جامعة امحمد بوقرة. بومرداس-

كلية الحقوق. بودواو.

المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص قانون عام معمق

إعداد الطالبة: قرماش أمال

إشراف الأستاذة الدكتورة: قدوج حمامة

لجنة المناقشة

الأستاذ بعوني خالد أستاذ محاضر"ب" جامعة امحمد بوقرة بومرداس.....رئيسا

الأستاذة قدوج حمامة أستاذة محاضرة "ب" جامعة امحمد بوقرة بومرداس.....مقررا و مشرفا

الأستاذة شرفي صفية أستاذة مساعدة"أ" جامعة امحمد بوقرة بومرداس.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2015/2014

إهداء

باسم الله الرحمان الرحيم

و الصلاة والسلام على أشرف المرسلين

ليس لي في هذا المقام إلا أن أشكر ربي ذو الجلال والإكرام الذي يسرنا لما يحبه و يرضاه ، فالحمد لله الذي فضّلنا بفضله و جعلنا خاصته في حسن توفيقه و نسألك اللهم أن تجعلنا من المحدثين بآلائه و نعمه.....آمين يا رب العالمين.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أمي، أبي، و إخوتي كل باسمه

كما أهديه إلى أعز الصديقات: طاوس، سهام ، فوزية.

أهديه إلى أغلى غالي من حفر اسمه في العقل و الوجدان.

أهديه إلى الأم الجامعة الكبيرة الجزائر الحبيبة

أمال

مقدمة

مقدمة:

تلجأ الإدارة العمومية في سبيل تحقيق أهدافها المتمثلة أساسا في الاضطلاع بأعباء الخدمة العمومية وتلبية حاجيات الجمهور إلى نوعين من الأعمال القانونية، قد تتخذ صورة العمل الانفرادي الصادر بالإرادة المنفردة لها وهو ما يظهر في صورة القرار الإداري.أو تتخذ صورة العمل الإتفاقي بدخولها في علاقات وروابط تعاقدية، تتجلى هي الأخرى في صورة عقود إدارية تحتل مكانة هامة في سلم النشاط الإداري، أين تظهر فيه الإدارة بمظهر السلطة العامة، إذ تتمتع بامتيازات سلطات وحقوق لا نظير لها ما يجعلها في مركز أسمى من مركز المتعاقد معها.

تعد الصفقة العمومية أهم العقود الإدارية تأتي في صدارة أنواعها، تكتسي هذه الأهمية لأنها أهم وأول قناة لصرف المال العام، ما يبرّر علاقتها الوثيقة بالخزينة العمومية، الأمر الذي يستدعي ضبط نظام مراقبة فعّالة لترشيد النّفقات التي تستهلكها ووضع حد للممارسات التي تؤدي إلى إهدار هذا المال دون جني أي فائدة تذكر.

للصفقات العمومية دور فعال على الصعيد الاقتصادي الاجتماعي وحتى السياسي باعتبارها أداة لتنفيذ السياسة التنموية، من خلال الخطط والبرامج التي تتخذها في هذا الإطار، إذ تعد السياسة الاستثمارية التي تنتهجها الجزائر من أهم العوامل المستقطبة للمتعاملين الأجانب مقيمين كانوا أو غير مقيمين، قصد إنجاز المشاريع التنموية لاسيما ذات التقنيات العالية، نظرا لما يتمتعون به من مؤهلات تقنية و مادية، فضلا عن امتلاكهم التكنولوجيا العالية، تجعلهم –على وجه الخصوص المتعاقدين الأجانب غير المقيمين – الأجدر على ذلك.

بذلك عمدت الجزائر إلى فتح الأبواب أمام هؤلاء المتعاقدين عامة وغير المقيمين خاصة للظفر بالصفقة العمومية، مواجهة لعجز وعدم قدرة متعامليها الوطنيين الذين قد تمنعهم قلة مؤهلاتهم من الحصول عليها من جهة، دون غض النظر عن حاجة الدولة للتمويل الأجنبي الذي يمنحه المتعاقد الأجنبي غير المقيم من جهة أخرى .

ولما كانت الجزائر بحاجة لمثل هؤلاء المتعاقدين أدى ذلك إلى حتمية إيلائهم مكانة خاصة ضمن تنظيمات الصفقات العمومية[1] التي طبعت بنوع من الغموض بشأنهم، وفي محاولة لإجلاء هذا الغموض اخترنا **موضوع المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي بنوعيه المقيم وغير المقيم في ظل المرسوم الرئاسي10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري المعدَل والمتمَم**، ليكون محل دراسة تفصيلية لبيان كل ما يتعلق به.

لكن قبل الخوض في غمار هذه الدراسة كان حريّ حصر **وتحديد المصطلحات** التي يتكرر استعمالها بداية من العنوان في إطارها القانوني نوجزها فيما يلي:

- ✓ **الصفقة العمومية:** اتفقت جميع تنظيمات الصفقات العمومية بدءا بالأمر 67-90 وصولا للمرسوم الرئاسي 10-236على أن الصفقة هي: "**عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذه التنظيمات قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة** ".
- ✓ **المركز القانوني:** يدلّ هذا المصطلح على كل ما بتعلّق بالحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد والالتزامات التي تقع على عاتقه، يختلف عن الوضع القانوني الذي يدلّ على الحقوق فقط.

ترجع **أهمية** هذا الموضوع و أسباب اختياره ليكون محل دراسة تفصيلية للقيمة القانونية التي يكتسبها والتطور الذي شهده ضمن الترسانة القانونية المتّسمة بنوع من الغموض، لاسيما تنظيمات الصفقات العمومية، وذلك لتوضيح الجوانب القانونية التي يخضع لها المتعامل المتعاقد الأجنبي من خلال تحليل بعض عناصر نظامه القانوني، مع

---

[1] تمثلت هذه التنظيمات فيما يلي:

- **الأمر 67-90** مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق لـ 17 جوان سنة 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 52، صادرة بتاريخ 7 جوان سنة 1967، ص 718-730.
- **المرسوم 82-145** المؤرخ في 16 جمادى الثانية لعام 1407 الموافق لـ 10 أفريل سنة 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي المعدَل والمتمَم، **الجريدة الرسمية**، ع 15 صادرة بتاريخ 13 أفريل 1982، ص 740- 761.
- **المرسوم التنفيذي رقم 91-434** مؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1412 الموافق لـ 9 نوفمبر سنة 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدَل والمتمَم، **الجريدة الرسمية**، ع 57، صادرة بتاريخ 8 نوفمبر 1991، ص 2211-2228.
- **المرسوم الرئاسي 02-250** مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق لـ 24 جويلية سنة 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المعدَل والمتمَم، **الجريدة الرسمية**، ع 52، صادرة بتاريخ 28 جويلية 2002، ص 3- 23.
- **المرسوم الرئاسي رقم 10-236** المؤرخ في 28 شوال عام 1423 الموافق لـ 7 أكتوبر سنة 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 58، صادرة بتاريخ 7 أكتوبر سنة 2010، ص 3- 34.

تسليط الضوء على أهم الوضعيات القانونية التي تميزه عن غيره من المتعاملين الوطنيين التي تشغل مختلف المصالح المتعاقدة، خاصة مع غموض حدود كل واحد منهما على حدى؛ بعبارة أخرى استنباط ما إذا كانت هذه الوضعيات تدعَم مكانة هذا المتعاقد أو تعمل على تراجع مركزه القانوني، لاسيما في ظل السياسات الاستثمارية التي انتهجتها الجزائر في السنوات الأخيرة حماية لاقتصادها الوطني بقطاعيه العام والخاص.

ورغم قلة **الدراسات** المتخصصة المعالجة للموضوع إلا أنه يمكن حصرها في ثلاث: أولها دراسة لـ" **مايا بن قلفاط**" بعنوان: "**وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري**، أما الدراسة الثانية لـ "**صالح زمال**" تحمل عنوان: "**المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**"، والدراسة الثالثة لـ "**وعيل حكيم**" معنونة بـ :"**النظام القانوني للصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري**.

في إطار إنجاز هذه الدراسة اعترضتنا **صعوبات** اتصلت في مجملها في قلة المراجع والأبحاث المتخصصة التي تطرقت للموضوع وصعوبة الوصول إليها، كما أنَ معظم **الدراسات السابقة** له لا تعدو أن تكون إلا في شكل جزئيات وفروع في مؤلفات للقانون الإداري أو مراجع متعلقة بشرح تنظيمات الصفقات العمومية، فضلا عن ضيق الوقت مقارنة بصعوبة الموضوع في حد ذاته.

إنَ طابع الدراسة يفرض الرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لهذا المجال وما كتبه الباحثين حول الموضوع الذي تميز بالندرة، وبالنتيجة فإن **المناهج** (الاستقرائي، التحليلي والمقارن) تفرض نفسها في هذا المضمار، **فالمنهج الاستقرائي** استُخدِم في جمع المادة العلمية المتعلقة بالموضوع ثم استنباط القواعد والمعايير المتعلقة بتحديد مفهوم المتعاقد الأجنبي المقيم وغير المقيم، اما **المنهج التحليلي** استُعمِل لتحليل المواد والنصوص القانونية المنظّمة لهذا الموضوع، مع اللّجوء إلى **المنهج المقارن** لمقارنة المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي المقيم ونظيره غير المقيم في مرحلتّي تكوين وتنفيذ الصفقة العمومية، مع وضع مقارنة في الإطار الاصطلاحي لنوعي هذا المتعاقد بالدرجة الأولى.

لمعالجة وتحليل جوانب هذا الموضوع و محاولة الإلمام به بالنظر لتشعب الأنظمة التي تحكمه ارتأينا طرح **الإشكالية الرئيسية** التالية:

إذا كان المرسوم الرئاسي 10-236 خصّ المتعامل الأجنبي مقيم كان أم غير مقيم بمعاملة أضفت طابع التمييز و المفاضلة لصالح أحدهما على الآخر، فلصالح من مالت كفة هذا التمييز و كيف ينعكس ذلك على مركز كل واحد منهما؟

تتفرع عن هذه الإشكالية **الأسئلة الفرعية** التالية:

- ✓ **<u>سؤال فرعي أول</u>:** ما هو أساس المفارقة الاصطلاحية التي ميَزت المتعامل المتعاقد الأجنبي المقيم عن نظيره غير المقيم بين المرسوم الرئاسي 10-236 والقواعد العامة للقانون الجزائري؟
- ✓ **<u>سؤال فرعي ثاني</u>:** كيف أثرت شروط وإجراءات اختيار المتعامل المتعاقد الأجنبي بنوعيه على مركزه القانوني ؟
- ✓ **<u>سؤال فرعي ثالث</u>:** كيف للتنفيذ المالي للصفقة العمومية والتحكيم لحل منازعاتها، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق عليها أن يعكس هذا التميز؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا **تقسيم الدراسة** إلى فصلين:

<u>الفصل الأول</u> خصّص **لتحديد المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مرحلة تكوين الصفقة العمومية** قسّم إلى **مبحثين:** الأول خصّص لوضع مفارقة اصطلاحية للمتعاقد الأجنبي المقيم وغير المقيم بين المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، والقواعد العامة للقانون الجزائري، أما الثاني خصّص لشروط اختيار المتعاقد الأجنبي بين احترام قاعدة المنافسة والإجراءات المؤثّرة في مركزه القانوني.

في حين تضمن **<u>الفصل الثاني</u> تحديد المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية** تفرّع عنه **مبحثين؛** الأول بعنوان خصوصية التّنفيذ المالي للصفقة المبرمة مع المتعاملين الأجانب، أما الثاني فخصّص لتحديد هذا المركز بين التّحكيم لحل منازعات صفقاته وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه.

الفصل الأول:

تحديد المركز القانوني

للمتعاقد الأجنبي في مرحلة

تكوين الصفقة العمومية

الفصل الأول: تحديد المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مرحلة تكوين الصفقة العمومية

أولى المشرَع الجزائري أهمية خاصة للمتعاقدين الأجانب المتدخلين في تنفيذ الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، إذ نجده ميَز بين بعض عناصر المركز القانوني لصفقات المتعاقد الأجنبي المقيم ونظيره غير المقيم في مرحلة الإبرام، وفي نظرة مبدئية لهما يظهر أن التمييز بينهما يبدو جليا من خلال تسميتهما باعتماد معياران فاصلان يضعان الحد بينهما هما معيار الجنسية ومعيار الإقامة، لكن الأمر لا يبدو غاية في السهولة من الناحية القانونية وحتى الواقعية، ما يستدعي وضع تفرقة اصطلاحية لهؤلاء المتعاقدين انطلاقا من المرسوم الرئاسي 10-236، ومحاولة تعريف كل منهما من خلال التطرق لبعض أحكام القواعد العامة للقانون الجزائري[1] **(مبحث أول)**، التي أقرّ المشرع الجزائري بموجب بعضها إجراءات تمييزية أثرت بشكل أو بآخر على مركزيهما، والتي اخترناها هي الأخرى لتكون أيضا نقطة فاصلة مميزة بينهما نظرا لأهميتها البالغة في وضع معالم أخرى مكملة لهذا التميز **(مبحث ثاني)**.

المبحث الأول: المفارقة الإصطلاحية للمتعاقد الأجنبي المقيم وغير المقيم بين المرسوم الرئاسي 10-236 والقواعد العامة للقانون الجزائري

كان لزاما علينا تبرير استعمالنا مصطلح المتعاقد الأجنبي، ثم فصله إلى نوعين مقيم وغير مقيم، بالرجوع للمادة 21 و22 من المرسوم الرئاسي 10-236[2]، يظهر أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح المتعامل المتعاقد الذي قد يكون إما شخص طبيعي أو معنوي يظهر في شكل مؤسسة، هذه المؤسسة عرّفتها المادة 03 من الأمر 03-03[3]على أنها:

---

[1] يقصد بالقواعد العامة للقانون الجزائري ما تم بيانه بموجب أحكام مواد القانون المدني الجزائري رقم 75-58 المعدَل والمتمَم بالقانون 05-10، وكذا القانون التجاري، أمر رقم 75-59 المعدَل والمتمَم بالقانون 05-02.

[2] تنص المادة 21 من **المرسوم الرئاسي 10-236** على انه "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى أو في إطار تجمع مؤسسات ..." و المادة 22 منه على أنه " يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها،... أن تلجا إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و المؤسسات الأجنبية "

[3] **الأمر 03-03** مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 جوان سنة 2003، المتعقّق بالمنافسة، **الجريدة الرسمية**، ع 43، الصادرة في 20 جوان 2003، ص 25- 33.

"**كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته، يمارس بصفة دائمة، نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات**"، فالمتعاقد إذن قد يكون إما مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري تندرج ضمنها مؤسسة أجنبية مقيمة بالجزائر(متعاقد أجنبي مقيم)، وإما مؤسسة أجنبية غير مقيمة بالجزائر(متعاقد أجنبي غير مقيم) يتخذان شكل مؤسسة فردية أو جماعية.

نجد من هذا المنطلق أن المتعاقد الأجنبي المقيم ونظيره غير المقيم يشتركان في الصفة الأجنبية(**مطلب أول**) ويختلفان في عنصر الإقامة(**مطلب ثاني**)، كما يعد شرط تقديم ضمانات معينة من طرف المتعاقد الأجنبي غير المقيم بالجزائر أهم معيار فاصل للتمييز بينهما (**مطلب ثالث**).

المطلب الأول: اشتراك المتعاقد الأجنبي المقيم وغير المقيم في الصفة الأجنبية

اعترف المرسوم محل دراسة بإمكانية حصول المتعاقدين الأجانب على صفقات عمومية مستعملا معيار **الصفة الأجنبية** كمعيار مشترك بينهم، لكن إن أضفى صفة الأجنبية صراحة على المتعاقد الأجنبي غير المقيم فالوضع مختلف بالنسبة لنظيره المقيم الذي احتواه تحت تسمية المؤسسة الخاضعة للقانون الجزائري –التي قد تكون إما وطنية أو أجنبية مقيمة بالجزائر– ، في حين أن المادة 17 من المرسوم 02-250 ذكرتهم صراحة عندما مكّنت المصلحة المتعاقدة من إبرام صفقاتها مع **المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر**، و**المتعاملين الأجانب** .

تظهر الصفة الأجنبية إذن بوضوح لتحديد المتعاقد الأجنبي وتمييزه عن الوطني، وتعد التفرقة بينهما أمر معتد به؛ حيث أن المعيار المعتمد لذلك من طرف الفقه هو معيار الجنسية، لكن نظرا لغموض تحديد هذه الصفة ضمن أحكام المرسوم الرئاسي وجب الاعتماد على المعايير المعتمدة من طرف الفقه الإداري لتحديدها(**فرع أول**)، ثم بيان موقف المشرع الجزائري منها في إطار القواعد العامة للقانون الجزائري (**فرع ثاني**).

الفرع الأول: اختلاف معايير تحديد الصفة الأجنبية حسب شكل المتعاقد الأجنبي

يُعدّ تحديد الصفة الأجنبية حال المتعاقد الأجنبي شخص طبيعي أمر واضح (**فقرة أولى**) غير أنه ليس بالأمر السهل في حالة المتعاقد الأجنبي شخص معنوي (**فقرة ثانية**).

الفقرة الأولى: المتعاقد الأجنبي شخص أو عدة أشخاص طبيعيين

عادة ما يكون الطرف الأجنبي المتعاقد أحد الأشخاص المعنوية ونادرا ما يكون شخصا طبيعيا، كون الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة تتطلب إمكانيات عالية وخبرات فنية من الصعب توافرها إلا لدى الأشخاص المعنويين خاصة الأجنبية غير المقيمة منها، لكن هذا لا يعني انعدام الحالة التي يكون فيها المتعاقد شخصا طبيعيا خاصة إذا كان يملك من المؤهلات ما تجعله مؤهلا للظفر بالصفقة.

تحدَد الصفة الأجنبية للمتعاقد الأجنبي باعتباره شخصا طبيعيا بجنسية الدولة التي ينتمي إليها، وإن كان الفقه يتفق على أن الأجنبي في الدولة هو كل من لا يحمل جنسيتها وفقا لأحكام قانون الجنسية الوطنية فإن صفة الأجنبية تمثل الوضع العكسي لصفة الوطنية؛ بمعنى أن الأجنبي هو كل شخص لا يعد وطنيا.

لا يُطرح أي إشكال بالنسبة لشخص قد تم تحديد جنسيته وفقا للبلد المنتمي إليه، وإنما يُثار بالنسبة لوضع متعددي الجنسيات التي وجد لها القضاء الدولي حلا مؤكّدا وهو معيار الجنسية الفعلية[1].

الفقرة الثانية: تعدد معايير تحديد الصفة الأجنبية حال المتعاقد الأجنبي شخص معنوي

رغم الاعتراف للأشخاص المعنوية بالجنسية إلا أن الخلاف دار حول المعيار المعتمد لتحديدها بين المعيار الشخصي **(أولا)**، والمعيار الموضوعي **(ثانيا)**.

أولا: المعيار الشخصي

اتجه الفقه في بداية الأمر إلى معيار شخصي في تحديد جنسية الشركة المتمثل في أغلبية الشركاء أو القانون المختار من قبل الشركاء، إلا أنَ هذا المعيار لم يدم طويلا نظرا لصعوبة تحديد جنسية الشركة وفقه.

[1] عدلي محمد عبد الكريم، **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان أبي بكر بلقايد، السنة الجامعة 2010-2011، ص 95.

ثانيا: المعيار الموضوعي

يتسم هذا المعيار بالثبات وانقسم إلى معايير ثلاثة؛ تتمثل في معيار التأسيس ومعيار مركز الاستغلال، معيار مركز الإدارة الرئيسي، هذا في الظروف العادية، أما في الظروف الاستثنائية فيسود معيار آخر هو معيار الرقابة والإشراف[1].

1. **معيار التأسيس والاستغلال:** تحدّد جنسية الشخص المعنوي استنادا إما إلى **معيار مكان التأسيس** المعرّف بمعيار موطن الشخص الاعتباري، فطالما أنّ هذا الشخص ينشأ بتصرف قانوني من مؤسسيه في دولة ما ويتم الاعتراف له بالشخصية القانونية حسب قوانينها، يجب أن تخضع حالته القانونية لقانون تلك الدولة، لذا تكتسب الشركة جنسية الدولة باعتبارها الموطن الأصلي لها الذي اعترف لها بالشخصية القانونية[2]، وإما تحدّد هذه الجنسية استنادا إلى **معيار مركز الاستغلال** الذي يقوم على اعتبارات موضوعية، إذ أنه بمكان مركز الاستغلال تتجسد المصالح الاقتصادية الحقيقية للشخص المعنوي، وهو ما اصطُلح عليه بـ "معيار مكان ممارسة النشاط" الذي عادة ما يكون الموطن القانوني للشخص المعنوي.

2. **معيار مركز الإدارة الرئيسي أو معيار المقر الاجتماعي:** يعطي القانون الحديث للشركات الأولوية للمفهوم النظامي[3]، فالمقر الاجتماعي يجب أن يكون مقر اجتماع الجمعية العامة والمسيرين، وهو المقر الإداري الذي يمسك محاسبة الشركة الذي يجب أن يكون حقيقيا لا صوريا [4].

3. **معيار الرقابة:** تتحدد جنسية الشركة اعتدادا بمعيار السيطرة على أساس جنسية المساهمين فيها أصحاب رؤوس الأموال، من خلال عائدية معظم رأسمالها إلى

---

[1] سلامي ساعد، **الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2011/ 2012، ص 89.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، **مرجع سابق** ، ص 95 .

[3] بن قلفاط مايا، **وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2001/ 2002، ص 73.

[4] ويعني أن يكون هذا المقر الاجتماعي هو المنصوص عليه في النظام القانوني للشركة. أنظر: قدوج حمامة، **تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي**، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، فرع القانون العام، إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعة 2009/ 2010، ص 242.

شركاء يحملون جنسية معينة أو حسب جنسية مديرها؛ أي تمنح إدارتها لمديرين أجانب بغض النظر عن مركز إدارتها الرئيسي أو المكان الذي تزاول فيه نشاطها[1].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري بين معيار المقر الاجتماعي كأصل ومركز النشاط كاستثناء

تأرجح موقف المشرع الجزائري من معايير تحديد الصفة الأجنبية بين تبنيه معيار المقر الاجتماعي كأصل **(فقرة أولى)**، ومعيار مركز النشاط كاستثناء **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: معيار المقر الاجتماعي كأصل لتحديد الصفة الأجنبية

انطلاقا من المادة 3/10 من القانون المدني[2] التي نصت على أنّه"... **أما الأشخاص الاعتبارية من شركات ومؤسسات وجمعيات و غيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي**" و50 منه " **الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج و لها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر**"، والمادة 547 من القانون التجاري[3] التي نصت انه " **يكون موطن الشركة في مركز الشركة،**" يظهر أن المشرع عرّف **الموطن** بـ "المكان الذي يوجد فيه **مركز إدارة** الشخص المعنوي"، كما أخذ **بمعيار المقر الاجتماعي** لتحديد **موطن** الشخص الاعتباري و **القانون الواجب التطبيق** عليه ولم يأخذ به صراحة لتحديد **جنسيته،** فمتى كان مركز إدارته الرئيسي والفعلي بالجزائر طبَّق عليه القانون الجزائري وعُدّ موطنه بالجزائر؛ أي أن المشرع الجزائري ربط الشخص الاعتباري بقانون مقره الاجتماعي كقاعدة عامة المحدد القانون الواجب التطبيق عليه من جهة وموطنه من جهة أخرى.

---

[1] سلامي ساعد، **المرجع السابق**، ص 97.

[2] **الأمر رقم 75- 58** المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، **الجريدة الرسمية**،ع 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975 المعدَل والمتمَم بموجب القانون 05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005، **الجريدة الرسمية**، ع 44، الصادرة في 26 جوان 2005، ص 17- 26.

[3] **الأمر رقم 75- 59** المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدَل والمتمَم بالقانون رقم 05- 02 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 06 فيفري سنة 2005، **الجريدة الرسمية**، ع 101، صادرة بتاريخ 09 فيفري 2005، ص 8- 12.

طالما كان للموطن دور في تحديد جنسية الشخص الاعتباري كون الدولة تمنحه جنسيتها استنادا إلى معيار موطنه أو معيار اندماجه[1]، يكتسب هذا الأخير جنسية الدولة التي اتخذها موطنا له، ليتحدَّد موطنه بمكان مركز إدارته الرئيسي والفعلي، هذا الموطن هو الذي يحدد جنسية الشخص المعنوي، باستعمال علاقة التعدي نجد أن **المقر الاجتماعي** هو **المعيار المعتمد لتحديد جنسية** الشخص المعنوي، وتحدَد بذلك القوانين التي يخضع لها باعتبار الجنسية ضابط إسناد لتحديد هذه القوانين.

نستنتج إذن أنّ المشرع الجزائري اعتمد معيار المقر الاجتماعي كأصل لتحديد جنسية الشخص المعنوي بصفة ضمنية وليست صريحة واعتمد ذات المعيار لتحديد موطنه والقانون المطبق عليه، عكس هذا فإن هذه الأشخاص التي يتواجد مركز إدارتها الرئيسي والفعلي خارج الجزائر تعتبر أجنبية تبعا لدولة تواجد مقرها الاجتماعي.

الفقرة الثانية: معيار مركز النشاط كاستثناء لتحديد الصفة الأجنبية

يعتبر معيار مركز النشاط استثناء على قاعدة المقر الاجتماعي سابقة الذكر؛ إذ أنّ المادة 4/10[2] والمادة 50[3] في فقرتها الأخيرة من القانون المدني والمادة 547[4] من القانون التجاري نصت أنه في حالة ما إذا مارست **الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا بالجزائر**، فإنها **تخضع للقانون الجزائري**، نسجَل على هذه المواد:

1. **أولا:** أنها دعمت بصفة ضمنية موقف المشرع الجزائري حول تبني مركز الإدارة الرئيسي كأصل لتحديد جنسية الشخص المعنوي من خلال الربط بين **صفته الأجنبية** وتواجد **مركزه الرئيسي خارج الجزائر**.
2. **ثانيا:** في حالة **تواجد المركز الرئيسي** أو المقر الاجتماعي للشخص الاعتباري **في الخارج** لا شك **أن جنسيته أجنبية**، غير أنه **يمارس نشاطا بالجزائر**؛ أي **مركز نشاطه** متواجد **بالجزائر** وفي هذه الحالة يخضع للتشريع الجزائري استنادا لمركز

---

[1] قدوج حمامة، **مرجع سابق**، ص 190.

[2] نصت المادة 10 /4 من القانون المدني"غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاط في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

[3] نصت المادة 50 الفقرة الأخيرة من القانون المدني الجزائري أنّ " الشركات لتي يكون مركزها في الخارج و لها في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر".

[4] نصت المادة 547 من القانون التجاري على أنه: "تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري".

نشاطه، وعليه يتجلى أن المشرع اعتمد **معيار مركز النشاط** لتحديد **الصفة الأجنبية** للشخص المعنوي **كاستثناء** بالربط بين هذه الصفة ومركز نشاطه المتواجد بالجزائر.

ولو نأتي لوضع مقارنة بين المادة 50 في الفقرة الأخيرة باللَغة العربية[1] وما يقابلها باللغة الفرنسية[2] نجد أن هذه الأخيرة –باللَغة الفرنسية– تقرَ بأن الشركات التي يوجد مقرها الاجتماعي في الخارج وتنشط بالجزائر، يعتبر في نظر القانون الداخلي، **مركزها بالجزائر**. من هذا المنظور نجد أن المشرع الجزائري وقع في تناقض فمن جهة يعتبر أن الأشخاص الاعتبارية ذات المقر الاجتماعي بالخارج ذات جنسية أجنبية، ومن جهة أخرى عند ممارستها لنشاط داخل الإقليم الجزائري يعتبر مركزها بالجزائر، فهل هذا يعني أنها شركات جزائرية أخضعها للقانون الجزائري؟ في حين أن المادة باللَغة العربية بيّنت أن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر هذا النشاط هو الذي يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر، مع العلم أن هناك عدة معايير لتحديد جنسية الأشخاص المعنوية من بينها مركز الاستغلال ومركز الإدارة الرئيسي أو ما اصطلح عليه بمعيار المقر الاجتماعي.

إلا أنّ الإشكال القائم ضمن أحكام المادة 50 بالفرنسية في فقرتها الأخيرة أنها لم تحدد أي نوع من المراكز كان محل قصد، هل هو مركز الإدارة الرئيسي الفعلي أو مركز النشاط والاستغلال؟

بالرجوع لتفسير فحوى المادة 50 والمادة 4/10 من القانون المدني سالفتي الذكر نقول أنه طالما اعتبرت الأشخاص الاعتبارية أجنبية بالربط مع مركز إدارتها المتواجد بالخارج، فالمقصود بمصطلح "مركزها" في النص الفرنسي هو مركز نشاطها ".... ولها **نشاط** بالجزائر **يعتبر مركزها...**".

لكن الإشكال المُثار في هذا المجال يعود إلى إبرام صفقات مع الشركات متعددة الجنسيات[3] التي يمكنها أن تتّخذ عدة فروع في دول مختلفة، من ثم يتعدد الموطن بقدر

---

[1] المادة 50 فقرتها الأخيرة من القانون المدني الجزائري **رقم 75– 58**، ص 992.

[2] Art 50 Ter: « Les Sociétés Dont Le Siège Social Se Trouve A L'étranger Et Qui Exercent En Algérie, Sont Réputées, Au Regard De La Loi Interne, Avoir Leur Siège En Algérie ».

[3] الشركة متعددة الجنسيات هي "المؤسسة الاقتصادية التي توجد جذورها في دولة وعملياتها في مختلف الأنواع في دولة أو دول أخرى..." عدلي محمد عبد الكريم، **مرجع سابق**، ص 114.

تعدد هذه الفروع، فمركز إدارة الفرع يعدَ موطنا لهذا الفرع، وما ينتج عنه بدرجة أولى تعدَد جنسياتها على اعتبار أن الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشخص الاعتباري، كما أنَ مركز الإدارة يعد من أهم معايير تحديد الجنسية، إذن كيف تحدَد جنسية هذه الشركة ؟ و ماهو القانون المطبق عليها ؟

خلاصة لما قيل نجد أن المشرع الجزائري ضمن أحكام المرسوم 10-236 اعترف بالصفة الأجنبية لتحديد المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة وميَز بين الوطنيين منهم والأجانب، وإن كان قد أدرج المتعاقدين الأجانب المقيمين بالجزائر تحت مسمى المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، كما استعمل مصطلح مؤسسات أجنبية قاصدا من وراء ذلك جنسية المؤسسة التي لا تعد معيارا كافيا لتحديدها وتمييزها عن نظيرتها المقيمة بالجزائر، ولقد تحدَدت هذه الصفة من خلال القواعد العامة للقانون الجزائري[1] بربط المشرع الجزائري جنسية الشخص المعنوي بالدولة التي يوجد فيها مقره الاجتماعي الفعلي والرئيسي كقاعدة عامة، إلا أن الاستثناء المقرَر في حالة ممارسة هذا الشخص نشاطا في الجزائر يعتبر مركزه، يخضع بالتالي للقانون الجزائري دون أن يتغيَر مركزه القانوني، باعتباره مؤسسة أجنبية تكتسب جنسية الدولة التي يتواجد فيه مقره الاجتماعي، و الغرض من إخضاعه للقانون الجزائري هو فرض الرقابة على نشاط الأشخاص الأجنبية التي تزاوله وحماية للاقتصاد الوطني، وتطبيقا لقاعدة إقليمية القوانين المعبَرة عن سيادة الدولة في تطبيق قوانينها داخل حدود إقليمها.

المطلب الثاني: الإقامة معيار لتمييز أنواع المتعاقدين الأجانب لكنه غير كاف لتعريفهم

لاستكمال عناصر تمييز المتعاقدين الأجانب مقيمين أو غير مقيمين يستدعي ذلك دراسة عنصر الإقامة وشروط توافره لديهما، وإن اتَسم بعدم الكفاية لتعريفهما من خلال بيان موقف المشرع الجزائري منه في بعض تنظيمات الصفقات العمومية[2]، مع التركيز على

---

[1] يقصد بالقواعد العامة للقانون الجزائري ما تم بيانه بموجب أحكام مواد القانون المدني الجزائري رقم 75-58 المعدَل والمتمَم بالقانون 05-10، وكذا القانون التجاري، أمر رقم 75-59 المعدَل والمتمَم بالقانون 05-02.

[2] وعلى وجه الخصوص المنشور رقم 01/68CCM الصادر عن اللجنة المركزية للصفقات العمومية بتاريخ 01 فيفري 1968. وكذا **المرسوم الرئاسي 02-250** المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المرسوم محل الدراسة **(فرع أول)**، غير أن الغموض الذي يكتنف هذا المعيار في إطار هذا المرسوم دفع بنا إلى تحديده في إطار أحكام القانون التجاري و نصوصه التطبيقية، فضلا عن قانون النقد والقرض باعتبارهما القواعد العامة المنظمة لهذا الشأن **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: الإقامة معيار غامض لتعريف المتعاقدين الأجانب ضمن تنظيم الصفقات العمومية

بداية بالضعف الذي اكتنف المرسوم الرئاسي رقم 10-236 من حيث تعريف المتعاقد الأجنبي بصنفيه كان لزاما علينا اللجوء إلى المنشور CCM 01/68 لتحديده لاسيما في عنصر إقامته**(فقرة أولى)**، مع الدراسة التفصيلية لهذا العنصر ضمن أحكام هذا المرسوم في إطار مقارن بينه وبين المرسوم الرئاسي 02-250.

