهم وإشباع رغباتهم وتلبية حاجياتهم وقد تطور هذا النوع من التعامل مع ظهور الدولة وتطور وظائفها بحيث اضحى ينشط في الدولة القطاع العام والقطاع الخاص جنباً إلى جنب وتسهر الإدارة إلى تحقيق تكافؤ الفرص بين المتعاملين معها من أجل تحقيق تنمية مستدامة

لذلك فإن الإدارة تلجأ إلى طريقة الاتفاق الودي مع الأفراد إذ ما قررت أن هذه الطريقة أنجح في تحقيق الأهداف فهي لا تستطيع التصرف في أموال الأفراد أو الاستعانة بخدماتهم بل تعتمد إلى ولوج طريق المتعاقد معهم فينشأ بينها وبين الأفراد عقد (contrat) يحدد حقوق والتزامات كل من الإدارة والشخص المتعاقد معها و العقود التي تبرمها الإدارة ليست من طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد وإنما تنقسم إلى طائفتين

* الطائفة الأولى: عقود مدنية (contrat civil):

تخضع للقانون الخاص وفيها تتخلى الإدارة عن سلطتها وتنزل منزلة الأفراد في تصرفاتهم أو يختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الشائكة عنها.

* الطائفة الثانية: عقود إدارية (contrat administratif):

تخضع لأحكام القانون العام، حيث تتجلى في امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة في مواجهة الأفراد نظراً لمقتضيات سير المرافق العامة والتي لا نراها في العقود المدنية.

كما لا تسري عليها قاعدة المساواة بين المتعاقدين في مجال عقود القانون الخاص بل تتمتع الإدارة فيها بمركز يتميز عن المتعاقد معها عن أساس أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرافق العامة وتسييرها فضلاً عن أنها دائماً تتوافى في مجال العقود الإدارية تحقيق الصلاح العام للجمهور وصلاح المرافق العامة، مما يقتضي منحها سلطات واسعة لا يمكن منحها للمتعاقد الآخر الذي يبحث عن تحقيق مصلحته الشخصية.

و العقود لإدارية في جوهرها وأركانها لا تختلف كثيراً عن العقد بصفة عامة ، فالعقد في كل الأحوال هو توافق إرادتين على ترتيب أثر قانوني وأركانه هي الرضا والمحل والسبب.

ولكن الأحكام والقواعد التي تخضع لها العقود الإدارية تختلف اختلافاً واضحاً خاصة فيما يتعلق بامتيازات السلطة العامة عن أحكام وقواعد القانون الخاص المقابلة سواء فيما يتعلق بتكوين العقد أو آثاره.

وقد دفعت الصعوبات الاقتصادية التي واجهت الحكومات في العصر الحديث والسلطات العامة في الدولة

نتيجة فشل الانظمة الاقتصادية الشمولية الى محاولة المزوجة بين دور القطاع العام والقطاع الخاص

في الدولة من اجل دفع عجلة التنمية .

وبالاحص تفعيل دور القطاع الخاص في التنمية و البحث عن التمويل وسرعة التنمية وسهولة الحركة، مما إستتبع بحث العقود الإدارية التقليدية كعقد الالتزام وعقد الأشغال العامة من جديد، وهذا بعد فترة من الركود والثبات والتواري خلف أسوار التيارات الاشتراكية قبل سقوطها .

وقد تمت بعض المشاريع العملاقة في الدول المتقدمة والمتخلفة على السواء، بهذه الطريقة منها على سبيل المثال النفق المقام تحت بحر المانش ليربط بريا بين الجزر البريطانية والقارة الأوروبية عند فرنسا.

وكانت العقود الادارية الالية المناسبة لتحقيق اهداف التنمية و هذه الاهداف ينبغي ألا تخرج عن إطار المصلحة العامة، فكل عقد إداري يبرم لتحقيق مصلحة عامة ولكن بطريقة متغيرة ومن زوايا مختلفة وهذا الهدف عادة ما يتعلق بتشغيل المرافق العامة، فتقوم الإدارة بإشراك الأفراد في إدارة المرافق العامة عن طريق عقود يمكن أن يطلق عليها عقود التفويض (délégation) في إدارة لمرافق العامة.

ويحصل المتعاقد مع الإدارة على مقابل إما من المستعملين كما في حالة عقد الامتياز وعقد الإيجار الزراعي (l'affermage) وإما من جانب الإدارة نفسها كما في حالة العقود الأخرى والتي من أهمها عقد الأشغال العامة (le marché de travaux public) وعقد التوريد (le marché de fournitures).

ولا تهدف العقود دائما إلى إتباع حاجات الإدارة إلى موضوعاتها أو السلع والخدمات التي تنصب عليها فقط استخدمت هذه العقود في فرنسا لتنفيذ خطة الدولة في تحقيق أهداف أخرى متصلة بالشؤون الاقتصادية أو الإدارة المحلية إلى إبرام هذه العقود مع رجال المال والاقتصاد والوحدات الإقليمية لتحقيق سياسات مهنية.

وقد أبرمت الحكومة الفرنسية عقود كثيرة مع البلديات لضمان تشغيل بعض المرافق المطلوبة كالمدارس والحضانة كما أبرمت البلديات أيضا عقود تقديم المساعدة لتشجيع الدولة على إقامة بعض المرافق على إقليمها من خلال حملة التمويل مشتركة فهي تشهد ارقى الاداء الاداري في التعامل هذا من جهة .

ومن جهة ثانية تسعى دول لعالم الثالث جاهدة إلى التقدم الاقتصادي والاجتماعي وتحاول التخلص من مظاهر الفساد الإداري المتمثل في ضعف الأداء وزيادة مظاهر الروتين الإداري وتضخيم الجهاز الإداري والإهمال واللامبالاة من قبل بعض المخالفين وغياب عامل التنسيق وعدم المرونة والمحاباة والمحسوبية عن أعمال جهة الإدارة وغيرها من مظاهر الفساد الإداري الذي تحول دون النهوض الإداري والاقتصادي لهذه الدول .

وعلى هذا الاساس تسعى المنظمات الدولية كمنظمة الشفافية العالمية الى تقديم احصاءات حول معدلات الشفافية عبر العالم ويقدم الخبراء في هذه المنظمات لدول العالم الثالث النصائح والمقترحات لمواجهة مشاكل الفساد الإداري والتخلف الاقتصادي.

وتأتي في مقدمة تلك النصائح ضرورة الالتزام بأحكام القانون بصفة عامة وبالالتزام بمبادئ الإفصاح والشفافية كأحد وأهم وسائل مواجهة مشكلات التخلف والجهل والفساد الإداري ،

وحقيقة الأمر أن الالتزام بأحكام القانون والالتزام بمبادئ الإفصاح والشفافية سوف يقدم حلاً لكثير من مشكلات العالم الثالث.

وقد تعددت وجهات النظر حول الشفافية، فهناك من ينظر إليها باعتبارها حق من حقوق الإنسان يتصل بالحق في المعرفة والإطلاع ، فنجد محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة تنظر إلى الشفافية باعتبارها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالحق في المعرفة باعتبار أن الحق في المعرفة المقرر للمستهلك ليس حقاً مقصوداً منحه للمستهلك لمحض المعرفة دون تبني موقف إيجابي يعبر عن الغاية من تقرير الحق وإنما يرتبط الحق في المعرفة ارتباطاً وثيقاً بحق آخر هو الحق في تدفق المعلومات وتداولها وكليهما يرتبط بحق أوسع وأشمل هو الحق في التنمية الذي نصت عليه المادة الأولى من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة الأولى من إعلان الحق في التنمية الصادرة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 128/41 في الرابع من ديسمبر سنة 1984 وهو بدوره وثيق الصلة بالحق في الحياة (to right to life)، وكذلك الحق في بناء قاعدة اقتصادية تتوافر أسبابها.

وتعد الشفافية من المداخل الإدارية الحديثة التي يدعو رواد الفكر الإداري إلى تحقيقها، لما لها من دور إيجابي هام في إحداث التنمية الإدارية وتعزيز الانتماء الوظيفي للمؤسسة وتمكن المؤسسة من تجاوز العقبات وتساعد على تحقيق أهدافها وخدمة مجتمعها. والشفافية ترتبط بالبحث عن معايير وقيم النزاهة والعدالة والمصادقية والوضوح والمسائلة في الأعمال والممارسات الإدارية وهي في هذا الإطار تعني جعل الأمر واضحاً وشفافاً بعيداً عن اللبس والغموض وتعد الإجراءات بطريقة لا تتيح إمكانية متابعتها ومعرفة أوجه النقص والخلل والغموض فيها.

إنها نظرية منهجية وعلمية تتسم بالوضوح التام في آليات صناعة القرار واتخاذ وبناء إستراتيجيات العمل، ورسم الخطط والسياسات وأساليب تنفيذها ورقابتها وتقييمها، مما يؤدي إلى تنمية الثقة والمصادقية بين مختلف أصحاب المصالح.

أولاً: أهمية الموضوع:

يكتسي موضوع الشفافية في العقود الإدارية أهمية بالغة في برامج الدول خاصة النامية منها، وذلك من أجل تحقيق تنمية حقيقية ومستدامة وهذا ما يؤدي إلى ضرورة البحث عن الآليات والأدوات الكفيلة لتحقيق النزاهة والمصادقية، و تنامي الاهتمام بمفاهيم جديدة تحاول الدول تطبيقها وتفعيلها من أجل القضاء على الفساد الإداري في مجال إبرام العقود الإدارية حيث تكمن أهمية الموضوع في القيم التي يطرحها مبدأ الشفافية في العقود الإدارية حول النزاهة والمصادقية والراشدة في العمل الإداري في الدولة بالإضافة إلى ما يطرحه الموضوع من إشكالات وتساؤلات حول كيفية تجسيد هذا المبدأ وفقاً لما جاء به التنظيم المعمول به، لهذا وجب الإطلاع إلى مدى التزام المشرع بهذا المبدأ من خلال تنظيم العقود الإدارية باعتباره خجر الزواية في مجال النشاط الإداري والاقتصادي في الدولة ،

وبالتالي فان دراسة هذا الموضوع تبين لنا تأثير الشفافية على العقود الإدارية بصفة عامة والصفة العمومية بصفة خاصة كنموذج باعتبار هذه الأخيرة من أهم القطاعات استغلالا للمال العام حيث تكلف الخزينة مبالغ مالية ضخمةا وعليه وجب الاهتمام و العناية بها.

ثانيا: أسباب اختيار موضوع الدراسة:

تتمثل اسباب اختيارنا لهذا الموضوع فيما يلي :

- طبيعة الموضوع وميولنا الشخصي لهذا النوع من المواضيع الحيوية والفاعلة خاصة في مجال التخصص واسهامه في اثراء رصيدنا المعرفي حول علاقة الادارة بالتنمية والاليات القانونية لتفعيل دور الادارة .
- كونه يحتوي على عنصر الدقة والتشويق في معرفة موضوع باعتباره عملا تطبيقيا بامتياز و ندرة المؤلفات والأبحاث القانونية والدراسات الأكاديمية التي تناولت موضوع الشفافية في العقود الإدارية بالدراسة مقارنة بغيرها في الموضوعات وبالتالي الرغبة في أن تكون هذه الدراسة مرجعا بسيطا يعتمد عليه.
- ديناميكية وحركية الموضوع حيث يعتبر حديث الساعة كما يحظى باهتمام دولي

كبير

- اهتمام المشرع الجزائري بمبدأ الشفافية في العقود الإدارية في أحكام قانون الضمانات العمومية وأحكام القانون المدني الجزائري (العقد شريعة المتعاقدين).

ثالثا: أهداف الدراسة:

- * تحديد أهمية الشفافية في مجال العقود الإدارية.
- * تطبيق مبدأ الشفافية في التشريع الجزائري في العقود الإدارية.
- * توضيح الدور الذي يلعبه مبدأ الشفافية في إبرام العقود الإدارية والرقابة عليها أثناء تنفيذها.

رابعا: إشكالية الدراسة:

إنه مع الدور المتنامي للاهتمام بالشفافية بصفة عامة والشفافية في مجال العقود الادارية وفي اطار تطور وظائف الدولة وسبل الحفاظ على المال العام وتحقيق التنمية في الوقت ذاته يطرح صعوبات جمة على دور الادارة في هذا السياق وعن تطبيق مبدأ الشفافية في العقود الإدارية (الصفة العمومية) يدفعنا إلى التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا المبدأ في ظل تنظيم الصفقات العمومية لذا فإن إشكالية البحث تكمن فيما يأتي:

هل اخذ المشرع الجزائري مبدأ الشفافية في تنظيمه العقود الإدارية ؟

وهذه الإشكالية تنبثق عنها العديد من التساؤلات أهمها:

* لماذا تخضع العقود الإدارية لمبدأ الشفافية؟

* كيف يتم إدراج هذا المبدأ؟

* ما هي مظاهر تطبيقه؟

خامسا : الصعوبات

تجدر الإشارة انه خلال بحثنا هذا واجهنا جملة من الصعوبات ونذكر منها على الخصوص:

قلة الدراسات والبحوث القانونية التي تعالج مبدأ الشفافية في العقود الادارية وخاصة في الصفقات العمومية باعتبار أن تنظيم الصفقات العمومية كثير التعديل لطبيعة الاقتصادية، والمشرع دائما ما يسعى الى تكييف القانون بما يتلاءم والصالح العام حفاظا على المال العام. ضيق الوقت لانجاز البحث نظرا لاهمية الموضوع.

سادسا : منهج الدراسة:

اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي في الفصل الاول حيث عرفنا الشفافية ومايدور حولها من مفاهيم وتميزها عما يشابهها من مصطلحات وقمنا بابرار اهميتها والمنهج التحليلي في الفصل الثاني حيث حاولنا ابراز مظاهر الشفافية في مجال العقود الادارية والذي يضع جانبيين الأول نظري يخص الوصف والآخر تطبيقي يخص التحليل وهذا لجمع والتقديم مختلف المعلومات حول مبدأ الشفافية وبيان أهميتها ومظاهر تطبيقاتها في مجال الصفقات العمومية لصفة خاصة والعقود الإدارية بصفة عامة.

للإجابة على الإشكالية الرئيسية للموضوع وما ترتب عنها من اشكالات فرعية اعتمدنا الخطة التالية :

نتناولنا في الفصل الأول: ماهية الشفافية حيث قمنا بتقسيمه إلى مبحثين

المبحث الأول: مفهوم الشفافية

المبحث الثاني: أهمية الشفافية في مجال العقود الادارية.

وخصصنا الفصل الثاني لدراسة تطبيق مبدأ الشفافية في مجال العقود الادارية .

تناولنا في الأول: تطبيق الشفافية في مرحلة تكوين العقد.

وخصصنا الثاني: تطبيق الشفافية أثناء تنفيذ العقد.

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الشفافية

المبحث الأول: مفهوم الشفافية

المطلب الأول: تعريف الشفافية

الفرع الأول المقصود بالشفافية

الفرع الثاني: خصائص الشفافية

المطلب الثاني: تمييز الشفافية عن بعض المصطلحات المشابهة

الفرع الأول الشفافية والإفصاح

الفرع الثاني: الشفافية والنصيحة

الفرع الثالث: الشفافية والتبصير

الفرع الرابع: الشفافية والإعلام

الفرع الخامس: الشفافية والإدلاء بالمعلومات

الفرع السادس: الشفافية والإعلان

الفرع السابع: الشفافية والتعاون

المبحث الثاني: أهمية الشفافية في مجال العقود الإدارية وفوائد تطبيقها

المطلب الأول: أهمية الشفافية

الفرع الأول: تدعيم ركن الرضا في العقد

الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف

الفرع الثالث: تلافي أسباب بطلان العقد

الفرع الرابع: تحقيق التضامن والتعاون

المطلب الثاني: فوائد تطبيق الشفافية.

الفصل الثاني: مظاهر تطبيق مبدأ الشفافية في العقود الإدارية

المبحث الأول: تطبيق الشفافية في مرحلة تكوين العقد.

المطلب الأول: المناقصة لمظهر الشفافية

الفرع الأول: تعريف المناقصة

الفرع الثاني: صور وأشكال المناقصة,

الفرع الثالث: إجراءات المناقصة

المطلب الثاني: التراضي كمظهر للشفافية

الفرع الأول: تعريف التراضي

الفرع الثاني: أشكال التراضي

المبحث الثاني: تطبيق الشفافية أثناء تنفيذ العقد.

المطلب الأول: الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة

الفرع الأول: ضمانات التسوية المالية للعقد

الفرع الثاني: ضمانات مراعاة التوازن المالي للعقد

المطلب الثاني: الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد

الفرع الأول: ضمانات التنفيذ المالي.

الفرع الثاني: ضمانات التنفيذ التقني.

الخاتمة

الفصل الأول : ماهية الشفافية

تعتبر الشفافية الإدارية من المفاهيم الإدارية الحديثة والمتطورة التي يتوجب على الإدارات الواعية ضرورة الأخذ بها لما لها من أهمية في احداث السيمة الإدارية الناجحة. وقد ثبت أن في تطبيق الممارسات الإدارية الدالة على الشفافية حلا للمشكلات التي تواجه المؤسسات فالشفافية وإن كانت مهمة في حياة الناس مع بعضهم البعض والعلاقات الإنسانية بشكل عام إلا أنها تبدو ضرورية وملحة في منظمات العمل الإدارية. إن الشفافية والمشاركة السياسية والإدارية في إدارة الشؤون العامة أضحت من المبادئ الأساسية التي تعتمد عليها كافة أنظمة الدول بحيث أصبح مبدأ السرية مجرد استثناء محدود ومحصور و قابل للجدل و الانتفاض يوما بعد يوم لصالح الشفافية كمبدأ عام ذلك المبدأ الذي يحكم و يسود كافة الأنشطة و وظائف وأعمال الحكومة و جهازها الإداري و باعتبار أن الشفافية أحد الشروط و المقومات الأساسية للتنمية الشاملة والمستدامة في كافة المجالات التنموية وأحد أهم الشروط للحكم الراشد¹. الذي يعد أحد متطلبات الإدارة الفاعلة باعتبار أن الأمر يتعلق في النهاية باقتصاد الدولة.

ولهذا التعرض للشفافية بالدراسة يقتضي ابتداء بتحديد مفهوم الشفافية لغة و اصطلاحا و تمييزها عن غيرها من المصطلحات المتشابهة مثل الإفصاح والإعلان والإعلام، وعلى هذا فسوف نعرض في هذا الفصل تعريف الشفافية و تمييزها عن غيرها من المصطلحات كما يقتضي الأمر بيان أهمية الشفافية في مجال العقود الإدارية والفوائد التي تتحقق من التمسك بها وذلك في مبحثين عن الوجه الآتي:

المبحث الأول: مفهوم الشفافية

المبحث الثاني: أهمية الشفافية في مجال العقود وفوائد تطبيقها.

¹ - نعيمة محمد حرب، واقع الشفافية ومتطلبات تطبيقاتها في الجامعة الفلسطينية، رسالة لنيل درجة الماجستير ، كلية التجارة الجامعة الإسلامية

المبحث الأول: مفهوم الشفافية

تعتبر الشفافية الإدارية من المفاهيم الإدارية الحديثة والمتطورة التي يتوجب عن الإدارات الواعية ضرورة الأخذ بها لما لها من أهمية في إحداث التنمية الإدارية الناجحة، إضافة إلى مساهمتها في تنمية التنظيمات الإدارية و الوصول الى بناء تنظيم سليم قادر على مواجهة التحديات الجديدة والتغيرات⁽¹⁾

المحيطة، و دعا الكثير من رواد الفكر الإداري إلى ضرورة بدل الجهود لمعالجة المشاكل الإدارية والتعرف على المعوقات التي تواجه التنمية الإدارية كالفساد الإداري والغموض في أساليب العمل وإبراءاته فكانت محاولات تطبيق الشفافية في العمليات الإدارية في الأمور الهامة الواجب مراعاتها في الممارسات الإدارية و أجهزة الإدارة العامة⁽²⁾.

إن توفر الشفافية الإدارية يعتبر من أهم متطلبات مكافحة الفساد الإداري وهو إحدى أهم الاستراتيجيات الهامة التي تتبعها الدول لمكافحة الفساد بأشكاله المختلفة فزيادة درجة الشفافية تساهم إلى حد بعيد في زيادة درجة الثقة التي يمنحها المواطنين للأفراد العاملين في القطاع الحكومي.

