



جامعة وهران 2 محمد بن احمد

كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة

لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص القانون العام

تدخل قاضي الاستعجال الإداري

أثناء إبرام العقود الإدارية

مقدمة و مناقشة علنا من قبل

إشراف الدكتور:

حداد محمد

الطالبة:

غني أمينة

أمام لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة	المؤسسة الأصلية	الصفة
فاصلة عبد اللطيف	أستاذ	جامعة وهران 2	رئيسا
حداد محمد	أستاذ محاضر - أ -	جامعة وهران 2	مشرفا مقرر
لونيس عبد الوهاب	أستاذ محاضر - أ -	جامعة وهران 2	عضوا مناقشا
عباسة الطاهر	أستاذ محاضر - أ -	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا
نقادي حفيظ	أستاذ	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا
مكلكل بوزيان	أستاذ	جامعة سيدي بلعباس	عضوا مناقشا

السنة: 2018-2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

سورة التوبة: 105

صدق الله العظيم

الإهداء

إلى روح أستاذي الدكتور براج عبد المجيد
إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما
إلى اخوتي
أهدي هذا العمل

شكر وتقدير

الشكر لله سبحانه وتعالى الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

أتقدم بخالص الشكر والعرفان والتقدير العظيم لأستاذي الفاضل الدكتور حمد محمد علي تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة وعلى مسانحته لي وتقديمه الدعم الكافي وعلى تواضعه وجهوده.

وأتوجه بخالص الشكر والتقدير لكل من الأستاذ الدكتور فاضلة عبد اللطيف والدكتور عباسة الطاهر والدكتور لوئيس عبد الوهاب والأستاذ الدكتور نقادي حفيظ والأستاذ الدكتور مكلل بوزيان لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة.

وأخيرا أتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل.

قائمة أهم المختصرات:

أولاً: باللغة العربية

ج.ر	: الجريدة الرسمية
د.ت.ن	: دون تاريخ النشر
د.ب.ن	: دون بلد النشر
د.م.ج	: ديوان المطبوعات الجامعية
ص	: صفحة
ط	: الطبعة
ق.إ.م.إ	: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ثانياً: باللغة الفرنسية

Act	: Actualité.
AFAC	: Association Française des avocats conseils des collectivités locales
AJDA	: Actualité Juridique de Droit Administratif.
Cass	: Cour de Cassation
C	: Contre.
Civ	: Civil.
C.E	: Conseil d'état.
Comm	: Commentaire.
G.A.J.A	: Les Grands Arrêts de la Jurusprudence Administrative.
IBID	: Au même endroit.
L.G.D.J	: Librairie Générale de Droit et de Jurusprudence.
Op.Cit	: Ouvrage Cité.
P	: Page.
P.P	: Pages.
Rec. CE.	: Recueil du Conseil d'Etat (dit Recueil "Lebon")
Req	: Requête.
RDI	: Revue de Droit Immobilier.
RFDA	: Revue Française de Droit Administratif.
S.A	: Société Anonyme.
SARL	: Société à responsabilité limitée.
SEM	: Société d'économie mixte.
Sté	: Société.
TA	: Tribunal Administratif.

مقدمة

مقدمة:

تعتبر العقود الإدارية من بين الأدوات الأساسية التي تعتمد عليها الإدارة من أجل ضمان سيرورة مرافقها العامة، إلى جانب الأعمال الإدارية ذات الطبيعة الانفرادية والتي يغلب عليها الطابع السلطوي للإدارة باعتبارها من امتيازات السلطة العامة، أما العقود الإدارية فهي تلك الأعمال القانونية التي تتميز بالطابع الثنائي لأنها عبارة عن توافق إرادتين، وهي تشكل حلقة هامة تربط بين الإدارة والمتعاملين الاقتصاديين، كما تعد أيضاً وسيلة في يد الهيئات اللامركزية تستعملها بهدف دفع عجلة التنمية المحلية فهي بمثابة الوعاء الحقيقي للتنمية المستدامة باعتبارها محفزا رئيسيا للاستثمار وأداة لجلب المستثمرين.

لقد برزت وبشكل واضح في السنوات الأخيرة أهمية العقود الإدارية، حيثشهد زيادة لجوء الإدارة إلى إبرام العقود الإدارية، كونها تساهم في تحسين خدمات المرافق العمومية وتلبية حاجيات الأفراد بحكم التطور السريع والمستمر لهذه الحاجيات.

لكن ضرورة إبرام العقود الإدارية لا يمنح للإدارة السلطة والحرية في اختيار من تريد التعاقد معه بل إن المشرع يتدخل من أجل ضبط مجال الحرية التعاقدية لأشخاص القانون العام.

فالعقد في القانون الخاص وإن كان يخضع لإرادة أطرافه ويحكمه مبدأ سلطان الإرادة، فإنه على عكس ذلك في القانون العام لا تكون إرادة الإدارة في مرتبة مساوية لإرادة الأفراد كما أنها في نفس الوقت لا تعلوها، بل تظهر إرادتها مقيدة تخضع بذلك لنظام قانوني متميز غير مألوف في قواعد القانون الخاص.

ولعل أول سؤال يتبادر إلى الذهن هو: كيف يتم تقييد حرية التعاقد لدى الأشخاص المعنوية العامة؟

وجب علينا التسليم في بداية الأمر بأن الأشخاص المعنوية العامة تتمتع بدورها بالحرية التعاقدية، وهي حرية معترف بها سواء من طرف المشرع أو حتى من طرف القضاء الإداري إما بصفة ضمنية (قضية تيورند Thérond) أو حتى بصفة صريحة (قضية شركة بورغ وارنر Borg Warner)، غير أن هذه الحرية ليست على إطلاقها، بل هناك قيود تحد منها.

لقد قام مجلس الدولة الفرنسي بتوضيح ما المقصود بهذه القيود مستعملا العبارات التالية: "عدم وجود نص تشريعي أو تنظيمي يمنع ذلك..."، "عدم وجود مبدأ من المبادئ العامة للقانون التي تمنع ذلك..."، وبالتالي نلاحظ أن ما يقيد الحرية التعاقدية للإدارة هو التشريع¹، وكذا المبادئ العامة للقانون.

وذهب أحد أساتذة القانون الإداري في فرنسا (جان ماري بونتيي Jean-Marie Pontier) إلى وصف الحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية العامة بأنها تقع داخل جسم من القواعد الإلزامية.²

ويعتبر قانون الصفقات العمومية أحد هذه القواعد الإلزامية التي تشكل قيودا على حرية الإدارة في التعاقد، ويظهر ذلك من خلال نصه على طرق وإجراءات الإبرام وكيفية اختيار المتعاقد وفرضه لأساليب معينة من الرقابة.