الفقرة الأولى: المتعاقد الأجنبي ضمن المنشور CCM 01/68

جاء هذا المنشور ليفصّل في شروط إقامة المتعاقد الأجنبي المقيم بالجزائر، نظرا للغموض الذي اعترى الأمر 67-90 بخصوص هذا الشأن، وجاءت فكرة المتعامل المتعاقد الأجنبي المقيم بالجزائر من القانون الفرنسي الاستعماري الذي كان مطبقا بالجزائر، المشجّع للمؤسسات الاحتكارية بالمجيء إلى الجزائر في إطار مخطط قسنطينة[1]، بموجب المرسوم 57-24 المؤرخ في 08 جانفي 1957 المتعلق بالصفقات العمومية المبرمة بالجزائر[2]، خاصة أحكام المادة 2 منه التي تقرّر في معناها أنه: "**يمكن إبرام صفقات بالتراضي من أجل التعهد بأشغال التوريد وخدمات من طرف مؤسسات مقيمة بالجزائر**.

نشير في هذا الإطار إلى أن الأمر 67-90 يعتبر أول تنظيم جزائري يمَّز بين المؤسسات المستقرة والمؤسسات الأجنبية، حيث نصت المادة 32 منه على أنه: "**إذا لم تتضمن الصفقة إلا توريدات بسيطة من نوع عادي، فتبرم دائما عن طريق المناقصة وتخصَص هذه المناقصات للمؤسسات المستقرة بالجزائر**"، يعني بذلك أن المؤسسة

---

[1] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 190.

[2] **Art 02** : «… il peut être passé des marchés de gré à gré pour les travaux fournitures et services confiés à des entreprises établies en Algérie …»

انظر أيضا: زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري** مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1- السنة الجامعية 1012/2011 ،ص 10.

المستقرة بالجزائر هي إما مؤسسة وطنية وإما مؤسسة أجنبية مقيمة، غير أن المشرَع الجزائري لم يعر اهتمامه بالمؤسسات الأجنبية المقيمة لا من حيث التعريف ولا من حيث عناصرها خاصة صفة الإقامة.

نظرا لهذا الغموض صدر المنشور رقم 01/68CCM المؤرخ في01 فيفري 1968عن اللجنة المركزية للصفقات العمومية اهتم بإزالة هذا اللبس، جاء بموجبه تعداد أولوية الظفر بالصفقة العمومية على نحو أعطى فيه الأفضلية للمؤسسات الجزائرية بعدها المؤسسات الأجنبية المستقرة بالجزائر لتأتي المؤسسات الأجنبية غير المقيمة في مؤخرة الترتيب. كما حاول تعريف المتعاقد الأجنبي المقيم بالجزائر على أنه: "**تعتبر مؤسسة مستقرة بالجزائر حسب مفهوم الأمر 67-90 كل مؤسسة لها منشآت تجهيزات مهنية دائمة بغرض إنجاز كافة الخدمات أو جزء جوهري منها والمطلوبة من قبل الإدارة**"[1]، ليظهر أن المتعاقد الأجنبي المقيم هو كل من تتوافر فيه شروط الإقامة التالية:

- أن تكون مؤسسة أجنبية بما يفسَر استخدام معيار الجنسية.
- أن تكون هذه المؤسسة مستقرة بالجزائر فيشمل بذلك عنصر الإقامة.
- أن شروط إضفاء صفة الاستقرار والإقامة بالجزائر تتمثل في أن يكون للمؤسسة الأجنبية منشآت وتجهيزات مهنية دائمة، الغرض منها إنجاز كافة الخدمات الموكلة إليها أو جزء جوهري منها، التي تكون محل طلب من طرف الإدارة. بمفهوم المخالفة فإن المتعاقد الأجنبي غير المقيم هو كل من لا تتوافر فيه هذه الشروط؛ أي تلك المؤسسة الأجنبية التي لا تتواجد أجهزتها ولا منشآتها المهنية بصفة دائمة بالجزائر.

الفقرة الثانية: المتعاقد الأجنبي بين المرسوم الرئاسي 02-250 والمرسوم الرئاسي 10-236

يثور التساؤل حول دواعي إجراء مقارنة بين هذين المرسومين؟ الجواب أن المرسوم 02- 250 يعدَ أحسن التنظيمات التي عرفتها الصفقات العمومية في مجال ضبط المؤسسات الأجنبية، طالما كان غياب تعريفه مخيَما على المرسوم 10-236؛ حيث أنه من خلال المادة 17 منه التي تقابلها المادة 22 من المرسوم محل دراسة ستتحدد إطار

[1] زمال صالح، **المرجع السابق**، ص 19.

المقارنة في نقطتين مهمتين: **الأولى** تتمحور حول تبنَي المشرّع الجزائري لمعيار الإقامة في تعريفه للمتعاقد الأجنبي وتمييز صنفيه **(أولا)**. بعدها كشف النقائص والعيوب التي تتخلل المرسوم الرئاسي 10-236 في هذا السياق **(ثانيا)**.

أولا: تبني معيار الإقامة في تعريف المتعاقد الأجنبي وتمييز صنفيه

من خلال المواد سالفة الذكر يظهر جليا أن المرسوم الرئاسي 02- 250 فرّق بين أنواع **المؤسسات الأجنبية** بالاعتماد على **عنصر الإقامة**، هذا ما يبدو من خلال التعريف الذي أوردته المادة 18 منه[1] بخصوص المتعاقد الأجنبي؛ حيث "**يقصد بالمتعاملين الأجانب في مفهوم هذا المرسوم، المؤسسات الأجنبية غير الكائنة في الجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي...**"، في هذا تصريح واضح بأن **المتعاقدين الأجانب** هم **المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر**، هذه الأخيرة ميّزها عن **المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر** باعتماد معيار الإقامة، غير أن المرسوم الرئاسي 10-236 من خلال مادته 22 سالفة الذكر اعترفت **بالمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري** و**المؤسسات الأجنبية**، وباستعمال مصطلح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري يكون قد غير التسمية من المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر الواردة بالمادة 17 من المرسوم 02-250[2] إلى هذه التسمية، مع العلم أن هذه التسمية المستحدثة تحوي نوعين من المؤسسات الوطنية و**الأجنبية المقيمة بالجزائر** رغم عدم تبني هذه الأخيرة بصريح العبارة، ومن حيث المبدأ فإن كل مؤسسة أجنبية مقيمة بالجزائر هي مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري[3].

ما يميَز المتعاقد الأجنبي غير المقيم بالجزائر ضمن المرسوم الرئاسي 10-236 هو غموض معايير تعريفه وانعدام تحديده باستثناء احتوائه تحت تسمية مؤسسات أجنبية، استدعى ذلك البحث في مواده التي صادفنا ضمنها خاصة المادة51 منه[4] التي استعملت مصطلح "**المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر**" ضمن محتويات العرض التقني،

---

[1] انظرالمادة18 من **المرسوم الرئاسي 02-250**، ص 6.

[2] نصت المادة 17 من **المرسوم الرئاسي 02-250** يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها أن تلجا بغية تحقيق خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع...المؤسسات الكائنة بالجزائر، و إلى صفقات تعقد مع المتعاملين الأجانب"

[3] زمال صالح، **المرجع السابق**، ص 15.

[4] أنظر المادة 51 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 12، 13.

والمادة17 منه[1] التي إستعملت مصطلح "**المتعاملين الأجانب**"، بالربط بينهما يمكننا القول أن المتعاملين الأجانب هم المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر، لنستشف أن عنصر **الإقامة** يعتبر من بين المعايير المعترف بها ولو بصفة ضمنية لتعريف **الطرف الأجنبي غير المقيم هذا من ناحية**، من ناحية أخرى فإن استعمال مصطلح المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر في حد ذاته اعتراف ضمني **بالمؤسسة الأجنبية المقيمة بالجزائر**.

لكن الإشكال الذي يُطرح في هذا المجال هو أن المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر طالما أخضعها المشرع الجزائري لنفس النظام القانوني مع المؤسسة الوطنية، إلا أنها تظل أجنبية طبقا لمقرها الاجتماعي، ما يدعو بضرورة القول أنها قد تُبرم عقودا مع المتعاقدين الأجانب أو شراكة في رأس المال معه، فما هو أثر ذلك على المؤسسات الوطنية من جهة و الاقتصاد الوطني من جهة أخرى؟

تكمن أهمية هذا الإشكال في دفع المشرّع الجزائري إلى اتخاذ إجراءات صارمة في هذا الإطار، تضمَنتها أحكام قوانين المالية لسنتي 2009 و2010، و ما أقرته المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدَل والمتمَم لمواجهة ذلك.

ثانيا: تداخل المصطلحات ضمن المرسوم 10-236 مقابل جلائها في المرسوم02-250

حدَدت المادة17 و18 من المرسوم الرئاسي 02-250 أنواع المتعاملين المتعاقدين المسموح لهم بإبرام صفقات مع المصلحة المتعاقدة وهم: متعاملون وطنيون، المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر، وكذا المتعاملين الأجانب، حيث نجد عناصر تعريف المؤسسة الأجنبية المقيمة بالجزائر واضحة من اسمها: أي الصفة الأجنبية وعنصر الإقامة بالجزائر، أما المتعاقدين الأجانب قصدت بهم المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر[2]، كما أن المتعاقد قد يكون شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة

---

[1] أنظر المادة 17 **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 8.

[2] نصت المادة 17 من **المرسوم الرئاسي 02-250** يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها أن تلجا بغية تحقيق خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع...المؤسسات الكائنة بالجزائر، و إلى صفقات تعقد مع المتعاملين الأجانب"، و تنص المادة 18 منه "يقصد بالمتعاملين الأجانب ... المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر..."

في إطار مؤسسة فردية أو جماعية، هذه المؤسسة قد تكون وطنية أو أجنبية[1]، فضلا عن ذلك فإن المؤسسات الأجنبية نوعان مقيمة وغير مقيمة؛ أي متعاقد أجنبي مقيم وغير مقيم.

إذا المتعاقد الأجنبي في حد ذاته مؤسسة أجنبية، لذلك وجب استعمال أحد المصطلحين مع تخصيصه بعنصر الإقامة من عدمه حسب الحالة، أما المادة 22 من المرسوم الرئاسي 10-236[2] حدَدت المتعاملين المتعاقدين بالمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري (المؤسسات الجزائرية والمؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر)، و المؤسسات الأجنبية، لكن أي نوع من المؤسسات الأجنبية يقصد؟ هل تلك الأجنبية المقيمة أم غير المقيمة ؟ لاسيما أمام ما أقرّته المادة 21 من ذات المرسوم[3] حول أصناف المتعاملين المتعاقدين باعتبارهم مؤسسات فردية أو جماعية وطنية أو أجنبية، والأجنبية مقيمة أو غير مقيمة.

فالمتعاقد إذن هو مؤسسة قد تكون وطنية وقد تكون أجنبية ، ألم يكن حريّا بالمشرع أن يعرّف ويحدّد نوع هذه المؤسسة الأجنبية رفعا لأيّ لبس حتى وإن كان قاصدا منها المتعاقد الأجنبي غير المقيم ؟

الفرع الثاني: تحديد شروط إقامة المتعاقد الأجنبي على الإقليم الجزائري

نظرا لغموض معيار التواجد بالجزائر من عدمه في المرسوم محل دراسة استدعت الضرورة إلى توضيحه من خلال التطرق لبعض النصوص ذات الصلة، ويتعلق الأمر بأحكام الإقامة الواردة في القانون التجاري والنصوص التطبيقية له **(فقرة أولى)**، فضلا عن ارتباطه بالمركز الرئيسي للنشاط الاقتصادي ضمن أحكام قانون النقد والقرض[4]**(فقرة ثانية)**.

---

[1] انظر المادة 16 و17 من **المرسوم الرئاسي 02-250**، ،ص 6.

[2] نصت المادة 22 من المرسوم 10-236 أنه " يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها أن تلجا بغية تحقيق خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع...المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و المؤسسات الأجنبية "

[3] نصت المادة 21 من نفس المرسوم أنه يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى أو في إطار تجمع مؤسسات ..."

[4] **الأمر 90-10** المؤرخ في 19 رمضان عام1410 الموافق لـ 14 أفريل سنة 1990، يتعلق بالنقد والقرض، **الجريدة الرسمية**، ع 16، صادرة بتاريخ 18 أفريل 1990،ص 520- 545.

الفقرة الأولى: أحكام الإقامة الواردة في القانون التجاري والنصوص التطبيقية له

أورد المشرع أحكاما خاصة لتحديد شروط إقامة المتعاقدين الأجانب في الجزائر ضمن القانون التجاري، تتمثل في إلزامية القيد في السجل التجاري**(أولا)**، و ارتباط بعض الشروط الأخرى بشكل المتعاقد الأجنبي**(ثانيا)**.

أولا: إلزامية القيد في السجل التجاري

حتى يكتسب الشخص المعنوي الأجنبي صفة الإقامة أوجبت المادة 19 و20 من القانون التجاري إلزامية قيده في السجل التجاري سواء كان تاجر بالشكل أو يكون موضوعه تجاريا ومقره بالجزائر، أو كان له مكتب أو فرع أو أي مؤسسة أخرى كانت، و يطبَق هذا الالتزام على كل شخص طبيعيا أو معنوي، وكل مقاولة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى، وكل ممثلية تجارية أجنبية تمارس نشاطا تجاريا بالجزائر، يترتب عليه الاعتراف للشخص المعنوي بالشخصية المعنوية طبقا للمادة 549 من نفس القانون، وهو ما تمّ تجسيده بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 03-435 التي تعدَل المادة 4 من المرسوم التنفيذي 97-41[1].

فالقيد في السَجل التجاري يعدَ من شروط اعتبار المؤسسة الأجنبية مقيمة بالجزائر[2] كما يعدّ إجراء جوهري ينبغي على كل مؤسسة أجنبية احترامه باعتباره ترخيص واعتراف[3] في نفس الوقت للشركات الأجنبية، لمزاولة نشاطها فوق الإقليم الجزائري.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 09 رمضان عام 1417 الموافق لـ 18 جانفي 1997، والمتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، **الجريدة الرسمية**، ع 05، الصادرة بتاريخ 19 جانفي 1997. المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03-453 المؤرخ في 7 شوال عام 1424 الموافق لـ 01 ديسمبر 2003 المتعلق بشرط القيد في السجل التجاري، **الجريدة الرسمية**، ع 75،ص 13-17.

[2] زمال صالح، **المرجع السابق**، ص 18.

[3] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 13، 18.

ثانيا: اختلاف شروط إقامة المتعاقد الأجنبي المقيم حسب الشكل القانوني الذي يتخذه

إذا كان المتعاقد الأجنبي مؤسسة فردية وجب عليه الحصول على بطاقة الإقامة والبطاقة المهنية للأجانب، أما إذا كان مؤسسة جماعية فيتوجب عليه إنشاء فرع أو وكالة أو أي مؤسسة أخرى بالجزائر.

1. **الحصول على بطاقة الإقامة والبطاقة المهنية للأجانب حال المتعاقد الأجنبي مؤسسة فردية:** قد تكون هذه المؤسسة تجارية تُستغل من طرف شخص طبيعي دون فصل بين ذمته المالية والذمة المالية للمؤسسة[1]، وما دام أن المؤسسة هي كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس بصفة دائمة نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات[2]، فهي حسب أحكام القانون التجاري تعد تاجرا طالما باشرت عملا تجاريا تتخذه مهنة معتادة له[3]، وحتى يتمكن من ممارسة هذا النشاط يجب عليه أن يملك محلا تجاريا لهذا الغرض الذي يعدّ جزءا من الأموال المنقولة له[4]، كما قد تكون شركة مدنية مثل ما هو منصوص عليه ضمن أحكام المادة 13 الأمر 96-01[5] التي تنص أن: "**تعاونية الصناعة التقليدية، شركة مدنية يكوَّنها أشخاص، ولها رأس مال غير قار، وتقوم على حرية انضمام أعضائها الذين يتمتعون جميعا بصفة الحرفي...**"، وبما أنه يمكن أن تكون المؤسسة شخص طبيعي فإنه يمكن اعتبار أصحاب المهن الحرة من هذا القبيل مثل مهنة المهندس المعماري الذي نظّمه المرسوم التشريعي رقم 94-07 [6].

---

[1] زمال صالح، **نفس المرجع سابق**، ص 19.

[2] انظر المادة 03 من **الأمر 03-03** المتعلق بالمنافسة، ،ص 26.

[3] انظر المادة 01 من القانون التجاري الجزائري.

[4] انظر المادة 78 من القانون التجاري الجزائري.

[5] **أمر رقم 96-01** مؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق لـ 10 جانفي 1996، يحدّد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، **الجريدة الرسمية**،ع 03، صادرة بتاريخ 14 جانفي 1996، ص 3-11.

[6] **مرسوم تشريعي رقم 94-07** مؤرخ في 07 ذو الحجة عام 1414 الموافق لـ 18 ماي 1994، يتعلق بشرط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري،**الجريدة الرسمية**،ع 32، صادرة بتاريخ، 25 ماي 1994،ص 4- 12.

إنّ المشرَع الجزائري إذ يسمح بتواجد الأجانب على الإقليم الوطني فهو يمنحهم حقوقا مدنية مثل باقي الأفراد، وبذلك لا يقصيهم من المجال الاقتصادي شرط أن يستوفوا الشروط القانونية التالية [1]:

ا. الحصول على بطاقة المقيم: تعتبر من أهم شروط تثبيت إقامة الأجانب الفعلية المعتادة والدائمة في الجزائر المرخّص لهم ذلك بصفة قانونية، حسب ما نصت عليه المادة 16 من القانون 08-11[2]، و بالرجوع للمادة 20 منه نجدها تنص على أن الأجنبي الذي يرغب في ممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة، يجب عليه أن يستوفي الشروط القانونية والتنظيمية المطلوبة لممارسة هذا النشاط.

II. الحصول على البطاقة المهنية للأجانب: حدَد المرسوم التنفيذي رقم 06-454 شروط و كيفيات تسليم البطاقة المهنية للأجانب، الذين هم في وضعية إقامة قانونية ويمارسون أنشطة بالجزائر[3]، حيث نصت المادة 02 منه على أن الأجانب المقيمين بالجزائر والحائزين على البطاقة المهنية يخضعون حسب الحالة إلى:

- القواعد التي تحكم الميدان الاقتصادي بالنسبة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا.
- القواعد المحددة في النظام الجزائري الذي ينظم المهنة المعنية للأشخاص الأجانب الذين يمارسون مهنة حرة.

2. إنشاء فرع أو وكالة أو أي مؤسسة أخرى في الجزائر حال المتعاقد الأجنبي المقيم مؤسسة جماعية: تعتبر مؤسسة جماعية تلك التي تتخذ صور الشركات المنصوص

---

[1] زمال صالح، **المرجع السابق**، ص 20.

[2] **قانون رقم 08-11** مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 هـ الموافق لـ 25 جوان2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقّلهم فيها، **الجريدة الرسمية**، ع 36، صادرة بتاريخ، 02 جويلية 2008، ص 4- 11.

[3] انظر المادة الأولى من **المرسوم التنفيذي رقم 06-454** مؤرخ في 20 ذو القعدة سنة 1427 الموافق لـ 11 ديسمبر 2006، يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، **الجريدة الرسمية**، ع 80، صادرة بتاريخ 11 ديسمبر 2006، ص 23- 26.

عليها في القانون التجاري[1]، حيث ألزمت المادة 20 من القانون التجاري والمادة 2 المرسوم التنفيذي 03-453 كل مقاولة ومؤسسة تجارية تفتح في الجزائر وكالة أو فرع أو أي مؤسسة أخرى بالتسجيل في السجل التجاري. فإذا ما أرادت الشركة الأجنبية التي يكون مقرها بالخارج ممارسة نشاطها فوق الإقليم الجزائري، يتوجب عليها قبل بدء الممارسة من إنشاء وكالة أو فرع أو أي مؤسسة أخرى؛ بمعنى لا بد عليها من إنشاء شخص معنوي خاضع للقانون الداخلي للدولة التي تمارس فيها نشاطها[2].

الفقرة الثانية:ارتباط صفة الإقامة بالمركز الرئيسي للنشاط الاقتصادي ضمن أحكام قانون النقد والقرض

أدرج قانون النقد و القرض شروطا أخرى لتمييز المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر عن غير المقيمة من خلال المادة 125 من الأمر03-11[3] التي تعدَل أحكام المادتين 181 و182 من القانون 90-10، إذ نلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل معيار المركز الرئيسي للنشاط كشرط لإقامة المتعاقد الأجنبي بالجزائر أو خارجها، حيث إن كان المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي يتواجد داخل الجزائر عُدّ الأجنبي مقيما، أما إن كان هذا المركز متواجدا خارج الجزائر عُدَ الأجنبي غير مقيم، كما نلاحظ أن المادة 2 من النظام 07- 01[4] اعتمدت نفس المعيار .

---

[1] تتمثل هذه الشركات طبقا **للأمر 75-59** المتضمن القانون التجاري في: شركة التضامن (551-563)، شركة التوصية البسيطة (563 مكرَر إلى 563 مكرر 10)، الشركات ذات المسؤولية المحدودة: المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة (564 – 591) شركات المساهمة (592-685).

[2] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 19.

[3] **الأمر 03-11** مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق لـ 26 أوت سنة 2003، بتعلق بالنقد والقرض، **الجريدة الرسمية**، ع 52، صادرة بتاريخ 27 أوت 2003،ص 3-22.

[4] **نظام رقم 07-01** مؤرخ في 15 محرم 1428 الموافق لـ 3 فيفري 2007 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات التجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، **الجريدة الرسمية**، ع 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007، ص 14- 23.

جاء النظام رقم 90-03[1] وحدّد المقصود بالمقيمين وغير المقيمين في مادته2 التي نستشف من خلالها أن المقيم هو كل شخص طبيعي أو معنوي، جزائريا كان أم أجنبيا، يكون المركز الرئيسي لمصالحه الاقتصادية في الجزائر منذ سنتين على الأقل، أما غير المقيم فمن كانت مصالحه الاقتصادية خارج الجزائر منذ سنتين على الأقل في بلد له علاقات دبلوماسية مع الجزائر، ويجب عليهم أن يتمتعوا بجنسية دولة تعترف بها الجمهورية الجزائرية وتقيم معها علاقات دبلوماسية، شرط أن يتحدد المحور الأساسي للنشاط الاقتصادي بتحقيق أكثر من 60% من أملاكهم ومداخيلهم خارج الجزائر أو داخلها حسب الحالة[2].

بالنتيجة نجد أن قانون النقد والقرض والنصوص التطبيقية له تعدَ أدق التشريعات في إطار تحديد عنصر الإقامة من عدمه، ليكون قد سدَ الفراغ حول هذا الأخير وأتم ما كان ناقصا في إطار تنظيم الصفقات العمومية، لاسيما في مجال تحديد المتعاقد الأجنبي مقيما كان أم غير مقيم بالجزائر.

المطلب الثالث: الضمانات معيار فاصل لتمييز المتعاقد الأجنبي غير المقيم عن نظيره المقيم

يعتبر شرط تقديم الضمانات بنوعيها سواء ضمانات ذات طابع حكومي أو ضمانات حسن التنفيذ، شرطا أساسيا للتمييز بين المؤسسات الأجنبية المقيمة وغير المقيمة بالجزائر. في إشارة بسيطة لهذه الضمانات ضمن المرسوم الرئاسي02-250 نجد انه اعتبرها محور تعريف المتعاقد الأجنبي غير المقيم بالجزائر، من خلال ما أقرته المادة 18 منه، و أمام الضعف الذي اكتنف المرسوم 10-236 في تعريفه وتصنيفه لأنواع المتعاقد الأجنبي، كان حريا بنا البحث في نوع الضمانات التي يتوجب على المتعاقد الأجنبي غير المقيم تقديمها، فمن خلال مادته 94 نجد أنّ الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية هي: الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود

---

[1] **نظام رقم 90-03** مؤرخ في 18 صفر عام 1411 الموافق لـ 8 سبتمبر 1990، يحدَد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومراجعتها، **الجريدة الرسمية**، ع 45،صادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990، ص 1439-1442.

[2] انظر المادة 02 من **النظام 90-03**، ص 1439.

حكومية مشتركة، والضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية، هذه المادة تقابلها المادة 81 من المرسوم الرئاسي 02-250[1]، حيث نجد كلتاهما استعملتا مصطلح "**المؤسسة الأجنبية**" لكن الفرق بينهما واضح، إذ أنه وطالما عرفّ المرسوم02-250[2] المتعاقد الأجنبي بالمؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر، فيعود مصطلح "**المؤسسة الأجنبية**" على المتعاقد الأجنبي غير المقيم وإن لم يحدَد نوعها، وتدعَّم هذا بما جاء في المادة 83 منه .

لكن ماذا يقصد المشرَع الجزائري باستعماله مصطلح "**المؤسسة الأجنبية**" لاسيما أن هذه الأخيرة لم يتضح مقصودها مقيمة كانت أم غير ذلك في ظل المرسوم 10-236 خاصة المادة 22 و94 منه؟ أما كان الأولى توضيح معنى المتعاقدين الأجانب؟ لقد نصت المادة 94 من هذا المرسوم أن يحظى بأسبقية الاختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم منهم أوسع هذه الضمانات، وكأنه يريد معنيين مختلفين، من جهة يكون القصد من المؤسسات الأجنبية تلك المقيمة وأيضا غير المقيمة حسب ما هو مبيَن بوضوح ضمن المادة 18 و19 المرسوم الرئاسي 02-250[3]، و من جهة أخرى كان قصده بالمتعاقد الأجنبي بالمطابقة مع ما ورد في هذا المرسوم المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر، بهذا المنظور وبسبب عدم وضوح المصطلحات سنصل إلى نتيجة حسب المرسوم الرئاسي 10-236 هي أن المؤسسات الأجنبية المقيمة أيضا يجب عليها أن تقدَم نفس الضمانات، وهو ما ليس واردا في الحسبان طالما أنها مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري تُعامل معاملة المؤسسات الوطنية، ويرجع هذا الخلط من دون شك لانعدام ضبط المصطلحات وغموضها ما صعّب من مسألة تعريف وضبط أطر تحديد المتعاقد الأجنبي بنوعيه مقيم كان أم غير مقيم، مع ذلك تتحدد الضمانات الواجب تقديمها من طرف المؤسسات الأجنبية غير المقيمة حسب المادة 94 و95 من المرسوم 10-236[4] في الضمانات ذات الصبغة الحكومية **(فرع أول)**، والضمانات الملائمة لحسن التنفيذ في الميدان المالي **(فرع ثاني)**.

---

[1] انظر المادة 81 من **المرسوم الرئاسي 02-250** ، ص 14.

[2] انظر المادة 83 من **المرسوم الرئاسي 02-250**، ص 14.

[3] انظر المادة 18 و19 من **المرسوم الرئاسي 02-250** ، ص 6.

[4] المواد 94 و95 **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 21.

الفرع الأول: الضمانات ذات الصبغة الحكومية

تتمثل الضمانات ذات الطابع الحكومي التي تهم المتعاقدين الأجانب غير المقيمين بالجزائر في الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة(**فقرة أولى**)، والضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية(**فقرة ثانية**).

الفقرة الأولى: القروض الممنوحة في إطار اتفاق ما بين الحكومات

تفضّل الجزائر هذا النوع من الضمانات في مختلف صفقاتها حيث تمنح الصفقات إلى المؤسسات الأجنبية غير المقيمة التي تقدم ضمانا من دولتها[1]، تتمثل هذه الضمانات في صورة قروض ممنوحة في إطار اتفاقيات ما بين الجزائر ودول أخرى –أي قروض ممنوحة في اتفاق ما بين الحكومات– لتمويل صفقات عمومية، كالاتفاقية المبرمة بين الجزائر والدولة الكندية لتمويل مشروع بناء مخازن للحبوب الموافق عليها بتاريخ 16 ماي 1973[2]، هذه القروض تستخدم كضمانات لصفقات المؤسسات الأجنبية المتعاقدة مع الجزائر[3].

الفقرة الثانية: ضمانات في شكل مساهمة مؤسسات مصرفية

نجد نوعا آخر من الضمانات ذات الطابع الحكومي التي قد تتخذ شكل تدخل الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

بالنسبة للضمانات الناتجة عن مساهمات مؤسسات مصرفية فهي مساهمات في التمويل الدولي للتنمية، يتمثل تارة في صورة مؤسسات تمويل جهوية أو على مستوى القارات، وطورا يتأتى هذا التمويل عن طريق التوحيد السياسي والأيديولوجي و من بين المؤسسات التي تسلك هذا الاتجاه البنك الدولي للإنشاء والتعمير الذي ظهر باتفاقية **بروتن**

---

[1] سميت الضمانات ذات الطابع الحكومي بالضمانات التي تقدمها المؤسسة الأجنبية من دولتها حسب ما ورد في المادة 24 من **المرسوم 82-145** المؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، **الجريدة الرسمية**،ع 15،ص 734.

[2] Décret Nº 73-96 Du 25 /07/1973 Portant Publication De La Convention Du Prêt Entre Le Gouvernement Du Canda Pour La Constitution De Silos En Béton Pour L'entreposage Des Céréales Signé A Alger Le 16/05/1973, Journal Officielle, 1973, N^{O} 66.

[3] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 248.

وودز، تسعى هذه المنظمة للجمع بين مساهمات عدة دول، كما تعتبر وسيطا ما بين الدول المقرضة والدول المقترضة[1]، وفي هذا الصدد تستعمل عدة تقنيات بنكية ومالية، من بين موارد هذه المنظمة الدولية الأرباح التي تحققها والتي لم توزّع على المساهمين في إنشائها، والديون التي تُسدّد من طرف الدول المقترضة[2]، فالقروض التي تمنحها مثل هذه المؤسسات الدولية الكبرى يتم توظيفها بغرض تحقيق التنمية خاصة في البلدان النامية، ولمنح هذه القروض ينبغي على البلد الطالب لها احترام شرطين اثنين هما: نجاعة المشروع، ميعاد وطرق التسديد[3] طالما تُخصّص هذه القروض للمشاريع المعتمدة من طرف المنظمة.

في غالب الأحيان نجد هذا النمط من الضمان في العقود التي أبرمتها الجزائر مع الدول الاشتراكية سابقا، كما نجدها بصفة ضعيفة جدا في حالة وجود اتفاقية بين دولة الشركة المتعاقدة والجزائر، تتضمن أحكام تقضي بالتعاون في المجال الصناعي تقوم المؤسسات للطرف الأجنبي بتنفيذ هذه الاتفاقية، حينها تلتزم الدولة الأجنبية بضمان حسن التنفيذ مع مساهمتها في تمويل المشروع، مثال ذلك عقد الشركة الجزائرية للصناعات الكهرومنزلية Unième والشركة الفرنسية AIR Conditionné الذي نص على استفادة الطرف الجزائري بقرض وضع تحت تصرفه، طبقا لما جاء في البروتوكول الجزائري/ الفرنسي في 25 /07/ 1990[4].

ومن أمثلة هذه الاتفاقيات أيضا لدينا المرسوم الرئاسي 02-105 المبرم بين الجزائر والبنك الدولي للإنشاء والتعمير[5] الذي نصت المادة الأولى من ملحقه الأول: "**يضمن تنفيذ اتفاق القرض رقم 7069 أل إنجاز مشروع تطوير البنية التحتية للنظام المالي، طبقا**

---

[1] بن قلفاط مايا، **المرجع السابق**، ص 84.

[2] بن قلفاط مايا،**نفس المرجع** ، ص 85.

[3] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 35.

[4] زمال صالح، **المرجع السابق**، ص 60، 61.

[5] **مرسوم رئاسي 02-105** مؤرخ في 6 محرم 1423 الموافق لـ 20 مارس 2002، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 7069 أل، الموقع في 4 جانفي 2002 بواشنطن بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، لتمويل مشروع تطوير البنية التحتية للنظام المالي، **الجريدة الرسمية**، ع 20،صادرة بتاريخ 20 مارس 2002، ص 3- 6.

للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم وملحقيه ... يتشكل هذا المشروع من المكونات الآتية:

- عصرنة أنظمة المدفوعات وتطويرها.
- عصرنة أنظمة الإعلام في بنك الجزائر وتطويرها.
- تطوير البنية التحتية للاتصالات السلكية واللاسلكية المدعَمة لتطوير نظام المدفوعات.
- دعم تسيير المشروع.