وبالتالي نستعرض في هذا المبحث إلى تعريف الشفافية لغة ثم اصطلاحاً في مطلب أول ثم تمييزها عن بعض المصطلحات المتشابهة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الشفافية

نقوم في هذا المطلب بتعريف الشفافية لغة في فرع أول ثم تعريفها اصطلاحاً في فرع ثان.

الفرع الأول: المقصود بالشفافية أولاً تعريفها لغة:

يقصد بالشفافية لغة من الشف و هو الثوب أو الستر الرقيق بحيث يرى ما وراءه واستشف أي ظهر ما وراءه وبالتالي فإن الذي يفهم من ثوب شفاف بفتح الشين و كسرهما أي أنه رقيق و يشف و هو الذي يستشف ما وراءه أي يمكن أن يبصر ما وراءه³.

¹ - أحمد السيد كردي، مداخلة بعنوان الإدارة بالشفافية الطريق للتنمية و الإصلاح الإدارية محرك البحث قوقل بتاريخ 2017/05/16 على

الساعة 1:30

² - المرجع نفسه .

³ - ابن منظور، لسان العرب ، تحقيق عبد الله الكبير و محمد أحمد حسب الله و هاشم الشاذلي ،الجزء الخامس طبعة 1984 دار المعارف ص

و على ذلك فإن الشفافية لغة تعني القدرة على إِبصار الأشياء الموضوعية خلف الشيء و من ثم معرفة الأشياء ومشاهدتها بقدر معقول من الوضوح و الحقيقة.¹
و في اللغة الإنجليزية هي ترجمة للمصطلح بادئة معناها عبر وراء ما وراء، و كلمة transparency تعني الشفافة أي كون الشيء شفافاً، و أي شفاف صريح جلي واضح¹.

و بهذا تكون الشفافية هي ما لا يمنع الرؤيا أو لا يحجب أو يستر أو ما يمكن الرؤيا من خلاله مثل الزجاج و بذلك بشرك المعنى اللفظي العربي مع الأجنبي في أنالشفافية هي التبني الذي يمكن النظر من خلاله بسهولة و على العكس منه أو ضده لفض المعتم opaque التي تعني التعميم أو التمويه أو التظليل و التستر و التغطية و الإبعاد عن الفهم و الرؤيا⁽²⁾.

- نلاحظ من خلال هذه التعاريف بأن الشفافية هي الطريقة النزيهة في عمل الأشياء التي تمكن الناس من معرفة ما تقوم به بالضبط.

ثانياً تعريفها اصطلاحاً:

هي حق كل فرد من العاملين أو المتعاملين من المواطنين في الوصول إلى البيانات و الإطلاع على المعلومات و آليات صنع السياسات و اتخاذ القرارات ذات العلاقة و معرفة آلية اتخاذ القرار المؤسسي، و تمثل الشفافية مدخلا لوضع معايير أخلاقية و ميثاق عمل مؤسسي لما تؤدي إليه من الثقة ، وكذلك المساعدة على اكتشاف الفساد.

- وقد عرفت أيضاً منظمة الشفافية الدولية بأنها المبدأ الذي يتيح للمتأثرين بقرار إداري تجاري أو خيري ، معرفة ليس فقط الحقائق الأساسية و لكن أيضاً آلياته و عملياته أنه واجب موظفي الخدمة المدنية مدراء و أمناء ليعلموا ظاهراً متوقفاً و مفهوماً كما يقصد بالشفافية قيام الشركة أو الجهة بتوفير المعلومات و البيانات المتعلقة بنشاطها ووضعها تحت تصرف المساهمين و أصحاب الحصص و المتعاملين في السوق ، و إتاحة الفرصة لمن يريد الإضطلاع عليها و عدم حجب المعلومات ما عدا تلك التي يكون من شأنها الإضرار بصالح الشركة. فيجوز لها الاحتفاظ بسريرتها على أن تكون هذه المعلومات و البيانات معبرة عن المركز الحقيقي و الواقعي للشركة³.

كما تعرف الشفافية على أنها آلية الكشف عن الفساد و أن يكون الإعلان و الإعلام من جانب الدولة على كافة أنشطتها في التخطيط و التنفيذ ، أي أن الدولة ملزمة بالإعلان عن

¹ - سامي محمد الطوحي، الإدارة بالشفافية الطريق للتنمية و الإصلاح الإداري من السرية و تدني الأداء و الفساد إلى الشفافية ، دار النهضة العربية طبعة 2006 ، ص 185.

² - فارس بن علوش بن بادي السبيعي، دور الشفافية و المساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية، رسالة مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية كلية الدراسات العليا، ص 13.

³ - جميل أحمد وسفير محمد تجليات حوكمة الشركات في الارتقاء و بمستوى الشفافية و الإفصاح ، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي و الإداري يومي 06-07-2012 ، ص 06.

سياستها و التمويل عن دور المواطن في المشاركة بصنع تلك السياسة في إطار من الشفافية و التعاون بغية الوصول بالأهداف إلى غايتها¹.

فهي تتيح لمن لهم مصلحة في شأن ما أن يجمعوا معلومات حول هذا الشأن و التي قد يكون لها دور حاسم في الكشف عم المساوئ و حماية المصالح ، و تمتلك الأنظمة ذات الشفافية إجراءات واضحة لكيفية صنع القرار عن الصعيد العام ، كما تمتلك قنوات اتصال مفتوحة بين أصحاب المصلحة و المسؤولية و تضع سلسلة واسعة من المعلومات في متناول الجمهور². و هي الطريقة النزيهة في عمل الأشياء التي تمكن الناس من معرفة ما تقوم به بالضبط و تشير إلى ما يمكن الرؤيا من خلاله³.

و الشفافية هي اعتماد إجراءات و قواعد تمكن الجمهور من الحصول على معلومات تتعلق بتنظيمها و سيرها و كيفية اتخاذ القرارات فيها. و بالتالي الشفافية تعني توافر المعلومات الحقيقية و الدقيقة في وقتها المناسب و بشكل واضح يسمح بسهولة الرقابة⁴.

و لقد اختلف الفقهاء في تعريف الشفافية من حيث الشكل لكن لم يختلفوا من حيث المضمون حيث نجد جانب من الفقه يذهب إلى تعريف الشفافية بأنها تعني أن تعمل الإدارة في بيت من زجاج كل مابه مكشوف للمتعاملين و الجمهور و تضمن الأجهزة التي تعمل من خلالها الإدارة الوسائل اللازمة التي تكفل العلم و المعرفة للكافة بحقيقة أنشطتها و أعمالها بالإفصاح و العلانية و الوضوح و بالتالي القدرة على مساءلتها و محاسبتها⁵.

في حين نجد جانب آخر من الفقه يعرف الشفافية بأنها تعني : توافر المعلومات لعامة الناس حول السياسات و الأنظمة و التعليمات و القوانين و القرارات الحكومية.

و بمعنى آخر فهي تعني وضوح التشريعات و سهولة فهمها و إستقرارها و إنسجامها مع بعضها و موضوعيتها و وضوح لغتها و تطورها وفقا للتغيرات الإقتصادية و الإجتماعية و الإدارية بما يتناسب مع روح العصر إضافة إلى تبسيط الإجراءات و نشر المعلومات و الإفصاح عليها و سهولة الوصول إليها بحيث تكون متاحة للجميع.

في حين يذهب البعض إلى القول بأن الشفافية في مجال الإدارة تعني بأنها تعد أحد أهم العناصر للإدارة الجيدة في الحكم ، وكما كانت الشفافية بين الحكومة و الشعب عبر ممثلي الشعب في البرلمان و مؤسسات المجتمع المدني من أحزاب و نقابات و الجمعيات و الصحافة كسلطة رابعة.

و ينتهي جانب من الفقه إلى أن مضمون الشفافية يوجب :

- الإلتزام بتزويد المواطنين و أصحاب المصلحة ببيانات المعلومات و الأنظمة و التشريعات.

¹ - ساجي فاطمة ، الشفافية كأداة لتسيير المالية العامة مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه 2010-2011. ص 30.

² - أيوب لعمودي ، دور الشفافية و المساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية بالجزائر مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات الماستر في التنظيم السياسي و الإداري كلية الحقوق و العلوم السياسية 2013 ص 21.

³ - نعيمة محمد حرب ، المرجع السابق ، ص 10.

⁴ - محمد لموسخ ، مداخلة بعنوان دور منظمة الشفافية الدولية في مكافحة الفساد ، ص 4.

⁵ - سامي الطوخي ، المرجع السابق ص 185.

- حق المواطنين و أصحاب المصلحة في الوصول للإطلاع و الحصول على البيانات و المعلومات و الأنظمة و التشريعات و الوثائق الحكومية.
- حق المواطنين و أصحاب المصلحة في معرفة ما يدور في الأماكن و المرافق العامة¹.
- حق المواطنين و أصحاب المصلحة في الوصول و معرفة عناصر الذمة المالية لكبار المسؤولين.
- حق المواطنين و أصحاب المصلحة في معرفة حقوق آليات المساءلة و مواعيد الطعن (واجب النصيحة و الإرشاد و المساعدة).
- حق المواطنين و أصحاب المصلحة في المشاركة في إدارة الشؤون العامة و رسم السياسات و الأنظمة و التشريعات و إتخاذ القرارات.
- و ينتهي جانب آخر من الفقه إلى القول بأن : الشفافية بمعناها المجرد تعني إظهار وجه الحقيقة و الوضوح الشديد في كل شيء.
- بحيث يرى كذلك أن الشفافية في الدين تعني الصراحة في القول و الصدق و العمل، و يرى أن الشفافية في السياسة تعني الإطلاع على أحداث و مواقف و خفايا يصعب أن ينفذ إليها شخص عادي.
- و ينتهي هذا الإتجاه إلى القول بأن تعريف الشفافية يقصد به الكشف عن الخفايا (المعلومات الداخلية أو أي معلومات تؤثر على أسعار الأسهم بصدق و وضوح كامل و الإفصاح عنها في توقيت واحد حتى لا يتم تحقيق مكاسب غير عادية لبعض فئات المتعاملين في سوق المال على حساب الفئات الأخرى و التي لا تتوافر بها تلك المعلومات. و المستفاد مما تقدم هو أنه يوجد إرتباط وثيق بين الشفافية و حرية تدفق المعلومات و المكاشفة و أن الشفافية يمكن أن تكون نقيضا للسرية و الكتمان و يمكن القول بأن الشفافية هي حرية تدفق المعلومات بحيث تكون هذه المعلومات في متناول من يهمله الأمر مما يؤدي إلى تحقيق الصالح العام.
- كما أن الشفافية في مجال العقود : هي إظهار وجه الحقيقة و الوضوح الشديدين في كل شئ و الصراحة في القول و الصدق و العمل².
- لذلك أستحوذ مفهوم الشفافية اهتمام العديد من السياسيين و الإداريين و الاقتصاديين و التربويين بسبب التطورات الفكرية و الإدارية و التقنية و نتيجة لذلك تعددت تعريفات الشفافية إلا أن جميع التعريفات تدعو إلى جوهر واحد يرتبط بعمليات أربعة هي المصادقية، الإفصاح، الوضوح و المشاركة³.

الفرع الثاني:

¹ - فارس بن علوش بن بادي السبيعي، المرجع السابق، ص 33.

² - عصام أحمد البهجي ، الالتزام بالشفافية في عقود الاستثمار والاستهلاك و العلاج الطبي، الطبعة الأولى، 2013، المكتب الجامعي الحديث، 2014، ص 21 و ما بعدها.

³ - أحمد فتحي أبو كريمة ، الشفافية و القيادة في الإدارة ، دار حامد للنشر و التوزيع الطبعة الأولى 2009 ص 51.

خصائص الشفافية:

اختلفت أدبيات إدارة الأعمال في تحديدها لخصائص الشفافية، ويعود السبب في ذلك إلى إختلاف البيئة الداخلية والخارجية للمتطلبات التي درست فيها هذه الخصائص وتتجلى الشفافية فيمالي:

1-العقلانية في الشفافية:

وتعني القضاء على الهدر في الأنشطة والثروات وقد يكون هذا الإهدار بهدف وضع المنظمة في خدمة الإدارة وقد يصل الهدر في بعض الأوقات إلى اتخاذ بعض القرارات الرئيسية في عدة شهور مما يعطل مسيرة المنظمة ومصالح العاملين بها ويستوجب القضاء الكامل على الهدر ووضع الأساليب والأهداف وتأكيد مفهوم الإدارة في خدمة المنظمة.

2-احترام القانون:

وتعني تطبيق القانون على الجميع بما في ذلك أصحاب النفود والمواقع والمناصب العليا في المنظمة وتكريس القرارات من أجل خدمتها وتعزيز تقدمها.

3- التفاعل بين الأنظمة ومؤسسات المجتمع المدني:

وتعني إيجابية العلاقة بين المنظمة ومؤسسات المجتمع المدني هي النسق السياسي المتطور الذي تتيح صيرورة تمفصله في المؤسسات في مراقبة أدائها¹

4-وضوح المعايير:

أي أن تكون قواعد العمل واضحة وتخدم رسالة المنظمة بالطريقة المتعاهد كما يجب أن لا تكون هذه القواعد جامرة حتى يمكن تطويرها وتعديلها لتصبح بسيطة وفاعلة تواكب ثقافة السرعة التي تصف بها النظام العالمي الجديد²

5- الأجواء الديمقراطية:

وتعني احترام حقوق العاملين على اختلافهم وذلك يؤدي إلى تكريس التفاعل بين العاملين والإدارة والمشاركة الفعالة والمستمرة في مجتمع هذه الإدارة ويدفع في التأثير بصنع القرارات وقدرتهم على المساءلة والمحاسبة.

6- دعم وتقنية المعلومات:

يعد حق حرية الحصول على المعلومات من أهم المتطلبات بالنسبة للعاملين أو أصحاب المصالح من أجل ممارسة جميع حقوقهم وعلى الإدارات الاهتمام بمبدأ حماية المعلومات الذي تتضمن احترام خصوصية الإدارة والعاملين عند الإفصاح عن المعلومات.

7-التعامل مع وسائل الإعلام:

وسائل الاعلام الحرة المستقلة هي الوسيلة الأساسية لنقل المعلومات إلى الجمهور ويكون التعامل معها على أساس احترام عملها واحترام حرية أفرادها في ممارسة عملهم وداخل المنظمة وكذلك حرية العاملين في التعبير عن آرائهم لوسائل الاعلام.

8-القدرة على المواجهة:

¹ - هادي محمود،: أسس الشفافية الإدارية وعلاقتها بمكافحة الفساد الإداري دراسة استطلاعية لأراء عينة من الأفراد العاملين في مكتبة المفتش العام الإداري ، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد الحادي والسبعون، 2008، ص76.

² - هادي محمود، المرجع نفسه ، ص77.

وتعني قدرة قيادات الإدارة على التواصل الحقيقي مع أفراد المجتمع وذلك من خلال فتح الباب أمامهم لتقديم انتقاداتهم وإضافة إلى الاستماع إلى مقترحاتهم والعمل الجاد على تحقق حاجات المجتمع بشكل معتبر¹

المطلب الثاني:

تمييز الشفافية عن بعض المصطلحات المتشابهة المصطلحات المشابهة

توجد العديد من المصطلحات التي تتشابه مع مصطلح الشفافية مثل مصطلح الإفصاح و التبصير و النصيحة و التعاون و التحذير و الإعلان و الإدلاء بالمعلومات و على هذا سوف نعرض في هذا المطلب للعلاقة بين الشفافية و هذه المصطلحات لإيضاح العلاقة بينهم و ذلك في عدة فروع عمد الوجه الآتي :

الفرع الأول:

الشفافية والإفصاح.

1 - الإفصاح لغة : يقصد بالإفصاح لغة الفصاحة و تعني البيان و أفصح الشيء أي تكلم بالفصاحة و أفصح الصبح أي بدأ ضوءه و إستبان و كل ما وضح فقد أفصح عن الشيء إفصاحاً إذ بينه و وضحه².

2 - الإفصاح اصطلاحاً : ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الإفصاح هو العملية و المنهجية الخاصة بتوفر المعلومات و جعل قرارات السياسة معلومة من خلال النشر في الوقت المناسب و التفتح.

كما عرفه آخر بأنه : إظهار القوائم المالية و جميع المعلومات الأساسية التي تهم الفئات الخارجية عن المشروع بحيث تعينها عن اتخاذ القرارات الرشيدة.

كما ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الإفصاح بأنه البديل للإلتزام بالإعلام بقولهم :الإلتزام بالإفصاح في العقود بصفة عامة هو إخطار أو إعلام أو تحدير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من التعاقد الآخر بإخطار الطرف الآخر و بكافة البيانات عند ابرامه للعقد و التي تساهم في الرضا الحر المستنير و التي تمكن المتعاقد الضعيف من الاقدام على العقد عند ابرامه و التحلل منه إن شاء ، ثم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين³ لتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل و حماية الثقة المشروعة في العقد .

كما يضيف آخر بان الإفصاح هو عرض المعلومات العامة للمستثمرين و المساهمين و الدائنين و غريهم بطريقة تسمح بالتنبؤ بمقدرة الشركة على تخصيص الأرباح في المستقبل و قدرتها على سداد التزاماتها.

¹ - هادي محمود، المرجع السابق، 78.

² - ابن منظور، المرجع السابق ص 3419.

³ - عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق، ص 24.

و بالنظر إلى الإفصاح من زاوية أخرى و هي السكوت و عدم الإفصاح فإننا نجد أن السكوت العمدي و عدم الإفصاح عن واقعة هامة بحيث لو علم بها الطرف الآخر في العقد لما أقدم على إبرام العقد و تدخل في مفهوم التدليس المنصوص عليه في المادة 125 من القانون المدني الجزائري.

و هكذا يوجد ارتباط وثيق بين الشفافية التي تعني الوضوح و سهولة الوصول إلى المعلومات و السماح لأصحاب الحق في المعرفة بالاطلاع على المعلومات و توفيرها لهم بالإضافة إلى منع العوائق التي تحول دون الاطلاع و المعرفة و الحد من السرية ، و بين الإفصاح الذي يقتضي توفير كافة المعلومات و نشرها في الوقت المناسب بحيث تخول لأصحاب المصالح اتخاذ القرارات الصائبة و الإفصاح بما يعني الإعلام و التحذير و إظهار كافة المعلومات المتعلقة بالموضوع و التي تؤدي إلى تكوين الرأي السليم. و هكذا يوجد ارتباط وثيق بين الإفصاح و الشفافية إلى حد جعل البعض يربط بينهما و يجعلهما مترابطين ، و يذهب إلى القول بأنهما واحد لمبدأ الشفافية و الإفصاح¹.

و حقيقة الأمر انه يوجد ارتباط وثيق و تطابق بين الإفصاح و الشفافية فكلاهما يعني توفير المعلومات و عرضها دون إخفاء على أصحاب الحق في المعرفة و الاطلاع بقصد توفير الرضا و العلم المستنيرين أو كلاهما يناهض و يناقض السرية، و هكذا لا يوجد ما يمنع من الربط بين الشفافية و الإفصاح و إدماجهما في مبدأ واحد هو مبدأ الشفافية و الإفصاح أو مبدأ الإفصاح و الشفافية².

الفرع الثاني:

الشفافية والنصيحة

أولا : النصيحة لغة :

من نصح (نصحه) و نصح له ينصح بالفتح فيما (نصح) بالضم ، قوله تعالى « و اتضح لكم » ، و الاسم النصيحة (والنصيح) الناصح، قوم نصحاء بوزن فقهاء و رجل ناصح أي نقي القلب أو الخالص من كل شيء.

ثانيا : النصيحة اصطلاحا :

قيل أن الالتزام بالنصيحة هو توجيه الدائن اتخاذ القرار الصحيح بعثه و تحريضه على إتباع مسلك معين أو عدم إتباعه.

كما قيل بأنه يقصد الالتزام بإبداء النصح أو النصيحة الإعلام أو الإخبار الذي لا يتضمن معنى حياديا لتعريف الطرف الذي هو بحاجة إليه بملاسات محل التعاقد و تمكينه بالإحاطة بالمعلومات و البيانات بشكل مؤكد يؤدي به إلى ثبوت الرضا على نحو مستنير.