ولعل التعديلات الكثيرة التي طرأت على قانون الصفقات العمومية سواء في الجزائر أو في فرنسا تعكس مدى حرص المشرع على إحاطة العملية التعاقدية بضمانات كافية.

ففي الجزائر مر تشريع الصفقات العمومية بعدة تعديلات وعرف عدة تغييرات كانت تساير في كل مرة التطورات الحاصلة في الدولة خاصة الاقتصادية منها، وذلك منذ أول تشريع نظم الصفقات العمومية سنة 1967 بموجب الأمر رقم

1 - Christine Bréchon Moulés, « Liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA, 1998, P.643.

2 - Jean-Marie Pontier, « La liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA, 2013, P.837.

90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967، حيث تم تعديله بعد عدة سنوات بصدور المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أفريل 1982، ليليه بعد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، وقد كان المحرك الرئيسي من وراء تعديله المتعاملون الاقتصاديون، الذين انتقدوا وبشدة طريقة منح الصفقات العمومية التي كانت تقوم على معايير أخرى غير المنافسة، كما انتقد آخرون عدم حصولهم على تبريرات كافية في حالة رفض العروض التي تقدموا بها، إضافة إلى أنهم كانوا يجدون صعوبة في الوصول إلى الإعلان عن طلبات العروض، إلى جانب ذلك فقد كانت هناك أزمة ثقافي نظام الطعون، وتذمرا أيضا بشأن طول إجراءات الإبرام¹، وهو ما أدى إلى تبني إجراءات شكلية جديدة.

غير أنه ونتيجة للظروف التي مرت بها الجزائر طوال فترة التسعينات، وتوقف مشاريع الدولة بسبب تدهور الحالة الأمنية والاقتصادية وكذا الفراغ التشريعي نتيجة لغياب مؤسسات الدولة، لم يطرأ على قانون الصفقات العمومية أي تعديل وذلك إلى غاية 2002، أين تولى رئيس الجمهورية مهمة تنظيم الصفقات العمومية، فصدر المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، الذي تم تعديله في 2010، بموجب المرسوم الرئاسي 236/10 الذي جاء من أجل مواكبة ما تم استحداثه من مؤسسات عمومية جديدة غير المؤسسات العمومية التقليدية.

لقد طرأ تعديل آخر في سنة 2012، وذلك بصدور المرسوم الرئاسي 23/12، المؤرخ في 18 جانفي 2012، وبعد سنة واحدة فقط تم تعديله أيضا وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03/13، المؤرخ في 13 جانفي 2013، وأما عن آخر هذه السلسلة من التعديلات بل وأهمها تمثل في التعديل الذي أحدثته حكومة سلال سنة 2015، أين قام رئيس الجمهورية بإصدار المرسوم الرئاسي رقم

¹ - Ounissi Layachi, « La procédure de passation des marchés publics: Etude analytique et réflexions à la lumière du code des marchés publics 2015 », Journée d'étude: La nouvelle réglementation des marchés publics et délégations de service publics », Université Mohammed khider Biskra, 17/12/2015.

247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة بتاريخ 16 سبتمبر 2015، والذي دخل حيز التنفيذ ثلاثة أشهر بداية من نشره في الجريدة الرسمية وبالتحديد في 20 ديسمبر 2015 حسب مقتضيات المادة 219 منه، وقد ألغى المرسوم الرئاسي رقم 236/10 نتيجة للثغرات التي أظهرها عند تطبيقه كما أنه جاء ليدعم سياسة الدولة المتمثلة أساسا في تكريس الشفافية بعد أن أصبح الفساد يهدد اقتصادها ويعرقل مسار التنمية فيها.

لقد أحاطت فرنسا بدورها العملية التعاقدية للأشخاص المعنوية العامة بقيود إجرائية، بما يضمن تحقق الشفافية والمنافسة النزيهة، وذلك منذ سنة 1836 بموجب الأمر المؤرخ في 04 ديسمبر 1836 والذي نص في المادة الأولى منه بأن: "كل الصفقات المبرمة باسم الدولة تتم عن طريق المنافسة والإشهار".¹

وبعد فترة صدر المرسوم المؤرخ في 18 نوفمبر 1882، والذي من خلاله أصبحت المزايدة طريقة الإبرام الأصلية. استمر اهتمام المشرع الفرنسي بعملية إبرام الصفقات العمومية وذلك من خلال إصدار مجموعة من النصوص القانونية طوال الفترة الممتدة ما بين 1953 و1959.²

غير أنه بتاريخ 17 جويلية 1964، تم إصدار المرسوم رقم 729/64، المتضمن تقنين النصوص التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، حيث احتوى على كتابين، وبعد أشهر قليلة، تم إصدار مرسومين آخرين وذلك بتاريخ 28 نوفمبر 1966، تضمنا إضافة كتابين آخرين، وتم إضافة الكتاب الخامس بتاريخ 17 أبريل 1989.³

وفي سنة 1993 صدر مرسوم متعلق بشفافية الإجراءات في الصفقات العمومية المعدل لقانون الصفقات العمومية، خاصة بعد التقرير الذي تقدم به

¹ - Cindy Robert, (Le code des marchés publics, le talon d'Achille des acheteurs publics », Mémoire pour le master professionnel, Université Lumière Lyon2, 06/09/2007, P.09.

² - Cindy Robert, Ibid.

³ - Michel Guibal, « Codification et simplification du droit des marchés publics », AJDA, 1994, P.06.

(Bouchery Robert بوشري روبر)، حيث جاء فيه بأن المرحلة التي تسبق طلب العروض هي أكبر مجال للفساد¹، وبالتالي كان من الضروري فرض أحكام إجرائية تتحقق من خلالها الشفافية.