فضلا عن الاتفاق الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 05-237[1] الذي نص في مادته الأولى من ملحقه الأول على أن :" ... يموَل هذا القرض إنجاز العمليات الآتية:

- صفقة كهربة خطوط السكك الحديدية لنقل المسافرين لضاحية الجزائر العاصمة.
- صفقة مراقبة أشغال كهربة خطوط السكك الحديدية لنقل المسافرين لضاحية الجزائر العاصمة.

تأخذ الضمانات الحكومية شكل القروض التي تساهم في تمويل الصفقات العمومية، باعتبارها ذات طابع مالي تضمن اختيار أحسن المتعاملين المتعاقدين الأجانب[2].

الفرع الثاني: الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ المالي

عرَفتها المادة 95 من المرسوم الرئاسي 10-236[3]على أنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين الأجانب، مفادها التزام المتعاقد الأجنبي تنفيذ ما تعهد بها لاسيما في الميدان المالي، وتعني الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية

---

[1] **مرسوم رئاسي رقم 05-273** مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1426 الموافق لـ 31 جويلية 2005 يتضمن الموافقة على اتفاقية فتح الاعتماد الموقعة في 16 ربيع الثاني عام 1426 الموافق لـ 25 ماي سنة 2005 بالجزائر، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والوكالة الفرنسية للتنمية، للمساهمة في تمويل مشروع كهربة خطوط السكك الحديدية لنقل المسافرين لضاحية الجزائر العاصمة، **الجريدة الرسمية**، ع 53، صادرة بتاريخ 31 جويلية 2005، ص 8- 12.

[2] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 249.

[3] انظر المادة 95 من **المرسوم الرئاسي 10-** 58، ص 21.

يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى[1]، و تتمثّل في نسبة معينة من إجمالي سعر الصفقة [2]،و لهذه الضمانات أهمية بالغة[3] على اعتبار أنها من مصادر التمويل لإنجاز المشاريع التي قد تتطلب أموالا باهظة الشيء الذي قد يثقل كاهل المصلحة المتعاقدة.

تعدّدت نماذج هذه الضمانات المستخدمة عالميا**(فقرة أولى)**، بما أدى إلى تبني المشرَع الجزائري موقف صريح منها **(ثانيا)**.

الفقرة الأولى: نماذج ضمانات حسن التنفيذ المالي

تتنوع هذه النماذج بين النموذج الألماني **(أولا)** و النموذج المقدَم من الشركات متعددة الجنسيات **(ثانيا)** فضلا عن النموذج الفرنسي **(ثالثا)**، وكذا الأمريكي **(رابعا)**.

أولا: النموذج الألماني

إن النموذج الألماني يعتبر أن الضمان عقد أحادي الجانب يتولى بموجبه أحد الطرفين المتعاقدين ضمان مسؤولية الطرف الآخر عند وقوع الحادث أو حالة الخطر[4]، فالضامن يلتزم بتقديم المبلغ المالي دون التدخل في تنفيذ الأعمال الناقصة دون تخويلها إلى هيئة أخرى[5].

ثانيا: نموذج ضمان الشركات متعددة الجنسيات

يتلخص هذا الضمان في التزام الشركة الأم ضمان إفلاس وعدم تنفيذ أو سوء أو نقص تأدية الالتزامات من إحدى فروعها التابعة لها عن طريق ما يسمى برسالة مسؤولية lettre de responsabilité، تلتزم بموجبها بضمان تأدية كل الالتزامات المترتبة عن

---

[1] المادة 1/92 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 21.

[2] زمال صالح ، **المرجع السابق**، ص 61.

[3] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 36.

[4] Le Boulanger Philippe**, Les Contrats Entre Etat Et Entreprises Etrangères, Economica Collection, Droit Des Affaires Des Entreprises**, Paris, 1985, P 121.

[5] معاشو عمار، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية وفي التجربة الجزائرية، عقود المفتاح في اليد والمنتوج في اليد**، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 136.

العقد المبرم وضمان كل الخسائر التي يمكن أن تطرأ أثناء التنفيذ[1]، غير أن خطورته تكمن في حالة عدم وضوح الرسالة وغموضها، أين تلجأ الشركات متعدد الجنسيات وفروعها إلى التهرب من تقديم الضمان أو الكفالة ما يلحق أضرارا بالمصلحة المتعاقدة [2].

ثالثا: النموذج الفرنسي

يتلخص في تخصيص نسبة معينة من سعر الصفقة تتراوح ما بين 5% إلى 10%، يسمى بضمان حسن نهاية التنفيذ[3] الأمر الذي قد لا يغطي مختلف الخسائر والأضرار التي قد تحدث[4]، ما يلحق أضرار بالمشتري أو رب العمل[5]، ذلك لأن نموذج الضمان هذا لا يتطرق إلى حالة عجز المورَد عن تنفيذ العقد ويعفيه من أي مسؤولية عند تقديمه لهذا الضمان[6].

رابعا: النموذج الأمريكي

بموجبه تلتزم مؤسسات الضمان الأمريكية التي تسمى Bon ding Compagnies بتغطية أعمال المؤسسات الأمريكية في حال إفلاسها أو سوء تنفيذها للعقد[7]، حيث قامت الو.م.أ بتنظيم هذا النموذج من الضمان لتغطية نشاط شركاتها في مختلف أنحاء العالم عن طريق: إما أن تتحمل الأعباء الإضافية الناتجة عن بحث المشتري عن مقاول آخر لتنفيذ العقد، وإما أن تتعاقد مؤسسات الضمان مع دولة المشتري ومع المورد الجديد الذي يتولى القيام بالأشغال، ليحل بذلك الضامن محل المورَد أمام الدولة من أجل تصفية المبالغ، شرط أن يعوّض له من طرف الدولة المتعاقدة مختلف المصاريف، وإما أن تتصل مؤسسات الضمان مباشرة بمقاول جديد بمفردها[8] .

---

[1] Le Boulanger Philippe, Op. Cit, P. 121, Cité Par (K.H), Op. Cit, P 25.

[2] معاشو عمار، **المرجع السابق**، ص 137.

[3] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 250.

[4] وعيل حكيم، **مرجع سابق**، ص 36.

[5] زمال صالح ، **المرجع السابق**، ص 61.

[6] معاشو عمار، **المرجع السابق**، ص 139.

[7] Le Boulanger Philippe, Op. Cit, P. 128, Cité Par (K.H), Op. Cit, P 25.

[8] معاشو عمار، **المرجع السابق**، ص 139.

الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري من نماذج ضمانات حسن التنفيذ المالي

حدَدت المادة 95 و100 من المرسوم الرئاسي 10-236[1]، مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين 5% و10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، وبذلك نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالنموذج الفرنسي للضمان بتخصيص نسبة معينة من قيمة الصفقة لضمانها.

المبحث الثاني: شروط اختيار المتعاقد الأجنبي بين احترام قاعدة المنافسة والإجراءات المؤثرة في مركزه القانوني

يتم اختيار المتعاقد الذي ترسو عليه الصفقة أثناء مرحلة إبرام الصفقات العمومية، لذلك يجب أن تتم هذه العملية في كنف المنافسة الحرة الشريفة التي لا تتجسد إلا من خلال احترام مبادئ إبرام الصفقات العمومية، هذه القاعدة التي جاءت بموجب الإصلاحات الاقتصادية التي تبنتها الجزائر مع مطلع التسعينيات على أساسها فسح المجال أمام المتعهد الأجنبي للمشاركة في الصفقات العمومية **(مطلب أول)**، الذي يجب عليه أن يخضع لإلزامية التأهيل والتصنيف **(مطلب ثاني)**، لكن نظرا للمنافسة الشديدة التي تمارسها المؤسسات الأجنبية غير المقيمة في مواجهة المؤسسات الوطنية دفع بالمشرَع الجزائري إلى تقرير أحكام تتضمن إجراءات تمييزية أثرت على مركزها القانوني، تصب في إطار حماية الاقتصاد الوطني وتشجيع المتعاملين الوطنيين **(مطلب ثالث)**.

المطلب الأول: قاعدة المنافسة بين الحرية والتقييد لإبرام الصفقات العمومية

إنّ اعتماد المنافسة الحرة الشريفة يجعلها من ركائز النظام الاقتصادي للدولة لما توفره من حماية فعَالة للمال العام، إذ تساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العمومية[2]، وبمسعى من الدولة الجزائرية للانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة فإن نجاحها مرهون بقدرتها على إنجاح الإصلاحات التي تتجسد في نوعية المؤسسات

---

[1] انظر المادة 95 و100 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 21.

[2] زمال صالح، **امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية**، الملتقى الوطني السادس بعنوان: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام كلية الحقوق, جامعة المدية، 20 ماي 2013، ص 03.

والخدمات العمومية، وخيارها لهذا المسعى كان عن قناعة منها أنه سيتيح لها فرصة إنعاش اقتصادها وتطويره، ما دفعها إلى إعادة النظر في المنظومة القانونية والعمل على إصلاحها، والتي من أهمها مجال الصفقات العمومية، حيث يتجسد ذلك باحترام المبادئ الأساسية للطلب العمومي الذي تظهر فعاليته في الاستعمال الجيد للمال العمومي والتحديد الأولي للاحتياجات[1]، إلا أنَ هذا الانفتاح اصطدم بالقطاع الخاص الجزائري الهش الذي تسعى الدولة لتطويره وحمايته من المنافسة القويّة للمتعامل الأجبي غير المقيم خاصة[2].

وعلى أساس ذلك تبقى قاعدة المنافسة الحرة ركيزة أساسية لإبرام الصفقات العمومية تتجسد من خلال تكريس واحترام هذه المبادئ **(فرع أول)**، وإن كان المشرع قد خرقتها أحيانا في اطار قانوني حماية للمتعاملين الوطنيين **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: حرية المنافسة بنية تحتية لإبرام الصفقات العمومية

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من الركائز الأساسية إذ لا يوجد أي مانع من اشتراك أي متنافس في الصفقة متى توافرت فيه الشروط القانونية، وطالما كانت هناك علاقة بين قانون المنافسة ومجال الصفقات العمومية فإنه لزام علينا بيان هذه العلاقة **(فقرة أولى)**، وصولا إلى تجسيدها **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: علاقة قاعدة حرية المنافسة بمجال الصفقات العمومية

مقتضى قاعدة المنافسة هو فتح المجال للأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية، وفق الشروط التي تضعها مسبقا،حيث يجب أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا إزاءهم كونها ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات

---

[1] Alfonsi Jean, **La Notion De Marché Publi**c, Conférance Du 25 / 05/ 2002, Revue Du Conseil D'etat, N° 03, P. 59.

[2] زمال صالح، **امتداد قانون المنافسة الى الصفقات العمومية**, **المرجع السابق**، ص 03.

التي تدعوها وتلك التي تستبعدها، وجاء هذا تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة[1] المكرَس دستوريا في إطار احترام القانون[2].

من خلال هذا تظهر علاقة مجال الصفقات العمومية بقانون المنافسة انطلاقا من المادة 02 من القانون 08-12[3] بنصها: "**تطبق أحكام هذا الأمر على:....الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة (المقصود طلب العروض) إلى غاية المنح النهائي للصفقة**"، كرَس المشرِع الجزائري هذه المبادئ تجسيدا لقاعدة المنافسة بصورة ضمنية من خلال المادة 03 المرسوم الرئاس10- 236[4] المتعلق بالصفقات العمومية، وجسَدت لأول مرة ضمن المرسوم الرئاسي 08-338[5] في المادة 02 مكرر خلافا للتنظيمات التي سبقته،حيث يظهر أن المبادئ التي تقوم عليها عملية منح الصفقات العمومية هي ذاتها المبادئ التي تحقق المنافسة الحرة، إذ تظهر العلاقة بين قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية في الانسياق نحو تجسيد المبادئ الدولية الداعية لحرية المنافسة أمام كل متعامل أجنبي كان أم وطني، تحقيقا لما يعرف بالتكامل الاقتصادي العالمي.

الفقرة الثانية: ضمان حرية المنافسة باحترام مبادئ إبرام الصفقات العمومية

تتجسد قاعدة حرية المنافسة باحترام مبادئ إبرام الصفقات العمومية المتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية **(أولا)**، و مبدأ المساواة في معاملة المرشحين **(ثانيا)**.

---

[1] تياب نادية، **آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية**، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 62.

[2] انظر المادة 37 **من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**، الصادرة بموجب **المرسوم الرئاسي 96-438** المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق لـ 7 ديسمبر 1996، **الجريدة الرسمية**، ع 76، صادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، ص 6- 32.

[3] **القانون رقم 08-12** المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق لـ 25 جوان سنة 2008 المعدَل والمتمَم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، **الجريدة الرسمية**، ع 36، صادرة بتاريخ 02 جويلية 2008، ص 4-11.

[4] انظر المادة 3 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ص 4.

[5] **المرسوم الرئاسي رقم 08-338** المؤرخ في 26 شوال سنة 1429 الموافق لـ 26 أكتوبر سنة 2008، يعدَل ويتمَم **المرسوم الرئاسي رقم 02-250** المؤرخ في 24 جويلية سنة 2002 والمتضمن بتنظيم الصفقات، **الجريدة الرسمية**، ع 62، صادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008، ص 6- 15.

أولا: شفافية الإجراءات وإلزامية الإعلان ضمانة لحرية الوصول للطلبات العمومية

يفيد مبدأ شفافية الإجراءات في إطار الصفقات العمومية أن تكون إجراءات الإبرام واضحة في متناول المرشحين لاسيما من خلال احترام كيفية الإبرام وإجراءاتها، حتى يتحقق مبدأ حرية في الوصول للطلبات العمومية، الذي يفيد إعطاء الحق لكل المرشحين تقديم تعهداتهم دون تمييز بينهم وفق الشروط التي تحددها الإدارة ضمن دفاتر الشروط[1].

1. من حيث كيفية إبرام الصفقات العمومية: طبقا للمادة 25 من المرسوم 10-236[2] باللغة الرسمية نجد أن المناقصة تشكل القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية، ولا يلجأ إلى التراضي إلا حدود معينة، لكن بالرجوع لنفس المادة باللَغة الأصلية الفرنسية نجد أن القاعدة في الإبرام هي طلب العروض" Appel d'offre "وليس المناقصة، وهذا راجع لخطأ في الترجمة من اللَغة الأصلية الفرنسية إلى اللغة الرسمية العربية.

كما أن المشرع الجزائري حدَد حالات اللجوء إليهما وإجراءات اختيار المتعاقد وفقهما بوضع نظام قانوني متكامل للحد من ظاهرة الفساد الإداري والمالي[3].

وما يلاحظ أن المشرَع لم يضفي الطابع التمييزي في كيفيات الإبرام التي ساوى من خلالها بين المؤسسات الوطنية والأجنبية ضمن المرسوم المعني بالدراسة، باستثناء المزايدة التي خصّها بالمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

2. من حيث إجراءات الإبرام: تعدّ الإدارة شروط المشاركة المتعلقة بالصفقة العمومية بإرادتها المنفردة قبل الإعلان عن المنافسة تتضمن موضوع الصفقة، طريقة منحها والوثائق المطلوبة من المتعاملين، المعايير التي يعتمد عليها في انتقاء المتعامل المتعاقد، الأحكام المتعلقة بالتنفيذ من خلال دفاتر الشروط [4]، لذلك يتعين إعدادها بدقة

---

[1] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق**، ص 70.

[2] Art 25 Du Décret Présidentie10/236/ : « Les Marchés Publics Sont Passé Selon La Procédure D'appel D'offre, Qui Constitue La Règle Générale, Ou La Procédure De Gré A Gré ».

[3] مزياني فريدة، **الوقاية من الفساد ومكافحة في مجال الصفقات العمومية**، مقال منشورب **مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، ع 2، جوان 2014، ص 10.

[4] مزياني فريدة، **مرجع سابق**، ص 10.

تحقيقا لمبدأ شفافية الإجراءات[1]، مع إلزام المتعاقد الأجنبي غير المقيم على الالتزام بالاستثمار في شراكة في نفس ميدان النشاط مع مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري[2].

يقتضي أيضا احترام إجراءات الإبرام إعلان الإدارة جميع المتنافسين وكذلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد بفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم، وتمكينهم من المعلومات الكافية المتعلقة بالصفقة باعتباره إجراءا ضروري لخلق مجال حقيقي للمنافسة، لأن الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المرشحين، ويكون هذا الإعلان عن طريق إلزامية الإشهار الذي جسّده المشرع الجزائري بنوعيه؛ **الإشهار الصحفي** ويكون لمختلف أنواع المناقصات (طلب العروض) والإجراءات الأخرى لإبرام الصفقات العمومية حسب المادة 45 من المرسوم محل دراسة، وكذا **الإشهار الإلكتروني** الذي نصَت عليه المادة 173 و174 من المرسوم محل الدراسة، و تطبيقا لهذه المواد صدر القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 المتعلق بالبوابة الإلكترونية[3] الذي أصبح مكسبا حقيقيا للمتعاقدين الأجانب.

ثانيا: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

يعتبر مبدأ المساواة في معاملة المرشحين مظهرا من مظاهر مبدأ المنافسة وهو من الحريات العامة ذات القيمة الدستورية، كون أنّ الإدارة لا تخص أحد المرشحين بمعاملة تختلف عن الأشخاص الآخرين الموجودين في نفس الوضعية القانونية، و لا يمكن تبرير هذا التفضيل في المعاملة بأي سبب إلا المصلحة العامة[4]، إذن يقتضي هذا المبدأ وجوب معاملة جميع المتنافسين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوبة و المواعيد والإجراءات ولا تفرَق بينهم على أساس معايير ذاتية، فالاختيار والأفضلية لا تمنح إلا

---

[1] انظر المادة 10 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 6.

[2] Zouaimia Rachid, **Le Régime Des Investissements Etrangers A L'épreuve De La Résurgences De L'état Dirigiste En Algérie**, Revue Algérienne Des Sciences Juridiques, Economique Et Politique, Juin 2011, N^{O} 2, Pp 13, 14.

[3] قرار مؤرخ 13 محرم سنة 1435 الموافق لـ17 نوفمبر سنة 2013 يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، **الجريدة الرسمية**، ع 21، الصادرة في 9 أفريل 2013، ص27 .

[4] Alfonsi Jean, Op. Cit, P 61.

على أساس المعايير الموضوعية المنصوص عليها في النصوص القانونية والتنظيمية الجاري بها العمل[1]، و يظهر ذلك من خلال المساواة في التقدم للصفقات و احترام معايير إرساء الصفقة[2] خاصة في مجال الصفقات العمومية الدولية ضمانا لحسن تنفيذها[3].ولقد كرّس المؤسس الدستوري هذا المبدأ بموجب المادة 29 و31 من الدستور الجزائري لـ 1996.

الفرع الثاني: مكانة المتعاقد الأجنبي بين قاعدة حرية المنافسة واحترام مبادئ إبرام الصفقات العمومية

تجلّت أهمية حرية المنافسة باعتبارها ركيزة لانتعاش عملية إبرام الصفقات العمومية، لكن نظرا لضعف القطاع الوطني الخاص وعدم مقدرته لمنافسة القطاع الخاص الأجنبي دفع المشرَع إلى تقرير أحكام تتضمن إجراءات امتيازية لتشجيعه على حساب الأجنبي خاصة غير المقيم، و هذا لا يعد اعتداء على قاعدة المنافسة ولا على مبادئ إبرام الصفقات العمومية **(فقرة أولى)**، كما أن تقرير بعض قواعد المعاملة التمييزية لحساب المتعاملين الوطنيين على حساب الأجانب غير المقيمين تعد في حد ذاتها انتهاكا مشروعا لمبادئ إبرام الصفقات العمومية باعتبارها من الآليات الحمائية للاقتصاد الوطني عامة والمتعاملين الوطنيين بصفة خاصة **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: محدودية حرية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية

وضع المشرَع الجزائري قيودا تحدّ من تطبيق قاعدة المنافسة في أطر قانونية يحق للمصلحة المتعاقدة اللجوء إليها إما لأسباب قانونية **(أولا)**، أو لأسباب عملية **(ثانية)**.

أولا: القيود المانعة لحرية المنافسة لأسباب قانونية

عادة ما تحدّد نصوص تنظيم الصفقات العمومية قيودا يترتب على أعمالها منع فئات معينة من المشاركة في الصفقات التي تجريها المصلحة المتعاقدة، و من أجل انتقاء أفضل للمتعاقدين حدّد المرسوم الرئاسي محل الدراسة ضمن أحكام المادة 52 منه المتعاملين

---

[1] علة كريمة، **جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية**، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام والقانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012/ 2013، ص 156.

[2] Alfonsi Jean, Op. Cit, P 61.

[3] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 73.

الاقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية، و تطبيقا لهذه المادة صدر القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس2011 الذي يحدّد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية[1]، هذا الإقصاء قد يكون بصفة مؤقتة أو نهائية، كما قد يكون تلقائيا أو بمقرر من مسئوول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني.

ثانيا: القيود المانعة لحرية المنافسة لشروط عملية تفرضها طبيعة الخدمة المؤداة

يحق للمصلحة المتعاقدة أن تفرض بعض الشروط، خاصة ما يتعلق منها بالقدرة المالية والفنية فتستبعد الأشخاص الذين لم يثبت لهم ذلك، ما يفسر وجوب تقديمهم لشهادة التأهيل والتصنيف.

الفقرة الثانية: قواعد المعاملة التمييزية انتهاك مشروع لمبادئ إبرام الصفقات العمومية

إنَ المشرع الجزائري من خلال توجهه نحو اقتصاد السوق أخذ يشجَع القطاع الخاص ويحاول أن يفسح له المجال[2] للاستفادة من الصفقات التي تعلنها المصلحة المتعاقدة رغم تدني مستوى إمكانياته التقنية المالية والفنية التي لا تواكب القدرة على إنجاز المشاريع الكبرى، فجل الامتيازات الممنوحة للمتعاملين الوطنيين تعد من قبيل الامتيازات الممنوحة للمتعامل الأجنبي المقيم بالجزائر، ليكون بذلك قد استفاد بمكانة عززت مركزه القانوني في مقابل المتعاقد الأجنبي غير المقيم.

لكن السؤال: هل حقيقة أثرت هذه الإجراءات على المتعاقدين الأجانب غير المقيمين كما هو واضح في النصوص القانونية؟ الإجابة ستظهر بعد التطرق لهذه الامتيازات المتمثلة في الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية **(أولا)**، لنصل إلى أن محاباة الإنتاج الوطني يحول دون التكريس الفعلي لمبدأ المساواة **(ثانيا)**.

---

[1] قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011 يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011، ص33، 34.

[2] بن عنتر ليلى، **مدى تحفيز استثمار الشركات متعددة الجنسيات في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس2008، ص 126.

أولا: تعطيل مبدأ الوصول للطلبات العمومية

تظهر الامتيازات الممنوحة للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في كيفيات الإبرام – لاسيما إجراء المزايدة – و أولوية الاستفادة من الصفقات المحجوزة و كذا تخصيص صفقات معينة لها.

1.**الامتيازات المعترف بها للمتعاقد الأجنبي المقيم في إطار كيفيات الإبرام:** أعطى المشرَع الأولوية للمتعامل الأجنبي المقيم بالجزائر أولوية الحصول على الصفقات العمومية على حساب نظيره غير المقيم، إلى درجة أنه أصبح يتقاسم هذه المكانة مع المتعامل الوطني[1]،حيث نصت المادة 33 من المرسوم الرئاسي10–236 على أن: "**المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري**"[2]، إذن نجد أن المشرع الجزائري قد ساوى بين المؤسسات الوطنية والمؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر في الحصول على صفقات بالمزايدات، مقابل إقصاء كلي للمتعاقد الأجنبي غير المقيم بالجزائر من هذا المجال، هذا ما يشكل خطرا على المؤسسات الوطنية التي تُعدَ الأولى بهذه الصفقات لأنها قادرة على تنفيذها باعتبارها لا تتطلب مؤهلات تقنية[3]، كما أنه يشكل خطرا على الاقتصاد الوطني، إذ فكيف للمتعامل الأجنبي وإن كان مقيما أن يكتسب ممتلكات داخل التراب الوطني في إطار خصخصة المال العمومي؟

إن منع الأولوية للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في هذا الإطار يساهم في ترقيها وهي تتوافق وإمكانياتها بالنظر لطابعه التقني غير المعقد، عكس المشاريع التي تتطلب تقنيات عالية، ما يدفع المصالح المتعاقدة إلى طرح صفقات دولية نتيجة عجز المؤسسات الداخلية.

---

[1] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 245.

[2] Art 33 du decrét présidentiel 10-236" : l'adjudication est la procédure selon la quelle le marché est attribué au soumissionnaire le moins disant. Elle porte sur les opérations simple de type courant et ne concern que les entreprises de droit algerien."

[3] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 245.

لكن يظهر أن امتياز المزايدة لا يؤثر على المؤسسة الأجنبية غير المقيمة بالجزائر لضآلة المداخيل المالية الناجمة عنها واهتماماتها بالمشاريع ذات التقنيات والكفاءات العالية.

2. **منح أولوية الاستفادة من بعض الصفقات:** عمد المشرَع الجزائري إلى حرمان المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر من تقديم تعهداتها في صفقات عمومية عُدّت من قبيل الصفقات المحجوزة، يظهر ذلك من خلال أحكام المادة 49 من المرسوم محل دراسة التي تجيز للبلديات الولايات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها بمناسبة إعلان مناقصاتها* أن يكون هذا الإعلان محليا فقط، لتمكين المؤسسات القريبة منها بالمساهمة[1] وحدها دون غيرها في هذه العقود، فضلا عما قرّرته المادة 54 من نفس المرسوم التي تُلزم المصلحة المتعاقدة بإصدار مناقصة* وطنية عندما يكون الإنتاج أو أداة الإنتاج الوطنية قادرة على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، مع مراعاة الحالات الاستثنائية التي يمكن أن تفسح المجال أمام المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر، إضافة إلى ما نصت عليه المادة 55 من ذات المرسوم بتخصيص الأشغال المرتبطة بالنشاطات الحرفية لفئة الحرفيين كما هم معرَفين بالتشريع المعمول به، ما عدا الحالات المبرَرة من المصلحة المتعاقدة.

ثانيا: مبدأ المساواة بين محاباة الإنتاج الوطني وأثر الشكل القانوني للمتعاقد الأجنبي عليه

يكون التزام المتعاقد في الصفقة إما في شكل فردي، وإما في إطار تجمع مؤسسات.

1. **الالتزام الفردي للمتعامل المتعاقد:** ونعني به تحصيص الصفقة؛ حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة تلبية حاجاتها في شكل حصة وحيدة تخصَص لشريك متعاقد واحد، أو

---

* يستعمل المشرع الجزائري ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 مصطلح المناقصة باللغة العربية والمقصود طلب العروض باللغة الفرنسية

[1] انظر المادة 49 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 10.

* يستعمل المشرع الجزائري ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 مصطلح المناقصة باللغة العربية والمقصود طلب العروض باللغة الفرنسية.

عدة حصص منفصلة تخصَص إلى متعاقد أو أكثر وفي هذه الحالة يجب تقييم العروض حسب كل حصة، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة تحديد عدد الحصص الممكن منحها لمتعهد واحد[1]، أما في حالة الصفقة المجزأة [2] فإنه يمكن أن يختصّ كل واحد منهم بتنفيذ قسم أو جزء من العملية في إطار التزام فردي.

يعد هذا الشكل في الالتزام من بين الإجراءات التمييزية المساعدة في ظفر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالصفقة، حيث نصت المادة 55 مكرر1 أنه في حالة إمكانية تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل هذه المؤسسات يجب تحصيص هذه الخدمات لها بصفة حصرية إلا في حالات الاستثناء المبررة ، وتحصص هذه الحاجات في حدود 20% على الأكثر من الطلب العام محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط محصص حيث تأخذ كل مؤسسة حصة معينة من الصفقة، و من غالبا ما تكون في صفقات التوريدات لاسيما البسيطة منها و العمليات البسيطة من النمط العادي[3].

2. **الالتزام في إطار تجمع مؤسسات:** يجب أن يتضمن دفتر الشروط إمكانية تقديم عرض في إطار تجمع مؤسسات شرط احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة إذا اقتضت مصلحة العملية ذلك، إذ يجب في هذه الحالة أن يتدخل المتعهدون في شكل تجمع بالتضامن أو بالشراكة[4]، ويظهر تأثير هذا الشكل على المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مساهمته في تعزيز إجراء محاباة الإنتاج الوطني من خلال المادة 23 من المرسوم محل دراسة، التي تمنح هامش للأفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/ أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون فيما

---

[1] انظر المادة 15 **المرسوم الرئاسي 13-03** المؤرخ في 3 جانفي المعدّل للمرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**،ع 2، صادرة بتاريخ 13 جانفي 2013، ص 6.

[2] يجب التنبيه أن الصفقة المجزأة عبارة عن مجموعة منفصلة من الأشغال يعهد بها إلى عدة متعاملين حيث يختص كل واحد في تنفيذ جزء من العملية، ففي صفقة مجزأة إلى حصص منفصلة يمكن أن تمنح للمتعاقدين في شكل مؤسسات منفصلة بعضها البعض، حيث يكون عدد الصفقات بقدر عدد المؤسسات، هذه الأخيرة ليست بينها أي علاقة.... أنظر: حابي فتيحة، **النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 80.

[3] انظر المادة 55 مكرر1 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ص 13.

[4] انظر المادة 59 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 14.

يخص جميع أنواع الصفقات، وهذا يعتبر امتياز لصالح المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر، وإن اشترط عليها ضرورة أن يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون في مواجهة المؤسسات الأجنبية غير المقيمة التي لا تستفيد من هذا الهامش إلا في إطار تجمع يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، شرط خضوع هذه الاستفادة إلى تبرير الحصص التي يحوزونها من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها وكذا مبالغها.

ستؤثر هذه الإجراءات على كميات المنتجات المتوفرة بغرض التموين بما يخلق اضطرابا فيها، كما أن المنتوج الوطني لا يلبي احتياجات المصلحة المتعاقدة نتيجة لنقص نوعيته وجودته ما يدعو إلى ضرورة الاستنجاد بالمنتجات الأجنبية[1]، لتبقى تلك الإجراءات معدومة الأثر على المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي غير المقيم المعروف بفعاليته وأدائه الذي أكسبه مكانة تجعله الأجدر على الظفر بالصفقات لاسيما ذات التقنيات العالية منها.

المطلب الثاني: تأهيل المتعاقد الأجنبي وتصنيفه شروط لازمة لاختياره في الصفقة العمومية

يعتبر التأهيل أهم معيار لاختيار المتعاقد حيث ألزم المشرع المؤسسات الوطنية والأجنبية على حد سواء إثبات قدراتها بإحضارها شهادة التأهيل لتتمكن من المشاركة في الصفقات العمومية **(فرع أول)**، فضلا عن إثبات درجة تصنيفها **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: انعدام التمييز بين المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمتعاقد الأجنبي غير المقيم في إلزامية التأهيل

ترتبط معايير التأهيل بنوع الصفقة وموضوعها**(فقرة أولى)** وهو ما جسّده المشرَع ضمن المرسوم الرئاسي 10-236 و المرسوم 93-289 **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: ارتباط معايير التأهيل بموضوع الصفقة العمومية

يعرّف التأهيل أنَه اعتراف من الهيئة المكلفة أن المؤسسة لها الكفاءة والقدرة المادية والتقنية من تجهيزات لإنجاز أشغال في نشاط وتخصّص ما ذو تقنية محدَدة، مع احترام

[1] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 72.

المقاييس الفنية والقانونية التي تتبعها المؤسسة من خلال إنجازاتها[1]، وهو ما حدّدته المادة 2 من المرسوم التشريعي 93-289[2] ، ونجد أنّ هذا التأهيل يرتبط بنوع الصفقة سواء في ميدان البناء الأشغال والري **(أولا)**، أو في صفقات الدراسات واللوازم **(ثانيا)**.

أولا: تأهيل المتعاقد الأجنبي في ميدان البناء الأشغال والري

تؤهل مؤسسة في نشاط معين على أساس معايير حدّدها المرسوم رقم 67-81[3] في مادته 2/4 إذ تهدف لجنة الوصف والتصنيف إلى: ... التحقق من... أهلية المقاولات في مختلف أنواع النشاطات ...المعنية... بالنظر لمراجعها المحققة وإمكانياتها التقنية .

1. **معيار المراجع المحققة أو تجربة المؤسسة المثبتة من خلال المشاريع المنجزة:** تُؤهل المؤسسة على أساس تجربتها في النشاط المطلوب التأهيل فيه المثبت من خلال المشاريع التي أنجزتها دون اللجوء للتعامل الثانوي، الذي إن لجأت إليه يكون في إطار محدّد حسب المعايير الفنية والتقنية المعمول بها، و تثبت من خلال شهادات حسن التنفيذ المقدمة من قبل أصحاب المشاريع [4].