وعلى هذا فإنه لكي يتمكن أي شخص من الإقدام على إبرام صفقة ما فإنه سيكون بحاجة إلى جهة تكشف له عن ملاسات هذا التعاقد ومدى الفائدة التي سيجنيها منه و فيما إذا كان هذا التعاقد يتضمن أي مخاطر و بالتالي فإن الرأي أو النصح الذي يتلقاه هذا المتعاقد يؤدي به إما إلى الاقتناع بالصفقة أو العدول عنها ، وخير مثال على ذلك العالقة

¹ - جمال عبد العزيز العثمان ، الإفصاح و الشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة . ص 122

² - عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 27

التي تربط بين المستثمر في الأوراق المالية و شركة الوساطة المالية حيث يكون فيها بحاجة إلى النصيحة التي يقدمها له وسيطه المالي في الصفقات التي يرغب في إبرامها و كذلك في المعلومات التي يقدمها له هذا الوسيط عن أوراق معينة و الجهات المصدرة¹ . و هكذا يلتقي مفهوم الالتزام بإبداء النصح مع مفهوم الإفصاح و الشفافية في بعض من نقاط الالتقاء و التشابه حيث يلتقي المفهومين في أن كلاهما ناتج عن علاقة قانونية بين طرف ملتزم و طرف آخر متلقي بالإضافة إلى أن كليهما يتضمن معنى الإعلام أو الإخبار من الطرف الملتزم به إلى الطرف المتلقي وبالرغم من هذا الاتفاق بين المفهومين إلا أنهما يختلفان في بعض المسائل و ثار الاختلاف أن أصل الالتزام الطرف الملزم بالإفصاح يكون مقررًا ووفقًا للقانون ولا يستطيع التنصل منه بينما يرتبط الطرف الملتزم بالنصيحة طواعية مع الطرف المستفيد بموجب اتفاق بين الطرفين .

وبالرغم من محدودية أطراف العلاقة المبنية على الالتزام بإبداء النصيحة تتعدد في المقابل الأطراف الملزمة بالإفصاح وكذلك الأطراف المستفيدة منه .

كما أن الطرف الملتزم بإبداء النصيحة ونتيجة لارتباطه التعاقدية مع الطرف الآخر فإنه يتقاضى مقابلًا ماديًا عن أدائه النصيحة للطرف المستفيد بينما يؤدي الطرف الملتزم بالإفصاح واجبه دون أي مردود مادي بل يحاسب على إخلاله بالالتزام بالإفصاح² .

وحقيقة الأمر أنه بالنظر إلى نطاق الالتزام بالنصيحة وإلى نطاق الالتزام بالشفافية والإعلام نجد أن كل من النطاقين يختلف عن الآخر حيث يبدو أن نطاق الالتزام بالشفافية والإعلام أكثر اتساعًا وشمولًا من الالتزام بالنصيحة لصالح الطرف الضعيف في التعاقد ومن هنا نرى أن الالتزام بالنصح مكمل بالالتزام بالشفافية و يهدفان إلى تحقيق غاية واحدة وهي تحقيق النفع العام. كما قيل بأن الالتزام بتقديم النصح والمشورة والمساعدة الفنية يعطي لمقدمه الحق في طلب مقابل ما قدمه من نصح و إرشاد في حين أن الملزم بالشفافية لا يحق له المطالبة بالمقابل و في ذات الوقت لا يمكن دمجها سويًا لأنه لكل منهما نطاقه الخاص الذي يميزه عن الآخر .

كما أنه توجد العديد من نقاط الاتفاق بين النصح والشفافية لا يمكن إنكارها حيث أنهما يردان على محل واحد وهو تقديم البيانات أو المعلومات للدائن بالالتزام وفي سبيل معاونته على اتخاذ القرار المناسب ولمعاونته الطرف الضعيف في العقد على تحقيق أقصى استفادة من العقد.

الفرع الثالث :

الشفافية و التبصير

أولاً : التبصير لغة :

يقصد بالتبصير لغة من بصر و من حاسة الرؤية، وأبصره أي رآه و البصير ضد الضيرير و بصر به أي علم به ، ومنه قوله تعالى (بصرت بما لم يبصروا به) ، و التبصير التعريف و الإيضاح

1 - أحمد عبد التواب محمد بمجت ، الالتزام بالنصيحة في نطاق التسيير، دار النهضة العربية 1997 ، ص 84

2 - جمال عبد العزيز العثمان، المرجع السابق ص131

ثانيا : التبصير قانونا:

هو الإلتزام المترتب عن أحد طرفي العقد بتعريف الطرف الآخر بالبيانات و المعلومات المتعلقة بمحل العقد و ظروفه، و التي تهم المتعاقد الآخر معرفتها و الإلمام بها لكي يكون على بينة من أمره في اتخاذ قراره بالإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه¹. و يبدو التبصير و الإلتزام به جليا في العقود، حيث توجد معلومات هامة كان يتعين على المتعاقد الآخر أن يحيط الطرف الآخر علما بها وذلك بقصد تبصيره ببعض الأمور الهامة و الضرورية .

فإذا ثبت للقاضي أن هناك إهمالا و رعونة في عدم الإستعلام من جانب أحد المتعاقدين فإنه لا يحمل الطرف الآخر بأية مسؤولية و يبقى على عاتق المتضرر أن يتحمل تبع رعونته و عدم سعيه إلى المعرفة الواضحة المستتيرة و إن كان هناك المجال لوصف أحد المسلكين، السكوت من جانب المتعاقدين و عدم السعي للإستعلام من جانب آخر . فلا شك أن المتعاقد المتعاسف في السعي بالمعرفة هو الذي ارتكب خطأ في حق نفسه².

و تبدو أهمية الإلتزام بالتبصير في كونه يساعد في توجيه المتعاقد المستفيد منه عن بيان كافة تفاصيل العقد و بالأخص محله و ظروف التعاقد، وذلك ليتمكن من اتخاذ قرار صائب في التعاقد من عدمه، و من هنا يلتقي مفهوم الإلتزام بالتبصير مع مفهوم الإفصاح و الشفافية في كون مضمون كلا من المفهومين يقوم على المعلومات و البيانات كما أن العلاقة بين الملتزم بالتبصير و الطرف الآخر هي علاقة تعاقدية مباشرة مبنية على الإتفاق بين الطرفين على محل معين، بينما لا تقوم علاقة تعاقدية مباشرة بين الملتزم بالشفافية و الأطراف الأخرى المتعددة، و إنما القانون هو الذي يقرر هذا الواجب بناء على معطيات معينة³.

كما أن محل الإلتزام بالتبصير و الشفافية هو المعلومات إلا أن الشخص المتعاقد في نطاق الإلتزام بلا بالتبصير قد يؤثر في نطاق وحدود الإلتزام، فينكمش نطاق الإلتزام إذا كان المتعاقد من الخبراء و قد يضيق نطاق الإلتزام بالتبصير إذا كان الطرف المتعاقد قد أقدم التعاقد بشرع ودون روية و من تم يتحمل جانبا من الضرر.

أما في مجال الإلتزام بالشفافية فكل هذه الإعتبارات لاينبغي أن تؤثر على وجود المبدأ بحيث يلتزم الطرف الآخر بوضع كافة المعلومات و البيانات تحت بصر المتعاقد الآخر حتى ولو كان خبيرا ، و من تم فإن الإلتزام بالتبصير يكون أقل نطاقا من الإلتزام بالشفافية وعلهذا فرغم وجود كثير من نقاط الإتفاق بين الإلتزام بالتبصير و الإلتزام بالشفافية إلا أن لكل منها نطاقه الخاص الذي يتسع في الشفافية عن الإلتزام بالتبصير يضيق نطاقه ومداه بالنسبة للإلتزام بالنصيحة و إن كانت الصلة وثيقة بينهما بحيث يمكن إعتبار الإلتزام بالنصيحة هو الصورة المشددة للإلتزام بالتبصير⁴.

1 - عصام أحمد البهجي ، المرجع نفسه ، ص 28

2 - سهير منتصر، الإلتزام بالتبصير، دار النهضة بدون تاريخ، ص 53

3 - جمال عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص 132

4 - سهير منتصر، مرجع سابق ، ص 41

الفرع الرابع: الشفافية والإعلام:

ذهب جانب من الفقه إلى أن الإلتزام بالإعلام يعني تنبيه وإعلام طالب التعاقد بمعلومات في شأنها إلقاء الضوء عن واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد¹.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف الإلتزام بالإعلام في عقود نقل التكنولوجيا بأنه إلتزام قانوني عام يقع على عاتق الطرف الحائز للمعلومات اتجاه الآخر شريطة ان يكون هذا الإعلام واضحا وصريحا وأن يكون أساسه هو حسن النية في التعامل².

كذلك يعرف الإلتزام بالإعلام بأنه إلتزام سابق على التعاقد يتعلق بالإلتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا كامل سليم ومتنور بكافة تفاصيل هذا العقد وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة والتي تلزمه بناء على هذه الاعتبارات بالإدلاء بالبيانات

أما المتلقي فقد ألزمه المشرع بالإفصاح والشفافية عن ظروف تعاقد ومكونات التكنولوجيا الراغب في التعاقد عليهما كما يلتزم بالإفصاح في اشتراطات المشرع المحلي في شأن المكونات الممنوع استيرادها وأية قيود فنية وصحية يستلزمها القانون في التعاقد، كما يلتزم بالإفصاح في الظروف المناخية التي سيتم استخدام التكنولوجيا خلالها، وعلى الجملة أيضا أية اشتراطات تكون مؤثرة في تحقيق الغايات من التعاقد على التكنولوجيا. محل التعاقد مثل مدى امكانياته الفنية لإستخدام التكنولوجيا إستخداما يتناسب ومخاطرها ومدى إستعداده الفني لتفادي هذه الأخطار³.

وهكذا نرى أن المقصود بالإلتزام بالإعلام هو ضرورة تنبيه وإعلام التعاقد بالمعلومات والمخاطر التي ترتبط بالعقد حتى يكون الطرف الثاني من العقد على علم بكافة المعلومات الهامة والبسيطة على ان يتسم هذا الإعلام والإيضاح بالصراحة والوضوح والصدق والدقة التي يفرضها حسن النية في التعامل

كما أن نطاق الإلتزام بالإعلام يتسع عندما يكون الطرف المتعاقد مهنيا محترفا حيث يلتزم بالإدلاء بالمعلومات والإعلام بكافة المعلومات المتصلة بالشيء محل التعاقد وعلى هذا يبدو جليا ان هناك تمة نقاط إلتقاء بين الشفافية بما تعنيه من الوضوح وسهولة الوصول إلى المعلومات وتمكين أصحاب الحق من المعرفة من الإطلاع على المعلومات والحد من السرية .

وقد يصل الإلتقاء بين الشفافية والإلتزام بالإعلام إلى حد التطابق في كثير من النقاط والنطاق¹.

1 - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص36

2 - تغريد عبد الحميد أبو المكارم، رسالتها الإلتزام بالإعلام في عقود نقل التكنولوجيا، جامعة عين شمس، 2007، ص15

3 - تغريد عبد الحميد أبو المكارم، المرجع السابق، ص 56

الفرع الخامس :

الشفافية والإدلاء بالمعلومات.

مضى الوقت الذي كان فيه الالتزام بتقديم المعلومات والبيانات حول المنتج أو التحدير من أخطاره يعتبر تابعا لضمان العيب الخفي من بائع السلعة أو منتجها بكافة المعلومات و البيانات الأساسية، وهذا الالتزام يعني الاقصاء أو الإلتزام بالسلامة. وأصبح الإلتزام بتقديم المعلومات عن السلعة أو المنتج إلتزاما مستقلا وقائما بذاته.

والتي لا غنى عنها لإستعمال السلعة أو المنتج أو تلك المعلومات التي تؤدي إلى إستعمال المنتج على الوجه الصحيح².

إلا أن جانب من الفقه يخلط بين الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات والإفصاح والشفافية حيث نجد جانب من الفقه الفرنسي يذهب إلا أن التفرقة بين الإفصاح والمعلومات هي تفرقة واهية حيث ان كلا من هذين اللفظين له نفس الأصول ونفس المضمون والمحتوى ، فضلا عن أن اللفظين يهدفان إلى إحاطة المتعاقد الآخر بالأمر الجوهري التي يجهلها في العقد وأضافوا ان لفظ الإفصاح هو لفظ أكثر شمولاً في معناه عن المعلومات لما يحتويه في جنباته من لفظ التحذير والمشورة إلى جانب لفظ المعلومة

في حين أن لفظ الإفصاح من وجهة نظرهم أصلاً تشريعياً إذ يمثل الإلتزام بالاعلام³ واجبا مفروضاً بواسطة القانون لاسيما على بعض البائعين الحرفيين أو الشركات المتخصصة بتقديم المعلومات التي تتصل بموضوع التعاقد أو بالعملية المواجهة أو المطروحة من خلال الوسائل المتاحة له كالدعاية مثلاً

وحقيقة الأمر أن الشفافية تعني الإفصاح عن المعلومات والكشف عنها لمن يهمه الأمر بالإضافة إلى أنها تعني الوضوح وتوفير المعلومات وإظهار الحقيقة بشكل مجرد . وبهذا يبدو أن المعلومات هي المحل الذي ترد عليه الشفافية وإن كان بين المعلومات والشفافية أوجه اتفاق أخرى .

فالهدف من الإعلام أو تقديم المعلومات يتمثل في تنوير وتوجيه المتعاقد وتبصيره سواء قبل التعاقد أو أثناء تنفيذ العقد فالإعلام يهدف إلى تقديم المعلومات .

وعلى هذا يبقى هناك اختلاف جوهري بين المعلومة والشفافية وان توفير المعلومات يؤدي إلى تحقيق الشفافية والإفصاح يتمثل في أن المعلومات هي المحل والغاية من الشفافية وأن توفير المعلومات يؤدي إلى تحقيق الشفافية والإفصاح ومن تم فلا يوجد تطابق بين الشفافية والإدلاء بالمعلومات⁴

1 - عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص58

2 - تغريد عبد الحميد أبو المكارم ، المرجع سابق، ص56

3 - عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص64

4 - تغريد أبو المكارم ، المرجع السابق ص127.

وبهذا تقوم نظرية الشفافية الإدارية على عنصرين أساسيين من خلال إتاحة المعلومات هما المشاركة القيمة في اتخاذ القرارات العامة ومنح المواطنين الحق في الحصول على المعلومات التي تحتفظ بها الإدارة العامة¹

الفرع السادس : الشفافية والإعلان

الإعلان عن السلعة أو الخدمة غالباً ما يكون في وسائل الإعلام المختلفة إعلانات التلفزيون أو عن طريق توزيع وثائق إعلانية للجمهور في الطرق العامة أو المجالات التجارية أو في منازلهم وقد يكون عن طريق لصق الإعلانات أو تعليقها في الأماكن العامة وقد تكون بطريقة شفوية مثل قيام البائع أو التاجر بالنداء على سلعته ومدحها وإظهار محاسنها أمام الناس في الأسواق وقد يكون الإعلان إلكترونياً كما هو الحال في الإعلان عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) فقد أوجد هذا الوسيط الجديد طرق جديدة وحديثة للإعلان إما عن طريق موقع افتراضياً عن طريق موقع ظاهر و واضح له قواعده وإجراءاته المنظمة، فعلى شبكة الإنترنت لا يوجد شيء غير مسمى. وبهذا يكون المستهلك والمتعامل مع الإنترنت مسجلاً في نموذج الاستهلاك².

وعلى هذا يظهر أن الإعلان هو طريقة متخصصة من طرق ترويج المبيعات حيث ينطوي على مجهودات وأنشطة من جانب المعلن لإقناع المستهلك النهائي والتأثير على سلوكه كما عرف الإعلان بأنه مجموعة من الوسائل المستخدمة بقصد التعريف بمشروع صناعي أو تجاري أو امتداح منتج ما³ وله عنصران أحدهما مادي يقصد به أي نشاط أو حركة أو فعل أو أداة تدرك بالحواس كالمصقات والصحف والمنشورات والمطبوعات والرسومات والصور والإعلانات التلفزيونية والإلكترونية يؤثر على المستهلك ويدفعه إلى الإقبال على الخدمة وهو العنصر المعنوي .

وبهذا يبدو أنه توجد نقاط إلتقاء بين الإعلان والشفافية تتمثل في قدر المعلومات التي يجري الإفصاح عنها أو الكشف عنها للمستهلك كما توجد نقاط إختلاف تتمثل في أن الإعلان يوجه للجمهور و الكافة بصفة عامة في حين أن الشفافية تكون لعدد أقل و لجمهور المتعاملين أو المتعاقدين على المنتج فقط

هذا فضلاً عن أن الغاية و الهدف من الإعلان هو الترويج للسلعة و المنتج، أما عن غاية وهدف الشفافية هي تحقيق الصالح العام و إظهار الحقيقة و كشفها بشكل مجرد و بهذا يوجد إختلاف بين الإعلان و الشفافية.

الفرع السابع: الشفافية و التعاون

¹ - عمر محمد الدعجة ، مداخلة بعنوان حق الحصول على المعلومات ودوره في تحقيق الشفافية .

² - أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة 2002 ، ص 96

³ - عبد الله حسين علي محمود ،حماية المستهلك من الغش التجاري و الصناعي، دراسة مقارنة بين دولة الإمارات العربية و الدول الأجنبية ، طبعة

ثانية ، دار النهضة العربية، طبعة ثانية 2002 ، ص 73 .

أفرز التقدم العلمي و التكنولوجيا نوعا من العقود يمتد فيها التعامل إلى مرحلة تالية لإبرام العقد نظرا للتطور التقني في مجال المنتجات حيث أصبح من الضروري إيجاد وسيلة ما للتعاون بين طرفي العقد¹

وعلى هذا فقد ذهب جانب من الفقه بأن واجب التعاون يمكن تحليله بأنه إلتزام عام يقع عن عاتق أحد المتعاقدين بأن يقوم بالتعاون مع المتعاقد الآخر ويقدم له ما يلزم من إنجاز العملية العقدية المرتقبة الحدوث فيجب عليه في سبيل ذلك القيام بتأهيل أعماله و ربما يحتاج إلى إعادة تنظيم مشروعة².

و انتهى الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أن هناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ في صورة إلتزام بالتعاون وهو إلتزام يقضي على كل المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد ففي عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء و في تنفيذ العقد أمر ملحوظ في أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب (المادة 531 و 530 من القانون المدني) . و في عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له إن يخطر المؤمن عليه إذا وقع ويقضي واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف عما تم في بيع كتابه.

و إذا كان حسن النية يمثل الإطار و الروح الذي يجب أن يسود تفسير العقد و تنفيذه فإنه في بعض العقود يتخذ مظهرا خاصا حيث يتضمن إلتزاما بالتعاون المستمر بين طرفيها في أثناء تنفيذها فيلتزم كل متعاقد و فقا له أن يقدم إلى الآخر ما يعاونه عن حسن تنفيذه للإلتزام.

و الواقع أن تنفيذ العقد بأمانة لا يعني فقط الامتناع عن كل سوء نية بل هو أيضا التنفيذ الذي يجعل أحد الطرفين نفسه ذا فائدة لمن يتعاقد معه بأن يوفر له أقصى قدر من التسيير في التنفيذ خارج الإطار الضيق للنصوص التعاقدية و هكذا يحل محل فكرة تناقض مصلحة الدائن مع مصلحة المدين نوع من التوحد في الإلتزام بالتعاون بين الطرفين³.

و الإلتزام بالتعاون في مرحلة ما قبل التعاقد يحقق الرضا الكامل فيما بين المتعاقدين و يجعل عيوب الرضى في إندثار في هذه المرحلة هذا إذا كان الإلتزام بالتعاون حقيقيا و بحسن نية فضلا على أن هذه المرحلة السابقة على التعاقد و التي يقدم فيها كل من الطرفين على العقد يتعين أن تكون مرحلة ذات رضا حر و مستنير حتى لا يتأثر العقد بعد ذلك و يقع تحت طائلة البطلان فالإلتزام بالتعاون هو حماية للرضا التعاقدية⁴. و في جملة القول نرى أن الإلتزام بالتعاون هو إلتزام يحقق مصلحة طرفي التعاقد و يكون على عاتق أحدهما وهو الطرف المورد أو المنتج للسلعة المتقدمة تقنيا بقصد تحقيق المساعدة الفنية للطرف المستورد للسلعة للمحافظة على أسرار المنتج التقنية المتقدمة. و على هذا فيوجد إختلاف بين الإلتزام بالتعاون الذي قد يفرض على الطرفين الإلتزام بالسرية على عكس الشفافية التي تعني أن تكون المعلومات متاحة دون قيود أو شروط .