ثم تلتها بعض الخطوات في سياق ضمان الشفافية والنزاهة سنة 1995. بعد طول انتظار صدر المرسوم المؤرخ في 07 مارس 2001 والمتضمن قانون الصفقات العمومية، ويرجع الفضل في ذلك إلى حكومة جيبي Jupé وغالان Galland، بعد أن فشلت الحكومات السابقة في اتخاذ القرار، وقد ركز هذا القانون على تبسيط الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية فأصبحت واضحة وسهلة مقارنة بالأحكام القديمة التي كانت تعود إلى الستينات وذلك بغرض تسهيل الوصول للطلبات العمومية. كما أنه قلص من عدد المواد فاحتوى على 136 مادة بدل 339. غير أنه وبعد مرور أقل من سنة واحدة من دخول هذا القانون حيز التنفيذ، أعربت الحكومة الجديدة عن نيتها في إجراء تعديل جوهري وعميق لقانون الصفقات العمومية، وبالفعل تم إصدار قانون جديد متضمن قانون الصفقات العمومية في 2004، ركز على أربعة نقاط أساسية هي الشفافية، المسؤولية، الفعالية والبساطة. وبعد مرور سنتين فقط تم إصدار قانون جديد في 2006، لكنه لم يكن قويا مقارنة بسابقه² فتلاه تعديل آخر في سنة 2008 واستمر مسلسل التعديلات ففي سنة 2011 صدر مرسوم آخر يتضمن تعديل وتحيين بعض أحكام قانون الصفقات العمومية، وقد احتوى على عدة تعديلات أهمها تشجيع التوقيع الإلكتروني واستحداث عقود من نوع جديد³ ثم صدر المرسوم رقم 360/2016 المتضمن قانون الصفقات العمومية، غير أن المشرع الفرنسي ارتأى أن يجمع الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة وعقود الإمتياز وعقود الشراكة بين القطاع

¹ - François Llorens, Phillippe Terneyre, « Transparence des procédures dans les marchés publics et modification du code de marchés publics », RDI, 1993, P.369.

² - Cindy Robert, Ibid.

³ - Maxime Seno, « La réforme du code des marchés publics: Libéralisation de la commande publique et nouvelles pratiques », Gazette du Palais, N°274, 01/10/2011, P.09.

العام والخاص كلها ضمن قانون الطلبات العمومية، وهو القانون الذي سيدخل حيز التنفيذ بداية من شهر أفريل سنة 2019.¹

وبالعودة الى الجزائر فالصفات العمومية وإن كانت تأتي على رأس العقود المبرمة من طرف الأشخاص المعنوية العامة، فإن هذا لا يعني أنها العقود الوحيدة التي يكفل المشرع إبرامها في جو من الشفافية، بل هناك عقودا أخرى ذات صيغ مختلفة لا تقل أهمية عن الصفات العمومية، ويتعلق الأمر بعقود تفويضات المرافق العامة التي استحدثها المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم الرئاسي 247/15، هذه العقود من شأنها فتح المجال أمام القطاع الخاص بهدف تحسين الخدمات للمواطنين وتفعيل دور الجماعات المحلية من الناحية الاقتصادية بعد أن أثبتت عجزها في تلبية حاجيات الأفراد خاصة أمام ارتفاع عدد المرافق العمومية، وإن كانت الصيغة المستحدثة دخيلة على نظام الطلبات العمومية الجزائري إلا أن هناك من طرق التسيير قد ظهرت قبل هذا التاريخ وبالتحديد بداية من سنة 1990، بعد تبني الدولة للنظام الليبرالي.

تخضع هذه العقود هي الأخرى لأحكام شكلية معينة تقيد من الحرية التعاقدية للإدارة، لكنها وبمقابل ذلك فإنها تظهر أقل حدة من تلك التي تخضع لها الصفات العمومية نظرا لاحتفاظ الإدارة فيها بهامش من الحرية.

وإلى جانب الصفات العمومية وتفويضات المرافق العامة هناك عقود أخرى كانت هي الأخرى محلا لقواعد شكلية إلزامية، حيث يتدخل المشرع فيها من أجل تحديد أسلوب اختيار المتعاقد ويفرض على الأشخاص المعنوية العامة الالتزام بمبادئ معينة يصطلح عليها بمبادئ الطلبات العمومية.

إن هذه القيود مهما اختلفت أشكالها وتعددت درجاتها فما هي إلا تأكيد للحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية العامة.¹

¹ - <https://www.economie.gouv.fr/cedef/droit-des-marches-publics>

إن السبب وراء هذا التقييد راجع خاصة إلى نية المشرع في المحافظة على المال العام محل العقد الإداري. فالمساس بالمال العام وإن كان مجرم في المنظومة الجنائية ومعاقب عليه، إلا أن ذلك لم يعد كافيا خاصة أمام الارتفاع الهائل لجرائم الفساد بشكل غير مسبوق وتفشيها وتسببها في خسائر ضخمة للخزينة العمومية قدرت بمليارات الدولارات، بالإضافة إلى تأثيرها سلبا على إنجاز مشاريع جد هامة خاصة في القطاعات الاستراتيجية والحساسة، فكان لابد على المشرع أن يتدخل لوضع استراتيجية أخرى لاجتثاث الفساد من جذوره وتمثلت هذه الاستراتيجية في إقرار البعد الوقائي.

لقد تجسد البعد الوقائي في تعزيز الدور الرقابي للقاضي الإداري أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، وذلك من خلال استحداث دعوى يتدخل من خلالها القاضي الإداري الاستعجالي أثناء إبرام العقود الإدارية.

تم استحداث هذه الآلية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008 وخصص لها المادتين 946 و947 منه.

وتجد هذه الآلية مصدرها على الصعيدين الدولي والوطني فبالنسبة للصعيد الدولي فقد نص الفصل الثاني من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003 على التدابير الوقائية، بحيث نصت المادة 09 فقرة (د) من هذا الفصل على "...إقامة نظام فعال... للتعن ضمانا لوجود سبل قانونية للتظلم والانتصاف في حال عدم إتباع القواعد أو الإجراءات الموضوعة.."، وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية سنة 2004.

أما على الصعيد الوطني فتجد هذه الآلية مصدرها في القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحتها الذي جاء تجسيدها لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، حيث يستفاد منها ضرورة إيلاء

¹ - Thibaut Fleury, « La liberté contractuelle des personnes publiques », RFDA, 2012, P.231.

الأهمية القصوى للعنصر الوقائي وهو ما يعكس الإرادة الحقيقية والجدية للدولة في مكافحة الفساد .

هذا من الناحية التشريعية أما من الناحية العملية فقد تبنت الجزائر هذه الآلية نتيجة لما عرفه مجال الصفقات العمومية من تفشي كبير للفساد نظرا للغلاف المالي الكبير المخصص له، فقد غرقت الجزائر في الفساد في السنوات الأخيرة وهو ما يظهر من خلال التقارير السنوية لمؤشر الفساد التي تعدها منظمة الشفافية الدولية، فقد جاءت في المرتبة التاسعة والتسعون في سنة 2007 (ضرورة مراجعة تقارير السنوات اللاحقة)، وهو الأمر الذي اقتضى البحث عن وسيلة لضبط هذا القطاع من أجل حماية المال العام ونجاعة الطلبات العمومية.