2. **معيار الإمكانيات التقنية والمادية الخاصة بالمؤسسة:** تثبت المؤسسة قدرتها على الإنجاز بتوفير الوسائل التقنية والمادية المتعلقة بالتخصصات والقطاع المراد التأهيل فيه[5]، وحتى تطلب شهادة تأهيلها يجب أن تقدم قائمة العتاد الذي تملكه أو ذلك الموضوع تحت تصرفها حسب خصوصية كل قطاع ومراعاة لتعقيد المشاريع المزمع إنجازها.

---

[1] بوشعير أمال، **تأهيل وتصنيف المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر, السنة الجامعية 2009/ 2010، 30ص 15.

[2] **مرسوم تشريعي رقم 93-289** مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1414 الموافق لـ 28 نوفمبر سنة 1993 يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية للبناء والأشغال العمومية والري، امتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، **الجريدة الرسمية**، ع 79، صادرة بتاريخ 1 ديسمبر 1993، ص 12- 16.

[3] **المرسوم 67-81** مؤرخ في أول صفر عام 1387 الموافق لـ 11 ماي سنة 1967 تحدد بموجبه الشروط التي يمكن بمقتضاها لمقاولات الأشغال العمومية والبناء إبرام صفقات مع مصالح وزارة الأشغال العمومية، والبناء، **الجريدة الرسمية**، ع 41، صادرة بتاريخ 19 ماي 1967، ص 567- 568.

[4] بوشعير أمال، **المرجع السابق**، ص 21.

[5] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق**، ص35 .

ثانيا: اكتساء التأهيل طابع الاعتماد الإلزامي في صفقات الدراسات اللوازم والخدمات

نصّت المادة 37 من المرسوم محل دراسة على أنه: "**يمكن أن يكتسي التأهيل طابع الاعتماد الإلزامي إذا ورد في الحالات التي تحددها نصوص تنظيمية، وأسند تنفيذه إلى هيئات متخصصة مؤهلة لهذا الغرض**"، نلاحظ أن هذه المادة جاءت غامضة حول كيفيات تأهيل المتعاقدين الأجانب مقيمين كانوا أم غير مقيمين عن طريق الاعتماد الإلزامي، حيث لم يعنى المشرع بوضع أسس قانونية له، ومفاده في هذا المجال هو الترخيص الإداري المسبق الذي يسمح بممارسة الأنشطة المقننة والمحتكرة من طرف الدولة التي تمارسها المؤسسات المعهود لها من الدولة في إطار عقد امتياز[1]، و غرضه مراقبة نشاط الشركات الأجنبية[2].

الفقرة الثانية: تأهيل المتعاقد الأجنبي بين المرسوم 93-289 والمرسوم 10-236

قنّن المشرع تأهيل المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية لأول مرة بموجب القرار الصادر في 21 نوفمبر 1964 المتضمّن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة الأشغال العمومية والبناء والنقل، في مادته 2 التي أعطت للإدارة السلطة التقديرية الواسعة في ذلك بمنح رخصة مسبقة من طرفها، لتتمكن تلك المؤسسات من تقديم عروضها، لكن ألغيت هذه المادة [3] بصدور نصوص قانونية وتنظيمية أعطت ضمانات أكثر للمؤسسات، بالنص على توّلي هيئات إدارية وجدت من أجل تقديرها لأهلية مؤسسات الإنجاز بصفة أكثر موضوعية على أساس معايير محددة[4]، لذلك سنحدَد تأهيل المتعاقد الأجنبي ضمن المرسوم التشريعي 93-289 **(أولا)**، ثم ضمن المرسوم 10-236 **(ثانيا)**.

---

[1] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 39.

[2] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 58.

[3] قرار مؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة الأشغال العمومية والبناء والنقل، **الجريدة الرسمية**،ع6، الصادرة بتاريخ 19 جانفي 1965، ص 46-64.

[4] انظر المادة 1 من **المرسوم التشريعي 93-289** ، ص 12.

أولا: تأهيل المتعاقد الأجنبي ضمن أحكام المرسوم التشريعي 93-289

تكون شهادة التخصص المهنية حسب المادة 2 المرسوم 93-289 إجبارية لجميع المؤسسات التي تعمل في إطار البناء والأشغال العمومية والري لإبرام الصفقات، و بذلك تكون المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر ملزمة بإثبات تأهيلها باعتبارها خاضعة للتشريع الجزائري، لكن بالنسبة للمتعاقد الأجنبي غير المقيم لم يكن خاضعا لهذا الالتزام إلا بعد

صدور المرسوم 05-114[1] من خلال مادته 4، ليصبح لزاما عليه تقديم ضمانات تقنية تتمثل في شهادة التأهيل التي تؤكد مؤهلاته التقنية المالية والبشرية، يتم الحصول عليها في بلده الأصلي مكان تواجد مقره الاجتماعي التي يتم إثباتها والمصادقة عليها من طرف القنصليات الجزائرية الموجودة في بلد المؤسسة الأجنبية طالبة التأهيل[2].

ثانيا: معايير تأهيل واختيار المتعاقد الأجنبي وفق المرسوم الرئاسي 10-236

تتسم المشاريع الكبرى باستخدام التكنولوجيا العالية لاسيما منها المتعلقة بالعمليات المعقدة التي تقوم على أساس معايير ومقاييس نجاعة يتعين بلوغها، ما يجعل نصيب المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر أوفر للظفر بها خاصة الدولية منها، و في هذه الحالة عادة ما تلجأ المصلحة المتعاقدة **للانتقاء الأولى** كمعيار لتأهيل المتعاقد الأجنبي غير المقيم من خلال أسلوب الاستشارة الانتقائية، بناءا على المؤهلات والكفاءات التي تملكها والمثبتة بواسطة المشاريع المنجزة بالجزائر طبقا للمادة 4/31 المرسوم10-236.

أمّا عن العمليات المراد إنجازها فيتعلق الأمر بـ: عمليات معقدة وذات أهمية خاصة، أو في حالة تأسيس الاستشارة الانتقائية على مواصفات تقنية مفصلة معدَة على أساس مقاييس نجاعة يتعين بلوغها، أو برنامج وظيفي استثناء إذا لم تكن المصلحة

---

[1] **المرسوم التنفيذي 05-114** المؤرخ في 27 صفر عام 1426 الموافق لـ 7 أفريل سنة 2005، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-289، المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1414 الموافق لـ 28 نوفمبر سنة 1993 الذي يوجب على المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري، أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، **الجريدة الرسمية**، ع 26، صادرة بتاريخ 10 أفريل 2005، ص 4-6.

[2] بوشعير أمال، **المرجع السابق**، ص 34، 35.

المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، أو بمناسبة إنجاز عمليات هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة، و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري[1].

تظهر خصوصية معايير اختيار المتعاقد الأجنبي غير المقيم في شروط التمويل وتقليص الحصة القابلة للتحويل والضمانات التجارية وشروط دعم المنتجات (خدمات ما بعد البيع والصيانة والتكوين)، فضلا عن المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتوج و كذا الاندماج في الاقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المنتجات موضوع التعامل الثانوي في السوق الجزائرية[2].

الفرع الثاني: تصنيف المتعاقد الأجنبي بنوعيه المقيم وغير المقيم

تصنَف مؤسسة بمنحها درجة معينة ضمن سلَم يتراوح من درجة 1 إلى 9، بالنظر لعدد النقاط التي تحصلت عليها أثناء تقييم ملفها المتضمن شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، وعليه سنحدد معاييره **(فقرة أولى)**، وكيفياته **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: معايير التصنيف

حدّد المشرع معايير التصنيف ضمن المادة 7 من المرسوم التشريعي93-289[3] الذي يتم على أساس معدل عدد العمال للسنة الأخيرة المصرح به للضمان الاجتماعي في الوثائق المحاسبية، ورقم الأعمال المحقق للسنة الأخيرة طبقا للوثائق المحاسبية، ونظرا لارتباط هذه الشهادة بضمان حسن التنفيذ[4] و النقائص التي عرفها قطاع الأشغال البناء والري بعد زلزال 21 ماي 2003 وما نتج عنه من أحداث خاصة فيما يتعلق بمجال البناء وما عرفته مؤسسات الإنجاز من عجز نتيجة لصغر حجمها وضعف قدراتها[5]، عدّل المشرع من معايير منح هذه الشهادة بإضافة معايير أخرى بموجب المادة 5 من المرسوم05 -114[6] تتمثل في: العدد الإجمالي لعمال المؤسسة المحسوبة للسنة الأخيرة

---

[1] انظر المادة 31 من **المرسوم الرئاسي 10- 236**، ص 9.

[2] انظر المادة 56 من **المرسوم الرئاسي 10- 236**، ص 11.

[3] انظر المادة 7 من **المرسوم التشريعي 93- 289** ، ص 13.

[4] تياب نادية، **المرجع السابق**، ص 69.

[5] أمال بوشعير، **المرجع السابق**، ص 42.

[6] انظر المادة 5 من **المرسوم التنفيذي رقم 05-114**، ص 5.

والمصرح به لصندوق الضمان الاجتماعي الذي يظهر فيه عدد عمال التأطير التقني المتكون من إطارات جامعية و أعوان التّحكم ذوي الاختصاص المتصل بنشاطات البناء والأشغال العمومية والري، حيث يجب أن يمثل هذا التأطير المصرَح به سنة على الأقل لدى صندوق الضمان الاجتماعي ما بين 10 و20% من العدد الإجمالي للعمال، وكذا قيمة وسائل التدخّل المادية الخاصة بها ورأسمال المؤسسة، فضلا عن رقم الأعمال المحقق في قطاع السكن والأشغال العمومية والري كما هو مبين في الحصيلة الجبائية ومستخرج جدول الضرائب السنوات الثلاثة المحاسبية الأخيرة، و الشهادات الإدارية التي يسلمها صاحب أو أصحاب المشاريع التي يثبت فيها أهمية الأشغال التي تنجزها المؤسسة وتكاليفها ونوعيتها التقنية، و احترام آجال الإنجاز المحددة في العقد.

غير أن تصنيف المؤسسات المنشأة حديثا يتم على أساس عدد العمال المصرح به للصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية الذي يضم تأطيرا تقنيا ما بين 10 % و20 % من العدد الإجمالي للعمال، وكذا قيمة وسائل التدخل المادية التي تملكها المؤسسة أو القابلة للرصد[1].

الفقرة الثانية: كيفيات التصنيف

يظهر من أحكام القرار الوزاري المشترك الصادر في 3 ديسمبر 2005 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 8 من المرسوم التشريعي 93-289[2] التي تنص: "**يحدد تصنيف المؤسسة حسب انتمائها إلى صنف معين، ويضبط كيفيات التصنيف بقرار مشترك بين الوزراء المعنيين**"، **أن** تصنف المؤسسات إلى تسعة درجات مقسمة الى صنفين؛ **من درجة 1 إلى 4** تصنف ضمنه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أما من **الدرجة 5 إلى9** تصنف ضمنه المؤسسات الكبيرة، يتم هذا التصنيف حسب طريقة حسابية مع مراعاة المعيار

[1] أنظر المادة 5 من المرسوم04-115، ص5.

[2] قرار وزاري مشترك مؤرخ في أول ذي القعدة عام 1426 الموافق لـ 3 ديسمبر سنة 2005 يحدد كيفيات التصنيف المهني للمؤسسات ومجموع المؤسسات التي تعمل في إطار البناء والأشغال العمومية والري،**الجريدة الرسمية**،ع 27، صادرة بتاريخ 26 أفريل 2006، ص 28.

المعتمد لتعطي مجموع هذه المعايير في الأخير حسب النقطة الإجمالية معادلة تحدد التصنيف المهني للمؤسسة في الصف المهني المطلوب[1].

المطلب الثالث: المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل إجراءات قوانين المالية التكميلية لسنتي 2009 و2010

قامت الجزائر بإصلاحات في العديد من المجالات تحت تأثير التحولات الاقتصادية العالمية والشروط المفروضة عليها من قبل المؤسسات الدولية[2] بموجبها تبنت منذ مطلع التسعينيات نظرة جديدة للاستثمارات الأجنبية، حيث لم يعد القانون يفرّق في الضمانات الممنوحة للمستثمرين في إطار المساواة بين المتعاملين المحليين والأجانب[3]، إلا أن المشرع بموجب قوانين المالية التكميلية لسنتي 2009[4]و2010[5] جاء بإجراءات جديدة تتضمن كيفية إلزام المتعاقد الأجنبي غير المقيم بالجزائرمن إقامة استثمارات عليها **(فرع أول)**، وما تبعه من إدراج وتعديل قاعدة إلزامية الاستثمار المسبق **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: كيفيات إلزام المتعاقد الأجنبي غير المقيم لإقامة استثمارات بالجزائر

كرّس الأمر 01-03[6] في مادته 4 الحرية التامة في إنجاز الاستثمارات الأجنبية التي تستفيد بقوة القانون من الحماية والضمانات المقررة قانونا، إلى درجة إعطاء حق تأسيس الأرباح للمستثمر الأجنبي[7]، غير أن هناك أحكام عارضت هذا الانفتاح بمنح الأفضلية للمؤسسات الوطنية وتجسيد نوع من المحاباة لصالحها بتقرير قاعدة الشراكة **(فقرة**

---

[1] انظر المادة 2 من القرار الوزاري المشترك الصادر في 3 ديسمبر 2005، يحدد كيفيات التصنيف المهني للمؤسسات ومجموع المؤسسات التي تعمل في إطار البناء والأشغال العمومية والري، ص 28.

[2] شتوان الهادي، **دور الدولة في ظل العولمة والأزمة المالية العالمية**، مقال منشور بـ **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية**، ع 2، سبتمبر 2001، ص 454.

[3] سعيد بسار، **امتيازات وإعفاءات جبائية وجمركية في قانون الاستثمار، ضمانات قانونية للمساواة بين المتعامل المحلي والأجنبي**، **جريدة الخبر** –اقصاد– الاثنين 7 جويلية 2014 الموافق لـ 9 رمضان 1435، ص 7.

[4] **الأمر رقم 09-01** المؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق لـ 22 جويلية 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، **الجريدة الرسمية**، ع 44 صادرة بتاريخ 26 جويلية 2009، ص 4-26.

[5] **الأمر رقم 10-01** المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق لـ 26 أوت 2010 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، **الجريدة الرسمية**،ع 49، صادرة بتاريخ 29 أوت 2010،ص 4-24.

[6] **أمر رقم 01-03** مؤرخ في جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، **الجريدة الرسمية**، ع 47، صادرة بتاريخ 22 أوت 2001، ص 5.

[7] Zouaimia Rachid, Op. Cit, P. 07.

أولى)، و تقرير حق الشفعة لصالح الدولة أو المؤسسات العمومية الاقتصادية **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: إنجاز الاستثمارات الأجنبية في إطار شراكة وطنية تحظى بالأغلبية

فرضت المادة 58 من الأمر 09-01[1] قاعدة الشراكة المقدرة بـ 51 % لصالح المساهمة الوطنية المقيمة(الجزائريون المقيمون) كأدنى حد، مقابل خضوع المتعاملين الأجانب لمساهمة لا تزيد عن 49 % وقبولهم بشرط الشراكة بالأقلية، تطبق ذات الأحكام في حالة إنجاز الاستثمارات الأجنبية مع المؤسسة العمومية الاقتصادية التي يجب أن تكون مساهمتها معادلة أو تفوق 51% من رأس المال الاجتماعي[2]، كما أقرت هذه المادة في الفقرة 3 بعدم إمكانية ممارسة أنشطة الاستيراد بغرض إعادة بيع الواردات على حالها من طرف الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الأجانب إلا في إطار شراكة تساوي فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 30 % على الأقل من رأس المال الاجتماعي، تؤدي هذه القواعد إلى تغيير حاسم في تشكيل رأس مال المؤسسات الاجتماعي الأمر الذي أدى إلى تقرير شرط امتثالها لقواعد توزيعه طبقا للمادة 45 من الأمر 09-01[3].

الفقرة الثانية: تقرير حق الشفعة لصالح الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية

تقرّر حق الشفعة بموجب المادة 62 من الأمر 09-01[4] المعدّلة بالمادة 46 من الأمر 10-01[5]الذي يمنح للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية حق الحصول على أسهم وحصص المساهم الأجنبي حال تنازله عنها أو لفائدته، كما أقرت المادة 47 من الأمر 10-01[6]على خضوع عمليات التنازل التام أو الجزئي إلى الخارج عن هذه الأسهم أو الحصص لشركات تملك أسهما أو حصصا اجتماعية في شركات خاضعة للقانون الجزائري مسبقا، مع احتفاظ الدولة أو المؤسسة العمومية بحق إعادة شراء تلك الأسهم أو الحصص الاجتماعية عن طريق التنازل المباشر أو غير المباشر.

---

[1] أنظر المادة 58 من **الأمر رقم 09-01** ص 13.

[2] Zouaimia Rachid, Op.Cit, P 07-08.

[3] أنظر المادة 58 من **الأمر رقم 09-**، ص 14.

[4] أنظر المادة 62 من **الأمر رقم 09-01** ص 14، 15.

[5] أنظر المادة 46 من **الأمر رقم 10-01** ،ص 14.

[6] أنظر المادة 47 من **الأمر 10-01** ،ص 14 .

من أجل تطبيق هذه المواد أوجبت المادة 48 من نفس الأمر[1] على الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الأجنبي، المالكين أسهما في الشركات المستقرة في الجزائر أن يبلّغوا سنويا قائمة مساهميهم التي تصادق عليها المصالح المكلفة بتسيير السجل التجاري للدولة محل الإقامة.

الفرع الثاني: شرط إلزامية الاستثمار المسبق لمشاركة المتعاقد الاجنبي في الصفقات العمومية

جاءت قاعدة إلزامية الاستثمار المسبق بالمادة 55 من الأمر 10-01[2]، وتم تضمينها بالمادة 24 من المرسوم محل الدراسة التي بيّنت محتواها **(فقرة اولى)**، وشروط تطبيقها **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: محتوى ومجال قاعدة إلزامية الاستثمار المسبق

بالرجوع للمادة 24 من المرسوم10-236 التي استعملت مصطلح المناقصات* الدولية، نجد أن **المعنيين** بهذا الإجراء هم المتعهدون الأجانب غير المقيمين. وأنّ مجال تطبيق قاعدة الاستثمار يكون في نفس ميدان النشاط في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون. ما يعني أن المؤسسات الأجنبية المقيمة تستفيد من إلزامية تجسيد هذا الإجراء بخلق إجراء تمييزي لصالحها، بإعفائها من هذا الالتزام وإمكانية استفادتها من تلك الشراكة. أما عن إمكانية إقامة شراكة أجنبية غير مقيمة مع مؤسسة أجنبية مقيمة بالجزائر، فلا يمكن القول بذلك بسبب وجود شرط الشراكة سابق الذكر[3].

أما عن **النشاط ونوع المشاريع** المراد إنجازها فقد جاءت هذه المادة غامضة لم تحدد قائمة معينة لها، لكن بتعديلها تم تحديد هذه المشاريع من خلال المادة 02 من المرسوم

---

[1] أنظر المادة 55 من **الأمر رقم 10-01**، ص 15 .

[2] انظر المادة 46 من **الأمر 10-01**، ص 14 .

* المقصود هنا هو طلب العروض

[3] أنظر المادة 24 من **المرسوم الرئاسي 10-236** المؤرخ في7 أكتوبر سنة 2010 المعدّل والمتمّم **بالمرسوم الرئاسي 11-98** مؤرخ في 26 ربيع الأول 1432 الموافق لـ1 مارس 2011، الجريدة الرسمية ع 14، صادرة بتاريخ 6 مارس 2011، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 58، ص 14.

11-98[1] نجد أنّه إذا تعلق الأمر بصفقات الدولة والمؤسسات الوطنية المستقلة أو الهيئات التابعة لها تحدّد المشاريع التي يجب أن تكون محل تعهّد بالاستثمار وطبيعة الاستثمار بمقرَر من سلطة هذه المؤسسة أو الهيئة المعنية أو الوزير المعني، أما بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية الممولة كليا أو جزئيا بمساهمات مؤقتة أو نهائية من الدولة يحدَد الوزير المعني المشاريع وطبيعة الاستثمار بمقرر، في حين تلك غير الممولة حسب هذه الشروط فإن المشاريع وطبيعة الاستثمار يحددها مجلس مساهمات الدولة[2].

الفقرة الثانية: إجراءات تطبيق إلزامية الاستثمار المسبق وآثار عدم احترامها

لم تتضمن المادة 24 من المرسوم10-236[3] شروطا واضحة لتطبيق قاعدة إلزامية الاستثمار المسبق باستثناء إلزامية تضمين ملف المناقصة قائمة غير محددة للمؤسسات التي يمكنها أن تجسَد عملية شراكة مع المتعهد الأجنبي، وتضمين عرضه تحت طائلة رفضه التزاما بتلبية الشروط المذكورة بهذه المادة، و نظرا لغموضها تم تعديلها سنة 2011 حيث أضافت شرط الالتزام برزنامة زمنية ومنهجية لتلبية تلك الشروط حسب النموذج المحدَد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية[4]، ويمكن أن يبلّغ المتعهّد الأجنبي اسم الشريك الجزائري بعد تبليغه بالصفقة، لكن كيف يمكن القول **بإمكانية** المتعهد الأجنبي غير المقيم أن يبلّغ اسم الشريك الجزائري دون إلزامه بذلك مع العلم أن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 أورد إجراءات صارمة بخصوص إلزامية قيد التعديلات الجديدة لرأسمال الشركة في السجل الناتجة عن عملية الشراكة ؟ و نشير أن يكون هذا التبليغ أمام الجهة الموكلة لها سير و تنفيذ وتجسيد الالتزام بالاستثمار، و سمحت ذات المادة في فقرتها 12 بإمكانية سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني أو مجلس مساهمات الدولة، إعفاء المتعهد الأجنبي الذي جسّد عملية الاستثمار أو

---

[1] انظر المادة 2 من **المرسوم الرئاسي 11-98** مؤرخ في أول مارس 2011، يعدّل ويتمّم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ7 في أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 14، ص 14.

[2] انظر الفقرة 3 و4 من المادة 2 من **المرسوم الرئاسي 11-98** والتي تعدل وتتمم المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ص 14.

[3] انظر المادة 24 من **المرسوم الرئاسي 10- 236**، ، ص 9.

[4] قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011، يحدد نموذج الالتزام بالاستثمار، **الجريدة الرسمية**، ع 24، صادرة بتاريخ 22 أفريل 2011، ص 22.

التزم بتجسيدها من هذا الالتزام الذي يجب النص عليه في دفتر الشروط.، ونشير أن هذا الالتزام يشمل جميع أنواع الصفقات العمومية، في حين أن المادة 5 من المرسوم 13-03[1] لم تتضمّن هذه الشروط عدا ما يتعلق منها بضرورة تضمين دفتر الشروط لضمانات مالية للصفقة، وكأنّ المشرَع يريد تخفيف الإجراءات المعقدة لتطبيق هذه القاعدة خاصة بعدما شهدته الجزائر من انتقادات لاذعة بخصوص هذا النوع من الإجراءات من طرف المستثمرين لاسيما الأجانب منهم، فضلا عن مغادرة معظمهم لانعدام توفر المناخ المناسب للاستثمارات الأجنبية والإجراءات المفروضة عليهم التي تصب كلها لصالح القطاع الوطني لاسيما الخاص، بما في ذلك المؤسسة الأجنبية المقيمة بالجزائر.

أما عن آثار عدم احترام قاعدة الإلتزام بالاستثمار المسبق فإنه في حالة معاينة المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد طبقا للرزنامة المذكورة في دفتر الشروط لخطأ من المتعاقد الأجنبي، تقوم بإعذاره[2] طبقا للمادة 2 من المرسوم 11- 98[3] بضرورة تدارك ذلك في أجل يحدد في الإعذار تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية، هذا الإجراء غاب عن المادة 24 سالفة الذكر التي حدّدت نسبة هذه العقوبة التي قد تصل إلى 20% من مبلغ الصفقة، وتسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من التعهد في الصفقات العمومية حسب الشروط المحدَدة بالمادة 52 من ذات المرسوم، ونشير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إذا رأت ضرورة لذلك فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعاقد الأجنبي غير المقيم دون سواه، بعد موافقة السلطة أو الهيئة المختصة في حالة عدم تنفيذ الشراكة قبل تجسيدها.

نشير في الأخير إلى أن لجوء المشرع لهذا الإجراء يعدَ خطوة إيجابية لحماية الاقتصاد الوطني وتشجيع المؤسسات الوطنية، إلا أن المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236[4] شابها غموض ما أدى إلى تعديلها بالمادة 2 من المرسوم 11-98 التي كانت أوضح وأدق وأحسن من سابقتها و من لاحقتها المادة 5 من المرسوم 13-03، كون أن هذه الأخيرة أعادت إحياء ذلك الغموض.

---

[1] انظر المادة 5 من **المرسوم الرئاسي 13-03**، ص 6.

[2] انظر المادة 112 من **المرسوم الرئاسي 10- 236**، ص 15.

[3] انظر المادة 2 من **المرسوم الرئاسي 11-98**، ص 14.

[4] انظر المادة 24 من **المرسوم الرئاسي 10- 236**، ص 9.

لكن إلزامية المستثمر الأجنبي بإقامة مشروع مماثل للصفقة التي أحرزها بالجزائر تأتي كخطوة نحو إقامة مشاريع استثمارية جزائرية بالشراكة مع أجانب لرفع نسبة الاستثمارات داخل الجزائر، ذلك لأن الاستثمار يعتبر المنبع الأساسي لخلق الثروة كاستحداث مناصب شغل جديدة، إلا أن هذا القيد الجديد المدرج في سياق حماية الاقتصاد الوطني شأنه شأن قاعدة الشراكة وحق الشفعة قد يشكل برأي المتابعين للشأن الاقتصادي عاملا من عوامل تحفيز المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري[1] دون غيرها.

مع كل ذلك تبقى هذه الإجراءات مجرد شكليات لا تتعدى حد الصورية لغياب صرامة الأحكام التي تضبطها بدليل عدول المشرع عن إجراءات سير وتنفيذ قاعدة إلزامية الاستثمار المسبق بموجب التعديل الوارد في المرسوم 13-03[2] هذا من جهة، و من جهة أخرى لا يجب غض النظر عن الإمكانيات العالية التقنية والفنية التي تمتاز بها المؤسسات الأجنبية غير المقيمة، مقابل ضعفها وقلتها بالنسبة للمؤسسات الوطنية ما يصعّب من مأمورية المتعاقد الأجنبي غير المقيم في إيجاد شريك جزائري بتلك المواصفات، ما يؤدي بالقول أن شرط الشراكة الأجنبية مع المؤسسات الوطنية التي تحظى بالأغلبية في رأس المال الاجتماعي لا يتعدى حد الشكلية لغياب هذه المؤسسة من أساسها

في الأخير يمكن القول أن قاعدة الالتزام المسبق بالاستثمار تعد من أهم شروط وإجراءات اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب غير المقيمين من المستحسن أن تدرج ضمن القسم الخامس الخاص باختيار المتعامل المتعاقد[3]، فما هي الاعتبارات التي دفعت بالمشرّع الجزائر لإدراجه ضمن القسم المخصّص للمتعاملين المتعاقدين؟

---

[1] بلعمري سميرة، **كيفيات إلزام المتعاملين الأجانب لإقامة استثمارات بالجزائر**، **جريدة الشروق** –الحدث– الاثنين 5 ماي 2014 الموافق لـ 5 رجب 1435، ع 4367، ص 3.

[2] **المرسوم الرئاسي 13-03**، ص 4-7.

[3] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص69.

خلاصة الفصل الأول

بناءا على ما تقدّم يمكننا تعريف للمتعاقد الأجنبي أنّه كل متعاقد لا يحمل الجنسية الجزائرية سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، لكن صفة الأجنبية حتى وإن جمعت الأجنبي المقيم و غير المقيم إلا أنَهم يختلف معه في عنصر الإقامة الذي تميَز بالغموض باعتباره معيار فاصل بينهم لاسيما ضمن أحكام هذا المرسوم، فضلا عن اعتماد الضمانات ذات الطابع الحكومي المفروضة على المتعاقدين الأجانب غير المقيمين لتمييزهم عن نظرائهم المقيمين.

بخصوص المركز القانوني لهؤلاء المتعاقدين في هذه المرحلة، نجد أن شروط اختيارهم قائمة على أساس احترام مبادئ الإبرام التي لا تتحقق إلا بتكريس قاعدة المنافسة الحرة، و أن المعاملة التمييزية التي قرَرها المشرع الجزائري لصالح المتعاقد الأجنبي المقيم على حساب نظيره غير المقيم في كيفيات الإبرام لاسيما إجراء المزايدة، أولوية الاستفادة من بعض الصفقات، تقرير رفع هامش الأفضلية وكذا محاباة الإنتاج الوطني، تعد حدّا مشروعا لتلك المبادئ تشجيعا وحماية للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي **دعمت المركز** القانوني للمتعاقد الأجنبي المقيم بصفة مباشرة أو غير مباشرة، و لقد فرض المشرع الجزائري في ذات الإطار عليهم على حد السواء إلزامية تصنيفهم وتأهيلهم لتمكينهم من المشاركة والتعهد في الصفقات العمومية التي تطرحها المصلحة المتعاقدة، غير أنه ما يميز الأجنبي غير المقيم بهذا الشأن هو إمكانية اعتماد معيار الانتقاء الأولي لتأهيله.

كما أثّرت إجراءات قوانين المالية التكميلية لسنتي **2009 و 2010** على مركزهم القانوني، كون أن إلزام المتعاقد الأجنبي غير المقيم بالجزائر لإقامة استثمارات بها في إطار شراكة وطنية تحظى بالأغلبية لصالح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، و تقرير حق الشفعة لصالح الدولة والمؤسسة العمومية الاقتصادية تهدف إلى دعم وحماية الاقتصاد الوطني من جهة، والمتعاقد الأجنبي المقيم بالجزائر من جهة أخرى باعتباره مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، كما يعدّ إلزام المتعاقد الأجنبي غير المقيم بالجزائر بقاعدة إلزامية الاستثمار المسبق إجراء لاختياره.

الفصل الثاني:

تحديد المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

الفصل الثاني: تحديد المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

تعتبر مرحلة تنفيذ الصفقة أهم مرحلة باعتبارها تحمل مفارقة واضحة بين ما يتميز به المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي المقيم الذي يكاد يخلو من أي خصوصية، وبين ما يتميز به نظيره غير المقيم الذي أصبحت هذه المرحلة مرتعا يدعم فيه مركزه القانوني، حيث أفرز استقراء نصوص المرسوم الرئاسي10- 236[1] عن وجود هذه الخصوصية في إطار التنفيذ المالي **(مبحث أول)**، فضلا عن عدم خلو هذه المرحلة من المنازعات ما أدى إلى إيجاد آليات تحمي المركز القانوني لهذا المتعاقد تتجلى في إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفضها، مع اعتبار تحديد القانون الواجب التطبيق عليه من أهم الضمانات المقررة لصالحه **(مبحث ثاني)**.

المبحث الأول: خصوصية التنفيذ المالي للصفقة المبرمة مع المتعاقدين الأجانب

يتمحور النظام المالي للصفقة في مجمل القواعد المتعلقة بتحديد سعر الصفقة ودفع الثمن الذي يعتبر أول حق يتمتع به المتعاقد الأجنبي إزاء المصلحة المتعاقدة، حيث لا تخلو أي صفقة من الإشارة إليه والتعرض له بالتفصيل، إذ يحمل في طياته مميزات تجعل المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي يتمتع بتلك الخصوصية محل بحثنا **(مطلب أول)**، و من مشتملات النظام المالي أيضا تمويل الصفقات العمومية قصد تسهيل تنفيذها، هذا الأخير له أثره البارز على المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي بصنفيه، مقابل ذلك تفرض المصلحة المتعاقدة على من تعاقد معها ضرورة تقديم ضمانات مالية حرصا منها على توخي مخاطر سوء أو عدم تنفيذ الصفقة **(المطلب ثاني)** .

تقر القاعدة العامة في تنفيذ الصفقة العمومية أن يلتزم المتعامل المتعاقد الأجنبي بالتنفيذ الشخصي لها، غير أن هذه الأخيرة لا تخلو من الاستثناء المسمى بالمتعامل الثانوي وفق قواعد مقررة مسبقا، الأمر الذي دفعنا الى تحديد كيفيات دفع مستحقاته باعتبارها تكملة لعناصر التنفيذ المالي للصفقة **(مطلب ثالث)**.

---

[1] **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 3-34.