1 - عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق، ص58

2 - تغريد عبد الحميد أبو المكارم ، المرجع سابق، ص16

3 - وفاء حلمي أبو جميل، الإلتزام بالتعاون دار النهضة، 1993 ، ص 21

4 - تغريد أبو المكارم ، المرجع نفسه ، ص 118

و هنا تلتقي الشفافية و الإلتزام بالتعاون في جزء من النطاق الخاص بكل منها و هو التعاون لتحقيق مصلحة الطرفين . دون الإتفاق التام نظرا لأن الشفافية تعني الإفصاح و توفير كافة المعلومات و تيسير سبل الإطلاع عليها أما في مجال عقود نقل المعرفة و التكنولوجيا التي تكون المحل الأساسي للإلتزام بالتعاون فإنها غالبا ما تتسم بالسرية للحفاظ عن مصالح الطرفين¹.

¹ - عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 61

المبحث الثاني :**أهمية الشفافية في مجال العقود الإدارية و فوائد تحقيقها**

إن مبدأ دعم الشفافية من الأمور التي تعد بمثابة حجر الزاوية في مجتمعنا فالشفافية تنطوي على وضع مدونة سلوك ، تخلق الثقة و تؤكد عليها و تتمثل أهمية الشفافية كأحد أهم أركان مقومات و محاور نجاح التنمية المستدامة لأنها توفر العمل في بيئة تتسم بالشفافية التامة فتؤدي إلى جودة الأداء البشري و المؤسساتي و بالتالي تمكن شركاء التنمية من الوصول إلى الأهداف و دفع حركة التقدم و النهوض بالمجتمع .

كما تعمل الشفافية على المشاركة في إتخاذ القرارات و تسمح بتوعية المواطنين و إطلاعهم على الخيارات المتاحة و تحقيق العدالة في تقييم أداء العاملين و الوصول إلى ما يعرف بالنظام المفتوح إضافة إلى كونها آلية لتحقيق المسائلة

كما أن الشفافية تسهم في نجاح خطط التطوير و التغيير حيث يواجه قادة المنظمات العديد من التحديات التي تقاوم مساعيهم في إحداث التغيير المنشود .

و تعزز الشفافية الرقابة الذاتية حيث يتمتع الأفراد العاملون في التنظيمات الإدارية المطبقة لمفهوم الشفافية الإدارية باستقلالية أكثر أثناء قيامهم بواجباتهم الوظيفية¹ و من المؤكد أن بيان الدور الهام التي تقوم به الشفافية و الفائدة التي تحققها تمثل غاية من غايات هذه الدراسة و هذا البحث و هدف تسعى هذه الدراسة لتقصيه و إظهار الفائدة التي تعود من تطبيق الشفافية حيث تسهم في جعل العقود خالية من أسباب الإبطال كما تسهم في تحقيق العدالة بين الأطراف المتعاقدة² .

وعلى هذا سنعرض في هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول : أهمية الشفافية في مجال العقود الإدارية

المطلب الثاني : فوائد الشفافية

المطلب الأول :**أهمية الشفافية في مجال العقود الإدارية :**

باعتبار الشفافية أحد الإلتزامات في مجال العقود الإدارية و تعد التطور الطبيعي لكثير من الإلتزامات التي إجتهد الفقه و القضاء في إرساء مبادئها باعتبارها تقدم حلول واقعية لمشكلات قائمة في الواقع العملي . سوف نعرض بعض الإلتزامات كالآتي :

¹ - نعيمة محمد حرب ، المرجع السابق، ص 12 و ما بعدها.

² - عصام أحمد البهجي، المرجع نفسه ، ص 66

الفرع الأول :**دعم ركن الرضا في العقد :**

في المرحلة السابقة على إبرام العقد يؤدي توفير المعلومات اللازمة و الضرورية لإبرام العقد الى تحقيق نوع من الرضا السليم و الخالي من العيوب، فحتى يقوم الرضا الحر و المستنير الخالي من الغلط يجب أن تتوفر المعلومات اللازمة لتتوفر المتعاقد¹ و أن الإلتزام بالشفافية يقوم بدور مزدوج في العقد لا يمكن إنكاره يتمثل الأول في دوره الوقائي الذي يتعلق برضاء المتعاقدين و إرادتهما و يتمثل الثاني في دوره الحمائي المتعلق بحماية العقد ذاته و المحافظة على إستقراره و دوامه فهو الذي يجعل الرضا التعاقدى رضاء حرا سليما ، و على دراية تامة بظروف العقد المأمول إبرامه و شروطه . فالإلتزام بالشفافية في مرحلة ما قبل التعاقد يحقق الرضا الكامل فيما بين المتعاقدين و يجعل عيوب الرضا في إندثار في هذه المرحلة و يكون حقيقيا و بحسن نية فضلا عن أن هذه المرحلة السابقة على التعاقد و التي يقوم فيها كل من الطرفين على العقد يتعين أن تكون مرحلة ذات رضا و مستنير حتى لا يتأثر العقد بعد ذلك و يقع تحت طائلة البطلان فالإلتزام بالشفافية هو حماية للرضا التعاقدى².

الفرع الثاني :**حماية الطرف الضعيف في العقد:**

كما أن توفير المعلومات و تحقيق الشفافية يؤدي إلى معرفة المتعاقد بكافة الجوانب القانونية للعقد و الشيء محل التعاقد مما يؤدي إلى نوع من التوازن العقدية في مرحلة تنفيذ العقد لأن التطور العلمي و التقدم التكنولوجي اللذان أصابا الحياة المدنية المعاصرة أصبح لها الأثر البالغ في إيجاد و خلق تفاوت كبير و هوة واسعة ، فيما بين المورد و الملتقي عند إبرام العقود ، وذلك في مستوى العلم و الدراية بشأن التقنية التكنولوجية محل التعاقد ، فقد يصعب على الملتقي إن لم يكن يستحيل عليه في حالة عدم تخصصه العلم بدقائق و أسرار التقنية التكنولوجية و بكيفية استعمالها - و بالمخاطر التي قد يتعرض لها . و كل ذلك من شأنه أن يجعلنا أمام اختلال واضح فادح بين المورد و الملتقي في مستوى العلم و الدراية بشأن ما سيتعاملون فيه من تكنولوجيا منقولة . فالطرق الأقوى في العقد هو المورد و الذي تتوفر لديه مقومات العلم و الدراية بكل ما يتصل بالعقد المز مع إبرامه من معلومات هامة و ضرورية .

أما الطرف الضعيف فهو الجاهل بالتكنولوجيا المنقولة و بخصائصها و بكيفية تلافي المخاطر أو التعامل معها لذلك ألزم المشرع الطرف الأكثر علما أن يعلم الملتقي بما يجمله بشأن التكنولوجيا محل التعاقد³ .

و على هذا فإن تحقيق قدر معقول من الشفافية و توفير المعلومات للطرف الضعيف يؤدي إلى إعادة قدر من التوازن في العلاقة العقدية .

1 - عصام احمد البهجي، المرجع السابق ص 67

2 - تفرید أبو المكارم، المرجع السابق ص 118

3 - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 67

الفرع الثالث :**تلافي أسباب بطلان العقد :**

يعتبر البطلان هو جزء من مخالفة القانون ينعدم فيه الأثر القانوني بالنسبة للمتعاقدين و بالنسبة للغير فيعاد المتعاقدين إلى الحالة الأولى قبل التعاقد . إذ تختلف أحكام البطلان باختلاف القاعدة القانونية التي يترتب البطلان عن الإخلال بها¹. و العقد الباطل هو العقد الذي لا تتوفر فيه مقومات و شروط العقد الصحيح فلا يقوم العقد صحيحا إلا إذا إستجمع أركان إنعقاده².

حيث أن توفير قدر من الشفافية يؤدي إلى إستقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد و حفظ العقد من الإبطال لإنتقاء و عدم وجود عيوب الرضا مع تحقق الأسباب التي قد تؤدي إلى فسخ العقد مثل العيوب الخفية أو وجود عيوب تلحق بالرضا .

الفرع الرابع :**تحقيق قدر من التضامن و التعاون بين طرفي العقد**

وجود الشفافية في العقود الحديثة التي ترتبط بالتقدم العلمي و التكنولوجي يؤدي إلى تحقيق قسط من الفائدة لطرفي العقد كما أن الشفافية تؤدي إلى تحقيق التعاون و التضامن بين طرفي العقد ما يعود بالفائدة على الطرفين .

باعتبار أن تحقيق التعاون يمثل مكانة هامة سواء في مرحلة إبرام العقود أو حال تنفيذه و هو يعمل بالإرتقاء بالطرفين و يساعد عن التخلص من نزعة الأنانية . كما يبدو أن التقدم العلمي قد أفرز نوعا من العقود تحتم على طرفيها التعاون المستمر نظرا للتطور التقني في مجال التعاقد .

لذلك تبدو أهمية الثقافية في مجال العقود من أجل تحقيق التعاون و التضامن هو إلزام يحقق مصلحة طرفي العقد و يكون على عاتق أحد طرفي العقد بالتعاون يصلح ليكون أساس الشفافية، فضلا عن أن الغاية المقصودة من العقد لا تتحقق إلا بماذا كان مبنيا عن قدر من التضامن و التعاون بين طرفي العقد و ذلك إعمالا و تجسيذا لمبدأ الشفافية³.

¹ - فضل منذر ، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية العربية و الأجنبية) الطبعة الأولى، دار

أراس للطباعة و النشر ، العراق 2006 ، ص 177

² - لمياء بن زهرة، أثار بطلان العقد عند الغير، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الليسانس في الحقوق، قانون خاص، 2014 ، ص

³ - عصام أحمد البهجي المرجع السابق، ص 81

المطلب الثاني : فوائد تطبيق الشفافية.

- يترتب عن تطبيق مفهوم الشفافية العديد من الآثار الإيجابية عن اتخاذ القرارات الفردية عن التنظيمات الإدارية و هذه الفوائد كما يلي :
- 1- تقليل الصلاحيات الواسعة في عمليات إتخاذ القرارات ، وذلك لتحقيق درجة المركزية كم يجب العمل عن تشجيع المبادرات الشخصية ضمن قواعد العمل و أنظمتها و العمل على ضرورة توفير الفرص لتنمية المهارات و القدرات المتوفرة لدى الأفراد العاملين
 - 2- ترسيخ قيم التعاون ، و تظافر الجهود و وضوح النتائج ، حيث يتم المحاسبة عن التجاوزات بشكل جماعي من خلال إتخاذ قرارات جماعية .
 - 3- تحقيق الشفافية في العمليات الإدارية يترتب عليه توفير الوقت و التكاليف و تجنب الإرباك و الفوضى في تقديم الأعمال .
 - 4- العمل على إختيار القيادات الإدارية ذات النزاهة و الأمانة و الموضوعية و الإنتماء و الولاء للمنظمة و الصالح العام¹
 - 5- إظهار نقاط القوة و الضعف و تحديد الانحرافات و العمل على تصحيحها ، الأمر الذي يعني المزيد من الشفافية في بيئات العمل .
 - 6- تمتع الأفراد بالإستقلالية يعزز الرقابة الذاتية مما يجعل أعمالهم أكثر شفافية و مصادقية العمل عن تغيير الثقافة التنظيمية السائدة².
 - 7- تعزيز بناء الديمقراطية في حياتنا على مستوى الفرد و الجماعة لأن الشفافية تتطلب وجود روح الديمقراطية في الممارسات العملية في الحياة اليومية ، ومنح المواطن كامل حقوقه و أهمها حقه في عملية صنع القرار على كافة الأصعدة و أهم من ذلك إطلاعه بصدق و شفافية على المكونات الرقمية التي تلعب دورا أساسيا في عملية صنع القرار سواء الاقتصادي أو السياسي أو حتى الاجتماعي .
 - 8- انتهاج الشفافية في القوانين و الإجراءات من خلال مراجعتها و معالجة نصوصها و فقراتها الغامضة و توضيحها و إعلانها للناس و الموظفين .
 - 9- تعزيز دور أجهزة الرقابة المالية و الإدارية مع تعزيز دور الإعلام الشفاف .
 - 10- تقليل الغموض و الضبابية و القضاء عن الفساد و ضمان حقوق العامة في المعرفة و الفهم من خلال مشاركتهم في المعلومات و إدارة عمليات البيانات الأصلية للمؤسسة و السماح بتوعية المواطن و إطلاعه على الخيارات المتوفرة و تحقيق الترابط و التكامل بين جميع المستويات الإدارية و التنفيذية للمنظمة .
- و تؤكد الشفافية ضرورة أن يكون الناس على علم بما يحدث و تساعدهم على فهم الأسس المنطقية للقرارات التي تتخذها الحكومة و موظفيها على مختلف المستويات و هي عنصر رئيسي من عناصر المساءلة تقي من الأخطاء الحكومية و تحارب الفساد.

¹ - خالد سعد برهم الحشاش، درجة تحقيق الثقافة الإدارية لدى مديري مديريات التربية و التعليم بمحافظة غزة و علاقتها بأداء العاملين

فيها ،رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في كلية التربية ،قسم أصول التربية ،2014، ص 19

² - ساجي فاطمة، المرجع السابق ، ص 35

وعليه فإن أهمية الشفافية تكمن في إنها قناة مفتوحة للاتصال بين أصحاب المصلحة و المسؤولين وهي بذلك أداة هامة جدا لمحاربة الفساد كما أنها مصطلح يطلق على حرية تبادل المعلومات و إعلانها ليعلم بها الطرف الأخر، إن الشفافية و إن كانت مطلوبة في حياة الناس مع بعضهم البعض و العلاقات الإنسانية بشكل عام إلا أنها تبدو ضرورية و ملحة في منظمات العمل الإدارية و السياسية¹. لذلك عرفت الشفافية بأنها الوضوح التام في القوانين و النظم ، و تبسيط الإجراءات و سهولة الوصول إلى المعلومات و الانفتاح على الأطراف ذات العلاقة².

¹ - بوضياف مليكة ، الإدارة بالشفافية الطريق للتنمية و الإصلاح الإداري ورقلة جامعة قاصدي مراح كلية الحقوق و العلوم السياسية الملتقى الوطني

حول إشكالية الحكم الراشد في إدارة الجماعات المحلية و الإقليمية يومي 12 . 13 ديسمبر 2010 ص 41

² - خالد سعد برهم الحشاش، المرجع السابق ص 17

ملخص الفصل الأول:

تعتبر الشفافية أحد الالتزامات في مجال العقود وإنما تعد التطور الطبيعي لكثير من الالتزامات التي اجتهد الفقه والقضاء في فرنسا ومصر في ارساء مبادئها باعتبارها تقدم حول واقعية لمشكلات قائمة في الواقع العملي.

ومن اهم تلك الالتزامات الالتزام بالإعلام والالتزام بالتبصير والالتزام بالنصح والإرشاد والتعاون حيث قدم الفقه والقضاء كثيرا من الحلول للمشكلات الموجودة في أرض الواقع والتي لم ترد يدهن المشرع اثناء القيام بعملية سن التشريع كما أن هذه الالتزامات هم بشكل كبير في تحقيق قدر من العدل بين طرفي العلاقة التعاقدية وتحقيق قدرا من التوازن في العلاقة العقدية بين الطرفين مما يؤدي الى تحقيق الصالح العام للمجتمع.

ونظرا لتعدد الفوائد والمزايا التي تحققها الشفافية فنجدها تؤدي الى تحقيق الرضا المشير في مجال العقود كما تؤدي الى حماية الطرف الضعيف في العقد عن طريق توفير المعلومات بالإضافة الى تلاقي أسباب بطلان العقود حيث أن توفير قدر من الشفافية يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد وحفظ العقد من البطلان لانتفاء وعدم وجود عيوب الرضا ومنع تحقق الأسباب التي تؤدي إلى نسخ العقد مثل الخفية أو وجود عيوب الرضا ومنع تحقق الأسباب التي قد تؤدي إلى نسخ العقد مثل العيوب الخفية أو وجود عيوب تلحق بالرضا كما أن الشفافية تؤدي إلى تحقيق التعاون والتضامن بين طرفي العقد لما يعود بالفائدة على الطرفين.

حيث تعمل الشفافية على اختيار قيادات تتصف بالموضوعية والنزاهة والانتماء والولاء للمؤسسة والصالح العام وتقلل الغموض وتساهم في القضاء على الفساد الإداري لأن انعدام الشفافية يؤدي إلى غموض التشريعات والحكومة الجيدة ليس لديها ما تخفيه بل يجب أن تحرص على إظهار نشاطها لأنه غير معيب ولا يرتبط بالفساد، وأن مهمتها محاربة الفساد والنهوض بالشعب وحماية مقدراته.

الفصل الثاني:

مظاهر تطبيق مبدأ الشفافية في العقود الإدارية (الصفقات العمومية نموذجاً):

إذا كانت العقود الإدارية بشكل عام يتم تكوينها وانعقادها مثل العقود المدنية والتجارية عند تلاقي رضا كل من الطرفين المتعاقدين في جميع عناصر وشروط العقد وذلك في صورة إيجاب وقبول فإن الصفقات العمومية التي تعد إحدى أهم العقود الإدارية تختلف في عقود القانون الخاص من حيث عملية الإبرام في طريقة التعبير والإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية حيث تتم عملية التعبير عن إرادة الإدارة المتعاقدة في شكل عقد مركب، فلا يمكن التعبير عن إرادة الإدارة إلا بعد قطع مراحل متعددة ومختلفة بإتباع مجموعة من الخطوات والإجراءات الضرورية ذلك أن جهة الإدارة المتعاقدة ترد عليها عدة قيود تحد من حريتها في عملية الإبرام وتنفيذ الصفقة ذاتها من حيث وجوب احترام القوانين الأساسية¹، التي تركز تطبيق مبدأ الشفافية في العقود الإدارية بصفة عامة والصفقة العمومية بصفة خاصة والتي عبر عنها بوضوح ضمن المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والتي تنص " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن أحكام هذا المرسوم"².

وكذلك نص المادة 09 من القانون رقم 01.06 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته³. حيث من بين أهم القواعد التي يجب أن تأسس عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية احترام مبدأ الشفافية والمنافسة الشريفة التي تمثل أهم مظاهر تطبيق مبدأ الشفافية في العقود الإدارية وذلك من خلال علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية أي قاعدة الإشهار والإعلان. - الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.

- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية. وعلى هذا قمنا بالتحدث على مظاهر تطبيق مبدأ الشفافية في مبحثين الأول عند إبرام العقد أو الصفقة وخصصنا الثاني أثناء تنفيذ العقد.

المبحث الأول:

مظهر الشفافية في مرحلة تكوين العقد:

جاء قانون الصفقات العمومية ليكرس مبدأ الشفافية عند إبرام العقد وذلك في مجال إجراءات التعاقد ليجسد العمل بهذه القواعد التي تعد من قبيل النظام العام ولا يمكن مخالفتها وهذا لضمان المنافسة العامة بين المترشحين للصفقة دون إقصاء أو تعسف من جانب الإدارة ويتجلى تحقيق مبدأ الاتفاقية في إجراءات منح العقد أو الصفقة وحياد الإدارة خاصة في عملية الإعلان والإزامية بالنسبة للمناقصات أو المزادات وكذلك لأول مرة في النظام القانوني للصفقات العمومية وإدخال

¹ - بجري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، قانون دولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009 صفحة 34.

² - أنظر المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (الجريدة الرسمية العدد 50 المؤرخة في 2015/09/20)

³ - أنظر المادة 09 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في: 2006/02/20 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (الجريدة الرسمية العدد رقم 15 المؤرخة في: 2006/03/08).