أما في التشريع المقارن فإن مصدر هذه الآلية هو التشريع الفرنسي، وقد تم إدراجها منذ سنة 1992 تطبيقا للتعليمة الأوروبية المشتركة الخاصة بالصفقات العمومية والتزامات الإشهار والمنافسة¹.

ويطلق عليها استعجال الإشهار والمنافسة « Référé publicité-concurrence » أو استعجال العقود « Référé -contrats »².

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هذه الآلية قد عرفت مؤخرا بعضا لإصلاحات، بحيث تم تعديل القانون الإجرائي في فرنسا بهدف تفعيل الدعوى الاستعجالية في مجال إبرام العقود الإدارية ابتداء من سنة 2009، أي بعد تطبيق المشرع الجزائري للنسخة الأولى، وتمثلت هذه التعديلات فيما يلي: تحديد العقود الإدارية محل تدخل قاضي الاستعجال، الأثر الموقوف للدعوى الاستعجالية على إبرام العقد، خلق سلطات جديدة لفائدة القاضي الاستعجالي من شأنها أن تمكنه التدخل بعد إبرام العقد، حيث أن إمضاء العقد أصبح لا يشكل عائقا أمام

¹ -Nicolas Boulouis, « Les recours autour de la signature », Actes du 15e colloque de l'AFAC: Commande publique – les contentieux de la passation: comment les gérer, Paris, 27 janvier 2011, P.12.

² - Stéphane Braconnier, Précis du droit des marchés publics, 4ème édition, Editions le Moniteur, Paris, 2012, P405.

إصدار جزاءات ضد الإخلال الخطير بالتزامات الإشهار والمنافسة هذا إلى جانب منح سلطات من نوع جديد للقضايا الاستعجالي تتمثل في النطق بالإلغاء أو فسخ العقد أو تقليص مذمة أو فرض عقوبات مالية. وأخيرا يفصل في الدعاوى الاستعجالية قاضي فرد وبحكم ابتدائي نهائي¹

من هذا المنطلق تظهر أهمية الدراسة من الجانبين الإجرائي وكذلك من الجانب الاقتصادي.

فالجانب الإجرائي يظهر من خلال إبراز موقع هذه الآلية ضمن الدعاوى الأخرى المرتبطة بالعقود الإدارية سواء الدعاوى الإدارية أو حتى الدعاوى الأخرى بما فيها الجزائية وذلك عن طريق تبيان فعاليتها والنتائج التي تحققها، بالإضافة إلى تحديد إجراءات سيرها خاصة أمام الصعوبات التي يواجهها للقضاة والمحامين على حد سواء فيما يخص كيفية تطبيقها وهو ما ينتج عنه إهدار كبير لحقوق المتعاملين الاقتصاديين.

أما أهمية موضوع دراستنا من الناحية الاقتصادية، فتظهر من خلال المكانة البارزة التي أصبحت تحتلها العقود الإدارية، وذلك نظرا لتطور حاجات الأفراد في شتى المجالات بالإضافة إلى سياسة الانفتاح الاقتصادي وتشجيع الدولة للاستثمار، حيث عرف لجوء الإدارة إلى الأسلوب التعاقدية تزايدا كبيرا وأضحت الصفقات العمومية وعقود الامتياز من بين أهم الوسائل التي تستعملها الدولة لتسيير مرافقها العامة إلى جانب عقود أخرى كالبيع والإيجار، غير أن هذا التزايد قابله أيضا انتشار كبير للفساد، وهو ما يؤدي إلى تعطيل للتنمية الاقتصادية.

وتعد مرحلة الإبرام أكبر مجال للتعدي على المال العام وسوء توجيهه، وبالرغم من أنه قد تم وضع ترسانة قانونية لمكافحة الفساد إلا أن الواقع أظهر عجزا نتيجة عدم التطبيق الفعال، والسبب راجع إلى طبيعة الجزاء الذي يكون

¹ -« Recours applicables aux contrats de commande publique », Revue Procédures, N°06, Juin 2009, Alerte 35.

دائما بعد وقوع التعدي، فتظهر أهمية تدخل القاضي الاستعجالي الإداري لأنه يتدخل أثناء مرحلة الإبرام.

حيث يعد تدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية وسيلة لتقوية شفافية التعاقد العمومي ومراقبته وتقييمه، فلا يمكن تصور استقامة ونجاعة تحصيل وإنفاق الأموال العامة دون وجود سلطة مستقلة وفعالة توكل إليها المهمة الرقابية، الامر الذي يتطلب ضرورة تحصين المال العام بالرقابة القضائية¹.

إن هذه الآلية لا تعد فقط ضمانا قوية لصالح المتعاملين الاقتصاديين، بل من شأنها أيضا أن تنفع الإدارة فهي تشكل بالنسبة لها ضمانا تكفل تحقيق الأمن القانوني لعقودها قبل إبرامها وقبل تنفيذها².

انطلاقا مما سبق ارتأينا أن نطرح الإشكالية التالية: إن الإصلاح الاقتصادي الذي عرفته الجزائر في السنوات الأخيرة اصطدم بانتشار كبير للفساد وهو الأمر الذي اقتضى إصلاحات تشريعية في مجال الطلبات العمومية، شكل الهدف الرئيسي منها فرض رقابة على كيفية إنفاق المال العام، فإلى أي مدى ستساهم الآليات القانونية التي استحدثها المشرع الجزائري المتعلقة بفرض رقابة قضائية مستعجلة على عملية إبرام العقود الإدارية في حماية المال العام ومكافحة الفساد وحماية حقوق المتعاملين الاقتصاديين؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا صياغة أهداف لدراستنا تتمثل فيمايلي:

- تحديد أهم المتغيرات التي طرأت على القانون الإجرائي في الجزائر في مادة إبرام العقود الإدارية.
- محاولة ضبط العقود الإدارية التي يتدخل بشأنها القاضي.

¹ - عبد الرحيم أضاوي، "صفقات الجماعات الترابية في ظل القوانين التنظيمية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 137، نوفمبر-ديسمبر 2017، ص.190.

² - Nicolas Boulouis, Op.cit., P.13.