المطلب الأول: قواعد دفع المقابل المالي للمتعامل المتعاقد الأجنبي

تسعى المصلحة المتعاقدة من خلال الصفقة إلى تنفيذ كامل ومطابق للخدمات المتعاقد عليها التي تنص عليها دفتر الشروط، من جهة أخرى يصبو المتعاقد معها للحصول على مقابل ما قام به من خدمات موضوع الصفقة[1]، كما أنّ الأحكام المكمّلة لقاعدة المنافسة في قانون الصفقات العمومية تستوجب قواعد مالية ذات علاقة بالسعر أو الدفع تضع تدابير مهمة لهذا الشأن[2]، ما يدعو إلى تحديد هذه القواعد **(فرع أول)** وبيان الآليات القانونية لدفعه **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: قواعد تحديد السعر –الثمن–

يعرَف السعر أنه المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها مقابل الخدمات التي يلتزم بها[3]، يحدّد أثناء عملية إبرام الصفقة العمومية وقبل الشروع في تنفيذ الخدمات، و نظرا لأهميته البالغة أخضعه المشرع لقواعد خاصة من خلال ضبط كيفيات تحديده وتحديد التغيرات التي يمكن تطرأ عليه **(فقرة أولى)**، مع تحديد خصوصيته في الصفقات المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: الأحكام الخاصة بتحديد السعر في الصفقات العمومية

حدَد المرسوم 10–236 أربع كيفيات[4] يتم من خلالها دفع أجر المتعامل المتعاقد**(أولا)**، كما تتحدّد طبيعته بين الثبات والتغيير **(ثانيا)**.

أولا : كيفيات تحديد السعر

تتنوع الكيفيات التي بموجبها يدفع أجر المتعاقد على النحو التالي:

---

[1] بن زمام عبد الغني، **تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق، جامعة الجزائر،بن يوسف بن خدة السنة الجامعية 2008/2007 ، ص 15.

[2] Louren Richier , **Droit Des Contrats Administratifs**, 2eme Edition, LGDJ, Paris . P 3.

[3] أكروم مريام، **السعر في الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2007 /2008، ص 7.

[4] المادة 63 من **المرسوم الرئاسي 10–236**، ص 17.

1. **السعر الإجمالي والجزافي**[1]: هنا الطرفان يتفقان على العمل والمهام المطلوب إنجازها المحتواة ضمن الصفقة المبرمة و تحديد السعر الذي سيدفع مسبقا جملة واحدة، بصفة نهائية، مع استبعاد أي أجرة إضافية للمتعاقد الذي التزم بتنفيذها على حسابه مهما كانت الظروف التي إعترضته أو استعرضته[2]؛ أي أن السعر الأولي الثابت هو السعر الإجمالي الثابت الذي لا يناقش ، مع إمكانية ارتباطه بفكرة التحديين أو التعديل مواكبة للتغييرات الحاصلة.

2. **السعر بناء على قائمة سعر الوحدة** [3]: هذا السعر هو الذي يطبق على طبيعة الأشغال أو جزء منها التي يكون تحديد كميتها في الصفقة تقديريا، حيث يتم تعديله بتطبيق بنود مراجعة الأسعار[4]؛ أي أن هذا السعر يحسب بناءا على سعر أو مجموعة أسعار محددة سلفا لكل خدمة أو شغل سينفذ.

3. **السعر بناءا على النفقات المراقبة**[5]: لا يتحدّد هذا السّعر إلا بعد الشروع في تنفيذ الصفقة من خلال مراقبة النفقات الحقيقية الفعلية التي تحمّلها المتعاقد جراء الأشغال التي نفذها، تضاف إليها مقابل ومصاريف النفقات العامة وهامش الربح، فهي صفقة بدون سعر عند إبرامها وهذا ما يميزها[6].

4. **السعر المختلط:** يبدو للوهلة الأولى أنه يجمع بين طريتين لكن الممارسة تبين أنه يكون عندما تتضمن الصفقة قسما يؤجر بناءا على السعر الإجمالي والجزافي وقسما أخر يؤجر بناء على قائمة سعر الوحدة، يجد هذا النوع

---

[1] المادة 1 الفقرة "تصنيف الصفقات جزء "أ" قرار مؤرخ في17 رمضان 1384 الموافق لـ21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقة الأشغال العمومية الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل، **الجريدة الرسمية**، ع 06، صادر بتاريخ 19 جانفي 1964، ص 47.

[2] أكرم مريام: **المرجع السابق**، ص 42.

[3] المادة 1 الفقرة "ب" جزء "ب" من القرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل ، ص47.

[4] لوز رياض، **دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية – المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،بن يوسف بن خدة، السنة الجانعية 2007/2006، ص 67.

[5] المادة 1 الفقرة "ب" جزء "ج" من القرا رالمؤرخ في .21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل، ص 47.

[6] De Laubadere Andre, Mouderne Franch, Devolve Piere**: Trait Des Contrat Administratifs**, Tom 1er, L .G.D.J, Paris, 1984, P 238.

مجال تطبيقه في صفقات أشغال البناء، حيث يطبق السعر الإجمالي والجزافي على المنشآت المحددة بدقة مسبقا، في حين يطبق السعر الوحدوي على الأشغال التي لا يمكن تحديدها بدقة[1].

ثانيا: طبيعة السعر

أما عن طبيعة السعر فتتأرجح بين الثبات والمراجعة حيث يمكن للأطراف المتعاقدة الاختيار بين إحدى الصيغتين التاليتين.

1. **السعر الثابت:** تقوم البنود التعاقدية المتعلقة بالسعر في الصفقات العمومية على مبدأ ثبوت السعر وعدم قابليته للمراجعة أو التعديل، وهو ما نصت عليه المادة2/67 من المرسوم10-236 ، لكن يرد استثناء على هذا المبدأ يتمثل في التحديين حسب ما نصت عليه المادة 3/64 من نفس المرسوم :"**يمكن أن يحين السعر حسب الشروط المحددة في المواد 71،66،65 من هذا المرسوم.**" لتسوية السعر ضمانا لمسايرة المتغيرات الاقتصادية[2].

2. **السعر القابل للمراجعة:** المراجعة عملية هدفها جعل سعر الصفقة المبدئي مسايرا للتغيرات الاقتصادية التي تطرأ منذ بدء تنفيذ الخدمات إلى غاية نهايتها، بتطبيق صيغة حسابية تعبّر عن تطور أثمان المواد اللازمة لتنفيذ الصفقة سواء بالزيادة أو بالنقصان، هذا ما نصت عليه المادة 3/67 التي يتضح من خلالها أنه لا يمكن أن تتم مراجعة السعر إلا إذا تم النص على بند المراجعة في الصفقة، كما جعلت المادة 62 من ذات المرسوم بند مراجعة الأسعار من بين أهم البيانات التي يجب أن تشير إليها الصفقة.[3]

الفقرة الثانية: خصوصية السعر في الصفقات المبرمة مع المتعاقدين الأجانب

من خلال المادة63[4] من المرسوم محل دراسة نلاحظ أن كيفيات تحديد السعر في الصفقة المبرمة مع المتعاقد الأجنبي المقيم لا تختلف عن تلك المنتهجة مع الصفقات المبرمة مع المتعاقد الأجنبي غير المقيم، لكن ما يميز هذا الأخير أنه غالبا ما يكون السعر

---

[1] أكرم مريام، **المرجع السابق**، ص 54، 55.

[2] Laurent Richie, Op. Cit, P 381.

انظر المادة 64 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ،ص 17.

[3] انظر المادة 62 من **المرسوم الرئاسي 10-** 236، ص16-17.

[4] المادة 63 من **المرسوم الرئاسي 10- 236**، ص 16، 17.

ثابتا في الصفقات الدولية سواء كان جزافي أو بناءا على قائمة سعر الوحدة، بدليل أن أكثر البنود التي تدرج في دفاتر الشروط تحت صيغة "الأسعار...ثابتة ونهائية وغير قابلة للمراجعة طول مدة تنفيذ العقد...الأسعار المعروضة ستكون نهائية وثابتة[1]، والمصلحة المتعاقدة تفضل السعر الثابت خاصة في مجال تحويل الأموال وما يثيره من عقبات[2].

تبرّر الجزائر اللجوء لمثل هذه الطريقة كون أن استعمال الكيفيات الأخرى يحتاج معرفة أدق وأعمق ورقابة صارمة من طرف المصالح المتعاقدة[3]، كما أنه يؤمّن ماليا التحولات التي قد تحدث أثناء مختلف مراحل إنجاز الصفقة العمومية، لكن لا مانع من وجود إمكانية مراجعة الأسعار في هذا النوع من الصفقات خاصة تلك التي تتطلب تقنيات عالية في الإنجاز والتي يتطلب تنفيذها زمنا طويلا[4]، حيث قد تكون هذه التغيرات مرتبطة بالتعديلات الاتفاقية للسعر بإدراج بنود صريحة في دفتر شروط الصفقة تقضي بمراجعته طبقا للمادة 3/64 والمادة 67 من المرسوم الرئاسي 10- 236[5]، وقد تكون هذه التعديلات خارج الإطار التعاقدي ناتجة إما عن تدخل المصلحة المتعاقدة عن طريق سلطة التعديل الانفرادي، أو سلطة اتخاذ عقوبات أو تلك الناتجة عن الظروف الطارئة التي قد تطرأ أثناء عملية تنفيذ الصفقة.

نشير من خلال المادة67 /2 أنّ كيفيات تطبيق صيغة المراجعة وشروطها نفسها بالنسبة للمتعاقدين الأجانب المقيمين وغير المقيمين،غير أن الأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار هي الأرقام التي تنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي كل نشرية أخرى مؤهلة لاستقبال الإعلانات القانونية والرسمية، و تطبق الأرقام الاستدلالية (Io) ابتداء من تاريخ التنسيق والموافقة عليها بقرار من الوزير المكلف بالسكن بالنسبة لقطاع البناء والأشغال العمومية والري، أما بالنسبة للأرقام الاستدلالية الأخرى فتطبق المصالح المتعاقدة الأرقام الاستدلالية التي تعدها الهيئات المخولة لها، وفي هذه الحالة تطبق هذه الأرقام ابتداء

---

[1] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم التعامل في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 92 .

[2] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 59.

[3] أكروم مريام، **المرجع السابق**، ص 59.

[4] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 88.

[5] المادة 3/64 و67 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 17 .

من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير الذي تتبعه الهيئة المعنية[1] هذا بخصوص المتعاقد الأجنبي المقيم بالجزائر.

أما فيما يخص صيغ مراجعة الأسعار المرتبطة بالخدمات التي تؤديها المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر وتدفع مبالغها بالعملة الصعبة، فإنه يمكن استعمال الأرقام الاستدلالية الرسمية لبلد المتعاقد الأجنبي غير المقيم أو أرقام استدلالية رسمية أخرى؛ أي يمكن استعمال أرقام استدلالية(Io) غير تلك المنشورة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (BOMOP)، والأكثر من ذلك فتح المشرع المجال نحو استعمال أرقام استدلالية أخرى غير تلك المعمول بها في بلد المتعاقد الأجنبي غير المقيم، ليظهر أنّ المشرع لم يفرض عليه الأرقام الاستدلالية المعمول بها في الجزائر ما يشكل ضمانة حقيقية لمركز القانوني.

الفرع الثاني: الآليات القانونية لدفع الثمن في الصفقات المبرمة مع المتعاقد الأجنبي

وحّد المشرَع كيفيات دفع الثمن بين المتعاقد الخاضع للقانون الجزائري و المتعاقد الأجنبي غير المقيم وإن كانت تحمل بعض الخصوصية بالنسبة لهذا الأخير، حيث فصّلت المواد 73 إلى 91 من المرسوم 10-236[2] في هذه الكيفيات بما يعكس اهتمام المشرع بهذه المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام ويرتفع المبلغ الصفقة[3]. ولتحديد قواعد الدفع سنحاول بيان خصوصية هذه الكيفيات **(فقرة أولى)**، ثم تحديد خصوصية شروطه **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: خصوصية كيفيات الدفع المقررة بموجب المرسوم الرئاسي 10-236

تتحدد كيفيات دفع الثمن على النحو التالي:

---

[1] المادة 69 من **المرسوم الرئاسي 10-236** المعدّل والمتمّم **بالمرسوم الرئاسي 12-23** في 24 صفر 1433 الموافق لـ 18 جانفي 2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 4، صادرة بتاريخ 26 جانفي 2012، ص 15.

[2] المواد من 73 إلى91 من **المرسوم الرئاسي 10- 236** ، ص 18-21.

[3] بوضياف عمار **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، جسور للنشر والتوزيع، ط 3، الجزائر2011، ص 221.

1. **التسبيق**[1]: هنا المتعاقد لم يباشر الخدمة موضوع الصفقة لكن تبادر الإدارة بدفع تسبيق له لمساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية لتمكينه من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة، تسمى هذه التسبيقات حسب الحالة إما جزافية [2] أو تسبيق على التموين[3].

2. **الدفع على الحساب**[4]: يتم هذا الدفع بمجرد تنفيذ جزء من الخدمة موضوع الصفقة وهو نوعين: الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات[5] والدفع على الحساب الشهري[6].

3. **التسوية على رصيد الحساب:** هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها[7] و يتم بعد تسليم المشروع خلافا للطريقتين السابقتين، وهي نوعان: التسوية على رصيد الحساب المؤقت والتسوية النهائية لهذا السعر.

تظهر خصوصية كيفيات الدفع بالنسبة للمؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر من خلال المادة 78 من المرسوم 10-236[8]، حيث أنه إذا كان يترتب على رفض المصلحة المتعاقدة قواعد الدفع المقررة دوليا ضرر أكيد بها بمناسبة التفاوض على الصفقة، فإنه يمكنها أن تقدم استثناءا تسبيقا جزافيا يفوق النسبة المقدرة بـ 15%، بعد الموافقة الصريحة للوزير الوصي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي حسب الحالة بعد استشارة لجنة الصفقات العمومية، نشير أنه في صفقات المتعاقد الأجنبي غير المقيم غالبا ما يتم العمل فيها بكيفية التسبيق لاسيما الجزافي منه فضلا عن إمكانية الاستناد إلى كيفيات الدفع المقررة دوليا.

---

[1] انظر المادة 74 من **المرسوم الرئاسي 10- 236**، ص 18.

[2] انظر المادة 77 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 19.

[3] انظر المادة 80 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 19.

[4] انظر المادة 74 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 19.

[5] انظر المادة 84 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 19.

[6] انظر المادة 85 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، 58ص 19، 20.

[7] بوضياف عمار، **المرجع السابق**، ص 226.

[8] انظر المادة 78 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 19.

الفقرة الثانية: خصوصية شروط الدفع في الصفقات المبرمة مع المتعاقد الأجنبي

لم يحمل المرسوم 10-236 بتعديلاته شروط الدفع باستثناء بعض الأحكام منه المتمثلة في تحديد البنك محل الوفاء **(أولا)**، و كذا تحديد الحصة القابلة للتحويل **(ثانيا)**.

أولا: تحديد البنك محل الوفاء

أوجبت المادة 62 من المرسوم 10-236[1] على أن تتضمن الصفقة...**بنك محل الوفاء**...الذي يشترط تحديده مهما كان موضوع العملية المراد تنفيذها من قبل المؤسسة الأجنبية غير المقيمة[2]، نشير أنه تصدر كفالة تعهد المتعهدين الجزائريين من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، في حين تصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب غير المقيمين من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، وهو ذاته بنك محل وفائهم بديونهم[3].

ثانيا: تحديد الحصة القابلة للتحويل

نص عليه المشرّع بموجب المادة 56[4] من المرسوم 10-236 من خلال شروط التمويل وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية غير المقيمة، التي تخص فقط المتعاقدين الأجانب غير المقيمين، لكن المشرَع لم يفصّل فيه تاركا إياه للتشريع والتنظيم المعمول بهما[5]، وقد اشترطت المادة 62 في هذا الإطار بيان شروط التسديد (الدفع) و المبلغ المفصل والموزع الذي يدفع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة.

---

[1] المادة 62 من **المرسوم الرئاسي 10-** ،ص 12.

[2] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم التعامل في التشريع الجزائري، المرجع السابق**، ص 93.

[3] المادة 51 من **المرسوم الرئاسي10-236** المؤرخ في 7 أكتوبر2010، المعدّل و المتمم **بالمرسوم الرئالسي12-23** المؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق لـ 18 جانفي2012 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**،ع 4، صادرة بتاريخ 26 جانفي 2012، ص 11. والمادة 75 من **المرسوم الرئاسي 10-236**.

[4] المادة 56 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 16.

[5] وهي الشروط الواردة في أنظمة البنك منها **الإعلان رقم 72** المؤرخ في 1 فيفري 1973 صادر عن وزير المالية، يتضمن إجراءات وطرق تحويل الأموال بعنوان العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الوطنية مع المؤسسات الأجنبية، **الجريدة الرسمية**، ع 17، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 1973، والشروط الواردة بالنظام **01/07** .

المطلب الثاني: تمويل الصفقات المبرمة مع المتعاقد الأجنبي مقابل الضمانات المالية المفروضة عليه

أوجب المشرع ضمن أحكام المرسوم 10-236[1] على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة التي تفرضها على المتعاقد معها من جهة **(فرع ثاني)**، و من جهة أخرى فإن ضمان تسهيل عملية تنفيذ الصفقة العمومية لا يكون إلا بإيجاد أحكام خاصة بتمويلها، قصد سد الخلل الذي يصيب المتعاقد في خزينته ليتم خرق القاعدة القاضية بوجوب الدفع بعد أداء الخدمة، لما قد تلحقه من أضرار على المصلحة المتعاقدة نظرا لمحدودية إمكانيات المتعاقدين المالية[2] **(فرع أول)**.

الفرع الأول: الأحكام الخاصة بتمويل الصفقة المبرمة مع المتعاقد الأجنبي

للتمويل أثره الواضح على المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي بنوعيه، إذ يختلف هذا الأثر باختلاف نوعه إن كان تمويلا داخليا **(فقرة أولى)**، أو تمويلا دوليا **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: التمويل الداخلي للصفقات العمومية

يتوجب على المتعامل المتعاقد الذي رست عليه الصفقة العمومية قبل البدء في التنفيذ أن يوفر أموالا تسمح له باقتناء اللوازم والمواد اللازمة للتنفيذ[3] من خلال التمويل الإداري **(أولا)** أو حتى البنكي الذي يحظى به **(ثانيا)**، غير أنه ما يميَز التنظيم الحالي الخاص بالصفقة العمومية هو إحالته مهمة تمويل وضمان هذه الصفقة إلى هيئة مختصة أنشئت لهذا الغرض سميت صندوق ضمان الصفقات العمومية.

أولا : التمويل الإداري للصفقة العمومية المبرمة مع المتعاقدين الأجانب

أجمع فقهاء القانون الإداري أن التمويل الإداري للصفقة العمومية يتم وفق نظامين: نظام التسبيقات ونظام الدفع على الحساب من أجل تغطية الصعوبات المالية في خزينة

---

[1] **المرسوم الرئاسي 10-236** ص 3-34.

[2] Laurent Richier , Op. Cit, P 385.

[3] بحري اسماعيل: **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع، قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة،السنة الجامعية 2009/2008، ص 101.

المتعامل المتعاقد[1]، لتجنب إلحاق الضرر بالمصلحة المتعاقدة الذي قد ينجم بسبب محدودية الإمكانيات المالية لصغار المتعاقدين التي تمنعهم من بدء التنفيذ، نص عليه المشرع الجزائري في إطار كيفيات الدفع من خلال المادة 74 من المرسوم 10-236[2] التي عرّفت كل من التسبيق والدفع على الحساب، و حتى لا نكرَر ما قلناه بهذا الشأن نشير أن الدفع المسبق يشكّل من جهة تمويل للصفقة ومن جهة أخرى المقابل والفائدة المالية التي يصبو المتعامل المتعاقد لتحصيلها.

نلاحظ أنّ هذه الأحكام جاءت لتضفي المعاملة المثلية بين المتعاقدين الأجانب المقيمين وغير المقيمين بالجزائر بخصوص الاستفادة من هذا النمط من التمويل، حيث لم يظهر أي تمييز بينهما وإن كان المرسوم محل دراسة أقرّ بعض الشروط هي:

1. إذا كان يترتب على رفض المصلحة المتعاقدة قواعد التمويل المقررة على الصعيد الدولي ضرر أكيد بها بمناسبة التفاوض على الصفقة، يمكنها أن تقدم استثناء تسبيقا جزافيا يفوق النسبة المقررة قانونا المقدرة بـ 15% من السعر الأولي للصفقة[3]، و هذا الشرط يعد امتيازا لصالح المؤسسة الأجنبية غير المقيمة بالجزائر، كما أنه مقرر لصالح المصلحة المتعاقدة تفاديا لأي ضرر ينتج عن سوء تنفيذ وإنجاز الصفقة.
2. لا يجوز للمتعامل المتعاقد والمتعاملين الثانويين ومتلقي الطلبات الثانويين أن يتصرفوا في التموينات التي حظيت بتسبيقات أو دفع على الحساب بالنسبة للأشغال او اللوازم غير تلك المنصوص عليها في الصفقة[4] .

3. بالنسبة للدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات: لا يستفيد المتعاقد من هذا الدفع إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر[5]، ما يعطي الأفضلية للمنتج الجزائري على حساب المنتج الأجنبي من جهة ويعزَز مكانة المؤسسة الأجنبية المقيمة على حساب المؤسسة الأجنبية غير المقيمة بالجزائر من جهة أخرى.

---

[1] Laurent Richier , Op. Cit, P 386.

[2] انظر المادة 74 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 18.

[3] انظر المادة 78 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 19.

[4] انظر المادة 81 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 19.

[5] انظر المادة 84 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 19 .

ثانيا: التمويل البنكي للصفقة العمومية

إن مشكلة الديون غير المدفوعة من طرف الإدارات العمومية والجماعات المحلية الناتجة عن التأخر الملحوظ في عدم دفع المستحقات الناتجة عن الأشغال، وكذا ثقل الفواتير الخاصة بمؤسسات الإنجاز والموردين من جهة، فضلا عن هشاشة النظام المصرفي الجزائري من جهة أخرى، تعتبر أهم عائق لمعظم المؤسسات العمومية أو الخاصة المتدخلة في إنجاز الصفقات العمومية الممولة من ميزانية الدولة، ذلك نجم عنه تعثر المتعاملين المتعاقدين بسبب غياب جهاز فعّال مختص لضمان الصفقات العمومية، ما أدى بالمشرع الجزائري إلى إنشاء هيئة مختصة لهذا الغرض بموجب المرسوم التنفيذي رقم98-67[1] المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية (CGMP)، تتمثل مهمته في ضمان تمويل الصفقات والطلبات العمومية، يكلَف بتقديم ضماناته أو كفالته بأي شكل لتسهيل الإنجاز المالي للصفقات والطلبات العمومية[2].

يمكّن صندوق ضمان الصفقات العمومية الحاصلين على الطلبات العمومية الّذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة من:

1. الاستفادة من التسبيقات التعاقدية والشرعية الموجهة لتغطية النفقات المقررة في إطار إنجاز الصفقات والطلبات، في هذه الحالة يتوجب على الحاصلين على هذه الصفقات أو الطلبات إكتتاب سندات الأمر لصالح بنوكهم الدافعة التي تكفل هذه السندات[3].
2. كما يمكن صندوق ضمان الصفقات العمومية تمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها لاسيما منها سداد الكشوف و الفواتير:

-في إطار رصد ديون المؤسسات الحائزة الصفقات العمومية .

- في إطار التمويل المسبق لتحسين خزينة صاحب الصفقة قبل أن تعترف له المصلحة المتعاقدة بحقوقه في التسديد.
- في إطار القرض مقابل الحقوق المكتسبة.

---

[1] **المرسوم التنفيذي رقم 98-67** مؤرخ في 24 شوال عام 1418 الموافق لـ 21 فيفري سنة 1998 يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، **الجريدة الرسمية**، ع 11، صادرة بتاريخ 1 مارس 1998، ص 15- 21.

[2] انظر المادة 4 من ملحق دفتر الشروط **للمرسوم التنفيذي 98-67**، ص 19.

[3] انظر المادة 4 من ملحق "دفتر الشروط" **المرسوم التنفيذي رقم 98-67** ص 19.

- في إطار الضمان على التسبيقات الاستثنائية الممنوحة مقابل الرهون الحيازية لمختلف الصفقات المبرمة من قبل الهيئات المذكورة بالمادة 2 من هذا المرسوم[1].

- الاستفادة من ضمان المؤسسة لدى بنوكها قصد الحصول على أي قرض يتضمن إنجاز صفقة أو طلبية عمومية، بالمقابل يطلب الصندوق من المستفيد من الضمانات أو الكفالة كل التبريرات وتقديم كل الوثائق الضرورية [2].

نشير في هذا الإطار إلى أن كفالة المتعهدين الجزائريين تصدر من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، يطبّق نفس الحكم على المتعهدين الأجانب المقيمين بالجزائر باعتبارهم مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري تعامل معاملة المؤسسة الوطنية، ما يعني أنه بإمكانها اللَجوء إلى صندوق ضمان الصفقات العمومية للحصول على مثل هذه الكفالة والضمانات المالية شأنها شأن المتعاقد الجزائري، هذا ما يميزها عن المؤسسة الأجنبية غير المقيمة بالجزائر التي تصدر كفالتها من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى[3].

الفقرة الثانية: أسبقية اختيار المتعامل المتعاقد الأجنبي غير المقيم في صفقات محل تمويل دولي

يعتبر التمويل الدولي –الخارجي– من أهم مصادر تمويل الصفقات العمومية الدولية التي تبرمها الجزائر مع متعاقدين أجانب غير مقيمين بها، يتم هذا التمويل إما من طرف دول أجنبية أو مؤسسات دولية، وعلى الخصوص البنك الدولي للإنشاء والتعمير وصندوق النقد الدولي، هذه المؤسسات تسعى لتحقيق النهوض الاقتصادي والاجتماعي لدى الدول الأعضاء في الاتفاقية عن طريق القروض التي تمنحها والإرشادات التي تقدمها.

من وجهة نظر خاصة يمكن القول أن هذا التمويل يندرج أيضا ضمن ما يسمى بالضمانات ذات الطابع الحكومي المقرّرة في المادة 94 من المرسوم الرئاسي 10-236[4]التي تهم المؤسسات الأجنبية غير المقيمة المتمثلة في :

---

[1] انظر المادة 11 من **المرسوم التنفيذي 98-67**، ص 24.

[2] انظر المادة 3 من **المرسوم التنفيذي 98-67**، ص 16.

[3] المادة 51 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، المعدّل والمتمّم **بالمرسوم الرئاسي 12-23** ، ص 13.

[4] المادة 94 **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 21.

- الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة.
- الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أوهيئات التأمينات ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

مجمل القول أن المرسوم الرئاسي محل الدراسة بتعديلاته أيَد هذا المسار إذ نجد مواد منه تشير إلى إمكانية اللجوء إلى التمويل الدولي، بل ومنحت الأفضلية للمتعاقد الأجنبي في الحصول على الصفقة محل تمويل خارجي، فضلا عن اعتماده- التمويل الدولي- كمعيار لاختيار المتعامل المتعاقد طبقا لأحكام المادة 56 من نفس المرسوم[1] التي أوجبت أن تكون معايير اختيار هذا المتعامل و وزن كل منها مستندة على نظام تنقيط مؤسس على شروط التمويل التي تمنحها المؤسسة الأجنبية غير المقيمة.

نلاحظ أن هذا النوع من التمويل يؤثر على كيفيات الإبرام و هذا ما يظهر من خلال المادة 6/44 من المرسوم الرئاسي 10-236[2]، التي سمحت بلجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في حالات معينة، وما تهمنا في هذا الإطار حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية وهبات عندما تنص اتفاقيات التمويل على ذلك، حيث تنحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى، وما يميَز المتعاقد الأجنبي غير المقيم في هذا المجال أنه إذا كان يترتب على رفض المصلحة المتعاقدة قواعد التمويل المقررة على الصعيد الدولي ضرر أكيد بها بمناسبة التفاوض على صفقة، فإنه يمكنها تقديم تسبيق جزافي استثناءا يفوق نسبة 15%[3].

نستنتج أن التمويل الدولي يؤثر أيضا على نسبة التسبيق الجزافي الذي يدعم حظوظ المتعاقد الأجنبي غير المقيم في الاستفادة بقيمة أكبر مما هي مقررة قانونا، بما يسمح له من جهة بالتنفيذ الملائم للصفقة ونيل ثقة المصلحة المتعاقدة معه ويساعده على احتلال مركز

---

[1] المادة 56 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، المعدَل والمتمَم **بالمرسوم الرئاسي 12-23** ، ص15 .

[2] المادة 6/44 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 12.

[3] المادة 78 **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 19.

خاص في صفقاتها واستحواذه عليها على حساب المتعاقد الأجنبي المقيم، لنصل إلى نتيجة مفادها أن التمويل الدولي يعدَ من أهم وسائل دعم المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي غير المقيم بالجزائر.

من وجهة نظر خاصة نجد أن التمويل بصفة عامة إن كان يلعب دورا حاسما في إنجاح إنجاز وتنفيذ الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع صنفي المتعاقدين الأجانب، فإن التمويل الداخلي –سواء كان إداريا أو بنكيا أو بتدخل صندوق ضمان الصفقات العمومية– يعد اللّجوء إليه إحدى أهم المّميزات المدعمة لمركز المتعاقد الأجنبي المقيم بالجزائر، و الذي حُرِم منه المتعاقد الأجنبي غير المقيم، إلا أننا نرى أنّ هذا الأخير– المتعاقد الأجنبي غير المقيم– لا يتأثر بذلك الإجراء لعدة اعتبارات:

– أن هناك مؤسسات أو متعاقدين أجانب غير مقيمين ميزانيتهم المالية تفوق بكثير ميزانيات بعض الدول سيما النامية منها.

– أن التمويل الدولي عزّز مكانة المتعاقدين الأجانب غير المقيمين بالجزائر من خلال استفادتهم بأسبقية الاختيار في الصفقة العمومية التي تكون محل تمويل دولي و هذا ما أكدته المادة 4/94 من المرسوم الرئاسي 10–236[1].

وعليه نستنتج أنّ المتعاقد الأجنبي غير المقيم لا يتأثر جرّاء حرمانه من الاستفادة من التمويل الداخلي، طالما كانت ميزانيته المالية والتمويل الدولي قد حفظتا له هذه المكانة.

الفرع الثاني: الضمانات المفروضة على المتعاقد الأجنبي بنوعيه بين التماثل في النوع والخصوصية في الإصدار والإعفاء

تعمل المصلحة المتعاقدة على منح الصفقة للمتعاقد المقتدر ماليا، الذي يلتزم هو الآخر بتقديم ضمانات مالية لهذه المصلحة حماية لها من المخاطر التي قد تلحق بها جراء إخلاله بالتزاماته، حيث تتماثل هذه الضمانات المفروضة على المتعاقدين الأجانب مقيمين كانوا أم غير مقيمين،و إن تنوعت حسب الغرض الذي تؤديه **(فقرة أولى)**، رغم ما سجّلته أحكام المرسوم محل الدراسة من خصوصية في إصدارها والإعفاء منها **(فقرة ثانية)**.

[1] انظر المادة 4/94 من **المرسوم الرئاسي 10–236**، ص 21.

الفقرة الأولى: تماثل الضمانات المالية –الكفالة– المفروضة على المتعاقد الأجنبي المقيم وغير المقيم

تعد الضمانات المالية المفروضة على المتعامل المتعاقد أنجع وسيلة لحمله على القيام بالتزاماته، يعرف الضمان على أنه: "الحق الذي يتمتع به أحد أطراف العقد (المصلحة المتعاقدة) ويلتزم به الطرف الآخر (المتعامل المتعاقد) حتى يؤمن سداد ديونه"[1]، تتنوع هذه الضمانات بتنوع التزامات المتعامل المتعاقد بين الكفالة **(أولا)** والضمانات المالية الأخرى**(ثانيا)**.

أولا : الكفالة ضمان مالي مفروض على كل متعامل متعاقد دون تمييز

نص المرسوم الرئاسي 10–236[2]على الكفالة و هي ضمان مالي ممنوح من طرف المصلحة المتعاقدة أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو أحد البنوك الوسطاء المعتمدين، تتمثل أنواعها:

1. **كفالة التعهد:** تتمثل في مبلغ مالي يدفعه المتعهد الذي قدم عرضا في إطار المنافسة من أجل الظفر بالصفقة المطروحة للتعاقد، كضمان لجديته في دخول المنافسة وإثباتا لحسن نيته في ذلك، ليبقى عرضه قائما لحين إتمام إجراءات وتراتيب إبرام الصفقة العمومية[3]، نصت عليها المادة 51[4] من المرسوم المعني بالدراسة ضمن مشتملات العرض التقني الذي يجب أن يتضمن كفالة تعهّد تفوق واحد في المائة (1%) من مبلغ العرض أو التعهد فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم، ليظهر أن مجالها محصور فقط في صفقات الأشغال واللوازم.

2. **كفالة رد التسبيقات:** لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدفع – إما في إطار استفادة المتعامل المتعاقد من تسبيقات عن طريق دفع الثمن أو في إطار التمويل الإداري والبنكي للصفقة– أي تسبيق سواء كان جزافي أو تسبيق على التموين للمتعاقد معها، الا إذا قدّم هذا الأخير مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع هذه التسبيقات[5]، تضمن المصلحة

---

[1] بحري اسماعيل، **المرجع السابق**، ص 97.

[2] **المرسوم الرئاسي 10–236** ص 3–34.

[3] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم التعامل في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق** ،ص44.