العمل بإجراء المنح المؤقت وما يترتب عنه من حقوق للمترشحين للصفقة مثل الحق في الطعن والمعارضة لقرار المنح وهذا تجسيدا لمبدأ الشفافية بين الأطراف المتعاقدة¹

ولهذا فسوف نعرض أساليب إبرام الصفقات العمومية تحقيقاً لمبدأ الشفافية من خلال المناقصة كقاعدة عامة و ذلك في مطلب أول و التراضي كاستثناء من القاعدة في (مطلب ثاني).

وبالإضافة إلى ذلك فقد ألزم المشرع جهة الإدارة عند إبرام العقد الإداري بإتباع طرق وأساليب تعاقدية محددة لاختيار المتعاقد معها تتمثل في طريقة العطاءات في تنفيذ الأشغال والخدمات الفنية و طريقة التراضي²

المطلب الأول :

المناقصة كمظهر للشفافية:

تعتبر المناقصة أهم أسلوب لإتاحة الفرصة لقيام المنافسة بين الراغبين في التعاقد و أهم وسيلة لتمكين الإدارة من الحصول على أفضل عطاء وهذا إعمالاً لشفافية إبرام العقد بين الإدارة و الطرف المتعاقد معها و هذا ما سنبرزه في عرضنا لموضوع المناقصة بحيث نتناول تعريف المناقصة أولاً (فرع أول) ثم نتطرق لصور و أشكال المناقصة (الفرع الثاني) وفي الأخير نوضح الإجراءات التي تقوم عليها المسابقة (فرع ثابت) وفي خطوات تمر بها المناقصة بدءاً في الإعلان عن المناقصة إلى تسليم الأشغال³

الفرع الأول:

تعريف المناقصة:

المناقصة طريقة نظامية (خاصة لنظام معدد) لشراء سلعة أو خدمة تلتزم فيها الإدارة بدعوة المناقصين لتقديم عطاءاتهم.

(عروضهم) وفقاً شروط ومواصفات محددة⁴

حيث تلجأ الإدارة إلى المناقصة للحصول عما يلزمها من سلع أو خدمات. ومن المصلحة في هذه الحالة إبرام العقد مع من يقبل التعاقد بأقل مقابل ممكن ونظراً لأهمية هذه الطريقة في اختيار التعاقد فإن الإدارة كثير ما تلجأ إلى إتباعها.

ويلاحظ أن طريقة المناقصة العامة كانت تمثل هي وحدها القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية وكانت الممارسة تدخل في إطار الاستثناءات فجعلها المشرع في القانون الأخير مساوية للمناقصة ونقلها من الاستثناء إلى القاعدة⁵

لهذا فالمناقصة هي مجموعة من الإدارات تهدف في حملتها إلى دعوة الجمهور في الإشراف في العملة التي تطلقها الإدارة بقصد الوصول إلى المتناقص الذي يتقدم بأرض الأسعار للتعاقد وذلك إعمالاً وتحقيقاً للشفافية والنزاهة في التعاقد.

¹ -بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 35.

² - نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009 ص 342.

³ - عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العلمية للعقد الإداري، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، 2008-2009 ص 87.

⁴ - رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، الطبعة الأولى، دار المكتبي، 1999 ص 09.

⁵ - ماجد راغب الحلوي، العقود الإدارية بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، 2009 ص 69 وما بعدها.

وعرفت المادة 40 من المرسوم 15-247 بأنها "إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاهدين متنافسين معه تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استناداً إلى معايير اختيار العقد قبل إطلاق الإجراء".¹

الفرع الثاني:

أشكال المناقصة:

للمناقصة أشكال متعددة سواء كانت وطنية أو دولية ويمكن إجمالها فيما يلي:

(01)- المناقصة المفتوحة:

وهي المناقصة العامة التي تفتح مجال الاشتراك لعدد غير محدود من المناقصين وتتبع فيها إجراءات النشرة الرسمية بالإعلان في الصفحة الرسمية والصحف المحلية أو الخارجية، ويلجأ إلى هذا النوع من المناقصة عندما يتوقع أن يكون عدد المناقصين كبيراً² وعرفها بعد ذلك المرسوم التنفيذي 91-434 في المادة 24 منه بأنها " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل العروض"³.

ويعبر عنها باللغة الفرنسية بـ (appel d'offre ouvert)، وهو إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً⁴.

وهي تلك المناقصة التي يعلن عنها لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون تعيين. والمناقصة المفتوحة إما أن تكون مناقصة وطنية وإما أن تكون مناقصة دولية⁵

(02)- المناقصة المحدودة:

هي المناقصة التي يقتصر الاشتراك فيها على جهات أو أشخاص معروفين من حيث القابلية الفنية والمقدرة على تنفيذ أنواع معينة من الأعمال "موضوع التعاقد"⁶ ويكون التعاقد بطريقة المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة مع موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بدواتهم على أن شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة⁷

وهي ذلك الإجراء الذي لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمتريشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً وبذلك تكون مدة المناقصة قد تم الاعتراف فيها للإدارة بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة باعتبارها صاحب المصلحة⁸

¹ - أنظر المادة 40 من المرسوم 15-247.

² - رفيق يونس المصري المرجع السابق، ص 20.

³ - أنظر المادة 24 من المرسوم التنفيذي 91/434 المؤرخ في: 1991/11/09 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم - الجريدة الرسمية - عدد رقم 57 المؤرخة في: 1991/11/13.

⁴ - زواوي عباس، مداخلة بعنوان طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم 15-247.

⁵ - فيصل نسيغة: النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي/ العدد الخامس /جامعة محمد خيضر، بسكرة ص 115.

⁶ - فيصل نسيغة، المرجع نفسه 115.

⁷ - ماجد راغب الحلوة، العقود الإدارية، المرجع السابق 73.

⁸ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، بدون طبعة، دار جسر للنشر، الجزائر 2007 ص 104.

كما أنه إذا كانت طبيعة اللوازم والأشغال والخدمات لا تسمح بفتح باب المنافسة أمام الجميع فإنه يجوز للإدارة أن تحصر المناقصة بين فئة محدودة من المناقصين تتوفر فيهم المؤهلات التي يجب أن تتميز بها الأشغال أو المواد المطلوبة¹

03- الإستشارة الانتقائية:

عرفها المرسوم التنفيذي رقم: 91-434 بأنها " إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض هم المدعوون خصيصاً للقيام بذلك بعد انتقاء أولي"².

حيث تكفل هذه الطريقة من طرق التعاقد للإدارة صاحب الصفقة قدراً من الحركة تتمثل في الاعتراف لها بسلطة انتقاء المترشحين مسبقاً كمرحلة أولى ودعوتهم لتقديم عروضهم بحكم ما تملكه من معلومات عن هؤلاء العارضين وبحكم طبيعة الخدمة موضوع العقد³.

ويتم هذا النوع من المناقصة على مرحلتين هما:

أ- مرحلة الانتقاء الأولي للمترشحين:

تتولى فيها الإدارة بمجموعة من العارضين ممن تختارهم وتقدر فيهم أهميتها الخاصة أو مهاراتهم أو إمكاناتهم وتطلب منهم تقديم عروضهم.

ب- مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد (الإشارة الانتقائية):

تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى انتقاء أفضل عارض من بين أحسن العارضين الذين سبق تأهيلهم وقبولهم من المصلحة المتعاقدة⁴.

04- المزيدة:

تسلك الإدارة طريق المزيدة في إبرام العقود الإدارية المتعلقة ببيع الأشياء التي تستغني عنها الإدارة أو التي ينقر ببيعها وفقاً للقانون وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المترشحين الوطنيين والأجانب المقيمين في الجزائر⁵

فالمزيدة تقيد الإدارة تقيد الإدارة في اختيارها للعارضين بمراعاة تقديم أقل الأثمان وهذا ما يعني التقيد بالمعيار المالي وحده وإهمال بقية المعايير الأخرى⁶

5- المسابقة:

عرفتها المادة 30 من المرسوم التنفيذي 91-434 بأنها إجراء يجعل رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على مظاهر تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة⁷

وما يؤخذ على هذا التعريف فإن المسابقة تم قصرها فقط عن رجال الفن أي الأشخاص الطبيعيين دون سواهم مما يمس بأهم مبدأ ألا وهو حرية المنافسة العامة والمساواة بين المتعاملين المتقدمين للطلبية العمومية.

¹ - يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، تعليم إداري أعمال وعقود إدارية، الطبعة الثانية، 1998، ص 472.

² - أنظر المادة 28 من المرسوم التنفيذي 434/91.

³ - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 17.

⁴ - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 18.

⁵ - فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص 115.

⁶ - زواوي عباس، المرجع السابق.

⁷ - أنظر المادة 30 من المرسوم التنفيذي 434/91.

لذلك كان أفضل لو جاء النص بالصيغة التالية "المسابقة هي إجراء يضع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين في منافسة"¹

06- أشكال طلب العروض في أحكام المرسوم 15-247:

- نصت المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 سواء كانت وطنية أو دولية ويمكن إجمالها:
- * طلب العروض المفتوح.
 - * طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
 - * طلب العروض المحدود.
 - * المسابقة²

أ- طلب العروض المفتوح: (appel d'offre ouvert):

عرفته المادة 43 من المرسوم 15-247 بأنه "إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً"

ب- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: (appel restreint d'offre):

عرفته المادة 44 من المرسوم 15-247 بأنه "كل إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء لتقديم تعهد ولا يتم إنتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة.

ج- طلب العروض المحدود: (consultation sélective):

عرفتها المادة 45-46 بأنه إجراء يكون لاستشارة انتقائية يكون المترشحون الذين تم انتقائهم الأولي من قبل مدعويين وخدمهم لتقديم تعهد. وتضيف الفقرة 4 من المادة 45 بأنه يجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية إلا عن طريق مرحلتين وإما عن مرحلة واحدة مع بيان المتطلبات وكيفيات الانتقاء الأولي بصورة تبعد الإدارة من دائرة التهمة والشك.

د- المسابقة: (concours):

عرفتها المادة 47-48 وهو الإجراء الذي يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة³

الفرع الثالث:

إجراءات المناقصة تكريس لمبدأ الشفافية:

يتجلى تحقيق الشفافية في إجراءات منح الصفقة وديا الإدارة في عملية الإعلان والزاميته بالنسبة للمناقصة.

أولاً: الإعلان:

يقصد بالإعلان إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة ومكان و زمان إجراء أي شكل من أشكال المناقصة⁴

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق 112.

² - أنظر المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247.

³ - أنظر المواد 43-44-45-46-47-48 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ - مسعي أنور، مبادئ الصفقة العمومية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة ضمن نيل شهادة الماستر قانون إداري، جامعة تبسة 2014/2015 ص

فإذا رغبت المصلحة المتعاقدة في التعاقد فإن أول خطواتها هي الإعلان عن شروط العقد ويعد هذا الإعلان بمثابة توجيه الدعوة للراغبين في التعاقد، فقد حرص القضاء الإداري في مصر على تكييف الإعلان كدعوى للتعاقد إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ: 1967/12/02 بما يلي: " إن إعلان الإدارة عن إجراء المناقصة أو المزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بمعاملات ليس إلا دعوى للتعاقد"¹ وهذا الإعلان ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة من شأن إعلان النتائج على النحو الذي فرضه القانون. أو يحقق شفافية في تعاملات الإدارة وحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المقدمين لنشاط موضوع المناقصة بحيث لا يكون التعاقد في أي منها حكراً على شخص أو أشخاص محددين بذواتهم² وهذا ما نصت عليه المادة 61 حيث يكون اللجوء إلى الانتهاء الصحفي إلزامياً في الحالات التالية:

- * طلب العروض المفتوح.
- * طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنياً.
- * طلب العروض المحدود.
- * المسابقة.
- * التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء³

1- الإعلان إجراء شكلي جوهري:

يعتبر الإشهار الصحفي وفق هذا النحو إجراء شكلياً جوهرياً تلزم الإدارة بمراعاته في جميع أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة، الوطنية أو الدولية⁴ ونظراً لأهمية الإعلان لكون أن المناقصة لا تتم إلا به وأن التعاقد لا يتم كقاعدة عامة إلا بإتباع أسلوب المناقصة بما يؤدي إلى نتيجة مفادها أن لا تعاقد حاصل عام دون إعلان⁵ وقد فصل المشرع في قواعد الإعلان وهذا بموجب المادة 65 " يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وباللغة 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"

يمكن إعلان طلبات العروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعاً لتقدير إداري على التوالي مائة مليون دينار جزائري (100.000.000 دج) أو يقل عنها وخمسين مليون دينار جزائري (50.000.000 دج) أو يقل عنها أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية: * نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين وإلصاق طلب العروض في المقرات المعنية.

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، القاهرة 1991 ص 246.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر، الجامعة الإسكندرية 2007 ص 182.

³ - أنظر المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ - مسعي أنور، المرجع السابق، ص 28.

⁵ - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 32.

* الولاية.
* لكافة بلديات الولاية.
* لغرف التجارة والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة للولاية.
* للمديرية التقنية للولاية¹
ومن الملاحظ أنه لم يتم الإشارة إلى طريقة النشر الإلكترونية رغم أهميتها من الناحية العملية وانتشارها في كثير من الدول كوسيلة فعالة للإعلان.
وبهذه القواعد جسد المشرع بحق القواعد الأساسية في التعاقد فلم يكتفي بإلزام الإدارة اللجوء كأمل عام لأسلوب المناقصة بل فرض نشر الإعلان بلغتين على الأقل أحدهما باللغة الوطنية وأن ينشر مرتين على الأقل في الجرائد اليومية الوطنية بالإضافة للنشرة الرسمية للصفقات العمومية.
ومن النص أعلاه يتضح لنا أن المشرع فرض اللجوء للإشهار بنشر إعلان المناقصة بأشكالها المختلفة وهذا يفتح فرصة المنافسة أمام جميع العارضين ويجسد مبدأ علانية وشفافية الصفقة².

(02)- محتوى الإعلان:

يشترط المرسوم الرئاسي 15-247 أن يتضمن الإعلان بيانات إلزامية حددها وضبطها في نص المادة 62 حيث يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض عن البيانات الإلزامية التالية:
* تنمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
* كيفية طلب العروض.
* شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
* موضوع العملية.
* قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
* مدة تحضير العروض.
* إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.
* تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض.
* ثمن الوثائق عند الاقتضاء³.
وبغرضه لهذه البيانات في كل إعلان مناقصة أيا كان شكلها يكون المشرع قد كفل للمعنيين بالمنافسة عن الصفقة فرصة المشاركة وهذا بإطلاعهم عن الجهة المعنية بموضوع الخدمة، نوع المناقصة، مجال المشاركة وآجالها، الوثائق المطلوبة والكفالة وبذلك جسد مرة أخرى مبدأ الشفافية والمساواة بين المتنافسين⁴.

¹-أنظر المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247.

²- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق 145.

³- أنظر المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع نفسه، ص 116.

وإذا بادرت الإدارة المعنية بنشر الإعلان للمناقصة بالكيفية المذكورة سلفاً تعين عليها تمكين المعنيين من دفتر الشروط للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد وهذا من باب إضفاء الشفافية والوضوح عن قواعد المنافسة بين مختلف العارضين¹.

وما يترتب عن إلزامية الإعلان بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم احترامها للأشكال الجوهرية هو بطلان المناقصة برمتها وهو ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي حين حكم ببطلان المزاد إذ لم يتم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون وهي اللصق على اللوحات المخصصة لذلك².

ولا يترتب البطلان إلا إذا تمت مخالفة إحدى الأشكال الجوهرية المقررة أساساً لمصلحة الأفراد كضمان قانوني لفائدتهم أما الإجراءات الغير جوهرية فلا يترتب عنها البطلان كحالة حدوث خطأ في الأرقام أو الأخطاء الحسابية من السهل أن ينتبه إليها المترشح³.

ثانياً: إجراءات المنح المؤقت للصفقة: 1- الإجراءات السابقة للمنح المؤقت:

بعد مرحلة الإعلان عن المناقصة، تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف أي مؤسسة أو مترشح يسمح لها بتقديم العروض، كل الوثائق المتعلقة بالصفقة مع إمكانية إرسالها إلى المترشح الذي يطلبها، وبعد إطلاعهم على هذه الوثائق يقوم المترشحون بتقديم عطاءاتهم من أجل الظفر بالصفقة.

أ- تقديم العروض:

وتعرف العطاءات بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقاً للمواصفات المطروحة في الصفقة⁴ (01). ويجب أن تقدم العروض طبقاً لدفتر الشروط والمواصفات التي تحددها المصلحة المتعاقدة سلفاً وترد هذه الشروط عادة في دفاتر تسمى بـدفاتر الشروط ونحها قانون الصفقات العمومية وهي ثلاثة أنواع⁵.

* دفتر البنود الإدارية:

يتضمن هذا الدفتر مجمل الأحكام المطبقة على جميع صفقات الأشغال العامة والتوريد المبرمة من قبل المصالح المتعاقدة والموافق عليها بموجب قرار وزاري مشترك. وهناك نوعين من دفاتر الشروط العامة هما:
- دفاتر الشروط الإدارية العامة: المتعلقة بصفات التوريد المبرمة من قبل الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات والدواوين العامة.
- دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال والتي تضمنها القرار الصادر بتاريخ: 1964/11/21¹.

¹- بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 38.

²- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق 249.

³- بحري إسماعيل، المرجع نفسه، ص 38.

⁴- بحري إسماعيل المرجع نفسه، ص 39.

⁵- عمار بوضياف الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق 117.

* دفاتر التعليمات المشتركة:

تحدد هذه الدفاتر الأحكام والترتيبات التقنية المطبقة على جميع التي هي من نوع واحد، سواء كانت صفقات أشغال أو توريدات أو خدمات، يتم التصديق عن هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعني ولا يمكن أن يتضمن هذا النوع من الدفاتر أي خروج عن أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة.

* دفاتر التعليمات الخاصة:

تحدد هذه الدفاتر على وجه الدقة الشروط الخاصة بكل صفقة إن دعت الضرورة إلى تضمينها بعض الاستثناءات عما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر التعليمات المشتركة فيجب أن يعبر عن ذلك بشكل صريح لا يدع مجالاً لأي احتجاج لاحق². ويجب أن يشمل العروض طبقاً لنص م 67 من المرسوم 15-247 على ملف الترشيح وعرض تقني وعرض مالي.

= عرض تقني: ويتضمن ما يلي:

- تصريح بالاككتاب.
- كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني (مذكرة تقنية تبريرية وكل وثيقة مطلوبة تطبيقاً لأحكام المادة 78 من هذا المرسوم).

- كفالة تعهد تعد حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 من هذا المرسوم.
- دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على العبارة "قرئ وقبل" مكتوبة بخط اليد.

= عرض مالي: ويتضمن ما يلي:

- رسالة تعهد.
- جدول الأسعار بالوحدة.
- تفصيل كمي وتقديري.
- تحليل السعر الإجمالي والجزافي³.
- ترسل الظروف المشتملة على العروض عن طريق البريد المضمون مع اللم بالوصول، غير أنه يمكن النظر في دفتر الشروط على الترخيص بتسليمها في جلسة عمومية أو بإيداعها في صندوق مخصص لهذا الغرض⁴.

ويبقى فيما بعد المتقدم ملزماً بعرضه في لحظة تقدمه لغاية البث فيه من قبل لجنة فحص العطاءات فلا يستطيع سحبه ولا تعديله إلا إذا قررت المصلحة المتعاقدة عكس ذلك⁵.

(02)- فحص العطاءات:

أسندت مهمة فحص العروض إلى لجنتين هما لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض.

¹ - بحري إسماعيل المرجع نفسه، ص 40.

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق 117.

³ - أنظر المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247..

⁴ - بحري إسماعيل المرجع السابق 40. سليمان محمد الطماوي المرجع السابق 281.

⁵ - سليمان محمد الطماوي المرجع نفسه 281.

أ- لجنة فتح الأظرفة:

ضماناً لمبدأ الشفافية الذي كرسه المرسوم الرئاسي 247/15 فقد أسندت عملية فتح الأظرف إلى لجنة مختصة وهذا حسب المادة وتتمثل مهام هذه اللجنة فيما يلي:

- * تثبت صحة تسجيل العروض.