- تحديد العقود التي تخرج من اختصاص القاضي الاستعجالي الإداري.
- تحديد التزامات الإشهار والمنافسة سبب تدخل قاضي الاستعجال الإداري.
- استعراض التجارب المقارنة.
- معرفة مدى استيعاب القاضي للألية التي تم استحداثها.
- تحديد سلطات القاضي أثناء إبرام العقود الإدارية ومعرفة مدى ممارسة القاضي لهذه السلطات.
- الوقوف على أهم القيود الواردة على تدخل القاضي الاستعجالي أثناء إبرام العقود الإداري.

اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي خلال تحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية وكذا الآراء الفقهية بالإضافة إلى المنهج المقارن نظرا لحدثة هذه الدراسة في التشريع الجزائري، وخاصة أمام ندره أو عدم وجود اجتهاد قضائي إداري في الجزائر، كما اعتمدنا على المنهج التاريخي، بحيث استعرضنا تطور التشريعات المرتبطة بموضوع الأطروحة مثل تشريع الصفقات العمومية وقانون المنافسة.

في مقابل ذلك فقد واجهتنا صعوبات خلال إعداد موضوع الأطروحة تمثلت خاصة فيمايلي:

- صعوبة الوصول إلى الإجتهد القضائي في الجزائر .
- قلة المراجع المتخصصة باللغة العربية وارتكاز معظمها على إعادة للنصوص القانونية خاصة تلك المتعلقة بالصفقات العمومية.

وتبعاً للأهداف المرجوة من اعداد هذه الأطروحة ولمعالجة الإشكالية قسمنا الخطة إلى بابين، الباب الأول: جاء تحت عنوان العناصر الموضوعية التي يتدخل من خلالها قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية وأما الباب الثاني: جاء تحت عنوان تنظيم تدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية.

الباب الأول

العناصر الموضوعية التي يتدخل من خلالها قاضي
الاستعجال الإداري

الباب الأول: العناصر الموضوعية التي يتدخل من خلالها قاضي الاستعجال الإداري

تحتوي أي دعوى قضائية على عناصر موضوعية تميزها، وتتمثل هذه العناصر في أشخاص الدعوى والمحل والسبب.

وقاضي الاستعجال الإداري بدوره يتدخل من خلال هذه العناصر، وإن كان أشخاص الدعوى مرتبطين بالصفة و المصلحة، فقد ارتأينا أن نترك هذا العنصر ضمن الباب الثاني من دراستنا عند التطرق للجانب الإجرائي.

وعليه سنركز اهتمامنا في هذا الباب على محل تدخل قاضي الاستعجال الإداري (الفصل الأول). من جهة ومن جهة ثانية سنبحث في سبب تدخل قاضي الاستعجال الإداري. (الفصل الثاني).

ومحل تدخل قاضي الاستعجال الإداري نقصد به العقود الإدارية التي تدخل في اختصاصه، و التي تأتي في مقدمتها الصفقات العمومية بالإضافة إلى العقود الأخرى التي تدخل في قائمة العقود الخاضعة لاختصاص القاضي الإداري مثل الصيغة المستحدثة لعقود تسيير المرافق العامة والمتمثلة في عقود تفويضات المرافق العامة وعقود إدارية أخرى، لكن في مقابل ذلك هناك عقود إدارية تخرج من رقابة قاضي الاستعجال الإداري، سواء بسبب حرص المشرع على إخراجها صراحة من الخضوع لمبادئ الطلبات العمومية، أو لأنها تتميز بنوع من الخصوصية، و يظهر هذا التمييز في تجرد الإدارة من امتيازاتها فتكون في مرتبة مساوية لمرتبة الأفراد.

أما عن سبب تدخل قاضي الاستعجال الإداري، فنقصد من خلاله معرفة ماذا يراقب القاضي الاستعجالي بالتحديد، وقد حددته المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والمنافسة، ولقد ارتأينا التطرق إلى التزامات الإشهار من جهة ثم إلى التزامات المنافسة من جهة ثانية.

الفصل الأول: محل تدخل قاضي الاستعجال الإداري

جاء الفصل الخامس من الباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تحت عنوان " الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، ونصت المادة 946 من نفس القانون على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية"، وعليه نلاحظ بأن محل تدخل قاضي الاستعجال الإداري هو العقود الإدارية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن الصفقات العمومية تعد من قبيل العقود الإدارية فكان على المشرع الإكتفاء بعبارة العقود الإدارية لأنها أوسع وتشمل حتى الصفقات العمومية .

وإن كانت الصفقات العمومية تشكل أهم العقود الإدارية نظرا للغلاف المالي المخصص لها لكن هذا لا يعني أن العقود الإدارية تنحصر فقط في الصفقات العمومية بل هناك عقود أخرى تساهم هي الأخرى في تحقيق المصلحة العامة وتقع على أملاك الدولة وتكون أداة لإنفاق المال العام، فهي بالنتيجة تحتاج بدورها لضرورة تدخل قاضي الاستعجال الإداري من أجل حماية المال العام ونجاعة الطلبات العمومية التي تقتضي حماية مبادئ الطلبات العمومية.

فإلى جانب الصفقات العمومية الواردة في قانون الصفقات العمومية، توجد صيغة جديدة لتسيير المرافق العامة، استحدثها المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي 247/15، ويتعلق الأمر بعقود تفويضات المرفق العام Délégation de service public، المتمثلة في عقد الإمتياز وعقد الإيجار وعقدي التسيير و الوكالة المحفزة.

وإلى جانب الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام، هناك عقود أخرى تبرمها الإدارة، تخضع هي الأخرى لرقابة قاضي الاستعجال الإداري، تتمثل في عقود التنازل وعقود بيع وإيجار الأملاك العامة، وعقود قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص.

غير أنه في مقابل ذلك هنالك طائفة من العقود والتي بالرغم من أنها تكتسب الصبغة الإدارية إلا أنها لا تكون محلا لتدخل قاضي الاستعجال الإداري، فقد يتدخل المشرع من أجل أن يعفي الإدارة من صرامة شكليات الإبرام المعروفة، وهناك من العقود ما تستدعي خصوصيتها الخروج من قبضة القاضي الإداري. وعليه سنحاول في هذا الفصل أن نتناول العقود الإدارية التي يتدخل بشأنها قاضي

الاستعجال الإداري أثناء إبرامها (المبحث الأول) ثم سنحاول ضبط قائمة العقود التي تخرج من مجال اختصاص قاضي الاستعجال الإداري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: العقود التي تدخل في اختصاص قاضي الاستعجال الإداري

يجب على قاضي الاستعجال الإداري حتى يتدخل في عملية إبرام العقود الإدارية أن يراقب مدى اختصاصه للفصل في مشروعية إجراء الإبرام محل الدعوى، هذا الأمر يقتضي منه أن يفصل مسبقا وبصورة صريحة أو ضمنية في تكييف العقد الجاري إبرامه وذلك بالنظر إلى محتواه، وبغض النظر عن التكييف الذي أعطاه له الأطراف¹

والعقد الإداري من حيث المبدأ هو العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، لكن ذلك لا يكفي حتى يتمتع العقد بالصبغة الإدارية بل يجب على القاضي أن يبحث عما إذا كان العقد إداريا من الناحية الموضوعية وذلك من خلال البحث عن موضوعه أو عن مدى خضوعه لنظام غير مألوف².