[4] انظر المادة 51 من **المرسوم الرئاسي 10–236** ، ص 13.

[5] انظر المادة 75 من **المرسوم الرئاسي 10–236** ، ص 7.

المتعاقدة من خلالها استرجاع التسبيقات التي قدمتها للمتعاقد معها قبل أو أثناء تنفيذ الصفقة العمومية. تتنوع كفالة رد التسبيقات تبعا لتنوع التسبيقات بين كفالة رد التسبيقات الجزافية المقدر مبلغها بـ 15% من السعر الأولي للصفقة حسب مبلغ التسبيق الجزافي[1]، وكفالة رد التسبيقات على التموين المقدر مبلغها بـ 35% من السعر الأولي للصفقة، حيث أنّ سقف المبلغ الجامع بين أنواع هذه التنسيقات لا يتجاوز خمسين في المائة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة[2].

3. **كفالة حسن التنفيذ:** تتم بموجب عقد يلتزم بمقتضاه المتعاقد ضمان التنفيذ الحسن الكامل والمطابق للخدمات التي كانت محل تعاقد في الصفقة المبرمة طبقا للشروط المتفق عليها تجاه المصلحة المتعاقدة، نص عليها المرسوم 10-236 بموجب المادة 97 منه حيث أنه زيادة على كفالة رد التسبيقات يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم...كفالة حسن التنفيذ،و التي يجب تأسيسها في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد[3]، تحدد نسبتها ما بين خمسة في المائة (5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها[4] .

4. **كفالة الضمان:** هذه الكفالة تمكّن من تحرير الاقتطاعات التي تمت من قبل الآمر بالصرف في إطار الضمان في انتظار التسليم النهائي لموضوع الصفقة، يعرف بضمان العيوب الخفية حيث أنه حرصا من المصلحة المتعاقدة على ضمان المخاطر والعيوب التي قد تشوب الخدمة محل الصفقة بعد انتهاء المتعامل المتعاقد من أدائها، تفرض عليه المصلحة المعاقدة كفالة الضمان لتغطية العيوب التي قد تترتب عن سوء تنفيذ الصفقة، و عندما تنص الصفقة على أجل الضمان تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة الضمان[5]، تسترجع هذه كفالة كليا في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة[6].

---

[1] انظر المادة 76 و77 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 19.

[2] انظر المادة 76 و82 من **المرسوم الرئاسي10-236** ، ص 19.

[3] زمال صالح ، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 50.

[4]انظر المادة 97 و100 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 15.

[5]انظر المادة 98 من من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 22.

[6]انظر المادة 101 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 22.

ثانيا: الضمانات المالية الأخرى

نص المرسوم المعني بالدراسة على مجموعة من الضمانات المالية تشكل في مجموعها حقوقا للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة.

1. **اقتطاعات حسن التنفيذ:** تعدّ إحدى الضمانات المالية الواجبة على المتعامل المتعاقد فيما يخص صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ، التي تحدّد قائمتها بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، شرط أن ينص دفتر الشروط الخاص بالصفقة على ذلك[1]، عندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقات الدراسات أو الخدمات المعنية بالإعفاء فإن الرصيد المكون من مجموع اقتطاعات حسن التنفيذ يحوّل إلى اقتطاع ضمان عند الاستلام المؤقت[2].

2. **اقتطاع الضمان:** هو إجراء يتضمّن قيام المصلحة المتعاقدة بمناسبة كل عملية تسوية على رصيد الحساب المؤقت بدفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع اقتطاع الضمان المحتمل، شرط أن تنص الصفقة على ذلك[3] لأجل ضمان الديون التي يمكن أن تترتب عليه–المتعاقد– لفائدة المصلحة المتعاقدة.

3. **الضمانات ذات الطابع الحكومي:** هي الضمانات التي تهم المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر وتتمثل طبقا للمادة 94 من المرسوم محل الدراسة في:

– الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض النّاتج عن عقود حكومية مشتركة.

– الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية وهيئات التأمين ذات الصبغة العمومية وشبه العمومية..

من خلال عرض مختلف الكفالات المفروضة على المتعامل المتعاقد نسجل أن هذه الأخيرة تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعاملين الأجانب مقيمين كانوا أم غير مقيمين على حد سواء، هذا ما نستشفه من خلال أحكام المادة 24[4] من المرسوم محل دراسة المعدَل

---

[1] انظر المادة 99 من **المرسوم الرئاسي 10–236**، ص 22.

[2] انظر لمادة 4/100 من **المرسوم الرئاسي 10–236**، ص 22.

[3] انظر المادة 86 من **المرسوم الرئاسي 10–236** ص 22.

[4] انظر المادة 24 من **المرسوم الرئاسي 10–236**، ص9.

والمتمَم التي نصت أنه وبغض النظر عن أحكام الإعفاء من الضمانات المالية لصالح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري طبقا للمادة 97 الفقرتان 2 و3 والمادة 100[1]، يجب أن يتضمن دفتر الشروط ضمانات مالية، هذا يشير إلى أن المشرع ألزم المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر بتقديم نفس الكفالات التي تقدمها نظيرتها المقيمة بالجزائر دون تمييز.

نستنتج أيضا أن المرسوم 10-236 أعطى توضيحا مكّننا من التفرقة بين مصطلح الكفالات التي تعد إحدى الضمانات المالية، ومصطلح الضمانات المالية الذي يضم كل من الكفالات بأنواعها و اقتطاعات حسن التنفيذ و اقتطاع الضمان وكذا الضمانات ذات الطابع الحكومي، كما نسجّل أنّه و إن تماثلت أنواع هذه الضمانات إلا أن خصوصيتها بالنسبة للمؤسسة الأجنبية غير المقيمة تكمن في إلزامية تقديمها للضمانات ذات الطابع الحكومي التي تعد محور تعريفها و تميزها عن المتعاقد الأجنبي المقيم بالجزائر.

الفقرة الثانية: خصوصية الضمانات المالية بين أحكام الإعفاء وقواعد الإصدار

تتمتع المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر بذات الامتياز التي يستفيد منها المتعامل الوطني باعتبارها مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، حيث تم تقرير أحكام تفيد إعفاءها من تقديم بعض الضمانات المالية أو التخفيض من قيمة بعضها **(أولا)**، في حين لم يتم الاعتراف بهذا الامتياز للمؤسسة الأجنبية غير المقيمة بالجزائر، هذه الأخيرة التي تتميز عن نظيرتها المقيمة بخصوصية كيفيات إصدار الضمانات التي تقدمها **(ثانيا)**.

أولا: إعفاء المتعاقد الأجنبي المقيم من بعض الضمانات المالية أو التخفيض منها

تأكّد امتياز المؤسسة الأجنبية المقيمة بالجزائر في الاستفادة من أحكام الإعفاء من كفالة حسن التنفيذ في بعض أنواع الصفقات المتعلقة بالدراسات والخدمات التي تحدد قائمتها بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، وكذا في الصفقات التي لم يتعّد أجل تنفيذها ثلاثة أشهر[2]، كما يعفى الحرفيون والمؤسسات الصغيرة من تقديمها في حالة تدخلهم في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية[3]، بالمقابل لم يكن للمؤسسة الأجنبية غير

---

[1] انظر المادة 3/97 و4 والمادة 100 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 22.

[2] المادة 97/ 2 و3 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 21، 22.

[3] انظر المادة 5/100 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 22.

المقيمة نصيب من هذا الإعفاء و ذلك بتقرير المادة 24 من المرسوم 10-236[1] وجوب تضمين دفتر الشروط ضمانات مالية للصفقة بغض النظر عن أحكام الإعفاء المنصوص عليها بالمادتين 97 (الفقرتان 2 و3) و100[2].

من الأمثلة عن تطبيقات هذا الإعفاء نجد القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 5 جوان سنة 2005[3] الذي حدّد قائمة صفقات الدراسات بموجب المادة 2 منه.

كما يمكن تخفيض مبلغ كفالة حسن التنفيذ الذي يتراوح ما بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة إلى:

1- من 1%إلى5% من مبلغ الصفقة بالنسبة للصفقات التي لا تبلغ حدود اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.

2- يكون اقتطاع حسن التنفيذ بنسبة 5% من مبلغ كشف الأشغال بديلا لكفالة حسن التنفيذ في حالة صفقات الأشغال التي لا تبلغ حدود اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال واللجان القطاعية طبقا للمادة 2/100 و3 من هذا المرسوم[4].

يظهر لنا من خلال هذه النقطة أن هناك مفاضلة حتى بين المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بخصوص تخفيض مبلغ كفالة حسن التنفيذ تبعا لنوع الصفقة، حسب ما إذا دخلت أم لم تدخل ضمن اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات العمومية أو اللجنة القطاعية.

ثانيا: خصوصية إصدار الضمانات المالية المفروضة على المتعاقد الأجنبي غير المقيم

الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين الأجانب لاسيما في الميدان المالي هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع

---

[1] انظر المادة 24 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 9.

[2] انظر المادة 2/97 و3 والمادة 100 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 22.

[3] قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 ربيع الثاني عام 1426 الموافق لـ 5 جوان سنة 2005، يحدّد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، **الجريدة الرسمية**، ع 73، صادرة بتاريخ 9 نوفمبر سنة 2005، 29- 30.

[4] انظر المادة 2/100 و3 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 22.

للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى[1]، في حين أن الكفالات التي يقدمها المتعامل المتعاقد الخاضع للقانون الجزائري بما فيه المؤسسة الأجنبية المقيمة بالجزائر تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية؛ أي أنّ الكفالات المقدَمة من طرف المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر تختلف عن تلك المقدمة من طرف نظيرتها المقيمة من حيث الجهة المصدرة لها وكيفيات إصدارها وكذا شروط هذا الإصدار.

لكن نظرا لعدم تنظيم المرسوم الرئاسي10-236 إجراءاته وكيفياته تدخل بنك الجزائر (البنك المركزي) بموجب النظام 93-02 المنظم لكيفيات إصدار هذه الضمانات و شروطه.

1. كيفيات إصدار الضمانات المالية من البنوك الوسطاء المعتمدين بالنسبة للمتعاقد الأجنبي غير المقيم: لا يمكن إصدار عقود الضمان والضمان المقابل إلا في إطار الالتزامات المتخّذة وفقا للتشريع والتنظيم المتعلقين بالتجارة الخارجية والصرف الساري المفعول[2]؛ يعني أن كيفية الإصدار هذه معنية بالمتعاملين الأجانب غير المقيمين فقط، يمكن البنوك الوسطاء المعتمدين المصدرة لكفالة الضمان أن تصدر دون ترخيص من بنك الجزائر عقود الضمان لفائدة المقيمين إزاء الخارج [3]، ويخضع إصدار هذه العقود إلى تغطية مسبقة بواسطة عقد ضمان مقابل يصدره بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة البنك الوسيط المعتمد[4].

يعني أن المشرع تبنى طريقة إصدار الضمانات غير المباشرة Emission Indirecte Des Garanties باعتبارها كيفية تضم أربعة أطراف[5]: المستفيد (المصلحة المتعاقدة التي صدر لصالحها الضمان)، المتعاقد الأجنبي غير المقيم (المدين الأصلي)، البنك الضامن

---

[1] المادة 95 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 21

[2] انظر المادة 2 من **النظام 93-02** المؤرخ في 10 رجب عام 1413 الموافق لـ 3 جانفي 1993، المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، **الجريدة الرسمية**، ع 17، صادرة بتاريخ 14 مارس 1993، ص 22.

[3] انظر المادة 1/4 من **النظام 93-02**، ص 23.

[4] انظر المادة 2/3 من **النظام 93-02**، ص 23.

[5] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 96.

(البنك الوسيط المعتمد الخاضع للقانون الجزائري)، البنك المصدر للضمان وعميله الآمر بالإصدار (البنك الأجنبي).

يتمثل الضمان المقابل في: طلب البنك الواقع بالبلد الأجنبي من مراسله في بلد المستفيد إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد، مقابل خطاب ضمان يصدره البنك الأجنبي لصالح البنك في بلد المستفيد الذي يسمى خطاب ضمان مقابل " Contre Garantie"[1].

2. شروط إصدار الضمانات المالية من البنوك الخاضعة للقانون الجزائري:

ألزمت المادة 7 من النظام 93-02[2]على وجوب أن تحمل عقود الضمان والضمان المقابل تاريخ بدايتها وتاريخ استحقاقها، و لبيان كيفيات تطبيق هذا النظام أقرت المادة 8 منه أنّ بنك الجزائر سيقوم بإصدار تعليمة لذلك وهو ما حدث فعلا من خلال التعليمة رقم 94-05[3] المؤرخة في 4 فيفري1994، التي تشترط المادة 6 منها أن عقود الضمان والضمان المقابل تبقى صالحة من تاريخ نفاذها حتى تاريخ استحقاقها الذي لا يمكن أن يتجاوز ستة أشهر من تاريخ انتهاء الالتزامات التعاقدية المضمونة بموجب العقود، و بالرجوع إلى اللائحة رقم 96-16 المؤرخة في 27 أكتوبر 1996 الموجهة للبنوك الوسطاء المعتمدين المتعلقة بموضوع الضمان والضمان المقابل، نجدها تفرض عليهم ضرورة توجيه أعذار للمستفيد من الضمان عن طريق إجراء غير قضائي قبل التخلي عن التزاماتها بالتنازل عن مضمون الضمان في حالة ما إذا انقضى أجل الوفاء والاستحقاق[4].

المطلب الثالث: التعامل الثانوي و أثره على المركز القانوني للمتعامل الأجنبي

الأصل أن المتعاقد يضمن تنفيذ العمل الموكل إليه شخصيا، غير أن تعقيد بعض الأعمال خاصة إذا تعلق الأمر بالنواحي التقنية أو بالآجال المتفق عليها يفرض عليه اللجوء إلى الغير لتنفيذ جزء من العمل محل الصفقة التي رست عليه عن طريق إجراء قانوني يسمى بالتعامل الثانوي، حيث حظيت المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر بامتياز اختيارها

---

[1] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، نفس المرجع** ، ص 97.

[2] المادة 7 من **النظام 93-02** ، ص 23 .

[3] Instruction Nº 94 /05 Du 04 Fivrier 1994 Pourant Modalité D'applicaion Du Règlement Nº 93-02.

[4] Voir : Note Aux Banque Intermédiaires Agrès, Nº : 96-16 Du 27 Octobre 1996, BJET : Garanties Et Contre Garantie.

انظر أيضا: وعيل حكيم، **المرجع السابق** ،ص105 .

للمشاركة في الصفقة العمومية بصفة غير مباشرة عن طريق التعامل الثانوي **(فرع أول)**،و نتيجة لذلك تميزت في كيفيات دفع مستحقاتها المالية **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: أسبقية اختيار المؤسسة الأجنبية المقيمة بالجزائر للمشاركة غير المباشرة في الصفقة

يعد التعامل الثانوي من الامتيازات الممنوحة للمؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر والمؤسسة الصغيرة الذي يمكّنها من والمشاركة بصفة غير مباشرة في الصفقة لاسيما الدولية منها، قبل بيان هذا الامتياز **(فقرة ثانية)** سنحدّد مقتضياته ضمن المرسوم الرئاسي10-236 **(فقرة أولى)**.

الفقرة الأولى: مقتضيات التعامل الثانوي بين تعريفه وشروط اللجوء إليه

من خلال هذه الفقرة سنعطي لمحة خاطفة عن تعريف هذا الإجراء **(أولا)**، وبيان شروط صحة اللجوء إليه **(ثانيا)**.

أولا: تعريف التعامل الثانوي

يعرف التعامل الثانوي على أنه عقد يبرم بين صاحب العقد الإداري (المتعامل المتعاقد) وشخص آخر(المتعامل الثانوي)، يسلّم الأول للثاني تنفيذ بعض المهام المعهودة إليه من طرف الإدارة مع بقاء مسؤوليته قائمة عن التنفيذ الكامل للعقد[1]، بهذا المعنى نجد العقد الأصلي وعقد التعامل الثانوي وضعا لنفس الموضوع، مع بقاء التعامل الثانوي من عقود القانون الخاص اللصيقة بالصفقة العمومية [2].

بالرجوع لأحكام المرسوم 10-236[3] نجد أن عناصر هذا التعريف محتواة ضمن المادة 107منه، فالتعامل الثانوي هو التزام تعاقدي يربط المتعامل المتعاقد والمتعامل الثانوي، حيث يتنازل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء من موضوع الصفقة للمتعامل الثانوي بموجب عقد التعامل الثانوي مع بقاء المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة

---

[1] Laurent Rishier, , Op. Cit, P 389.

[2] Franck Moderne**, La soutraitance Des Marchés Publics**, Dalloz, 1995, Paragraphe 13 Et 14, P 14.

[3] انظر المادة 107 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ص 23.

المتعاقدة عن تنفيذ الجزء المتعامل فيه ثانويا، هذا ما أكدته المادة 108 من نفس المرسوم[1]، بذلك يتضح لنا أن التعامل الثانوي بالجزائر يشمل جميع الصفقات دون تمييز[2].

ثانيا: شروط اللجوء إلى التعامل الثانوي

حدَدتها المادة 109 من المرسوم 10-236[3]، إذ يمكن اللجوء إلى التعامل الثانوي ضمن الشروط الآتية:

1. **تحديد المجال الرئيسي في التعامل الثانوي بصفة صريحة:** بذكره في الصفقة وفي دفتر الشروط إن أمكن ذلك، و المقصود به تحديد الأجزاء من الصفقة والمهام التي سيوكل المتعاقد الأصلي تنفيذها للمتعامل الثانوي، و يجب أن يكون هذا التحديد معين تعيين مطلق نافيا لأي جهالة.
2. **الموافقة المسبقة للمصلحة المتعاقدة على التعامل الثانوي:** يُلجأ للمتعامل الثانوي بعد الموافقة الصريحة للمصلحة المتعاقدة وسماحها بذلك، مع مراعاة أحكام الإقصاء من المشاركة في الصفقة طبقا لأحكام المادة 52 من المرسوم محل الدراسة، بعد التأكد من أن مؤهلاته ومواصفاته المهنية ووسائله البشرية والمادية مطابقة للأعمال التي ستكون محل تعامل ثانوي، و ترجع أهمية هذا الشرط أن المصلحة المتعاقدة في انتظار تنفيذ الصفقة من طرف المتعامل المتعاقد الذي يمكنه اللجوء إلى العديد من المتعاملين الثانويين في نفس وقت الإبرام وأثناء كل مدة تنفيذ الصفقة، يجب عليها أن تقدم الموافقة الصريحة لكل متعامل ثانوي على حدى[4]، حيث يحظى كل متعامل ثانوي منهم بموافقة مسبقة ومستقلة ولا يجوز لهم الحصول على موافقة مسبقة مشتركة.

---

[1] انظر المادة 108 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 23.

[2] La Sons Traitance Est Une Modalité Normale D'exécution Des Marchés Publics De Travaux Et Elle Est Encouragé Par Les Pouvoir Publics, Sourtout Depuis 1973, Afin De Favoriser L'accés Des P.M.E A La Commande Publique. Toutefois, La Sons Traitance Est Possible Dans L'autres Domaines, Voir (L .R), Op. Cit, P 389, 390.

وهذا هو الوضع الذي يخص قانون الصفقات الفرنسي بشأن التعامل الثانوي.

[3] انظر المادة 109 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 23.

[4] Guibal Michel, **Code Des Marchés Publics Annoté Et Commenté**, 4éme Edition Mise A Jour Et Augmentée Et Le Moniteur, Paris, Aout 1992, P. 62.

3. **خصم مبلغ الحصة القابلة للتحويل:** يجب أن يخصم مبلغ الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الخدمات التي يتعين تقديمها في إطار التعامل الثانوي محليا[1] ، فبعد أن يتم تحديد المجال الرئيسي للتعامل الثانوي يصبح المتعامل الثانوي ملزما بتنفيذ الخدمات المتفق عليها في العقد، مقابل ذلك يلتزم المتعاقد الأصلي بدفع المستحقات المالية له إن كان التعامل الثانوي قد تم على المستوى المحلي فقط ، وقد ذهب المشرَع إلى وجوب خصم مبلغ الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الخدمات التي تكون محل التعامل الثانوي لكن على المستوى المحلي، إذن يمكننا أن نطرح من خلال هذا الشرط عدة تساؤلات:

ما الذي يقصده المشرع من استعماله لمصطلح " محليا" ؟

مصطلح محليا قد يقصد به على مستوى الإدارات والجماعات المحلية قياسا على صغر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ومكان تواجدها، وما يقابله المستوى الوطني أي غير المحلي، أو يقصد منه المستوى الوطني ليشمل بذلك مختلف المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بما فيها تلك الأجنبية المقيمة بالجزائر وما يقابلها المستوى الدولي خاصة بعدما ربطه بمصطلح "مبلغ الحصة القابلة للتحويل" طالما كان تحويل الأموال معمول به على وجه الخصوص على مستوى المعاملات الدولية، من خلال تحويل المبالغ المالية من العملة الوطنية إلى العملة الصعبة لصالح المتعاملين الأجانب غير المقيمين، لكن في ذات الإطار نشير أن تحويل الحصة يقصد بها من جهة ثانية ذلك المبلغ الذي سيدفع للمتعامل الثانوي، و الذي تحوله المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد الذي يحوله بدوره للمتعامل الثانوي.

إن التعامل الثانوي قياسا على ذلك قد يكون محليا(وطنيا) نفسرها بمعناها الواسع وقد يكون دوليا، ما يفيد استفادة صنفي المتعاملين الأجانب منه، لكن لا يمكن الجزم بذلك طالما كانت المادة 4/109 من المرسوم محل الدراسة غامضة خاصة مع عدم تحديد الحصص التي تكون غير قابلة للتحويل، هل هي حصص وطنية تحسب بالعملة الوطنية أم حصص أجنبية مقدّرة بالعملة الصعبة بمفهوم المخالفة؟

نصل إذن إلى نتيجة مفادها أنّ يكون التعامل الثانوي محليا بقصر المعنى– أي على المستوى الوطني وما يقابله على مستوى الجماعات المحلية–، ما يفيد إستفادة

[1] انظر المادة 4/109 من **المرسوم الرئاسي 10–236**، ص 23

المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بمن فيها تلك الأجنبية المقيمة بالجزائر منه دون سواها .

الفقرة الثانية: أفضلية اختيار المتعاقد الأجنبي المقيم بالجزائر كمتعامل ثانوي

أقرت المادة 107 من المرسوم الرئاسي 10-236[1]على أن يشمل التعامل الثانوي جزء من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقدي، يربط المتعامل الثانوي بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة، كما أشارت المادة109[2] منه على أن يخصم مبلغ الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الخدمات التي يتعين تقديمها في إطار التعامل الثانوي محليان وقد سبق أن استوضحنا حول مصطلح "محليا" الذي يعني إما أن يكون التعامل الثانوي وطنيا أو على مستوى الجماعات المحلية، ما يؤدي إلى استفادة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري منه بدرجة أولى بما فيها المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر، و بذلك يعد التعامل الثانوي من الامتيازات المعترف بها لهذه المؤسسات بأسبقية اختيارها في هذا الإطار، ليتم تجسيد التمييز بين المتعاقد الأجنبي المقيم وغير المقيم في مجال أولوية التدخل في المشاركة في الصفقة بطريقة غير مباشرة، الأمر الذي يساهم في ترقيتها لتوافقها مع إمكانياتها بالنظر للطابع غير المعقد للمهام المراد إنجازها.

إنّ منح الأولوية للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار التعامل الثانوي –من وجهة نظر خاصة– لا يؤثر على المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر لقلة المداخيل المالية الناجمة عنها، فضلا عن عدم تطلبها للإمكانيات التي تزخر بها هذه الأخيرة واهتمامها بالمشاريع ذات التقنيات العالية التي تواكب مؤهلاتها العالية.

الفرع الثاني: دفع المستحقات المالية للمتعامل الثانوي

يتلقّى المتعامل الثانوي حقوقه المالية بعد أداء الخدمة الموكلة إليه **(فقرة أولى)** التي تشكل ديونا على عاتق المتعاقد أو المصلحة المتعاقدة حسب الحالة، حيث يمكنه أن يقوم برهنها لدى هيئة مختصة قصد الحصول على تمويل من طرفها للقيام بالتزاماته**(فقرة ثانية)**.

[1] انظر المادة 107 من **المرسوم الرئاسي 10-236** ، ص 23.

[2] انظر المادة 109 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 23.

الفقرة الأولى: الرهن الحيازي لديون المتعامل الثانوي

حدَدت المادة12/110 من المرسوم الرئاسي10-236[1] بجواز المتعاملين الثانويين رهن جميع ديونهم أو جزء منها رهنا حيازيا في حدود قيمة الخدمات التي ينفذونها، ضمن نفس الشروط التي يرهن بموجبها المتعامل الصفقة لدى مؤسسة مصرفية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، و لهذا الغرض يجب ان تسلم لكل موصي ثانوي أو متعامل ثانوي نسخة مصدّق عليها والمطابقة لأصل الصفقة، وعند الاقتضاء نسخة من الملحق أيضا، كما جعلت الفقرة 11 منها أجور المقاولين والمتعاملين الثانويين أو الموصين الثانويين المعتمدين من طرف المصلحة المتعاقدة من الحقوق الممتازة التي تتقدم على حقوق المستفيدين من الرهن الحيازي للصفقة.

الفقرة الثانية: استيفاء المتعامل الثانوي حقوقه المالية مباشرة من المصلحة المتعاقدة

نجد ضمن الشروط التي يمكن اللجوء في إطارها للتعامل الثانوي أن تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي منصوصا عليها في الصفقة، و بالتالي يمكن هذا الأخير قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة[2]، حيث تم تحديد كيفيات هذا الدفع بصدور القرار المؤرخ في 28 مارس 2011[3] الذي يجب أن يتم حسب الكيفيات الآتية:

1. يجب أن يوجه المتعامل الثانوي إلى:

-صاحب الصفقة طلبا للموافقة على الدفع المباشر مقابل وصل استلام.

-المصلحة المتعاقدة طلبا للدفع المباشر مرفقا بالفواتير والوضعيات ووصل الاستلام سالف الذكر.

-لصاحب الصفقة عشرون يوما ابتداء من تاريخ تقديم وصل الاستلام لإعطاء موافقته الكلية أو الجزئية، أو الرد برفض الدفع المباشر المتعامل الثانوي، وعليه إخبار المصلحة المتعاقدة كذلك.

---

[1] انظر المادة 12/110 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 23.

[2] انظر المادة 109 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 23

[3] قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 المواقف لـ 28 مارس سنة 2011، يتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، **الجريدة الرسمية**، ع 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011، ص 24.

-ترسل المصلحة المتعاقدة في أقرب الآجال نسخة من الفواتير والكشوف لصاحب الصفقة.

- تقوم المصلحة المتعاقدة بتصديق الفواتير أو الكشوف مع مراعاة أجل 30 يومًا المحددة في المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236[1] ، و يبدأ سريان هذا الأجل ابتداءً من تاريخ قبول أو رفض صاحب الصفقة، أو عند انتهاء أجل عشرين (20) يومًا المذكور سابقًا إن لم يعط صاحب الصفقة أي رد.

2. يجب أن تعلم المصلحة المتعاقدة للمتعامل بكل دفع لصالح المتعامل الثانوي[2].

3. إذا رفض صاحب الصفقة الدفع المباشر للمتعامل الثانوي يجب أن يبرر ذلك و في هذه الحالة لا يمكن المصلحة المتعاقدة أن تدفع إلا الجزء المتنازع عليه[3]

المبحث الثاني: المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي بين التحكيم لحل منازعات صفقاته وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه

نصت المادة 62 من المرسوم 10-236[4] على وجوب احتواء الصفقة على بيانات منها القانون الواجب التطبيق وشرط تسوية الخلافات، التي تخص بدرجة أولى المؤسسات الأجنبية غير المقيمة، باعتبار أن المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، ظاهرها أن القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الجزائري و يتم تسوية خلافاتها وفقا لنظام التسوية الذي يخضع له المتعامل الوطني، و تأسيسًا على ذلك فإن آليات تسوية منازعاتهم لا تحمل أي خصوصية إذا ما قورنت بنظيرتها الخاصة بالمتعاملين الأجانب غير المقيمين.

ما يميز آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية عامة هو طريق التحكيم الذي يعد ضمانة حقيقية لحماية المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي**(مطلب أول)**، كما أن

---

[1] انظر المادة 89 من **المرسوم الرئاسي 10- 236**، ص 20.

[2] انظرالمادة 03 من القرار المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانويص24 .

[3] انظرالمادة 04 من نفس القرار، ص 24 .

[4] انظرالمادة 62 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 17.

تحديد القانون الواجب التطبيق على صفقاتهم يعد أهم فكرة لتكريس هذه الضمانة **(مطلب ثاني)**.

المطلب الأول: التحكيم آلية ودية لتسوية منازعات الصفقات المبرمة مع المتعاقد الأجنبي

غالبا ما يشك الطرف الأجنبي الذي تعاقدت معه الدولة أو أحد تفرعاتها في عدم كفاية واستقلالية محاكمها، إذ عادة ما يفضل اللجوء إلى طريق التحكيم الذي يمثل بدون جدال منفذ وامتياز حقيقي معترف به[1] باعتباره من أهم الضمانات الحمائية لمركز المتعاقد الأجنبي غير المقيم، الذي يعزّز مكانته في مواجهة الدولة المتعاقد معها الساعية لإرساء وتطبيق قوانينها استنادا لمبدأ سيادة قوانينها على إقليمها.

طالما كان التحكيم أهم طريق بديل جسدته النظم القانونية الحديثة وسعت لتطويره باعتباره أداة فعالة وسريعة تؤدي إلى فض النزاعات وإرضاء الأطراف بالحكم الصادر عن المحكم في حال اتفقا عند إبرام العقد على اختياره، إلا أن موقف المشرع الجزائري تذبذب في اعتماده كآلية لتسوية النزاعات الإدارية قبل أن يجسده بصفة فعلية ضمن أحكام القانون رقم 08-09[2]**(فرع أول)**، لاسيما في منازعات الصفقات العمومية الدولية **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من تكريس التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات

التحكيم طريق خاص لحل المنازعات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية باختيار أطراف النزاع قضاتهم بدل الاعتماد على التنظيم القضائي في البلد الذي يعتمد فيه، ينشأ التحكيم إذن من إرادة طرفي الخصومة التي تحقّقه وتعدّ قوام وجوده[3]، في ذات السياق تميز موقف الدولة الجزائرية إزاء التحكيم بمرحلتين: مرحلة التذبذب في ظل النهج

---

[1] Waked Jaber Rita , **Le Contrat Administratif International, (Essai D'une Théorie Générale A Travers L'exemple Du Contrat Bot)** Point Delta Beyrouth, LGDJ. Paris 2013, Paragraphe 605-606. P 400.

[2] **قانون رقم 08-09** مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **الجريدة الرسمية**، ع 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008، ص 3-95.

[3] عجابي إلياس، **النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل ق إ ج م إ الجديد**، مقال منشور بـ**المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية**، ع 1، سنة 2010، ص 331.

الاشتراكي **(فقرة أولى)**، ثم مرحلة الإصلاحات الاقتصادية التي تم التجسيد الفعلي من خلالها للتحكيم كآلية لتسوية المنازعات سواءً الداخلية أو الخارجية **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: تذبذب موقف المشرع الجزائري من تبني التحكيم في ظل النهج الاشتراكي

تميَز موقف المشرَع الجزائري إزاء التحكيم من خلال مرحلتين: الأولى قبل صدور قانون الإجراءات المدنية القديم رقم 66- 154[1] **(أولاً)**، والثانية بعد صدوره **(ثانيا)**.

أولاً: مكانة التحكيم قبل صدور الأمر 66-154

عرفت الدولة قبل صدور الأمر 66-154عدة نصوص قانونية تناولت فكرة التحكيم وتطبيقه على المنازعات التي نشبت بين الحكومة الجزائرية وبعض الشركات الأجنبية[2] خاصة الفرنسية منها، أهمها قانون البترول الصحراوي المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 الذي أصدرته الحكومة الفرنسية الذي بموجبه تم منح امتيازات للشركات الفرنسية، حيث نصت مادته الأولى على أنه "**تخضع جميع المنازعات المتعلقة بمنح رخص الامتياز والاستغلال في ميدان المحروقات إلى القضاء الداخلي مع إمكانية اللجوء إلى التحكيم**"، غير أن مجلس الدولة الفرنسي أقر بوجوب مبدأ عام يحظر فيه على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم[3].

لمّا عرفت الجزائر غداة الاستقلال فراغًا تشريعيا كبيرًا استمر العمل بالقوانين الفرنسية ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية، إذ كان القانون الفرنسي آنذاك يعترف بالتحكيم الدولي[4]، ورغبة من الشركات الفرنسية في حماية مصالحها تم توقيع اتفاقية إيفيان في 18 مارس 1962 حينها كان يتوجب على الجزائر قبول قانون البترول الفرنسي بجميع مزاياه التي يمنحها للشركات الفرنسية، فلم تكن هذه الاتفاقية سوى امتداد لقانون البترول الصحراوي[5]، كما أشار الباب السابع منه المعنون بـ" **إعلان مبادئ التعاون من أجل استثمار باطن الأرض**

---

[1] **أمر 66-154** مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 07 جويلية 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، **الجريدة الرسمية**، ع 47، صادرة بتاريخ 09 جويلية 1966، ص 582 – 618.