- * تعد قائمة المترشحين المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- * تعد الوثائق التي يتكون منها كل عرض.

- * توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرف المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.
- * تحرير المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة والمقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- * تقترح على المصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء في محظر الإعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم¹

إن دور لجنة فتح الأظرفة يكمن في شقين:

1- دور إعدادي:

تعد لمرحلة لاحقة وهي مرحلة التقييم، غير أنها تملك سلطة إبعاد أي ملف ل تتوفر فيه الشروط المعلن عنها.

2- دور استشاري:

يتجلى فيما تبديه من ملاحظات وتحفظات يرد ذكرها في المحضر².

ب- لجنة تقييم العروض:

نص قانون الصفقات العمومية تحدث لكل مصلحة متعاقدة لجنة تقييم العروض وهذا من أجل تحليل وتقييم كل العروض المقدمة وصولاً لأمن العارضين لمنحه الصفقة من جهة واستكمالاً لتناسق عمليات الرقابة المقدمة وصولاً لأمن العارضين لمنحه الصفقة من جهة واستكمالاً لتناسق عمليات الرقابة الداخلية من جهة أخرى ولكي لا تنقطع سلسلة الضمانات التي أوجدها المشرع في مجال إبرام العقود الإدارية ثم إحداث مثل هذه اللجان على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وقد أفاد نفس عن أنا مسؤول هذه الأخيرة يتولى تعيين أعضائها من غير لجنة فتح الأظرفة وهذا لتنافي العضوية في اللجنتين معا والذين يتم اختيارهم من أشخاص مؤهلين من ذوي الكفاءة والخبرة. وتتولى هذه اللجنة تحليل العروض وبدائل العروض عند الاقتضاء من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية وبالتالي فإن المشرع قيد حرية المصلحة المتعاقدة بإحداث لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض في إطار ما يعرف بالرقابة الداخلية على عملية إبرام الصفقات العمومية وهذا في ضامنه على مطابقة الصفقات المبرمة بما فيه ضمانة للعارض المتعهد بحيث تتم عملية فتح الأظرفة ثم دراستها وتحليلها في جو من الشفافية والحياد علاوة عن ذلك فإن

¹ - أنظر المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق 293.

قرارها خاضعة لرقابة القضاء كضمان إضافي، وكل ذلك بهدف الوصول إلى أفضل عرض تحقيقاً لما يقتضيه الصالح العام الذي هو مناط كل عقد تبرمه الإدارة¹.

(II) - المنح المؤقت وإرسال الصفقة:

إن المصلحة المتعاقدة ليست لها حرية مطلقة في عملية الاختيار والبت النهائي في العروض إذ يجب عليها التقيد في هذه المرحلة بجملة من الثوابت والضوابط تحددها سلفاً وتعلن عنها². عملاً بنص المادة 65 ف1 يندرج منح الإعلان المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها الإعلان، طلب العروض عندما يكون ذلك ممكناً مع تحديد السعر وأجال الإنجاز بكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية.

وكل هذا تطبيقاً لنصوص القانون والتي تقيد بوجوب تخصيص المصلحة المتعاقدة الصفقة للمؤسسة التي تعتقد أنها قادرة على تنفيذها مهما كانت كيفية الإبرام المقررة لهم ولن يتأتى ذلك إلا بالتأكد من قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية حتى يكون اختيارها لهم سديداً، ولقد جاء التنظيم الأخير للصفقات العمومية ليكرس مبدأ شفافية وهذا لإدراجه لإجراء المنح المؤقت للصفقة بعد إتمام إجراءات فحص العروض وانتقائها واختيار أفضل متعاقد فيصدر قرار منح مؤقت لهذه الصفقة التي رست عليه في انتظار إتمام إجراءات هذا التصديق و الاعتماد والرقابة الخارجية عن طريق عرض الصفقة على لجنة الصفقات المختصة³.

بذلك يكون قد أضيف قرار المنح المؤقت عن إبرام الصفقات العمومية شفافية أكثر بإعلان الفائز مؤقتاً بالصفقة وهذا بالرغم من أن بعض الجهات تعتبر إجراء المنح المؤقت وجهاً آخرًا للبيروقراطية باعتباره لا يدعو أن يكون اختياراً مؤقتاً من قبل المصلحة المتعاقدة ولا يكون نهائياً إلا بعد مرور قرار اعتماده من الجهة المختصة⁴.

المطلب الثاني:

التراضي كمظهر لتكريس مبدأ الشفافية:

تبين لنا من خلال ما تم دراسته من أحكام المناقصة أن هذا الأسلوب هو القاعدة بما يكفل به حق المشاركة لكل المترشحين وعلى الرغم من أن قانون الصفقات العمومية بنصه عن عدة أشكال للمناقصة (طلب العروض) قد أتاح للإرادة هامشاً معتبراً حرية اختيار الرف المتعاقد وهذا ما قد دفع بالمشروع إلى الاعتراف بنوع من الحرية في اختيار المتعاقد في حالات وظروف معينة لا تكون فيها المناقصة مجدية وهو ما يعرف اصطلاحاً بأسلوب التراضي "le gré a gré" وذلك كمظهر لمبدأ الشفافية⁵.

¹ - بحري إسماعيل، المرجع السابق 44.

² - بحري إسماعيل، المرجع نفسه، ص 45.

³ - أنظر المادة 65 ف 1 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ - مسعي أنور المرجع السابق، ص 34.

⁵ - بحري إسماعيل المرجع السابق، ص 22.

الفرع الأول:

تعريف التراضي:

هو إجراء يسمح للمصلحة المتعاقدة بالتفاوض مع المؤسسات أو الموردين الذين تراه أن التعاقد معهم مجدياً بدون الدعوة الشكلية إلى المنافسة وبهذا يستفيد من الصفقة المترشح الذي تراه كفواً لذلك¹.

وقد عرفته المادة 41 من المرسوم 247/15 بأنه " إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"².

كذلك يعتبر إجراء التراضي إلزامي عندما تستند الصفقة إلى معامل أجنبي في إطار تنفيذ عقود حكومية مشتركة وذلك في الصفقات الدولية التي يكون موضوعها اقتناء لوازم (صفقات توريد) أو إنجاز أشغال (صفقات الأشغال العمومية أو تقديم خدمات)، تتم طبقاً لإجراءات التراضي³. وقد حدد نظام الأشغال الحكومية الجهة الإدارية المختصة في تنفيذ الأشغال عن طريق التفاوض (التراضي) وفي مجلس الوزراء والأمناء العاميين للوزارات⁴.

الفرع الثاني:

أشكال التراضي:

أولاً: التراضي البسيط:

هو إحدى أشكال التراضي يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس لتقوم مباشرة باختيار المتعاقد بعد أن تتفاوض معه، فهو إبرام الصفقة دون اللجوء إلى إقامة المنافسة⁵. ولقد أكد المشرع عن الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط فأراد بهذا التأكيد عن التراضي صورته البسيطة بعد استثناء استثنائية التراضي بصفة عامة بما يؤدي إلى تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اعتماده⁶ (02).

ومن حالات اللجوء إلى التراضي البسيط وهي مذكورة في المادة 49 من المرسوم 247/15 عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا عن طريق يد معامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو ثقافية وفنية توضح بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

* في حالة الاستعجال الملح والمعلل بوجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم.

* في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية.

* عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعاً إستراتيجياً.

* عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج.

¹- بفكار اسيا، الإشهار في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماستر في الحقوق، تنظيم إداري، جامعة العربي التبسي 2015/2014 ص 88.

²- أنظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247.

³- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2004/2003 ص 79.

⁴- نواف كنعان، المرجع السابق 344.

⁵- قدوج حمامة، المرجع نفسه، ص 11.

⁶- بن دعاس، سهام المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية باجي مختار - عنابة 2005.

* عندما يمنح نص تشريعي وتنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا¹

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة:

هو إجراء كشكل من أشكال المنافسة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية للإشهار² فالتراضي بعد الاستشارة أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام إحدى صفقاتها وذلك بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصا فتقوم بعرض موضوع الصفقة المتفق إبرامها على المؤسسات المتخصصة بواسطة الوسائل المكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في المناقصة³

فقد جاء في نص المادة 51 من المرسوم 15-247 حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

* عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

* في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.

* في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

* في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب العروض.

* في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية⁴

بالإضافة إلى ذلك يجب أن ينشر المنح المؤقت للصفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة ويعد هذا الالتزام أهم الآليات التي تكرر مبدأ الشفافية وهو من النقاط التي جاء بها المشرع، أما التراضي البسيط فلا تلزم المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان المنح المؤقت نظرا للطابع الخاص لأسلوب التراضي البسيط⁵

المبحث الثاني:

تطبيق الشفافية أثناء تنفيذ العقد.

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذ العقد وينجم عن هذا القرار آثار قانونية بالنسبة للإدارة المتعاقدة وكذا المتعامل الحائز على الصفقة بحيث ينتج عن تنفيذ الصفقة تولد آثار تتمثل في حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف⁶.

¹ - أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² - قدود حمامة، المرجع السابق 118.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دون طبعة، جبور للنشر والتوزيع، الجزائر 2011 ص 118.

⁴ - أنظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁵ - بفكار آسيا، المرجع السابق 60.

⁶ - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 66.

فكرة حماية المصلحة العامة والحفاظ على الأموال العامة هي التي أعطت النظام القانوني أصالته وأدت إلى خلق مجموعة من الحقوق والالتزامات متميزة وهذا تجسيدا لشفافية التنفيذ في مجال العقد المبرم بين طرفي العقد.¹

لذا أوجب علينا البحث الدراسة لتحديد ماهية الضمانات المتوفرة في مرحلة تنفيذ الصفقة وإتمامها. حيث يتم التطرق أولاً إلى الضمانات الواردة عن المصلحة المتعاقدة بالألفاظ إلى كونها الطرف الأقوى في الصفقة (مطلب أول) والضمانات المفروضة من ناحية أخرى عن المتعامل المتعاقد لفائدة المصلحة المتعاقدة (مطلب ثاني)

المطلب الأول:

الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة

يتمتع المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة بجملة من الضمانات في شكل حقوق وهذا حسب دفتر الشروط الصفقة التي تم إيرادها بينهما والتي تتضمن معظمها وقد اتفق الفقه عن أن للتعاقد حقوقاً أوسع مما ينص عليه العقد على أساس تحقيق العدالة والشفافية في التنفيذ.

لذلك يمكن تصنيف التزامات الإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذ العقد أو الصفقة العمومية إلى نوعين رئيسيين هما:

-التزامات مستمدة مباشرة من العقد مثل الالتزام بدفع الثمن أو المقابل المادي للمتعامل المتعاقد.

-التزامات لا يكون العقد مصدرها وإنما قررها القضاء الإداري للمتعاقد وذلك نظير الامتيازات الاستثنائية التي نمتع بها المصلحة المتعاقدة (إعادة التوازن المالي للعقد).²

الفرع الأول ضمانات التسوية المالية للعقد (الصفقة).

يمكن تصنيف الضمانات الواردة عن المصلحة المتعاقدة من زاوية مكافأة المتعامل المتعاقد عن تنفيذه لموضوع العقد (الصفقة) إلى نوعين هما:

1- ضمانات دفع المقابل المالي المنصوص عليه في العقد.

2- ضمانات تعويض خسائر المتعامل المتعاقد.³

¹ - حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1997، ص

156.

² -بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص67.

³ -بحري إسماعيل، المرجع نفسه، ص68

أولاً: حق المتعامل المتعاقد في إقضاء المقابل:

إن الحق الأول والأساسي للمتعاقد هو الحصول عن المقابل المتفق عليه في الصفقة والغالب أن يستحق المقابل بعدم تقديم الأداء من جانب المتعاقد وكفالة منه لهذا الحق فقد نص قانون الصفقات العمومية عن وضع آليات لعملية الدفع وكذا الآجال تحقيق هذه العملية ضماناً من المشروع لحقوق المتعامل المتعاقد، ويعرف الثمن أو السعر عن أنه ذلك المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد مع الجهة الإدارية نظير ما يقدم لها من سلع وخدمات أو أشغال.

ويلاحظ أن الشروط الخاصة بالناحية المالية في الصفقة هي شروط تعاقدية تفاوتية على العموم وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع تعديلها أو نقضها إلا بموافقة الطرف الآخر.¹

وهذا تجسيدا وتحقيقاً لشفافية التنفيذ في العقود الإدارية بين الأطراف المتعاقدة.

والأصل في العقود الإدارية أن دفع المقابل المالي للمتعاقد لا يكون إلا بعد تنفيذ التزاماته التعاقدية ذلك لأن الإدارة لا تدفع للمتعاقد معها أيًا مقابل مالي إلا مقابل خدمات أو أعمال أو لوازم قدمت فعلاً وهذا ما يمكن الشفافية أثناء التنفيذ في الصفقات العمومية وتطبيقاً لهذا الأصل فإنه يفترض ألا يدفع ثمن اللوازم للمتعهّد إلا بعد تنفيذ العقد وتسليم اللوازم للإدارة المستفيدة وفقاً للشروط والمواصفات²

وتنص المادة 96 من المرسوم 15-247 "بدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

-بالسعر الإجمالي الجزافي

-بناءً عن قائمة سعر الوحدة

-بناءً عن نفقات المراقبة

-بسعر مختلط.³

و الأصل أن المقابل المالي في العقد يتسم بطابع الاستقرار و الثبات؛ لأن المتعاقد مع الإدارة يجدد عند التعاقد المقابل الذي يطلب مقابل ما يقدمه للإدارة ويحقق به التوازن المالي للعقد⁴

ثانياً: آليات دفع الثمن:

¹ - ما جد راغب الحلو، القانون الإداري، الدار الجامعية الجديدة ، الاسكندرية 2006، ص496.

² - نواف كنعان، المرجع السابق، ص366.

³ - أنظر المادة 96 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية المرجع السابق، ص174.

يخضع الحصول على المقابل المالي لقاعدة عامة أساسية وهي أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها إلا بعد إنجاز موضوع العقد أو الصفقة سواء القيام بالخدمة أو تسليم التوريدات المطلوبة.¹

وفي هذا المجال وتخفيفاً من صرامة هذا المبدأ وبما أن صفقات اللوازم والأشغال تتطلب في أكثر الأحيان تمويلاً معيناً وعبئاً مالياً قد لا يستطيع الفرد تحمله لوحده في اكتمال التنفيذ حيث اعتبر قانون الصفقات العمومية أن التسوية المالية للصفقة تتم بالشيكات أو الدفع على الحساب وبالتسوية على رصيد الحساب وهي الكيفيات التي سنتعرض لها تبعا:

1-التسبيق:

تعد التسبيقات تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن الصفقة، وتعرف على أنها مبالغ مالية تدفع من قبل الإدارة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل أداء وتنفيذ الخدمة.

وهو نوعين: وذلك حسب نص المادة 111 من المرسوم الرئاسي 15-247: تسمى تسبيقات الحالة

أ-تسبيق جزافي: يحدد نسبة اقصاها خمسة عشرة في المائة (15%) من السعر الأولي للصفقة.

ب- عن التموين: إذا أثبتوا حيازتهم عقود أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة.م 113 من المرسوم الرئاسي 15-247.²

2-الدفع عن الحساب:

نصت عليه المادة 109 ف2 «الدفع عن الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة.»

ومنه فهو تسوية جزئية لمبلغ الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل لها.³

كذلك للدفع على الحساب أنواع وهي:

أ)الدفع عن الحساب على إثر القيام بعمليات جوهرية.

ب)الدفع على الحساب على التموين بالمنتوج.

ج)الدفع على الحساب على أساس دفع الأعباء الاجتماعية.¹

¹ - لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري الطبعة الأولى، لباد، الناشر، 2004، ص443.

² أنظر المواد 109-111-113 من المرسوم الرئاسي 15-247.

³ - أنظر المادة 109 ف2 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3-التسوية على رصيد الحساب:

عرفتها الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي 15-247 «هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها² وتتخذ صورتين:

أ-التسوية على رصيد الحساب المؤقت:

ولا يمكن تطبيق هذه التسوية إلا إذا نصت عليها الصفقة وهي ترمي لدفع المبالغ المستحقة للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتفق عليها على اقتطاع ما يلي:

-اقتطاع الضمان المحتمل.

-الغرامات المالية التي تبقى عاتق المتعامل عند الاقتضاء

الدفعات المتعلقة بالتسبيقات والدفع على الحساب بمختلف أنواعها والتي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد.

ب) التسوية على رصيد الحساب النهائي.

وذلك من خلال تسديد رصيد الحساب: حيث يتوقف التسديد النهائي ثمن الصفقة على تمام انجاز العمل الذي تم التعاقد من أجله البحث تقوم الإدارة بمعاينة العمل المنجز أو السلعة الموردة، وتأكد من مطابقة ذلك العمل أو تلك السلعة لشروط العقد.³

ثالثاً: التعويض المحتمل:

ان الإدارة إذا تسببت في احداث ضرر للمتعاقد المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض ولا يتأتى له ذلك غلا بإعمال المسؤولية المدنية للإدارة المتعاقدة فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب الإدارة (المصلحة المتعاقدة) بمناسبة تنفيذ بنود العقد فيلزم عندئذ بالتعويض وفي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المتخصص وهذا تجسيدا وتحقيقا لشفافية التنفيذ الجيد للعقود الإدارية.⁴

¹- بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص70.

²- أنظر المادة 109 الفقرة الأخيرة في المرسوم الرئاسي 15-247

³-بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص71.

⁴-عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص166.

وقد يستحق المتعاقد التعويض لتعرضه أثناء تنفيذ العقد لصعوبات مادية إستثنائية غير متوقعة عند إبرام العقد ويقوم التعويض في هذه الحالة على أساس العقد المشترك للمتعاقدين.¹

ومنه فالالتزام الإدارة المتعاقدة بدفع التعويضات المحتملة مصدره إما العقد وبالتالي إثارة المسؤولية التعاقدية أو القانون وبالتالي أعمال قواعد المسؤولية الإدارية.

1-التعويض بناء على مسؤولية الإدارة التعاقدية:

هناك حالات يستحق فيها المتعامل المتعاقد تعويضاً من جهة المصلحة المتعاقدة وفقاً لبند العقد على تنفيذ التزامها ومما يضمن تمتعه بالحقوق والإميازات التي خولها له القانون وهذا ما يحقق الشفافية في هذه العقود. ومن بين أهم تلك الحالات:

أ-المسؤولية العقدية: مثالها: عدم تقديم التسهيلات التي التزمت بها إلى المتعاقد ليبدأ في تنفيذ العملية في عقود الأشغال العامة أو عقود التوريد لمدة غير معقولة ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية الإدارة العقدية عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد.

ب-حالة قيام المتعامل المتعاقد بأعمال إضافية: منها حيث الإثبات يترتب على المتعامل المتعاقد من وقوع الضرر الناتج عن خطأ ارتكبه المصلحة المتعاقدة بواسطة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالي يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية للإدارة المتعاقدة معه.²

2-التعويض على أساس القوة القاهرة:

وهي حدث غير متوقع خارجي مستقل في إدارة المتعاقدين ومن شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً.

وتبعاً لذلك يشترط لتطبيق هذه النظرية ثلاثة شروط:

-أن يكون الحادث خارجياً أو أجنبياً في إدارة المتعاقدين

-يجب أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن توقعه وقت إبرام العقد

-أن يكون الحادث مستحيل الدفع، ويؤدي إلى أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً.³

بناء على ماتم ذكره من التزامات الإدارة المتعاقدة بضمان حق المتعامل المتعاقد في إقتضاء السعر المتفق عليه وكذا التعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية من خلال إثارة المسؤولية المدنية

¹ -ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص176.

² -بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص72.

³ - هيثم حلیم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2015، ص59.

بإدارة فإنه يترتب عن المصلحة المتعاقدة ضمانا هاما لصالح المتعامل المتعاقد وهو مراعاة التوازن المالي للعقد.