ونظرا لتنوع نشاطات الإدارة، فإنه من الصعوبة بمكان تعداد كل العقود التي تبرمها، كما أن إجراء تصنيف منطقي لها أمر صعب³. فأحكام العقود الإدارية تتطور باستمرار استجابة لحاجات المرافق العمومية التي تتطور باستمرار كذلك⁴، غير أنه يمكننا تقسيمها، لكن ليس على سبيل الحصر إلى مايلي: عقود الصفقات العمومية، عقود تفويض المرفق العام، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، عقود التوظيف، عقود شغل الأملاك العمومية، عقود القرض العام...⁵

¹-Paul Cassia, Pratique des référés précontractuels, Edition LexisNexis , Paris,2008 ,P16.

² - Lucien Rapp- Philippe Terneyre, Le lamy droit public des affaires, Edition Wolters Kluwer, Paris, 2017.

³-أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2006 ص.361.

⁴- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص.28.

⁵- ناصر لباد، "العقود الإدارية ومكانة الصفقات العمومية منها في القانون الإداري الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سبتمبر 2013، ص.222.

من هذا المنطلق سنحاول دراسة العقود الإدارية المنصوص عليها في التشريع الجزائري، ونبدأ أولاً معتكك الواردة في قانون الصفقات العمومية (المطلب الأول) ثم بعد ذلك نتناول العقود الواردة في القوانين الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقود الواردة في قانون الصفقات العمومية .

حسب المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹ فإن الصفقات العمومية (الفرع الأول) هي الصفقات المبرمة من طرف:

- الدولة
- الجماعات الإقليمية
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية مموله كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية: مثال ذلك المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

وإلى جانب الصفقات العمومية المعروفة، فقد استحدثت المشرع الجزائري لأول مرة صيغة أخرى للعقود الإدارية بمقتضى آخر تعديل لقانون الصفقات العمومية في 2015، ويتعلق الأمر بتفويضات المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية إحدى الوسائل الممنوحة للإدارة، مهمتها تنفيذ سياسة الدولة الاقتصادية والاجتماعية من جهة، ومن جهة أخرى تعد أسلوباً للحصول على ما تحتاجه الإدارة العمومية في جميع المجالات فهي الوسيلة

¹ - ج.ر، عدد 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015 .

الأساسية التي تعتمدها الأشخاص المعنوية العامة لتنفيذ سياستها التمويلية لذلك حظيت باهتمام الفقه¹.

ومن أجل الإحاطة بهذا النوع من العقود وجب علينا التطرق إلى مفهومها (أولاً) وبعدها نقوم بتحديد أنواعها (ثانياً).

أولاً: تعريف الصفقات العمومية

لقد أعطيت عدة تعريفات للصفقات العمومية سواء من الناحية الاصطلاحية أو من الناحية التشريعية وحتى من الناحية القضائية.

1-التعريف الاصطلاحي

إن مصطلح صفقة عمومية هو مصطلح مركب فمن جهة نعني بالصفقة تعاقد بين طرفين من أجل إنجاز أشغال أو تسليم لوازم أو القيام بمجموعة من الخدمات أو الدراسات، أما مصطلح عمومية فنقصد من وراءه الأشخاص المعنوية العامة.²

2-التعريف التشريعي

إن مفهوم الصفقات العمومية يبقى مفهوماً متغيراً وهو ما يظهر سواء من خلال التشريع الجزائري وحتى التشريعات المقارنة:

1.2-التشريع الجزائري

لقد اهتمت مختلف قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة في الجزائر بتعريف الصفقة العمومية، ففي قانون الصفقات العمومية لسنة 1967³، عرفت المادة الأولى منه: "إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية، قصد إنجاز أشغال أو

1- محمد الزياتي، "القاضي الإداري والصفقات العمومية بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 79-78، جانفي-أفريل 2008، ص.11.

2- عبد العالي سمير، الصفقات العمومية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2010، ص.03.

3- الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52، المؤرخة في 27 جوان 1967.

توريدات أو خدمات ...". أما في قانون الصفقات العمومية لسنة 1982¹ فقد عرفتها المادة 04 منه كالآتي: "صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات"، وفي قانون الصفقات العمومية لسنة 1991²، وبمقتضى المادة 03 منه، استبدل المشرع الجزائري تسمية "المتعامل العمومي" بتسمية "المصلحة المتعاقدة"، مع الاحتفاظ بنفس التعريف الوارد في المرسوم 145/82 المذكور أعلاه، حيث جاء كمايلي: "الصفقات العمومية، عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة". وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية لسنة 2002³، ومن خلال المادة 03 منه، نجد بأن المشرع قد أضاف في تعريف الصفقات العمومية نوعا آخر من الصفقات إلى جانب صفقة إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات ويتعلق الأمر بصفقة الدراسات، حيث نصت على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع، المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة"، ولقد جاء ذلك تماشيا مع ما اشترطه المشرع في المرسوم التشريعي رقم 07/94⁴، الذي اشترط على كل شخص طبيعي أو معنوي، اللجوء إلى مهندس معماري معتمد لإنجاز بناء خاضع لتأشيرة المهندس. أما في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010⁵، احتفظ قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، بنفس التعريف السابق، لكن مع تغيير طفيف وهو استبدال مصطلح "المواد"

¹ - المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر، عدد 15، المؤرخة في 13 أبريل 1982.

² - المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 57، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991.

³ - المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52، المؤرخة في 28 جويلية 2002.

⁴ - المرسوم التشريعي رقم 07/94، المؤرخ في 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج.ر، عدد 32، المؤرخة في 25 ماي 1994.

⁵ - المرسوم الرئاسي 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010.