[2] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 265.

[3] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 108.

[4] عدلي محمد عبد الكريم، **المرجع السابق**، ص 181.

[5] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق**، ص100.

بالصحراء" إلى فكرة التحكيم، إذ نص أن جميع التنظيمات المخالفة والدعاوى والمنازعات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق –المنصوص عليها في الباب الأول– يتعين عرضها على محكمة تحكيم دولية، كما اشتمل اتفاق 29جويلية 1965*على نظام التحكيم و التوفيق[1].

إذن المحاكم الجزائرية في مرحلة ما بعد الاستقلال لم تكن مختصة في تسوية المنازعات المتعلقة بالعقود التي تمت في مجال الاستغلالات البترولية.

ثانيا: مرحلة صدور الأمر 66-154 ورفض التحكيم

رفضت الجزائر بصدور قانون الإجراءات المدنية66-154[2] لاسيما مادته 3/442 التحكيم الدولي كونه لا يخدم مصالحها ويتنافى مع مقتضيات السيادة الوطنيةن فكانت المنازعات خاضعة لاختصاص المحاكم الوطنية في إطار قواعد القانون الداخلي[3]، بصدور الأمر رقم71- 24 المتعلق بتأميم المحروقات[4] تم إخضاع كافة المنازعات المتعلقة بمجال المحروقات للقانون الداخلي بعد أن أمّمت الجزائر قطاع المحروقات بنسبة 51٪ مؤكدة سيادتها على الثروات الطبيعية، لكن طالبت الشركات الفرنسية آنذاك الجزائر بتطبيق التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات، إلا أن الجزائر رفضت ولم يبق لهذه الشركات إلاّ تقبّل الأمر، وبالتالي خضعت المنازعات للقانون الوطني طبقا للمادة 217 منه، لكن رغم ذلك كانت المؤسسات العمومية توافق على إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع المتعاملين الاقتصاديين الأجانب حتى مع عدم وجود أي نص قانوني يسمح لها بذلك[5]،

---

* **أمر رقم 65- 287** مؤرخ في 21 رجب عام 1385 الموافق لـ 18 نوفمبر سنة 1965 يتضمن المصادقة على اتفاقية الجزائر المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الفرنسية المتعلقة بتسوية المسائل الخاصة بالوقود والتنمية الصناعية الجزائرية والموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق لـ 29 جويلية سنة 1965، **الجريدة الرسمية**، ع 95، صادرة بتاريخ 19 نوفمبر 1965، ص 1287.

[1] معاشو عمار، **المرجع السابق**، ص 122 ،123.

[2] انظر المادة 3/442 من **الأمر 66-154**، ص 615 .

[3] عيبوط محند وعلي، **الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص87-88.

[4] **أمر رقم 71-24** مؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق لـ 12 أفريل سنة 1971 يتضمن تعديل الأمر58- 1111 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات، وبالنظام الجنائي الخاص بهذه النشاطات، **الجريدة الرسمية**،ع 30، صادرة بتاريخ 13 أفريل1971، ص 429 - 431.

[5] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص 110.

ليظهر لنا من خلال كل هذا أن موقف الجزائر تميّز بمفارقة كبيرة بين النظري والتطبيق إزاء التحكيم.

ضف إلى ذلك أشارت تنظيمات الصفقات العمومية في مقدمتها الأمر 67-90[1] بموجب مادته 155 على إمكانية اقتراح التسوية الودية من طرف الوزير المعني لحل النزاع أمام اللجنة الاستشارية، التي- التسوية الودية- لا تعفي المؤسسات من اتخاذ التدابير التحفظية اللازمة لحماية حقوقهم أمام المحاكم المختصة، تلاه أمر 74-09[2] الذي أشار في مادته7 على إمكانية عدم تطبيق قانون الصفقات العمومية فيما يتعلق بعقود التجهيز، كما نصت المادة 55 من المرسوم 82- 145[3] أيضا على تحديد القانون الواجب التطبيق، لكن التعليمة الوزارية لسنة 1982 تجيز للأشخاص الاعتبارية التابعة للدولة خضوعها لذات النظام الذي يحكم تصرفات الشركات الخاصة[4]؛ ونعني بذلك أنه يمكنها اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها طالما أجازت تلك التعليمة خضوع هذه الأشخاص-الاعتبارية- لنفس النظام الذي تخضع له الشركات الخاصة المعترف لها باللجوء للتحكيم لفض منازعاتها.

النتيجة التي يمكن قولها في الأخير أنّ موقف المشرع الجزائري لم يتميّز بالثبات إزاء التحكيم بدليل رفضه في بعض القوانين وإجازته بصورة ضمنيّة في بعضهاالآخر، لاسيما تنظيمات الصفقات العمومية سارية المفعول أنذاك هذا من الناحية القانونية . أما من الناحية الواقعية فقد لجأت إليه بعض المؤسسات العمومية رغم إنعدام نص قانوني يقرّ لها ذلك.

الفقرة الثانية: مرحلة الإصلاحات الاقتصادية وتبني التحكيم الدولي لتسوية المنازعات

بعد الشروع في الإصلاحات الاقتصادية تغيّر موقف المشرَع الجزائري من التحكيم الذي أصبح وسيلة لجلب الاستثمارات الأجنبية، فاضطر إلى تكريسه في القانون الداخلي بعد اقتناعه بفعاليّته في مجال تسوية المنازعات، إلى جانب عدم ملاءمته الأحكام التشريعية والتنظيمية الواردة في قانون الإجراءات المدنية بعد التطورات التي عرفها الاقتصاد العالمي[5]،

---

[1] انظر المادة 155 من **الأمر 67-90**، ص 729.

[2] **أمر رقم 74-9** مؤرخ في 06 محرم 1974 الموافق لـ 30 جانفي سنة 1974، يتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 13، صادرة بتاريخ 12 فيفري 1974، ص 198- 203.

[3] انظر المادة 55 من **المرسوم 82- 145**، ص 746 .

[4] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 101.

[5] عيبوط محند وعلي، **المرجع السابق**، ص 88.

ويبدو أن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الصادرة بتاريخ 21 جوان سنة 1982 المتضمّن بروتوكول التعاون الاقتصادي بين الجزائر و فرنسا التي اعترفت فيها الجزائر بقبول التحكيم التجاري الدولي في معاملاتها، هو منعرج لقبول التحكيم في العقود الاقتصادية الجزائرية[1]، ما أدى بالجزائر إلى إصدار العديد من القوانين وإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية في هذا المجال أهمها:

1. قانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير سنة 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية[2]، هذا القانون رفع الحماية القانونية عن أملاك هذه المؤسسات المتمثلة في عدم قابليتها للتصرف أو الحجز، حيث أصبحت طبقا للمادة 20 منه تخضع للقانون التجاري خاصة بعد السماح بخوصصتها، تبعا لذلك منحت لها الاستقلالية في مجال فض منازعاتها ،ما يسمح لها بإمكانية اللجوء إلى التحكيم.
2. اتفاقية نيويورك في 10 جوان 1988 التي تتعلق بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. انضمت إليها الجزائر سنة 1988 وصادقت عليها بالمرسوم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988[3]
3. اتفاقية واشنطن في 18 مارس 1995 التي أسّست المركز الدولي لتسوية الخلافات في مجال الاستثمارات التي انضمت إليها الجزائر وصادقت عليها بالمرسوم الرئاسي 95-345 الصادر في 30 أكتوبر 1995[4].

---

[1] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص115 .

[2] **قانون رقم 88-01** مؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق لـ 12 جانفي سنة 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، **الجريدة الرسمية**،ع 02، صادرة بتاريخ 13 جانفي سنة 1988، ص30 – 39.

[3] **مرسوم رقم 88-233** مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق لـ 5 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، **الجريدة الرسمية**، ع 48، صادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988، ص 1599 – 1602.

[4] **مرسوم رئاسي رقم 95- 345** مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1416 الموافق لـ 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، **الجريدة الرسمية**، ع 66، صادرة بتاريخ 5 نوفمبر 1995، ص 3 – 24.

4. اتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي في 23 جويلية 1990[1].

5. خضعت المادة 3/442 من الأمر 66-154[2] إلى تعديل بموجب المادة 1 من المرسوم التشريعي 93-09[3] التي أصبحت تنص "...**ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية**"، وعليه تراجع المشرع الجزائري عن موقفه المانع للتحكيم التجاري الدولي على أشخاص القانون العام، كما أضافت المادة (02) منه فصلاً كاملاً بعنوان "**في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي**" يتضمن 19 مادة (من المادة 4 مكرر إلى 458 مكرر 28).

كما تم تكريس التحكيم أيضا في إطار الضمانات الممنوحة للمستثمرين بموجب المادة 17 من الأمر 01- 03[4] .

لكن النص على جواز التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية لم يتم إلا بعد صدور القانون 08-09[5] في إطار القواعد العامة، غير أننا نلاحظ أن تنظيمات الصفقات العمومية استمرت على جواز اللجوء إلى التحكيم من خلال فرض إدراج شرط القانون الواجب التطبيق وتسوية الخلافات من خلال المادة 51 من المرسوم التنفيذي91-434 و المادة 50 من المرسوم الرئاسي 02- 250.

---

[1] **مرسوم رئاسي رقم 90-420** مؤرخ في 5 جمادى الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990 يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ أول محرم عام 1411 الموافق 23 جويلية سنة 1990، **الجريدة الرسمية**، ع 06، صادرة بتاريخ 6 فيفري سنة 1991، ص 203 - 207.

[2] انظر المادة 3/442 من الأمر 66-154 المؤرخ في 07 جويلية 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، **الجريدة الرسمية**، ع47 ، ص 615.

[3] **المرسوم التشريعي 93-09** المؤرخ في 03 ذو القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل سنة 1993 يعدّل ويتمم الأمر 66-154 المؤرخ في 6 جوان سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، **الجريدة الرسمية**، ع 27، صادرة بتاريخ 27 أفريل 1993، ص 58 - 64.

[4] انظرالمادة 17 من **الأمر 01-03** ، ص 7.

[5] **القانون رقم 08-09** المؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **الجريدة الرسمية**،ع 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008، ص 3-95.

الفرع الثاني: التحكيم بين القانون 08-09 والمرسوم الرئاسي 10-236

جسّد القانون 08-09 التحكيم في إطار الصفقات العمومية من خلال ما نصت عليه المادة 3/1006 والمادة 975 منه، و تأسيسا على ذلك سنحاول بيان موقف المرسوم الرئاسي محل الدراسة من التحكيم **(فقرة أولى)**، لنصل إلى تحديد شروط إبرام اتفاقية التحكيم **(فقرة ثانية)**.

فقرة أولى: مكانة التحكيم في ظل المرسوم الرئاسي 10- 236 المعدل و المتمم

أوردت المادة 62 من المرسوم محل الدراسة إلزامية أن تشير كل صفقة الى القانون الواجب التطبيق وشروط تسوية الخلافات، وكرّست المادة 115 منه الحل الودي للنزاع الناتج عن منازعات الصفقات العمومية من خلال فتح المجال أمام أشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية المبرمة مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بصفة عامة والصفقات الدولية بصفة خاصة، هذا ما تم التأكيد عليه بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي 11-98 "...**تطبق أحكام المادة 115 من المرسوم على النزاعات التي تطرأ عند تجسيد الاستثمار**"، غير أن المرسوم الرئاسي13-03 لم يتضمن هذا الحكم ما يطرح التساؤل حول سب ذلك؟ خاصة أن هذا الحكم يحيل إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل تلك المنازعات المتعلقة بتجسيد الاستثمار ما خلق غموضا بهذا الشأن.

في محاولة منّا لإيجاد الحل نلاحظ أن المادة 62 من المرسوم 10-236[1] أقرت بإلزامية تضمين الصفقة العمومية القانون الواجب التطبيق وشرط تسوية الخلافات، وأقرت المادة 17 من الأمر 01-03[2]على إمكانية اللجوء إلى التحكيم بخصوص الاستثمارات الأجنبية المطبقة بالجزائر، إذن نصل إلى نتيجة مفادها أن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بتجسيد قاعدة الاستثمار التي تعد شرط أساسي لتمكين المتعاملين الأجانب غير المقيمين بالجزائر من المشاركة في الصفقة العمومية، أمر معترف به قانونا حتى ولو غاب عن أحكام المرسوم الرئاسي 13-03 ، حيث أصبح وسيلة فعالة لجلب الاستثمارات الأجنبية خاصة مع تخوّف وتهرّب المتعاقدين الأجانب غير المقيمين من إخضاع منازعات صفقاتهم لولاية واختصاص القضاء الداخلي لسبب جلي وهو تحيّزه لمصلحة الطرف الوطني، وهو

[1] انظر المادة 62 من **المرسوم الرئاسي 10-236**، ص 16.

[2] انظر المادة 17 من **الأمر01-03**، ص 7.

بذلك يشكّل ضمانة حمائية حقيقية لمركز المتعاقد الأجنبي خاصة غير المقيم في مواجهة المصلحة المتعاقد معها الساعية نحو تطبيق قوانينها الداخلية.

الفقرة الثانية: شروط صحة اتفاقية التحكيم الدولي ضمن أحكام القانون 08-09

حظيت اتفاقية التحكيم باهتمام ملحوظ من طرف المشرع الجزائري بموجب القانون 08-09 من خلال ضبطه بشروط شكلية **(أولا)**، وأخرى موضوعية **(ثانيا)**.

أولا: الشروط الشكلية لصحة اتفاقية التحكيم

أوردت المادة 1040 من **القانون 08-09** شروطا شكلية، إذ يجب وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز إثبات الكتابة؛ بمعنى أن تترجم اتفاقية التحكيم في وثيقة مكتوبة أو بأي شكلية أخرى من شأنها أن تقبل الإثبات بالكتابة، وأي خروج عن هذه الشكلية يرتّب البطلان، و يتفق الكثيرون أن المقصود بالاتفاق المكتوب هو شرط التحكيم المدرج في عقد أو اتفاق التحكيم[1]، وهو نفس الحكم الذي جسّدته المادة 1008 من نفس القانون، كما يجب أن يتضمن شرط التحكيم أيضا تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكومين أو تحديد كيفيات تعيينهم[2].

يكون شرط الكتابة أيضا في اتفاق التحكيم[3]الذي يجب **أن** تتوفر فيه نفس الشروط المفروضة على شرط التحكيم.

ثانيا: الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم

نصت المادة 3/1040من القانون 08-09[4] أنّه حتى تكون اتفاقية التحكيم صحيحة موضوعيا لا بد من أن تبرم حسب الأحكام المنصوص عليها في القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظّم لموضوع النزاع أو القانون الذي يحدده المحكم ويراه ملائما، إذن يمكن القول أن المشرّع الجزائري أخذ بما يعرف بازدواجية الإرادة من خلال إعطاء الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، و في حالة انعدام

---

[1] انظرالمادة 1/1040 و2 من **قانون رقم 08-09** ، ص 93 .

أنظر أيضا: عجابي الياس، **المرجع السابق**، ص 336.

[2] انظرالمادة 1008 من **قانون رقم 08-09** ، ص 91.

[3] انظرالمادة 1011 من **قانون رقم 08-09** ، ص91.

[4] انظرالمادة 3/1040 من **قانون رقم 08-09** ، ص 93

هذا الاتفاق يتدخل المحكم لتحديده قصد التقليل من صرامة القوانين الوطنية التي من شأنها أن تتطور وتقضي ببطلان اتفاق التحكيم، وهذا الأمر فرضته دولية العقود واتفاقات التحكيم[1].

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق ضمانة حمائية لمركز المتعاقد الأجنبي

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود بشكل عام والصفقات العمومية بصفة خاصة من المسائل الحسّاسة، كون أنّ أيّ دولة تتجنّب إخضاع صفقاتها إلى قانون آخر غير قانونها الوطني[2] خصوصا قانون الدولة التي تنتمي إليها المؤسسة الأجنبية غير المقيمة التي تكون طرف ثاني في العقد، التي تتهرّب هي الأخرى من تطبيق القانون الداخلي للدولة النامية عن طريق تضمين عقودهم نصوصا تستهدف إبعاد قانون هذه الدولة الموجودة غالبا في مركز ضعف مقارنة بتلك المؤسسات المنتمية إلى دول مصنعة متطورة تتمتع بمركز قوي يؤهلها لفرض شروط في تقديم الخدمات والأشغال والسلع[3]، وعادة ما يقوم تحديد هذا القانون على أسس معينة **(فرع أول)** نظرا لأهميته في الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاقدين الأجانب خاصة إن كانت محل تمويل دولي **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: أسس تحديد القانون الواجب التطبيق

تتضمن فكرة تحديد القانون الواجب على صفقات المتعاقد الأجنبي ثلاث فرضيات تتأرجح بين تمتع طرفي الصفقة بحرية تحديد القانون الواجب التطبيق، أو خضوع طرفي الصفقة إلى فكرة أولوية تطبيق القانون الوطني ، أو خضوعهم إلى فكرة التحكيم[4].

تتفق القوانين الوضعية على أصالة إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يطبق على النزاع في الصفقة العمومية، لكن في حالة انعدامه ينعقد الاختصاص للهيئة التحكيمية **(فقرة أولى)**، مع احترام أولوية تطبيق القانون الوطني في حالات محددة حصرًا **(فقرة ثانية)**.

---

[1] عجابي الياس، **المرجع السابق**، ص 336.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، **المرجع السابق**، ص 205.

[3] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 262.

[4] وعيل حكيم، **المرجع السابق**، ص135،136 .

الفقرة الأولى: حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق

يقصد بحرية الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق اتجاه إرادتهم إلى اختيار قانون ما ليسري على عقودهم[1]حيث تختلف صور هذا التحديد **(أولا)**، ما يدعو إلى تحديد موقف المشرَع الجزائري منه**(ثانيا)**.

أولا: صور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

تكون صور الإرادة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق إما صريحة أو ضمنية مشمولة بسكوت الأطراف.

1. **الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق:** في هذه الحالة "يتضمن العقد نصا صريحا يشير إلى القانون الواجب التطبيق، حيث يلتزم كل من القاضي الوطني أو المحكّم –الدولي– إذا أحيل النزاع إلى هيئة تحكيم باحترام تلك الإرادة، إلا أن المحكّم يمتاز عن القاضي الوطني بعدم تقيده بالرجوع إلى قانون وطني معين وبالضبط لقواعد التنازع فيه للتأكد من صحة ذلك الاختيار، لأن تنفيذ إرادة الأطراف قد صار في القضاء التحكيمي قاعدة مادية نشأت وثبتت بتكرارها"[2].

2. **سكوت الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق:** قد يعمد أطراف العقد إغفال ذكر القانون الواجب التطبيق، خوفا من أن يكون سببا في فشل عملية إبرام العقد، خاصة أن مثل هذه العقود يعهد بها إلى فنيين أكثر منهم رجال القانون، كما أن هذا الإغفال يسهّل تخطّي عقبة الإبرام خاصة في حالة الاتفاق على المسائل المالية و التقنية، فيرجئون تحديده إلى نشوء النزاع خاصة إذا كانت قد تمت بينهم معاملات سابقة بدون منازعات [3]، في هذه الحالة يصبح تحديد القانون الواجب التطبيق راجعا لاختصاص المحكم أو القاضي الذي يستند إلى ظروف إبرام الصفقة.

---

[1] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 262.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، **المرجع السابق**، ص 213.

[3] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 263 .

حاول بعض الفقهاء إيجاد الحل لهذا الإشكال من بينهم الأستاذ "**Batiffol**" الذي يرى ضرورة الالتجاء إلى البحث عن نقاط معينة في العقد ترشد إلى الدولة التي سينفّذ فيها العقد، في حين يرى الأستاذ **G(Blanc)** ضرورة اللجوء إلى التفسير الشخصي لإرادة الأطراف المتعاقدة ما قد يؤدي إلى عدم التوصل إلى اتفاق بين الطرفي هذا ما يزيد الأمر تعقيدا، أما الأستاذ **(KOPELMANS)** فيرى أنه يجب الاعتماد على المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 التي تترك للمحكّمين عملية البحث عن القانون الواجب التطبيق[1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق

من خلال المادة 18 من القانون المدني نلاحظ أن المشرّع جسد حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية لكن ليس بصفة مطلقة، حيث يجب أن توجد صلة بين القانون المختار والعقد المبرم من حيث أطرافه وموضوعه، في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، وقد ميزّ بين العقود المتعلقة بالمنقولات والعقود المتعلقة بالعتاد، حيث لا تسري أحكام المادة 18 على العقود المتعلقة بالعقار التي يخضع لقانون موقعه[2]، ما يفيد أن الأشغال العمومية المنفذّة بالجزائر يسري عليها القانون الوطني الجزائري تأسيسا على اعتبارها عقود تنصبّ على عقار[3].

وبخصوص القانون الواجب التطبيق في حال اختيار التحكيم، من المادة 3/1040 والمادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، يظهر جليّا أن المشرع أعطى حرية كافية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وفق ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، غير أنه في حالة ما إذا لم يقم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق تتدخل محكمة التحكيم مباشرة لاختيار القانون استنادا لقواعد القانون والأعراف والتي تراها مناسبة و تستمد محكمة التحكيم اختصاصها في هذه الحالة من إرادة الأطراف.

في إطار الصفقات العمومية لاسيما الدولية منها جسّدت المادة 62 من المرسوم الرئاسي10-236 شرط ارتباط القانون الواجب التطبيق بالصفقة العمومية، إذ يظهر أن

---

[1] قدوج حمامة، **نفس المرجع** ، ص 263

[2] انظر المادة 18 من **الأمر75-58**، ص 991 .

[3] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 263

القانون المطبق على الصفقة يدرج كبند واجب الذكر ضمنها، و طالما ألزمت ذات المادة أن تشير الصفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما– القواعد العامة للقانون الجزائري– نجد أن المشرع من خلالها ربط الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها بقانون دولة وجود مقره الاجتماعي كأصل، واستثناءا في حالة ممارسة الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاط بالجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري، وهو الحكم الذي جسدته المادة10/ 3 و4 من القانون المدني و المادة 547 من القانون التجاري باعتبارهما أهم القواعد العامة للقانون الجزائري.

لكن هذا يتعارض مع قواعد تحديد القانون الواجب التطبيق المحكوم من جهة بحرية الأطراف في ذلك ومن جهة أخرى بالتحكيم في حالة غياب هذه الأخيرة، وإن كان هدف إخضاع مثل هذه الأشخاص للقانون الوطني مراقبة نشاطها من خلال ربط القانون المطبق عليها بمركز ممارسة نشاطها، و تفاديا لهذا الإشكال أقرّت المادة 21 من القانون المدني بعدم سريان أحكام المادة 4/10 منه إلا حيث لا يوجد نص يقضي بخلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية في الجزائر[1].

نستنتج إذن أن حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على صفقاتهم معترف بها دون إلزام المتعاقد الأجنبي غير المقيم على الخضوع للقانون الوطني من خلال إلزامية تحديد القانون الواجب التطبيق، ما يفسر تبني المشرع الجزائري فكرة الإرادة الصريحة لذلك، مبعدًا أي احتمال لإغفاله أو عدم ذكره هذا في إطار قانون الصفقات العمومية، أما في إطار القواعد العامة من خلال تكريس قاعدة العام يقيد الخاص باعتبار قانون الصفقات العمومية –الذي ألزم تحديد القانون الواجب التطبيق–، قانون خاص مقارنة بالقانون المدني أم الشرائع، وتبني المشرَع الجزائري صراحة قاعدة حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق.

الفقرة الثانية: أولوية تطبيق القانون الوطني

إن الجزائر كبقية الدول تتجه نحو التطبيق الآلي للقانون الجزائري لاعتبارات عديدة تتمركز حول تأكيد سيادتها وسيادة قوانينها على إقليمها، فضلا عن ذلك فإن هذه العقود تبرم

[1] المادة 10/ 3و4 و المادة 21 من القانون المدني الجزائري، والمادة 547 من القانون التجاري الجزائري.

وتنفذ بالجزائر ما يوجب فرض الرقابة على المؤسسات الأجنبية سيما غير المقيمة وعلى الأنشطة التي تقوم بها[1]، فيطبق القانون الوطني في حالة الاختيار الصريح له **(أولا)** وكذا باعتباره قانون ضبط (ثانيا).

أولا: اختيار الأطراف المتعاقدة القانون الجزائري بصفة صريحة

وهو الأمر الشائع حدوثه في أغلبية العقود الدولية مثل العقد المبرم بين ولاية "تبسة"ومؤسسة "سامو الإسبانية" الذي نص على تطبيق القانون الجزائري في المادة 15 منه، وكذلك العقد المبرم بين الشركة الوطنية لتسيير وتنمية الصناعات الغذائية و"جنيرال انبياتي الايطالية" بهدف توريد وتركيب مصنع لحفظ الخضروات بالمحمدية [2].

ثانيا: باعتباره قانون ضبط

القصد من ذلك هو تطبيق القواعد التي تتصل مباشرة بالنظام العام والآداب العامة الموضوعة لصالح المجتمع، كاحترام النصوص المتعلقة بدفع الضرائب المفروضة على المتعاقد الأجنبي غير المقيم واحترام قواعد التحويل والقوانين الاجتماعية كشروط العمل والضمان الاجتماعي[3].

الفرع الثاني: أثر التمويل الدولي للصفقة في تحديد القانون الواجب التطبيق

تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق بشدة في حال الصفقات التي تكون محل تمويل دولي الذي يؤثّر على القانون الذي تخضع له الصفقة، ما جعل القانون الجزائري بين التطبيق أحيانا **(فقرة أولى)** و الاستبعاد أحيانا أخرى **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: تطبيق القانون الجزائري في صفقة محل تمويل دولي

لكي نتمكّن من بيان أولوية تطبيق القانون الجزائري في مشاريع القروض المبرمة بين مؤسسات التمويل الدولي و الجزائر ندرس بعض الاتفاقيات في هذا المجال:

---

[1] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 264 .

[2] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق** ص 104 .

[3] قدوج حمامة، **المرجع السابق**، ص 264.

1. **المرسوم الرئاسي 92-449**[1]: استند على الأحكام والتنظيمات السارية المفعول في الجزائر وهذا ما يظهر من أحكام المادة 2 من الملحق الثاني له التي أقرّت أن تتولى الوكالة الوطنية للغابات والمعهد الوطني للأبحاث الغابية... وفقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها تنفيذ العمليات... المتعلقة بالتكفل بمسار إبرام الصفقات بما فيها الجوانب الإدارية المالية والتقنية وحتى اختيار الموردين مسبقا، وكذا تحضير الملفات الخاصة بإبرام الصفقات ولاسيما المناقصات على أساس الملف التقني ودفتر الشروط المتعلق بالمشروع المحدد مسبقا والمصادق عليه من طرفهم، فضلا عن عرض ملفات المناقصات على اللجان الداخلية المختصة المكونة والمشغّلة بصفة منتظمة لإنجاز المناقصة في شفافية للمحافظة على مصالح الدولة تجاه أي متعاقد آخر.

2. **المرسوم الرئاسي 49-420**[2]: نصت المادة 2/2 من ملحقه الثاني على توليّ وزارة التجهيز والتهيئة العمرانية في حدود صلاحياتها إعداد دفاتر الشروط وإبرامها مع المتدخلين الآمرين بالصرف.

نجد أن هذه الأحكام كرست الاختصاص الكامل للقانون الجزائري من حيث إعداد دفاتر الشروط و تحضير الملفات الخاصة بإبرام الصفقات العمومية و التكفل بمسارها وعرض ملفاتها على اللجان الداخلية، ما يدعو إلى القول أن القانون المطبق في هذه الحالة هو المرسوم التنفيذي 91-434 الذي كان ساري المفعول آنذاك، إذن طبقت أحكامه على الصفقات الممولة من طرف البنك الدولي شرط عدم تناقضه مع تعليمات هذا البنك.

---

[1] **مرسوم رئاسي 92-449** مؤرخ في 11 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ6 ديسمبر 1992، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 3487 أل، الموقع في 5 أوت 1922 بواشنطن بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل المشروع النموذجي للتنمية الغابية وتهيئة أحواض السفوح، **الجريدة الرسمية**، ع 18، صادرة بتاريخ 13 ديسمبر1992 ، ص 2245-2251.

[2] **مرسوم رئاسي 94-420** مؤرخ في 3 ديسمبر 1994 المتضمن الموافقة على اتفاق القرض بين الجزائر والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، لتمويل مشروع إصلاح انظمة التزويد بمياه الشرب والتطهير، ص 3-12.

الفقرة الثانية: استبعاد القانون الوطني في الصفقة محل تمويل دولي

أوكلت المادة 3/2 من الملحق الأول للمرسوم 94-420[1] الوكالة الوطنية للمياه الصالحة للشرب والمياه الصناعية والتطهير بالسهر على تطابق الصفقات المبرمة بعنوان المشروع مع إجراءات إبرام الصفقات مع البنك الدولي للإنشاء والتعمير، كما أن المادة 5/2 من المرسوم 02-105[2] كلّفت بنك الجزائر في حدود صلاحياته في إطار تنفيذ المشروع على الخصوص بتبادل المعلومات مع البنك الدولي للإنشاء والتعمير لاسيما في مجال إبرام الصفقات، وتبليغ كل نزاع قد يطرأ إلى علم السلطات المختصة المعنية.

إن هذه الأحكام تدل على أن تنظيمات الصفقات العمومية لا تطبق بحذافيرها، لوجود تنظيم أجنبي يفرض على الدولة المقترضة بعض التعديلات حتى تستفيد من القروض الدولية، لكن هذا يؤدي إلى تضارب في نوع التنظيم الواجب التطبيق؟

يعتبر تنظيم الصفقات العمومية قانون معدّ من طرف الدولة صاحبة الامتياز في العقد الإداري ما يؤدي إلى عدم إمكانية استبعاده جملة وتفصيلا، غير أنه لا يمكن أيضا إنكار تواجد تعليمات البنك الدولي وفرضها على المرسوم المنظم للصفقات العمومية باعتباره تنظيم معدّ من طرف مؤسسة تمويل دولية، و تأسيسا على ذلك يمكن القول بإمكانية تطبيق أحكام تنظيم الصفقات العمومية على الصفقة محل تمويل دولي من طرف البنك الدولي شرط توافقها وعدم تناقضها مع تعليماته، في حالة العكس يطبق التنظيم الأجنبي المجسد في هذه التعليمات، و الخضوع لتعليمات البنك الدولي يظهر من خلال دراسة مرحلة ما قبل التعاقد، التي تعني طرق إبرام الصفقة و الملف الخاص بالمناقصة و تقييم شروط إسناد الصفقة للتأكد من أنها مبرمة بصفة منتظمة[3].

يستبعد تطبيق القانون الوطني حالة المعاملة التمييزية للمتعاقدين الوطنيين على حساب الأجانب التي تقررت بموجب مختلف الإجراءات لاسيما هامش الأفضلية و العجز

---

[1] المادة 3/2 من الملحق الأول **للمرسوم 94-420**، ص 10.

[2] **مرسوم رئاسي رقم 02-105** مؤرخ في 06 محرم عام 1423 الموافق لـ 20 مارس سنة 2002، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 7069 أل، الموقع في 4 جانفي سنة 2002 بواشنطن بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، لتمويل مشروع تطوير البنية التحتية للنظام المالي، **الجريدة الرسمية**، ع 20، صادرة بتاريخ 20 مارس 2002، ص 3 – 12.

[3] بن قلفاط مايا، **المرجع السابق**، ص 49.

وعدم التدقيق في تقييم العروض، وكذا الاختلاف من حيث إجراءات ومبادئ منح وإبرام الصفقات في القانون الجزائري وتعليمات البنك الدولي، وعدم تحديد النظام القانوني لعقود الدراسات والمساعدة التقنية التي يعمها الإبهام[1].

وبالتالي تم استبعاد القانون الوطني في اتفاقيات القرض مثل: المرسوم الرئاسي 89-121 المؤرخ في 18 جويلية 1989 المتعلق بتمويل مشروع التكوين المهني[2]، و المرسوم الرئاسي 91-49 المؤرخ في 23 فيفري 1991 المتعلق بتمويل مشروع المساعدة التقنية[3].

في الأخير نستنتج أن أساس تطبيق القانون الدولي مستمد من بند القانون الواجب التطبيق الذي يحدّد بصفة إلزامية ضمن بيانات الصفقة العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين لاسيما الأجانب منهم، رغم أن المشرع لم يتخذ موقفا صريحا وواضحا من هذه المسألة التي تركها رهينة الاتفاقيات المبرمة في إطار الصفقة العمومية المبرمة لاسيما تلك محل تمويل دولي.