الفرع الثاني:

ضمانات مراعاة التوازن المالي للعقد:

يعد التوازن المالي للعقد الإداري من أهم الخصائص الذاتية للنظرية العامة للعقود الإدارية وهو توازن يهدف إلى إقامة تعادل نسبي شريف بين الالتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها لتمكين الأخير من تنفيذ التزاماته التعاقدية على خير وجه ولتطبيق القضاء الإداري فكرة التوازن المالي الإداري خلال نظريات ثلاث يحكم من خلالها بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة عند اختلال التوازن المالي للعقد دون خطأ الإدارة.¹

أولاً: نظرية فعل الأمر: يقصد بفعل الأمر كل عمل مشروع صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة بوصفها سلطة عامة دون خطأ من جانبها يضر بالمتعاقد معها ويؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد.

وحتى نكون بصدد فعل الأمر لا بد من تحقيق الشروط الآتية.²

أ- أن يكون متنه عقد من العقود الإدارية وهذا أمر طبيعي مامنا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تمتاز بطابع خاص يفرقها عن عقود القانون الخاص.

ب- أن يكون الإجراء من أعمال السلطة العامة سواء كان إجراء تشريعياً أو إدارياً.

ج- أن يكون الإجراء المتخذ مشروعاً إذ أن الأمر لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ فإن صدر العمل عن المصلحة المتعاقدة وكان غير مشروع جاز للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء.

د- أن يسبب الإجراء للمتعاقد ضرراً حقيقياً وليس إحتمالياً من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة ولولم يكن الضرر على جانب كبير من الجسامه.³

ه- أن يكون لإجراء غير متوقع وقت التعاقد. وهي أن لا يكون أي من طرفي التعاقد (الإدارة أو المتعاقد معها) أو على الأقل المتعاقد مع الإدارة متوقفاً للإجراء الصادر عن الإدارة⁴

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة:

¹-نواف كنعان، المرجع السابق، ص366 وما بعدها.

²- حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي (الفيديك- اليونسترال) دراسة مقارنة، دون طبعة دار النهضة العربية القاهرة 2010، ص314.

³-بجري إسماعيل، المرجع السابق، ص77.

⁴-حازم بيومي المصري، المرجع نفسه، ص315.

تختلف الظروف الطارئة عن فعل الأمير فإذا طرأت حوادث استثنائية خارجية لم يكن في الوسع توقعها وترتيب عن حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً وللمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع بامتلاك كل اتفاق على خلاف ذلك.¹

وقد تعددت التعريفات التي ساقها الفقهاء وكذلك القضاء الإداري حول هذه الظروف غير متوقعة ليست من صنع الإدارة المتعاقدة.²

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الآتية:

1- أن يطرأ بعد التعاقد ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه: وقد يمثل هذا الأمر في إجراء عام تتخذه إحدى سلطات الدولة.

2- أن يخل الظرف الطارئ بالتوازن المالي للعقد إخلالاً من شأنه أن يجعل تنفيذه مرهقاً بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة.

3- أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً عن المتعاقد مع الإدارة وليس هناك ما يمنع من تطبيق النظرية إذا كان الظرف من فعل الإدارة المتعاقدة.

4- ويشترط أخيراً لإمكان تطبيق هذه النظرية أن يستمر المتعاقد رغم الظروف الطارئ في تنفيذ العقد وذلك حرصاً على احترام مبدأ دوام سير المرافق العامة الذي من أجله أقام القضاء نظريته الطارئة نفسها.³

ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

إن هذه النظرية من خلق قضاء مجلس الدولة الفرنسي بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لمخاطرة تنفيذ التزاماته التعاقدية.

ونقد عقود الأشغال العممة هي المجال الخصب لتطبيق تلك النظرية، ومرد ذلك للطبيعة المادية للصعوبات المتطلبة لتطبيق النظرية، فضلاً عن أن طبيعة تلك العقود تستلزم تنفيذها على فترات زمنية طويلة.⁴

وتتجلى شروط تطبيق هذه النظرية فيما يلي:

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 110.

² - حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص 120.

³ - ماجد راغب الحلوي، المرجع السابق، ص 185 وما بعدها.

⁴ - هيثم حليم الغازي، المرجع نفسه، ص 156.

- 1- يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية: وهي ترجع في أغلب الأحيان والحالات إلى ظواهر طبيعية.
- 2- أن لا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد الأطراف: يفترض أن لا يكون مصدرها فعل الإدارة المتعاقدة فإذا كانت بفعلها أو بسبب تدخلها وجب تعويض المقاول على أساس خطئها إن كانت قد أخطأت كما يشترط أن لا يكون المتعاقد مع الإدارة قد تسبب هو الآخر بخطئه أو عدم تبصره في وجود هذه الصعوبات أو في عدم الإحاطة بها وقت التعاقد.
- 3- يجب أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة عند إبرام العقد: لا يستحق التعويض إلا إذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقاً للظروف التي إبرم فيها العقد.¹
- 4- أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع إستثنائي بحث: بحيث أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة والتي صادفها المتعاقد مما يمكن إعتباره من المخاطر العادية أو الإستثنائية.
- 5- أن تؤدي الصعوبات المادية إلى الإخلال باقتصاديات العقد. حيث يجب لتحقيق هذه النظرية أن يؤدي وقوع الصعوبات المادية إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد وليس مجرد صعوبات بسيطة لما هو مطلوب من المتعاقد تنفيذه.²

المطلب الثاني:

الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد.

سبقت الإشارة إلى أن دفاतर الشروط للصفقة أو العقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد هي المحددة ما لكل طرف من حقوق وما عليه من إلتزامات إلى جانب تلك الشروط المفترضة في العقود الإدارية والتي يجب احترامها حتى ولو لم تضمن كبند صريح في بيانات أو عقد الصفقة فالمصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتوخى الدقة في صفقاتها المبرمة لأنها تتعلق بالمرافق العامة والتي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام وإصرار في كل الأوقات.

ومن هذا المنطلق منحت الإدارة سلطات وحقوق إستثنائية في مواجهة المتعاقد معها إذ تستطيع بمقتضاها أن تباشر حق الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة وأن تقوم بتنفيذ شروط الصفقة وفسخها وإنهائها بإرادتها المنفردة.

وعليه يتوجب على المتعامل المتعاقد أن يفي بالالتزامات والمهام المسندة إليه بموجب الصفقة المتعاقد عليها وهذا تحقيقاً وتكريساً لشفافية حسن التنفيذ للعقد.¹

¹ - سليمان محمد الطاوي، المرجع السابق، ص721-723.

² - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص93.

وبعد ما تمت دراسة أهم ضمانات المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة سنتناول ضمن هذا المطلب الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد بغرض معرفة المركز القانوني له من خلال التطرق لصنفين وهي متمثلة في:

*ضمانات التنفيذ المالي (الفرع الأول)

*ضمانات التنفيذ التقني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضمانات التنفيذ المالي.

تحرص المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية منذ البداية وفي المقام الأول على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقدر مالياً أي صاحب الكفالة المالية وكذا كفاءات استرجاعها حسب الحالة في دفتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة.²

وتتمثل هذه الضمانات على الخصوص:

*نظام الكفالة

* الضمانات ذات الطبيعة الحكومية

*ضمانات مالية مختلفة متمثلة في:

-إقتطاعت حسن التنفيذ

-إقتطاعات الضمان.³

أولاً: الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة:

لقد جاء تعريف الكفالة في نص المادة 644 من القانون المدني على أنها «عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه»⁴

وتعتبر الكفالة تقنية بسيطة وسهلة في تكوينها بحيث لا تتطلب أية شكل محدود ما عدا شرط الكتابة لأجل الإثبات وتمثل فائدة قانونية لجميع الأطراف وذلك باعتبارها وسيلة للضمان وهذا بفضل تدخل البنوك والمؤسسات المصرفية لتمويل المشاريع ومن خصائص عقد الكفالة:

¹ - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 95.

² - المرجع نفسه، ص 96.

³ - المرجع نفسه، ص 97.

⁴ - انظر المادة 644 من القانون رقم 05.07 المؤرخ في 251 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 2007/05/13 الجريدة الرسمية رقم العدد 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

- 1) عقد رضائي: ينعقد بمجرد تراضي بين الدائن والكفيل ولا يشترط فيه أية شكل خاص.
 - 2) عقد تابع لوجود التزام أصلي: أي التزام بين الدائن والمدين لكي يركز عليه وتقدم على ضمان الوفاء به ولا يمكن للكفالة أن تتجاوز الأصل.
 - 3) عقد ملزم بجانب واحد: الأصل الكفيل هو من يلتزم بعقد الكفالة لضمان تنفيذ التزام يقع على عاتق الشخص المدين إزاء الطرف الدائن في العقد.¹
- ولقد نص المرسوم الرئاسي 15-247 على أنواع الكفالة على كفالة رد التيقات وكفالة من التنفيذ وذلك طبقاً لنص م 110 ف2 والمادة 130² إضافة إلى كفالة الضمان...

ثانياً: أدوات تنفيذ نظام الكفالة:

- نظراً لأن نفقات الحوالة تذهب في شكل صفقات وجب إعطاء دور فعال للبنوك إذ تعتبر الموارد الأساسية في منح الضمانات لمختلف أنواعها وصندوق ضمان الصفقات العمومية.
- 1) البنوك: إن النظام المصرفي يستوجب منح بنك الجزائر سلطات حقيقية في ميدان تنظيم ومراقبة القرض والوصول إلى منافسة فعلية بين البنوك وعلى هذا الأساس صدر أمر ينظم النقد والقرض. وذلك من أجل مساعدة التطهير المالي للمؤسسات³
 - 2) صندوق ضمان الصفقات العمومية: يسمح هذا الصندوق لأصحاب الطلبات والصفقات العمومية مايلي:
 - الحصول على الكفالات أو الضمانات التي تسمح لهم بالمساهمة في انجاز الصفقات العمومية.
 - الاستفادة من التسبيقات التعاقدية المخصصة لتغطية النفقات المقررة في إطار انجاز الصفقات والطلبات العمومية.
 - الحصول على الضمانات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة...⁴

¹ - سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل للطباعة والنشر تزي وزو، 2004، ص19.

² - أنظر المادة 110، الفقرة 02، و 130 من المرسوم الرئاسي 15-247.

³ - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص107.

⁴ - أنظر المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي بالرقم 98-67 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية (الجريدة الرسمية عدد رقم 11 المؤرخة في 1998/03/01).

ثالثاً: الضمانات المالية الأخرى:

نص قانون الصفقات العمومية على مجموعة من الضمانات المالية تشكل حقوقاً للمصلحة المتعاقدة في مرحلة التنفيذ وتتمثل في:

1- الضمانات الخاصة: وذلك من خلال أن تشرط الإدارة مثلاً تقديم كفالة أو الاستئجار إلى كفيل شخصي أو إلى هيئة تأمين ويمكن للإدارة كذلك أن تنص في دفتر الشروط عن ضمانات أخرى استثنائية حتى تتمكن من تنفيذ العمل الذي توكله إلى المتعاقد معها.

2- الضمانات ذات الطبيعة الحكومية: تسمح هذه الضمانات للمصلحة المتعاقدة من توفير الحماية اللازمة لأي طارئ قد يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعامل الأجنبي من خلال التزام الهيئات العمومية وتتبع العمومية بدفع المتعامل الأجنبي للوفاء بالتزام مع تعويض الضرر الحاصل بفعل سوء التنفيذ.¹

3- اقتطاعات حسن التنفيذ: وهي من بين أهم الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد بحيث يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ بهذه الاقتطاعات في حالة ما إذا نص دفتر الشروط على ذلك.

4- اقتطاع الضمان: هو عبارة عن إجراء يتضمن قيام المصلحة المتعاقدة بمناسبة كل عملية تسوية على رصيد الحساب المؤقت للمتعامل المتعاقد باقتطاعات محتملة من المبالغ المستحقة لهذا الأخير لأجل ضمان الديون التي يمكن أن تترتب عليه لفائدة المصلحة المتعاقدة.

الفرع الثاني:

ضمانات التنفيذ التقني للصفقة.

يجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجب مجموع وثائق العقد ولن يدفع عنه هذا الالتزام إلا القوة القاهرة لأنه التزام هذا هو الأثر العام والأساسي وهو يعكس القوة الالتزامية لتنفيذ الصفقة.

وبما أن تنفيذ العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص يخضع لبدأ الشفافية من أجل رعاية المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام فإن المتعامل المتعاقد ملزم بأداء شروط الصفقة المتعاقدة عليها؛ لأنه الأقدر والأنسب على ذلك.²

أولاً: حالة التنفيذ العادية: وتتمثل في:

¹-بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص109.

²- المرجع نفسه، ص110.

- 1- الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد، باعتبار أن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول ومن ثم فإن المتعامل المتعاقد ملزم بتنفيذ الشخصي للصفقة.
- 2- أداء الخدمة حسب الكيفيات والشروط المتعاقد عليها، فالمتعامل المتعاقد ينفذ التزاماته وفق ما وردت في نصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ الأعمال.
- 3- الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سلمية وعناية تامة، فالمتعامل المتعاقد عليه أن يبذل عناية تامة في تنفيذ التزاماته التعاقدية بما يجعل الأعمال المنفذة من قبله تنسجم مع الغرض الذي ينفذ من أجله.¹
- 4- احترام الأجل الازمة: فالمتعامل المتعاقد ملزم باحترام الأجل المحددة في الصفقة وخاصة آجال تنفيذ موضوع العقد من الناحية الفنية.
- 5- الضمان العشري: يكون بعد استسلم النهائي للصفقة تترتب على المتعامل المتعاقد مسؤولية مدنية تسمى بالضمانات العشرية في مجال تنفيذ الأشغال كونها تغطي مرحلة ممتدة إلى 10 سنوات.

ثانياً: حالة التنفيذ غير العادي:

يحرص المتعامل المتعاقد على أداء الصفقة التي أبرمها على أحسن وجه إلا أنه قد تحدث أو تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمرًا صعبًا إن لم يكن مستحيلًا في بعض الأحيان وتتمثل هذه القوة القاهرة.

1) تطبيقات القوة القاهرة: تمثل أهم تطبيقاتها في:

- أ: حالة الظواهر الطبيعية: السيول- العواصف- الفيضانات- الجفاف غير العادي.
- ب- حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدة وذلك من خلال ما إذا كانت الصعوبات التي تواجه التنفيذ غير متوقعة والقاضي هو من يقدرها.
- ج-: تأخر وإخلال المقاولين أو المفهدين من الباطل.
- د: الحوادث وفعل الغير:
- ه: حالة الاضراب فهو مثال نموذجي لحدث كثيرًا ما طلبت بشأنه المبادئ المتعلقة بالقوة القاهرة ويجب أن يتوفر شروطًا تعتبر من قبيل القوة القاهرة
- أن يكون الاضراب فعلاً حدثًا خارجيًا غير متوقع.

¹-بحري إسماعيل المرجع السابق، ص110.

-أن يكون الاضرار قد أوجد وضعاً يصعب تجاوزه.

-أن يكون الاضرار حدثاً خارجياً عن المتعاقد.

و-الحروب: ذلك من خلال ما تحمله من خراب من قبيل القوة القاهرة.¹

2- آثار القوة القاهرة:

إذا توفرت الشروط الثلاثة الخاصة بالقوة القاهرة بترتيب عند حدوث الفعل أو الحادث الخب اعترض المتعاقد أثناء تنفيذ العقد إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية كما أن الإدارة لا تستطيع أن توقع أي جزء من الأجزاء الإدارية المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير فيه ويستطيع المتعاقد أن يطلب من القضاء الحكم بفسخ العقد.

والإعفاء الذي ترتبه نظرية القوة القاهرة يقتصر على الالتزام الذي أصبح تنفيذه متحيزاً بسبب القوة القاهرة وأثناء الوقت الذي تمت فيه مدة الحالة.

أما إذا تبين أن أثر القوة القاهرة مؤقت في هذه الحالة يكون أثره القوة القاهرة موقوف بالفترة التي توجد فيها وتمنع التنفيذ فإذا زال الحديث القاهر رجع التزام المتعاقد بالتنفيذ²

ويعني المصلحة المتعاقدة توقيع الجزاءات إذا ما قصر المتعامل المتعاقد في كيفية أداء التزامه سواء امتنع عن تنفيذ سواء إمتنع عن تنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أجل غير محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة المتعاقدة³

ومن هنا يظهر مجال أعمال وتطبيق مبدأ الشفافية أثناء تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة والصفات العمومية بصفة خاصة.

¹-بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص113-114.

²- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص61.

³- بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص115

خلاصة الفصل الثاني:

في ختام الفصل نصل إلى أن تكريس مبدأ الشفافية في العقود الإدارية بصفة عامة يلزم العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأنه عملية اختيار المتعامل المتعاقد الأجدر لأخذ الصفقة من خلال وسائل واضحة ومجردة وعن طريقة إجراءات يغلب عليها طابع الشفافية والوضوح عند لحظة إعلان الصفقة العمومية في الجرائد الوطنية أو كافة وسائل الإعلام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية أو الوسائل التي تلزم بها المصلحة المتعاقدة من إتباعها عند إعلانها عن الصفقة وبعد عملية الإعلان تأتي مرحلة تقديم العطاءات خلال المدة القانونية التي يتم تحديدها في إعلان الصفقة والمكونة من عرضين تقني ومالي بين تنظيم الصفقات العمومية محتواها وكيفية دراستها عن طريق لجنتين فتح الأظرفة وتقييم العروض اللذان يعتبران من أهم إجراءات تكريس مبدأ الشفافية في العقود الإدارية وبعد مرحلة فحص العطاءات تأتي مرحلة المنح المؤقت للصفقة يتم فيها تقديم الطعون من قبل المتعهدين ويأتي بعدها مرحلة إرساء الصفقة على المتعامل الذي قدم أفضل عرض هذا عندما تكون أمام إجراء المناقصة أما الإجراء الاستثنائي وهو التزامي بنوعيه البسيط والتزامي بعد الاستشارة الانتقائية اللذان يعتبران عن الإجراءات التي يضعف فيها مبدأ الشفافية في الصفقة إجراءاتها التي لقت عدة تعديلات خلال السنوات الأخيرة وهذا لإضفاء شفافية أكثر عليها أما في مرحلة تنفيذ الصفقة وإتمامها فقد حرص المشرع على ضبطها من حيث تحديد الواجبات الملقاة على كل طرف من العقد لا سيما المتعامل المتعاقد فقد نظم المشروع أهم حقوقه.

كما حدد التزامات المتعامل المتعاقد إزاء الإدارة المتعاقدة باعتبارها ضمانات أساسية لحسن تنفيذ بنود الصفقة المتفق عليها مسبقاً وهذا ضماناً وتجسيداً لمبدأ الشفافية في مجال العقود الإدارية.

في ختام هذا الفصل نصل إلى أن تكريس مبدأ الشفافية في العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة في مرحلة الإبرام هو النظام الذي يمكن من خلاله تقديم العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار المتعامل المتعاقد الأجدر لأخذ الصفقة من خلال وسائل واضحة ومجردة وهنا طريق إجراءات يغلب عليها طابع الشفافية والوضوح منذ لحظة إعلان الصفقة العمومية في الجرائد وكافة وسائل الإعلام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية أو الوسائل التي تلزم بها المصلحة المتعاقدة من إتباعها عند إعلانها في الصفقة وبعد عملية الإعلان تأتي مرحلة تقديم العطاءات خلال المدة القانونية التي يتم تحديدها في إعلان الصفقة والمكونة من عرضين تقني ومالي بين تنظيم الصفقات العمومية محتواها وكيفية دراستها عن طريق لجنتين فتح الأظرفة وتقييم العروض اللذان يعتبران من أهم إجراءات تكريس مبدأ الشفافية في العقود الإدارية وبعد مرحلة فحص العطاءات تأتي مرحلة المنح المؤقت للصفقة يتم فيها تقديم الطعون من قبل المتعهدين ويأتي بعدها مرحلة إرساء الصفقة على المتعامل الذي قدم أفضل عرض، هذا عندما نكون أمام إجراء المناقصة أما الإجراء الاستثنائي وهو التزامي بنوعية

البسيط والتراضي بعد الاستشارة الانتقائية اللذان يعتبران من الإجراءات التي يضعف رفيها مبدأ الشفافية في الصفقة لتعقيد إجراءاتها التي لقيت عدة تعديلات خلال السنوات الأخيرة وهذا لإضفاء شفافية أكثر عليها.