بمصطلح "اللوازم"، لأن هذا الأخير أعم وأشمل من الأول¹، وبذلك يكون المشرع قد أطلق على عقد التوريد، صفقة اقتناء اللوازم، وهو ما يظهر من خلال نص المادة: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة"، وفي آخر تعديل لقانون الصفقات العمومية لسنة 2015²، فقد عرفت المادة 02 منه كما يلي: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

وإذا حاولنا مقارنة النص الجديد مع النصوص السابقة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بعين الاعتبار، في صياغته لتعريف الصفقات العمومية بمقتضى النص الجديد، الطرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، وعبر عنه ب: "المتعامل الاقتصادي"، بعد أن تجاهل ذكره في كل التعاريف السابقة.

ويقصد بالمتعامل الاقتصادي حسب المادة 37 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم فرديا أو في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، ويمكن أن يكون المتعامل الاقتصادي مؤسسة أجنبية.

كما تمت إضافة عبارة: "تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة"³، ومفادها أن يكون موضوع الصفقة محددا تحديدا دقيقا وأن يكون الهدف منه تلبية حاجة الشخص المعنوي العام فقط⁴.

¹ - لعور بدرة، "الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، يوم دراسي حول: "التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 17 ديسمبر 2015، ص. 03.

² - المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

³ - "الأحكام الجديدة للمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مقارنة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم -دراسة مقارنة"، يوم دراسي حول قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ولاية بومرداس، 10 فيفري 2016، ص. 09.

4 - Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, 3 éme édition, Lextenso éditions, Paris, 2008, P.34.

أما أهم إضافة تضمنها نص المادة تتمثل في طابع المعاوضة، وبالرجوع إلى الأحكام العامة لعقود المعاوضة، نجد أن المشرع الجزائري قد عرف العقد بعوض في نص المادة 58 على أنه العقد الذي يلزم كل طرف بإعطاء أو فعل شيء معين .

2.2-التشريعات المقارنة:

لقد حرصت التشريعات المقارنة بدورها على إعطاء تعريف للصفقات العمومية، إذ قام المشرع الفرنسي بتصنيف الصفقات العمومية ضمن خانة العقود الإدارية بصريح العبارة وذلك بمقتضى القانون رقم 1168/2001، المؤرخ في 11 ديسمبر 2011، المتضمن تدابير الإصلاح المستعجلة ذات الطابع الإقتصادي والمالي ، المعروف بقانون "ميرساف" «¹MURCEF»، حيث نصت المادة 02 منه على أن: "الصفقات المبرمة طبقا لقانون الصفقات العمومية لها طابع العقود الإدارية... "

ولقد كان قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 1964، يعرف الصفقات العمومية كمايلي: "الصفقات العمومية هي العقود المبرمة من طرف الجماعات العمومية، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وذلك قصد إنجاز أشغال أو لوازم أو خدمات"²

إلا أن هذا التعريف تعرض للنقد خاصة وأنه أصبح لا يتماشى مع التوجيهات الأوروبية الأمر الذي استدعى ضرورة إعادة صياغة تعريف الصفقات العمومية بمناسبة تعديل قانون الصفقات العمومية، الذي تقرر انطلاقا من سنة 2001، وشبه الفقه الفرنسي هذا التغيير بعملية التنظيف³.

وبصدور قانون الصفقات العمومية لسنة 2004، جاء تعريف الصفقات العمومية كالتالي: "الصفقات العمومية هي العقود التي تبرم مع أشخاص عامة أو خاصة بعوض من طرف الأشخاص المعنوية العامة المذكورة في نص المادة 02، وذلك لتلبية حاجياتها في مجال الأشغال أو اللوازم أو الخدمات ... " .

1-Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ,portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (Loi MURCEF)

²-Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 4ème édition, LGDJ, 2004, Paris, P. 364.

³ - Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, Op.cit, P.32.

لكن سرعان ما طرأ تغيير على هذا التعريف بموجب قانون الصفقات العمومية لسنة 2006، فأصبحت تعرف بأنها: "العقود التي تبرم بعوض من طرف المصالح المتعاقدة المحددة بموجب المادة 02، مع متعاملين اقتصاديين عموميين أو خواص، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات " .

إن مقارنة نص المادة 01 من تشريع الصفقات العمومية الفرنسي مع نص المادة 02 من قانون الصفقات العمومية الجزائري الأخير (المرسوم الرئاسي 247/15)، يظهر بأن المشرع الجزائري نقل حرفيا ما قرره المشرع الفرنسي مع بعض الفوارق تتمثل في:

✓ شرط الكتابة: حيث أن المشرع الجزائري لطلما بقي محتفظا بهذا الشرط في مختلف تشريعات الصفقات العمومية المتعاقبة، وذلك حرصا منه على فرض الرقابة على هذا النوع من العقود لتعلقه بالمال العام .

✓ صفقة الدراسات إذ نلاحظ من خلال نص المادة 02 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي بأن المشرع الفرنسي، لم يعتبر عقد الدراسات صفقة عمومية .

إلا أن المشرع الفرنسي سارع بدوره في 2015 بتغيير صياغة تعريف الصفقات العمومية وذلك بمقتضى نص المادة 04 من الأمر الصادر في 23 جويلية 2015، وأصبح يعرف الصفقة العمومية كمايلي: "العقد المبرم بعوض من طرف مشتري أو عدة مشتريين يخضعون لهذا الأمر مع متعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين، وذلك من أجل تلبية حاجياتهم في مجال الأشغال أو اللوازم أو الخدمات"، وحسب الفقه الفرنسي فإن التعريف الجديد جاء أكثر وضوحا¹ .

وما يلاحظ أيضا على التعريف الجديد للصفقات العمومية أنه أكثر اتساعا، وهو ما يظهر من خلال مصطلح "المشتري"، هذا الأخير يمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا وهو ما أكدته المادة 09 من الأمر، حيث نصت على أنه: "المشترون العموميون أو الخواص الخاضعون لهذا الأمر هم المصالح المتعاقدة أو الوحدات المتعاقدة entités adjudicatrices"² .

¹- Rozen Noguellou, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », AJDA , 2015, P.1789.

²-Ibid.

هذا من ناحية المشرع الفرنسي أما المشرع المغربي¹ فقد عرف الصفقات العمومية بأنها: " عقود بعوض تبرم بين صاحب مشروع من جهة وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى، يدعى مقاولا أو موردا أو خدماتيا، وتهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات "

وبالرجوع إلى تشريع الصفقات العمومية التونسي²، نجد أنه قد عرفها كالاتي: "الصفقات العمومية عقود كتابية يبرمها المشتري العمومي قصد إنجاز طلبات عمومية.