من وجهة نظر خاصة يمكن القول أيضا أن الموافقة على اتفاقيات القرض تمت بموجب مراسيم رئاسية تسمو على تنظيم الصفقات العمومية، بالتالي فهي لا تطرح أي إشكال في حال ما إذا تعارضت معه باعتبارها الأولى بالتطبيق طبقا للمادة 132 من دستور سنة 1996 الجزائري .

رغم ذلك يجب على المشرع الجزائري أن يتخذ موقفا واضحا من مسألة القانون الواجب التطبيق خاصة في مجال الصفقات الدولية، بالرغم من أن تمويل كافة الصفقات العمومية المبرمة في الفترة اللاحقة لسنة2002 كانت بتمويل وطني نتيجة مخططات التنمية التي

---

[1] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق** ، ص105،106.

[2] **مرسوم رئاسي 89-121** مؤرخ في 15 ذي الحجة عام 1469 الموافق لـ 18 جويلية سنة 1989 يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 2977 أل الموقع في 7 أفريل سنة 1989 بواشنطن (دي سي) بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير قصد تمويل مشروع في التكوين المهني، **الجريدة الرسمية**، ع 29، صادرة بتاريخ 19 جويلية 1989، ص 766.

[3] **مرسوم رئاسي رقم 91-49** مؤرخ في 8 شعبان عام 1411 الموافق لـ 23 فيفري سنة 1991 يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 3176 أل الموقع عليه في 26 سبتمبر سنة 1990 بواشنطن (د س) بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير والمتعلق بتمويل مشروع مساعدة تقنية، **الجريدة الرسمية**، ع 09، صادرة بتاريخ 27 فيفري سنة 1991، ص 334.

طرحت من قبل الحكومة بسبب انتعاش أسعار المحروقات[1]، إلا أنه لا يمكن استبعاد لجوء الجزائر إلى المؤسسات المالية الدولية كما حدث في فترة سابقة خاصة مع انهيار أسعار البترول في الآونة الأخيرة.

[1] زمال صالح، **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 106.

خلاصة الفصل الثاني

يظهر من خلال ما تقدّم أنّ مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية تحمل بدورها العديد من المميّزات التي أضفت طابع الخصوصية على المركز القانوني للمتعامل المتعاقد الأجنبي بنوعيه المقيم وغير المقيم ، لكن المفارقة بينهما تجلّت بوضوح من خلال دفع السعر–الثمن– في الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاقدين الأجانب غير المقيمين التي يمكن من خلالها استعمال أرقام استدلالية غير تلك المعمول بها والموافق عليها ضمن النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي من جهة، وما تتميز به شروط هذا الدفع الذي يقتضي تحديد البنك محل الوفاء وتحديد الحصة القابلة للتحويل من جهة أخرى، لكن يشترك أنواع المتعاقدين الأجانب في كيفيات تحديد الثمن و الآليات المقررة لدفعه .

و تسهيلا لعملية تنفيذ الصفقة العمومية تم تقرير أحكام خاصة بتمويلها، الذي قد يكون إداري يستفيد منه المتعاقد الأجنبي بنوعيه، أو يكون تمويل بتدخّل صندوق ضمان الصفقات العمومية الذي تقرر لمصلحة المتعاقد الأجنبي المقيم دون نظيره غير المقيمن لكن ما يتميّز به المتعاقد الأجنبي غير المقيم في هذا الإطار أنّه يحظى بأسبقية الاختيار في الصفقات العمومية التي تكون محل تمويل دولي.

في مقابل هذا التمويل يتوجب على هؤلاء المتعاقدين بدرجة أولى تقديم ضمانات حسن التنفيذ المالي التي تقي المصلحة المتعاقدة من سوء تنفيذ الصفقة العمومية، حيث يستفيد المتعاقد الأجنبي المقيم من أحكام الإعفاء أو التخفيض من بعضها، عكس نظيره غير المقيم الذي لم يتقرّر له ذلك .

نجد أيضا أنّ المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي غير المقيم تعزّز بتبنّي المشرع آلية التحكيم الدولي لحل منازعات الصفقات العمومية الدولية المبرمة معه، فضلا عن اعتبار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليه أحد أهم الضمانات الحمائية للمركز القانوني لهذا الأخير، و قد جسّد المشرع حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد هذا القانون مع احترام ضوابطه، فضلا عن عدم إلزام هذا المتعاقد للخضوع لقانون معين ماعدا ما يفرض من ضوابط حماية للنظام العام و ما تقتضيه ضرورات المصلحة العامة .

خاتمة

خـاتـمـة :

ختاما لهذا العمل المتواضع الذي تضمَن دراسة وتحليل خصوصية المركز القانوني للمتعاقد **الأجنبي المقيم وغير المقيم** في ظل المرسوم الرئاسي 10-236المعدل والمتمم، فإنه لا يسع في هذا المقام إلا التذكير أن المتعاقدين الأجانب حتى وإن اشتركوا في **الصفة الأجنبية**، إلا أنَهم يختلفون في **عنصر الإقامة** الذي تميَز بالغموض باعتباره معيار فاصل بينهم لاسيما ضمن أحكام هذا المرسوم، فضلا عن اعتماد **الضمانات ذات الطابع الحكومي** المفروضة على **المتعاقدين الأجانب غير المقيمين** لتمييزهم عن نظرائهم المقيمين.

من أهم **النتائج** المتوصل إليها بخصوص المركز القانوني لهؤلاء المتعاقدين في **مرحلة تكوين** الصفقة العمومية، نجد في إطار **شروط اختيارهم** القائمة على أساس **احترام مبادئ الإبرام** التي لا تتحقق إلا بتكريس **قاعدة المنافسة الحرة، كما** أن **المعاملة التمييزية** التي قرَرها المشرع الجزائري لصالح **المتعاقد الأجنبي المقيم** على حساب نظيره غير المقيم في كيفيات الإبرام لاسيما إجراء **المزايدة، أولوية الاستفادة من بعض الصفقات**، تقرير رفع **هامش الأفضلية** وكذا **محاباة الإنتاج الوطني** تعد خرقا مشروعا لتلك المبادئ تشجيعا وحماية للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي **دعّمت المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي المقيم** بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

كما **ألغى** المشرع الجزائري في ذات الإطار **التمييز** بين أنواع هؤلاء المتعاقدين الأجانب بإلزامية **تصنيفهم** و**تأهيلهم** لتمكينهم من المشاركة والتعهد في الصفقات العمومية التي تطرحها المصلحة المتعاقدة، غير أنه ما **يميز الأجنبي غير المقيم** بهذا الشأن هو إمكانية اعتماد معيار **الانتقاء الأولي لتأهيله.**

وتبقى **للشروط** التي قررتها قوانين المالية التكميلية لسنتي **2009 و2010** أثرها البارز على مركزهم القانوني، كون أن **إلزام المتعاقد الأجنبي غير المقيم** بالجزائر **لإقامة استثمارات** بها في إطار **شراكة وطنية تحظى بالأغلبية لصالح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري** وتقرير **حق الشفعة** لصالح الدولة والمؤسسة العمومية الاقتصادية، تهدف إلى **دعم وحماية** الاقتصاد الوطني من جهة، **والمتعاقد الأجنبي المقيم بالجزائر**

من جهة أخرى باعتباره مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، كما أن **إلزام المتعاقد الأجنبي غير المقيم** بالجزائر **بقاعدة إلزامية الاستثمار المسبق** ما هي إلا إجراء من إجراءات اختياره للمشاركة في الصفقة العمومية.

نشير إلى أن **مرحلة التنفيذ** لا تقل شأنا في هذا المجال، و يتجلّى ذلك من خلال **دفع السعر** –الثمن– في الصفقات العمومية المبرمة مع **المتعاقدين الأجانب غير المقيمين** التي يمكن من خلالها **استعمال أرقام استدلالية غير تلك المعمول** بها والموافق عليها ضمن النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وما تتميز به **شروط** هذا الدفع الذي يقتضي **تحديد البنك محل الوفاء** و **الحصة القابلة للتحويل.**

من أجل **تسهيل** عملية **تنفيذ الصفقة** تم تقرير أحكام خاصة **بتمويلها،** قد يكون هذا التمويل **إداري يستفيد منه المتعاقد الأجنبي بنوعيه،** وقد يكون **تمويل** بتدخل **صندوق ضمان الصفقات العمومية** الذي تقرر **لمصلحة المتعاقد الأجنبي المقيم** دون نظيره **غير المقيم،** هذا الأخير الذي **يحظى بأسبقية الاختيار** في الصفقات العمومية التي تكون محل **تمويل دولي.**

في مقابل هذا التمويل يتوجب على هؤلاء **المتعاقدين** بدرجة أولى تقديم **ضمانات حسن التنفيذ المالي** التي تقي المصلحة المتعاقدة من سوء تنفيذ الصفقة العمومية، حيث **يستفيد المتعاقد الأجنبي المقيم من أحكام الإعفاء** أو **التخفيض من بعضها.**

تعزّز المركز القانوني **للمتعاقد الأجنبي غير المقيم** من خلال تبني المشرع آلية **التحكيم الدولي** لحل منازعات الصفقات العمومية الدولية المبرمة معه، واعتبرت مسألة **تحديد القانون الواجب التطبيق عليها أحد أهم الضمانات** الحمائية له.

ما **نستنتجه** أن **المتعاقد الأجنبي المقيم** حتى وإن **حظي بمعاملة ميّزته** عن نظيره **غير المقيم، إلا** أن المصلحة المتعاقدة **لا يمكنها** بأي حال **الاستغناء** عن هذا الأخير– **الأجنبي غير المقيم**– لما يتمتع به من **مؤهلات** مالية تقنية وتكنولوجيا عالية تجعله في **مركز أقوى للظفر بالصفقة** العمومية، **غير متأثر بتلك الإجراءات** التي قررها المشرع الجزائري **لمصلحة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.**

بعد معالجة العناصر المميزة للمتعاقد الأجنبي تعريفا و مركزا فإن أهم التوصيات والحلول التي ارتأينا تقديمها والتي نأمل أن تؤخذ بعين الاعتبار:

- ضرورة إيجاد **نظام قانوني** يشمل **عناصر تحديد المتعاقد الأجنبي** بصنفيه المقيم وغير المقيم وعدم تركه رهينة القواعد العامة، حيث يتخذ هذا النظام شكل **قانون خاص بهم يحدد مركزهم** بكل ما يتميّز به من خصوصية، خاصة مع **الغموض** الذي اكتنف **المرسوم المعني بالدراسة** حول **تعريفه** لهم، إذ كان من المستحسن عقب التعديلات التي أدخلت عليه أن يعتمد **مصطلحات واضحة** بهذا الخصوص لاسيما وأن المرسوم 02-250 كان أحسن التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية في هذا المجال.
- يمكن للجزائر أن تحذو حذو **المبادرة** التي قامت بها بموجب **الاتفاقية** المتضمنة **توحيد النظام القانوني للصفقات العمومية** لدى الدول الخمسة في المغرب العربي (الجزائر، المغرب، تونس، موريطانيا وليبيا) المبرمة في 11 نوفمبر1992 بنواقشط من خلال وضع **نظام قانوني موحد** يشمل مختلف جوانب المتعاقد الأجنبي بنوعيه، وبيان خصوصية مركزه القانوني، بالاتفاق مع دول أخرى لاسيما المتطورة منها للاستفادة من تجاربها.

يعود سبب تقديم هذه الاقتراحات لما **لموضوع المتعاقد الأجنبي** من جانب تحديد معالم **تعريفه وتمييز صنفيه** من **أهمية** بالغة، باعتباره **موضوع الساعة** الذي **يشغل** مختلف **المصالح المتعاقدة.** لاسيما أمام **غموض وتضارب النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية التي شهدت ضعفا واضحا في هذا الإطار**، الأمر الذي دفعنا إلى **محاولة الإلمام به** من خلال التطرق لبعض القوانين ذات الصلة، مبرزين أهم العناصر التي تساعدنا على تحديد كل واحد منهما، وإبراز خصوصية مركزيهما في مرحلتي الإبرام والتنفيذ بما يرفع عناء المصلحة المتعاقدة إزاء هذا الأمر.

إن هذه المعايير تصلح بحد ذاتها لكي تكون محور دراسة تفصيلية مستقبلية من أجل ضبط محاور كل متعاقد، ورفع أي لبس أو غموض بهذا الشأن. وذلك في انتظار ما ستسفر عنه تعديل التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية، أو حتى القوانين ذات الصلة بالموضوع.

قائمة المصادر و المراجع

أولا : باللغة العربية

I. النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادرة بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق لـ 7 ديسمبر سنة 1996، والمتعلق بإصدار نص تعديل دستور 1989، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، **الجريدة الرسمية**، ع 76، صادرة بتاريخ 8 ديسمبر سنة 1996.

ب- الاتفاقيات الدولية حسب الترتيب الزمني:

1- أمر رقم 65- 287 مؤرخ في 21 رجب عام 1385 الموافق لـ 18 نوفمبر سنة 1965 يتضمن المصادقة على اتفاقية الجزائر المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الفرنسية المتعلقة بتسوية المسائل الخاصة بالوقود والتنمية الصناعية الجزائرية والموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق لـ 29 يوليو سنة 1965، **الجريدة الرسمية**، ع 95، صادرة بتاريخ 19 نوفمبر 1965.

2- مرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق لـ 5 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، **الجريدة الرسمية**، ع 48، صادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

3- مرسوم رئاسي 89-121 مؤرخ في 15 ذي الحجة عام 1469 الموافق لـ18 جويلية سنة 1989 يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 2977 أل الموقع في 7 أفريل سنة 1989 بواشنطن (دي سي) بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير قصد تمويل مشروع في التكوين المهني، **الجريدة الرسمية**، ع 29، صادرة بتاريخ 19 جويلية 1989.

4- مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 5 جمادى الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990 يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين

دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ أول محرم عام 1411 الموافق 23 يوليو سنة 1990، **الجريدة الرسمية**، ع 06، صادرة بتاريخ 6 فيفري سنة 1991.

5- مرسوم رئاسي رقم 91-49 مؤرخ في 8 شعبان عام 1411 الموافق لـ 23 فيفري سنة 1991 يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 3176 أل الموقع عليه في 26 سبتمبر سنة 1990 بواشنطن (د س) بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير والمتعلق بتمويل مشروع مساعدة تقنية، **الجريدة الرسمية**، ع 09، صادرة بتاريخ 27 فيفري سنة 1991.

6- مرسوم رئاسي رقم 92-449 مؤرخ في 11جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 6 ديسمبر سنة 1992، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 3487 أل، الموقع في 5 سنة 1922 بواشنطن (س) بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل المشروع النموذجي للتنمية الغابية وتهيئة أحواض السفوح، **الجريدة الرسمية**، ع 88، صادرة بتاريخ 13 ديسمبر 1992.

7- مرسوم رئاسي رقم 94-420 مؤرخ في 29 جمادى الثانية عام 1415 الموافق لـ 3 ديسمبر سنة 1994، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 3743 أل، الموقع في 16 يونيو سنة 1994 بواشنطن بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع إصلاح أنظمة التزويد بمياه الشرب، والتطهير، **الجريدة الرسمية**، ع 81، صادرة بتاريخ 11 ديسمبر سنة 1994.

8- مرسوم رئاسي رقم 95- 345 مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 146 الموافق لـ 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة أنشأ الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، **الجريدة الرسمية**، ع 66، الصادرة بتاريخ 5 نوفمبر 1995.

9- مرسوم رئاسي رقم 02-105 مؤرخ في 06 محرم عام 1423 الموافق لـ 20 مارس سنة 2002، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 7069 أل، الموقع في 4 جانفي سنة 2002 بواشنطن بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، لتمويل مشروع تطوير البنية التحتية للنظام المالي، **الجريدة الرسمية**، ع 20، صادرة بتاريخ 20 مارس 2002.

10- مرسوم رئاسي رقم 05-273 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1426 الموافق لـ 31 جويلية 2005 يتضمن الموافقة على اتفاقية فتح الاعتماد الموقعة في 16 ربيع الثاني عام 1426 الموافق لـ 25 ماي سنة 2005 بالجزائر بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والوكالة الفرنسية للتنمية، للمساهمة في تمويل مشروع كهربة خطوط السكك الحديدية لنقل المسافرين لضاحية الجزائر العاصمة، **الجريدة الرسمية**، ع 53، صادرة بتاريخ 31 جويلية 2005.

ج- النصوص التشريعية والتنظيمية حسب الترتيب الزمني:

1) القوانين والأوامر:

1. أمر 66-154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 07 جويلية 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، **الجريدة الرسمية**، ع 47، صادرة بتاريخ 09 جويلية 1966.

2. الأمر 67-90 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق لـ 17 جوان سنة 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 52، صادرة بتاريخ 7 جوان سنة 1967.

3. أمر رقم 71-24 مؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق لـ 12 أفريل سنة 1971 يتضمن تعديل الأمر 58- 1111 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات، وبالنظام الجنائي الخاص بهذه النشاطات، **الجريدة الرسمية**، ع 30، صادرة بتاريخ 13 أفريل 1971.

4. أمر رقم 74-09 مؤرخ في 06 محرم 1974 الموافق لـ 30 جانفي سنة 1974، يتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 13، صادرة بتاريخ 12 فيفري 1974.

5. الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، **الجريدة الرسمية**، ع 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975 المعدَل

والمتمَم بموجب القانون 05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005، **الجريدة الرسمية**،ع 44، صادرة في 26 جوان 2005.

6. الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 25 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 27 ذو الحجة عام 1925 الموافق لـ 6 فيفري سنة 2005، **الجريدة الرسمية**، ع 11، صادرة بتاريخ 9 فيفري 2005.

7. قانون رقم 88-01 مؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق لـ 12 جانفي سنة 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، **الجريدة الرسمية**، ع 02، صادرة بتاريخ 13 جانفي سنة 1988.

8. الأمر 90-10 مؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق لـ 14 أفريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، **الجريدة الرسمية**، ع 16، صادرة بتاريخ 18 أفريل 1990.

9. المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 03 ذو القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر 66-154 المؤرخ في 6 جوان سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، **الجريدة الرسمية**، ع 27، صادرة بتاريخ 27 أفريل 1993.

10. مرسوم تشريعي رقم 93-289 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1414 الموافق لـ 28 نوفمبر سنة 1993 يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية للبناء والاشغال العمومية والري، امتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، **الجريدة الرسمية**، ع 79، صادرة بتاريخ 1 ديسمبر 1993.

11. مرسوم تشريعي رقم 94-07 مؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1414 الموافق لـ 18 ماي 1994، يتعلق بشرط الانتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، **الجريدة الرسمية**، ع 32، صادرة بتاريخ 25 ماي 1994.

12. أمر رقم 96-01 مؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق لـ 10 جانفي 1996، يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، **الجريدة الرسمية**، ع 03، صادرة بتاريخ 14 جانفي 1996.

13. أمر رقم 01-03 مؤرخ في جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، **الجريدة الرسمية**، ع 47، صادرة بتاريخ 22 أوت 2001.

14. الأمر 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 جوان سنة 2003، **الجريدة الرسمية**، ع 43، صادرة في 20 جوان 2003.

15. الأمر 03-11 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق لـ 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، **الجريدة الرسمية**، ع 52، صادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

16. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 ضمن عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **الجريدة الرسمية**، ع 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

17. قانون رقم 08-11 مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 هـ الموافق لـ 25 جوان 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، **الجريدة الرسمية**، ع 36، صادرة بتاريخ 02 جويلية 2008.

18. القانون رقم 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق لـ 25 جوان سنة 2008 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، **الجريدة الرسمية**، ع 36، صادرة بتاريخ 02 جويلية 2008.

19. الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق لـ 22 جويلية 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، **الجريدة الرسمية**، ع 44، الصادرة بتاريخ 26 جويلية 2009.

20. الأمر رقم 10–01 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق لـ 26 أوت 2010 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، **الجريدة الرسمية**، ع 49، صادرة بتاريخ 29أوت 2010.

2) المراسيم الرئاسية:

1. المرسوم 67–81 مؤرخ في أول صفر عام 1387 الموافق لـ 11 ماي سنة 1967 تحدد بموجبه الشروط التي يمكن بمقتضاها لمقاولات الأشغال العمومية والبناء إبرام صفقات مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء، **الجريدة الرسمية**، ع 41، صادرة بتاريخ 19 ماي 1967.

2. المرسوم 82–145 المؤرخ في 16 جمادى الثانية لعام 1407 الموافق لـ 10 أفريل سنة 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي المعدَل والمتمَم، **الجريدة الرسمية**، ع 15، صادرة بتاريخ 13 أفريل 1982.

3. المرسوم الرئاسي 02–250 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق لـ 24 جويلية سنة 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المعدَل والمتمَم، **الجريدة الرسمية**، ع 52، صادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.

4. المرسوم الرئاسي رقم 08–338 المؤرخ في 26 شوال سنة 1429 الموافق لـ 26 أكتوبر سنة 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02–250 المؤرخ في 13 جمادى الأولى سنة 1423 الموافق لـ 24 جويلية سنة 2002 والمتضمن بتنظيم الصفقات، **الجريدة الرسمية**، ع 62، صادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008.

5. المرسوم الرئاسي رقم 10–236 المؤرخ في 28 شوال عام 1423 الموافق لـ 7 أكتوبر سنة 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 58، صادرة بتاريخ 7 أكتوبر سنة 2010.

6. مرسوم رئاسي 11–98 أول مارس 2011، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10–236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2011 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 14 صادرة بتاريخ6 مارس 2011.

7. المرسوم الرئاسي 12-23، المؤرخ في 24 صفر 1433 هـ الموافق لـ 18 جانفي 2012 المعدَل والمتمَم للمرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 4، صادرة بتاريخ 26 جانفي 2012.

8. المرسوم الرئاسي 13-03 المعدل للمرسوم الرئاسي 12-23 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، **الجريدة الرسمية**، ع 58.

3) المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم التنفيذي رقم 91-434 مؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1412 الموافق لـ 9 نوفمبر سنة 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدَل والمتمَم، **الجريدة الرسمية**، ع 57، صادرة بتاريخ 8 نوفمبر 1991.

2. **المرسوم التنفيذي رقم 98-67** مؤرخ في 24 شوال عام 1418 الموافق لـ 21 فيفري سنة 1998 يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، **الجريدة الرسمية**، ع 11، صادرة بتاريخ 1 مارس 1998.

3. المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 09 رمضان عام 1417 الموافق لـ 18 جانفي 1997، والمتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، **الجريدة الرسمية**، ع 05، صادرة بتاريخ 19 جانفي 1997. المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03-453 المؤرخ في 7 شوال عام 1424 الموافق لـ 01 ديسمبر 2003 المتعلق بشرط القيد في السجل التجاري، **الجريدة الرسمية**، ع 75.

4. المرسوم التنفيذي رقم 05-114 المؤرخ في 27 صفر عام 1426 الموافق لـ 7 أفريل سنة 2005، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-289، المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1414 الموافق لـ 28 نوفمبر سنة 1993 الذي يوجب على المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري، أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، **الجريدة الرسمية**، ع 26، صادرة بتاريخ 10 أفريل 2005.

5. المرسوم التنفيذي رقم 06–454 مؤرخ في 20 ذي القعدة سنة 1427 الموافق لـ 11 ديسمبر 2006، يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، **الجريدة الرسمية**، ع 80، صادرة بتاريخ 11 ديسمبر 2006.

د– قرارات، إعلانات، أنظمة، تعليمات:

1. قرار مؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية، ع 6، صادرة بتاريخ 19 جانفي 1965.

2. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 ربيع الثاني عام 1426 الموافق لـ 5 جوان سنة 2005، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، الجريدة الرسمية، ع 73، صادرة بتاريخ، 9 نوفمبر 2005.

3. قرار وزاري مشترك مؤرخ 1 ذي القعدة عام 1426 الموافق لـ3 ديسمبر سنة 2005 يحدد كيفيات التصنيف المهني للمؤسسات ومجموع المؤسسات التي تعمل في إطار البناء والأشغال العمومية و الري، **الجريدة الرسمية**،ع27، صادرة بتاريخ 26 أفريل2006.

4. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 المواقف لـ 28 مارس سنة 2011، يتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، **الجريدة الرسمية**، ع. 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

5. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني 1432 الموافق لـ 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، الجريدة الرسمية، ع 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

6. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011، يحدد نموذج الالتزام بالاستثمار، **الجريدة الرسمية**، ع 24، صادرة بتاريخ 22 أفريل 2011.

7. قرار مؤرخ 13 محرم سنة 1435 الموافق لـ17 نوفمبر سنة 2013 يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، **الجريدة الرسمية**، ع 21، صادرة في 9 أفريل 2013.

8. **الإعلان رقم 72** المؤرخ في 1 فيفري 1973 صادر عن وزير المالية، يتضمن إجراءات وطرق تحويل الأموال بعنوان العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الوطنية مع المؤسسات الأجنبية، **الجريدة الرسمية**،ع 17، صادرة بتاريخ 27 فيفري 1973.

9. نظام رقم 90-03 مؤرخ في 18 صفر عام 1411 الموافق لـ 8 سبتمبر 1990، يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومراجعتها، **الجريدة الرسمية**،ع45، صادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990.

10. نظام رقم 93-02 المؤرخ في 10 رجب عام 1413 الموافق لـ 3 جانفي 1993، المتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، **الجريدة الرسمية، ع** 17، صادرة بتاريخ 14 مارس 1993.

11. نظام رقم 07-01 مؤرخ في 15 محرم 1428 الموافق لـ 3 فيفري 2007 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات التجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، **الجريدة الرسمية**،ع 31 ، صادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

II. المراجع والمصادر:

1) الكتب:

1- بوضياف عمار: **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، جسور للنشر والتوزيع، ط 3، الجزائر 2011.

2- عيبوط محند وعلي: **الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

2) أطروحات ومذكرات:

أ- أطروحات ومذكرات الدكتوراه:

1. تياب نادية: **آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية**، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

2. علة كريمة: **جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية**، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام و القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012/ 2013.

3. عدلي محمد عبد الكريم: **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، جامعة تلمسان أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010- 2011.

4. قدوج حمامة: **تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي**، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، فرع القانون العام، إدارة ومالية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعة 2009/ 2010.

5. معاشو عمار: **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية وفي التجربة الجزائرية، عقود المفتاح في اليد والمنتوج في اليد**، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر: معهد العلوم القانونية والإدارية، 1998.

ب- مذكرات الماجستير:

1. أكروم مريام: **السعر في الصفقات العمومية**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير،فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة السنة الجامعية 2008/2007.

2. بن قلفاط مايا: **وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2001/ 2002.

3. بوشعير أمال: **تأهيل وتصنيف المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009/ 2010.

4. بن زمام عبد الغني: **تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 208/2007 .

5. بحري اسماعيل: **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2009/2008.

6. بن عنتر ليلى: **مدى تحفيز استثمار الشركات متعددة الجنسيات في القانون الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس 2008.

7. حابي فتيحة: **النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم**، مذكرة جامعة بومرداس ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.

8. زمال صالح: **المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة الجزائر -1-، السنة الجامعية 2011-2012.

9. سلامي ساعد: **الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2011/ 2012

10. لوز رياض: **دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية –المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**, مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية كلية الحقوق جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2007/2006.

11. وعيل حكيم: **النظام القانوني للصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،1 السنة الجامعية 2013/ 2014.

3) المقالات:

1. شتوان الهادي: **دور الدولة في ظل العولمة والأزمة المالية العالمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية**، ع. 2 ، سبتمبر 2001.

2. عجابي إلياس: **النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل ق إ ج م إ الجديد**، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، ع1، سنة 2010.

3. مزياني فريدة: **الوقاية من الفساد ومكافحة في مجال الصفقات العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، ع 2، جوان 2014.

4. الملتقيات والمداخلات:

1. زمال صالح: **امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية**، الملتقى الوطني السادس بعنوان دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام (كلية الحقوق, جامعة المدية، 20 ماي 2013).

5. مصادر أخرى من الجرائد الوطنية:

1. بسار سعيد: **امتيازات وإعفاءات جبائية وجمركية في قانون الاستثمار، ضمانات قانونية للمساواة بين المتعامل المحلي والأجنبي، جريدة الخبر** –اقصاد– الاثنين 7 جويلية 2014 الموافق لـ 9 رمضان 1435.

2. بلعمدي سميرة: **كيفيات إلزام المتعاملين الأجانب لإقامة استثمارات بالجزائر**، **جريدة الشروق** –الحدث– الاثنين 5 ماي 2014 الموافق لـ 5 رجب 1435.

ثانيا: المراجع والمصادر باللّغة الفرنسية:

I. Les texts jururidiques :

1. Décret Nº 73-96 Du 25 /07/1973 Portant Publication De La Convention Du Prêt Entre Le Gouvernement Du Canda Pour La Constitution De Silots En Béton Pour L'entreposage Des Céréales Signé A Alger Le 16/05/1973, Journal Officielle, 1973, Nº 66.

2. Instruction Nº 94 /05 Du 04 Fivrier 1994 Pourant Modalité D'applicaion Du Reglement Nº 93-02.

3. Note Aux Banque Intermidiares Agrés, Nº : 96-16 Du 27 Octobre 1996, Bjet : Garanties Et Contre Garantie.

II. Les Ouvrages :

1. Franck Moderne, La **Routraitance Des Marchés Publics,** Dalloz, 1995, Paragraphe 13 Et 14.

2. Guibal Michel, **Code Des Marchés Publics Annoté Et Commenté,** 4éme Edition Mise A Jour Et Augmentée Et Le Moniteur, Paris, Aout 1992.

3. Louren Richier: **Droit Des Contras Administratifs**. 2éme Edition Lgdj .Paris .

4. De Laubadere Andre, Mouderne Franch, Devolve Piere: **Traité Des Contrat Administratifs**, Tom 1er, L .G.D.J, Paris, 1984

5. Le Boulanger Philippe, **Les Contrats Entre Etat Et Entreprises Etrangères,** Economica Collection, Droit Des Affaires Des Entreprises, Paris, 1985 .

6. Waked Jaber Rita **: Le Contrat Administratif International, (Essai D'une Théorie Générale A Travers L'exemple Du Contrat Bot)** Point Delta Beyrouth, Lgdj. Paris 2013, Paragraphe 605-606.

III. Les Articles :

1. Alfonsi Jean**, La Notion De Marché Public,** Conférance Du 25 / 05/ 2002, Revue Du Conseil D'etat, Nº 03.

2. Zouaimia Rachid : **Le Régime Des Investissements Etrangers A L'épreuve De La Résurgences De L'état Dirigiste En Algérie,** Revue Algérienne Des Sciences Juridiques, Economique Et Politique, Juin 2011, Nº 2.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الموضوع.....	الصفحة
مقدمة.....	1
فصل أول: تحديد المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مرحلة تكوين الصفقة العمومية.	6
مبحث أول: المفارقة الاصطلاحية للمتعاقد الأجنبي المقيم وغير المقيم بين المرسوم الرئاسي 10-236 والقواعد العامة للقانون الجزائري.	6
مطلب أول: اشتراك المتعاقد الأجنبي المقيم وغير المقيم في الصفة الأجنبية.....	7
مطلب ثاني: الإقامة معيار لتمييز أنواع المتعاقدين الأجانب لكنه غير كاف لتعريفهم.....	14
مطلب ثالث: الضمانات معيار فاصل لتمييز المتعاقد الأجنبي غير المقيم عن نظيره المقيم.....	23
مبحث ثاني: شروط اختيار المتعاقد الأجنبي بين احترام قاعدة المنافسة والإجراءات المؤثرة في مركزه القانوني	30
مطلب أول: قاعدة المنافسة بين الحرية والتقييد لإبرام الصفقات العمومية.....	31
مطلب ثاني: تأهيل المتعاقد الأجنبي وتصنيفه شروط لازمة لاختياره في الصفقة العمومية.....	40
مطلب ثالث: المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل إجراءات قوانين المالية التكميلية لسنتي2009 و2010.....	46
فصل ثاني: المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مرحلة تنفيذ الصفقة	55

العمومية.....

مبحث أول: خصوصية التنفيذ المالي للصفقة المبرمة مع المتعاقدين الأجانب 55

مطلب أول: قواعد دفع المقابل المالي للمتعامل المتعاقد الأجنبي..... 56

مطلب ثاني: تمويل الصفقات المبرمة مع المتعاقد الأجنبي مقابل الضمانات المالية المفروضة عليه..... 63

مطلب ثالث: كيفيات دفع مستحقات المتعامل الثانوي..... 75

مبحث ثاني: المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي بين التحكيم لحل منازعات صفقاته وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه..... 81

مطلب أول: التحكيم آلية ودية لتسوية منازعات الصفقات المبرمة مع المتعاقد الأجنبي. 82

مطلب ثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق ضمانة حمائية لمركز المتعاقد الأجنبي 90

خاتمة..... 101

قائمة المراجع..... 105

فهرس المحتويات..... 119