أما في مرحلة تنفيذ الصفقة وإنهائها فقد حرص المشرع على ضبطها من حيث تحديد الواجبات الملقاة على كل طرف في العقد لا سيما المتعامل المتعاقد فقد نظم المشرع أهم حقوقه، كما حدد التزامات المتعامل المتعاقد إزاء الإدارة المتعاقدة باعتبارها ضمانات أساسية لحسن تنفيذ بنود الصفقة المتفق عليها مسبقاً وهذا ضماناً وتجسيدا لمبدأ الشفافية في مجال العقود الإدارية.

الخاتمة:

لا شك أن الشفافية في مجال العقود الإدارية من خلال شتى مظاهرها سواء في مجال تكوين العقد الإداري أو حتى عند تنفيذه نجدها تعطي دعائم المصداقية والنزاهة في مجال الإدارة العامة بما يحقق الثقة لدى المتعاملين مع الإدارة أو حتى الإدارة فيما بينها، فلا يمكن تصور اقتصاد وتنمية في ظل إدارة فاسدة ولا تمنح المتعاملين معها نفس الحقوق وفقا لمبدأ تكافؤ الفرص وهو من المبادئ الراسخة في القانون الإداري

فإذا كان أطراف العقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم ويخضعون لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإن الأمر يختلف بالنسبة لعقود الإدارة التي تبرم من قبيل أشخاص القانون العام قصد تسيير مرفق عام ويهدف المشروع من وراء تقييد سلطة الإدارة إلى ضمان تعاقد السلطة الإدارية مع جهات تتوافر لديها الكفاءة للتعاقد من الناحيتين المالية والفنية و هذا لا يتأتى إلا من خلال ضمان مبدأ المساواة والشفافية بين المتقدمين للتعاقد.

فضلا على ما يحققه مبدأ الشفافية للمصلحة العامة وحماية المال وتكريسه لمبدأ المساواة و تكافؤ الفرص بين طرفي العقد، علاوة على أن العقد الإداري يمنح الإدارة حق ممارسة امتيازات السلطة العامة ولضمان عدم تعسف هذه الأخيرة في استعمال هذه الامتيازات ألزم المشرع الإدارة ببعض القيود والضوابط التي تحد من حريتها في التعاقد واختيار المتعامل المتعاقد معها ومن أهم القيود التي تحد من حريتها الإدارة إلزامها بإتباع الإجراءات التي رسمها لها القانون الاختيار المتعاقد وتحديد طرف إبرامها للصفقات العمومية وحصرها في المناقصات والتراضي.

هذه الإجراءات يجب حتما أن تخضع لمبدأ الشفافية، ولهذا نجد التقارير الدورية حول معدلات الشفافية عبر العالم التي تضع في الحسبان أداء الإدارة في مجال النشاط الإداري وبالأخص العقود الإدارية فضلا عن نشاط الأمم المتحدة في مكافحة الفساد.

ومن خلال موضوع دراستنا هذه حاولنا اثبات مدى توافر الشفافية في مجال العقود الإدارية بحيث تتبعنا مظاهر الشفافية خلال تكوين العقد وخلال تنفيذه.

فالقاعدة العامة في التعاقد هي إتباع إجراء المناقصة وذلك لأهميتها في اختيار المتعاقد مع الإدارة تجسيد الشفافية الإجراءات في هذه العقود.

وتتخذ المناقصة أشكالا عديدة مناقصة وطنية او مناقصة دولية هذا وقد حدد المشرع الجزائري على سبيل الحصر الأشكال والأنواع التي يمكنه أن تلجأ عليها الإدارة في التعاقد وهي المناقصة المفتوحة (طلب العروض المفتوح) المناقصة في حد ذاتها قد تكون وطنية

يقتصر الإعلان عنها داخل الوطن فقط وقد تكون دولية يسمح بالمشاركة فيها للجميع ويتم الاعلان عنها داخل وخارج الوطن.

وتحقيقا لمبدأ الشفافية فإن عملية اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة تمر عبر عدة مراحل بدءا من مرحلة الدعوة إلى التعاقد عن طريق الإعلان عن المناقصة إلى إرساء المناقصة وكل هذه المراحل تحتاج إلى تجنيد موظفين مختصين لمتابعة كل هذه المراحل.

والعقود الإدارية عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص ترتيب بعد إبرامها وأثناء التنفيذ مجموعة من الآثار على كل طرفي العقد حيث تنشأ حقوق والتزامات متبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها وحقوق الإدارة تعتبر التزامات بالنسبة للمتعاقد معها والتزامات الإدارة هي حقوق معها كما يرتب العقد آثار بالنسبة للغير أو المشفعين إلا أن الامتيازات المخولة للإدارة أكثر بكثير مما يتمتع به المتعاقد معها ويرجع ذلك إلى أن العقود تخضع لقواعد استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وتتمثل فيما تملكه الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وبالتالي فإن الامتيازات المخولة للإدارة أكثر بكثير مما يقتنع به المتعاقد معها وذلك يعود إلى طبيعة العقد الإداري والأهداف التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها ومن أهم الامتيازات المخولة للإدارة حق الرقابة والتوجيه وهو حق ثابت لها ولم يوجد نص عليه في العقد ، و اساس هذا الامتياز هو مقتضيات سير المرفق العلم بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة.

وامتداد العقود الإدارية إلى الغير يعود إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية لارتباطها بالمرفق العامة فهي تتم أغلب الأحيان بين شخصين غير متساويين الإدارة كسلطة عامة والأفراد بحيث تهدف الإدارة بتعاقدتها إلى تحقيق نفع عام وذلك يستلزم رقابة فعالة على العقود الإدارية.

كما جاء أيضا تنظيم الصفقات العمومية لتحقيق الفاعلية والنجاعة في إبرام الصفقات مع أحسن المتعاملين فنيا وماليا، لذلك حرص المشرع الجزائري على مسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية وكل ما تطلبه المصلحة العامة بكثيرة التعديلات التي ألحقها بتنظيم الصفقات والتي تعكس ارادة الدولة الصارمة في محاربة الفساد وتفعيل روح المنافسة الشريفة والإجراءات الشفافة التي تضمن المنح العادل للصفقة.

1 النتائج

ومن خلال دراستنا لمبدأ الشفافية في العقود الإدارية توصلنا النتائج والتي نوجزها فيما يلي:
-شفافية الإجراءات تضمن فعالية الطلبات العمومية وحسن استعمال الأموال العمومية ورشادة استغلالها..

-طرق إبرام العقود الإدارية (الصفقة العمومية) المتمثلة في أسلوبين أساسيين هما:
أسلوب طلب العروض أو المناقضة كقاعدة للتعاقد وأسلوب التراضي باستثناءات.
وهو ما يجسد أكثر الشفافية.

-إضفاء قرار المنح المؤقت على إبرام الصفقات وإمكانية الطعن فيه قضائيا شفافية أكثر
بإعلان الفائز مؤقتا بالصفقة.

مبدأ الشفافية الية من اليات الوقاية من الفساد من خلال تشديد المشروع في قانون الفساد
على التذكير بأهم مبادئ والأحكام بين قانون الفساد وتنظيم الصفقات العمومية.

-مبدأ الشفافية يحقق النزاهة في مجال الوظيفة العامة بحيث تضع مبادئ حاجزا مانعا من
امكانية استغلال الموظف لوظيفه

ورغم التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون الصفقات العمومية ، إلا أن هذا
الأخير يحتاج إلى إعادة النظر لأن عملية اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة. بقيت -دائما-
معقدة جدا حيث تبدأ بالإعلان عن المناقصة إلى إبرام العقد وهذا يستغرق وقتا طويلا لإتمام
هذه الإجراءات وقد يترتب عليها استغراق نفس المدة التي تستغرقها عملية الإنجاز أو أكثر.

2 التوصيات

-أشير في الأخير إلى أنني حاولت في هذا البحث التعرض بقدر الإمكان لمجمل القضايا
التفصيلية المتعلقة بمبدأ الشفافية في العقود الإدارية وقد خلصت من هذا البحث للتوصيات
الآتية:

-إضفاء الشفافية على الظروف التي تمر بها العقود الإدارية بصفة عامة وتبسيط
إجراءاتها.-سن قوانين صارمة لمكافحة الرشوة من خلال إجراءات ملموسة مخصصة
للتشييد التدريجي لنظام وطني للنزاهة والشفافية.

-تكثيف الرقابة على الصفقات العمومية وتوقيع عقوبات صارمة على كل مساس بالمال
العام.

-أن لا يخضع منح الصفقات العمومية لاعتبارات ذاتية وحسابات شخصية.

-محاولة تجسيد أكبر لمبدأ الشفافية في الصفقة العمومية في إجراء التراضي.

-اعتماد التصريح بالنزاهة والشفافية في تنظيم الصفقات العمومية والواقع العملي.

وفي الأخير أرجو أن يكون بحثي هذا قد ألم بمختلف جوانب الموضوع وأرجو أن أكون قد أفدتكم ولو بنظرة بسيطة حول مختلف جوانبه.

قائمة المصادر والمراجع.

أولاً: الكتب.

- 1- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله محمد أحمد حسب الله وهاشم الشاذلي، ج5، دون طبعة، 1984، دار المعارف.
- 2- أحمد عبد التواب، محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التسيير، دون طبعة، دار النهضة العربية، 1997.
- 3- أحمد فتحي أبو كريم، الشفافية والقيادة في الإدارة الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، 2005.
- 4- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.
- 5- حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي (الفيديك، اليوسترال) دراسة مقارنة، دون طبعة، دار النهضة العربية القاهرة، 2010.
- 6- حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1997.
- 7- جمال عبد العزيز العثمان، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة، دون طبعة، 2010، دار النهضة.
- 8- رفيف يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، الطبعة الأولى، دار المكتبي، 1999.
- 9- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر، الجامعة الإسكندرية، 2007.
- 10- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دون طبعة، دار النهضة، بدون تاريخ.
- 11- سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، 2004.
- 12- عبد الله حسين على محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي دراسة مقارنة بين دولة الإمارات العربية والدول الأجنبية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية 2002.
- 13- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر، الجامعة الإسكندرية، 2007.

قائمة المصادر والمراجع

- 14- عصام أحمد البهجي الالتزام بالشفافية والإفصاح في الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي، الطبعة الأولى، 2013، المكتب الجامعي الحديث، 2014.
- 15- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، دون طبعة، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2011.
- 16- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر دون طبعة، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2007.
- 17- فضل منذر، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية الطبعة الأولى دار آراس للطباعة والنشر العراق، 2006.
- 18- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، 2004.
- 19- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 20- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 21- ناصر لباد، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، لباد، الناشر، 2004 .
- 22- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- 23- وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دون طبعة، دار النهضة 1993.
- 24- هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
- 25- يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج1، التعليم الإداري، أعمال وعقود إدارية، الطبعة الثانية، 1998، دون نشر، دون تاريخ.

ثانياً: النصوص التشريعية:

- 1- القانون رقم 05/ 07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428هـ الموافق ل 13/ 05/ 2007م الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13 ماي 2007 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.
- 2- القانون رقم 01/ 06 المؤرخ في 20/ 02/ 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 08/ 03/ 2006.

ثالثا: النصوص التنظيمية:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجريدة الرسمية رقم 50 في 20/09/2015.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تضييم الصفقات العمومية المعدل والمتمم الجريدة الرسمية رقم 57 المؤرخة في 13/11/1991.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم 67/98 المؤرخ في 21/02/1998 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية الجريدة الرسمية رقم 11 المؤرخة في 1/03/1998.

رابعا: الرسائل والمذكرات:

(أ) الدكتوراه:

- 1- تغريد عبد الحميد أبو المكارم، رسالتها، الالتزام بالإعلام في عقود نقل التكنولوجيا، جامعة عين شمس، 2007.
- 2- عليوات ياقوتة تطبيقات النظرية العلمية للعقد الإداري، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، في القانون العام، 2008-2009.
- 3- فارس بن علواش بن بادي السبيعي، دور الشفافية والمسائلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية، رسالة مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية كلية الدراسات العليا، 2010.

(ب) الماجستير:

- 1- بحري إسماعيل الضمانات في مجال الصفقات العمومية مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق قانون دولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة الجزائر، 2008-2009.
- 2- بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، باجي مختار عنابة، 2005.
- 3- خالد سعد برهم الحشاش، درجة تحقق الشفافية لدى مديري مديريات التربية والتعليم بمحافظة غزة وعلاقتها بأداء العاملين فيها، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في كلية التربية قسم أصول التربية 2014.
- 4- ساجي فاطمة، الشفافية كأداة للتسيير المالية العامة، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، 2010.
- 5- نعيمة محمد حرب، واقع الشفافية الإدارية في الجامعات الفلسطينية بقطاع غزة، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في إدارة الأعمال الجامعة الإسلامية كلية التجارة، 2011.

ج) الماستر:

- 1-أيوب لعمودي، دور الشفافية والمسائلة في الحد من الفساد الإداري، في القطاعات الحكومية الجزائر، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماستر في التنظيم الإداري كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013.
- 2-بفكار آسيا الإشهار في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماستر في الحقوق تنظيم إداري، جامعة العربي التبسي، 2015.
- 3-لمياء بن زهرة، آثار بطلان العقد عند الغير مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة ليسانس في الحقوق قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2014.
- 4-مسعي أنور، مبادئ الصفقات العمومية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري مذكرة مقدمة ضمن شهادة الماستر قانون إداري جامعة تبسة 2015.

خامسا: المنشورات.

أ) المجلات:

- 1-فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها مجلة الإجتهد القضائي العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- 2-هادي محمود، أسس الشفافية الإدارية وعلاقتها بمكافحة الفساد الإداري، مجلة الإدارة والإقتصاد، العدد الحادي والسبعون، 2008.

ب) الملتقيات:

- 1-بوضياف مليكة الإدارة بالشفافية الطريق للتنمية والإصلاح الإداري جامعة قاصدي مرباح ورقلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، الملتقى الوطني، حول إشكالية الحكم الراشد في إدارة الجماعات المحلية الإقليمية يومي 13/12 ديسمبر 2010.
- 2-جميل أحمد وسفير محمد، تجليات حوكمة الشركات في الإرتقاء بمستوى الشفافية والإفصاح، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، يومي 07/06 ماي 2012.

ج) المقالات:

- 1-زواوي عباس، مداخلة بعنوان طرق وأساليب ابرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15.
- 2- عمر محمد الدعجة، مداخلة بعنوان حق الحصول على المعلومات ودوره في تحقيق الشفافية الإدارية.
- 3-محمد لموسخ، مداخلة بعنوان دور منظمة الشفافية الدولية في مكافحة الفساد.

و: مواقع الانترنت:

1- أحمد السيد الكردي، مداخلة بعنوان الإدارة بالشفافية الطريق للتنمية والإصلاح الإداري، محرك البحث قوقل، بتاريخ 2017/05/16، على الساعة، 01:30 .

الفهرس:

الصفحة	الفهرس
أ - هـ	مقدمة
30- 10	الفصل الاول : ماهية الشفافية
11	المبحث الاول : مفهوم الشفافية
11	المطلب الاول : تعريف الشفافية
11	الفرع الأول : المقصود بالشفافية
15	الفرع الثاني: خصائص الشفافية
16	المطلب الثاني: تمييز الشفافية عن بعض المصطلحات المتشابهة
16	الفرع الاول : الشفافية و الإفصاح
17	الفرع الثاني : الشفافية و النصيحة
19	الفرع الثالث : الشفافية و التبصير
20	الفرع الرابع : الشفافية و الإعلام
21	الفرع الخامس : الشفافية و الإدلاء بالمعلومات
22	الفرع السادس: الشفافية و الإعلان
23	الفرع السابع : الشفافية و التعاون
25	المبحث الثاني : أهمية الشفافية في مجال العقود الإدارية و فوائد تطبيقها
25	المطلب الأول : أهمية الشفافية
26	الفرع الاول : تدعيم ركن الرضا في العقد
26	الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف
27	الفرع الثالث : تلافي أسباب بطلان العقد
27	الفرع الرابع: تحقيق التضامن و التعاون
28	المطلب الثاني : فوائد تطبيق الشفافية
30	ملخص الفصل الأول
59-32	الفصل الثاني : مظاهر تطبيق مبدأ الشفافية في العقود الإدارية
32	المبحث الاول : تطبيق الشفافية في مرحلة تكوين العقد
33	المطلب الاول : المناقصة كمظهر للشفافية
33	الفرع الأول : تعريف المناقصة
34	الفرع الثاني : صور و اشكال المناقصة
36	الفرع الثالث: إجراءات المناقصة

42	المطلب الثاني: التراضي كمظهر للشفافية
43	الفرع الاول : تعريف التراضي
43	الفرع الثاني: أشكال التراضي
44	المبحث الثاني: تطبيق الشفافية أثناء تنفيذ العقد
45	المطلب الأول : الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة
45	الفرع الاول : ضمانات التسوية المالية للعقد
50	الفرع الثاني: ضمانات مراعات التوازن المالي للعقد
52	المطلب الثاني : الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد
53	الفرع الاول : ضمانات التنفيذ المالي
55	الفرع الثاني: ضمانات التنفيذ التقني
58	ملخص الفصل الثاني
61	الخاتمة.....
65	قائمة المراجع
71	ملخص الدراسة
72	الفهرس

ملخص الدراسة:

تعتبر الشفافية أحد أهم دعائم الالتزامات في مجال العقود الإدارية في عصرنا الحالي بل وتعد التطور الطبيعي للكثير من الالتزامات التي اجتهد الفقه والقضاء في إرساء مبادئها باعتبارها تقدم حلول واقعية لمشكلات قائمة في المجتمع العملي الذي تمثل الإدارة ونشاطها أساس التنمية في الدولة.

فنجدها تؤدي إلى تحقيق الرضا المستتير في مجال العقود كما تؤدي إلى حماية الطرف الضعيف في العقد عن طريق توفير المعلومات بإضافة إلى تلاقي أسباب بطلان العقود

كما أن الشفافية تؤدي إلى تحقيق التضامن والتعاون بين طرفي العقد لما يعود بالفائدة على الطرفين.

وبالتالي فإن تكريس مبدأ الشفافية في العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة في مرحلة الإبرام هو النظام الذي يمكن من خلاله تقديم العطاءات أو الموردين من التأكد بأن عملية اختيار المتعامل المتعاقد الأجدر لأخذ الصفقة من خلال وسائل وإجراءات يغلب عليها طابع الشفافية والوضوح منذ لحظة إعلان الصفقة العمومية في الجرائد الوطنية أو كافة وسائل الإعلام المنصوص عليها.

وبعد مرحلة الإعلان تأتي مرحلة تقديم العطاءات خلال المدة القانونية التي يتم تحديدها في إعلان الصفقة والمتكونة من عرضين تقني ومالي وكيفية دراستها عن طريق لجنتي فتح الاظرفة وتقييم العروض اللذان يعتبران من أهم إجراءات تكريس مبدأ الشفافية وبعدها تأتي مرحلة المنح المؤقت للصفقة يتم فيها تقديم الطعون من قبل المتعهدين ويأتي بعدها مرحلة إرساء الصفقة هذا عندما تكون أمام إجراء المناقصة

أما الإجراء الاستثنائي فهو التراضي بنوعية البسيط والتراضي بعد الاستشارة الانتقائية اللذان يعتبران من الإجراءات التي يضعف فيها مبدأ الشفافية لتعقيد إجراءاتهما التي لقيت عدة تعديلات خلال السنوات الأخيرة وهذا لإضفاء شفافية أكثر عليها.

أما في مرحلة تنفيذ الصفقة وإنهائها فقد حرص المشرع على ضبطها من حيث تحديد الواجبات الملقاة على كل طرف من طرفي العقد فقد حدد المشرع أهم حقوقهم كما نظم التزاماتهم باعتبارها ضمانات أساسية لحسن تنفيذ العقد المتفق عليه مسبقا وهذا تكريسا لمبدأ الشفافية.