ولا تعتبر صفقات عمومية على معنى هذا الأمر عقود لزمة المرفق العام وكذلك عقود المشاركة والتجمع والمناولة والمساعدة المبرمة بين مشتر عمومي وأطراف أخرى قصد تحقيق طلب عمومي أواخر.

ويعتبر مشتريا عموميا على معنى هذا الأمر الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والمنشآت العمومية.

وتعتبر طلبات عمومية، إنجاز أشغال أو التزود بمواد أو إسداء خدمات أو إعداد دراسات موضوع الصفقة " .

1- المملكة المغربية، المرسوم رقم 2.12.349 صادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013)، متعلق بالصفقات العمومية، ج.ر، عدد 6140، المؤرخة في 04 أبريل 2013 .

2- الجمهورية التونسية، الأمر رقم 3158، المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 ، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المنقح والمنتم بالأمر رقم 1638، المؤرخ في 4 أوت 2003 والأمر رقم 2551، المؤرخ في 2 نوفمبر 2004 والأمر رقم 2167 ، المؤرخ في 10 أوت 2006 والأمر رقم 1329، المؤرخ في 4 جوان 2007 والأمر رقم 561، المؤرخ في 4 مارس 2008 والأمر رقم 2471، المؤرخ في 5 جويلية 2008 والأمر رقم 3505، المؤرخ في 21 نوفمبر 2008 والأمر رقم 3018 المؤرخ في 19 أكتوبر 2009 .

3-التعريف القضائي:

بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 2002، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة¹، عرف مجلس الدولة الجزائري الصفقة العمومية بأنها: "...عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...". وقد تعرض هذا التعريف لعدة انتقادات تتمثل في:

-حصر المصلحة المتعاقدة في الدولة: حصر قاضي مجلس الدولة أطراف الصفقة في الدولة وأحد الخواص²، فلا يتصور أن تكون المصلحة المتعاقدة ممثلة في الدولة فقط، لأن هذا يتناقض مع نظام اللامركزية المتبع في الجزائر، والذي يعترف لهيئات أخرى غير الدولة بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي سواء كانت هذه الهيئات إقليمية مثل الولاية والبلدية، فوجد مثلا المادة 82 من قانون البلدية³ المتعلقة بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي كممثل للبلدية قد نصت على صلاحيته في إبرام الصفقات، أو مرفقية ممثلة في المؤسسات العمومية .

-حصر المتعامل المتعاقد في فئة الخواص: إن قيام قاضي مجلس الدولة بحصر للمتعامل المتعاقد في فئة الخواص، هو أمر غير مقبول، لأن الصفقة يمكن أن تبرم أيضا مع شخص معنوي خاضع للقانون العام، إلى جانب الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص.

-إهمال الطابع الشكلي للصفقة العمومية: لم يذكر قاضي أعلى جهة قضائية إدارية أهم العناصر الجوهرية التي تميز الصفقة العمومية، ويتعلق الأمر بالطابع الشكلي المتمثل في الكتابة، بالرغم من أن المشرع سعى دائما إلى التأكيد عليه في جميع قوانين الصفقات العمومية.

¹- قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 17 ديسمبر 2002، رقم 6215، فهرس 873، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة، قرار غير منشور، أشار إليه: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.36 .

²- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص.36.

³- القانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر، عدد 37، مؤرخة في 2011/07/03.

-الخلط بين عقود القانون الخاص وعقود القانون العام: استعمل قاضي مجلس الدولة مصطلح "مقابلة"، وهو أكبر خطأ وقع فيه، لأن المقابلة عقد من عقود القانون الخاص، المنظم بموجب أحكام القانون المدني ويختلف عن عقد إنجاز الأشغال المعروف في القانون العام¹.

أما القضاء المغربي فاعتبر بأن الصفة هي عقد إداري بقوة القانون بغض النظر عما إذا كانت تحتوي على شروط مألوفة أو لا، حيث جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 14 نوفمبر 1995: "الصفة تعتبر عقدا إداريا بنص القانون وبالتالي لا حاجة للبحث عن وجود شروط غير مألوفة في العقد المتعلق بالصفقات المبرمة لصالح الإدارة للقول بأن الأمر لا يتعلق بعقد في مجال القانون الخاص"².

4-التعريف الفقهي

لم يرقم الفقه سواء في فرنسا أو في الجزائر بإعطاء تعريف مباشر للصفقات العمومية وإنما اعتمدوا على مجموعة من المعايير لتمييز الصفة العمومية عن باقي العقود الإدارية الأخرى:

1.4-الفقه الجزائري

عرفها الدكتور عوابدي عمار بأنها: "مجموعة من العقود الإدارية جاءت بشأنها بعض التشريعات والقوانين تنص على اختصاص محاكم القضاء الإداري بالفصل والنظر في المنازعات المتعلقة والخاصة بها، تبعا لذلك عقود إدارية بنص القانون"³. نلاحظ بأن الدكتور عوابدي، قد اعتمد في تعريفه للصفقات العمومية على معيار الاختصاص القضائي، حيث اعتبر بأن الصفة العمومية تعتبر عقدا إداريا إذا ما نص القانون على اختصاص القضاء الإداري للنظر فيها، وهو خاطئ لأن جل قوانين الصفقات العمومية لم تتطرق لاختصاص القضاء الإداري للنظر فيها بل دائما تحيلنا إلى القوانين الإجرائية العامة تحت عبارة: "الأحكام التشريعية التنظيمية المعمول بها".

¹- لعور بدر، المرجع السابق، ص. 04.

²- المملكة المغربية، المجلس الأعلى للقضاء، قرار صادر بتاريخ 14 نوفمبر 1995، رقم 788، منشورات المجلس الأعلى، 1997، ص. 740.

³- عمار عوابدي، القانون الإداري: النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة 03، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص. 190.

أما الدكتور مسعود شيهوب، فقد عرفها بالنظر إلى المعيار الثلاثي المتمثل في: المعيار العضوي القائم على أن تكون أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً في العقد، والمعيار الشكلي المتمثل في الكتابة والمعيار الموضوعي والذي مفاده أن يكون موضوع الصفحة إما أشغال أو خدمات أو توريدات.

أما الأستاذ عمار بوضياف فقد وسع عند تعريفه للصفقات العمومية من المعايير فأضاف إلى جانب المعايير الثلاثة المعروفة المتمثلة في المعيار العضوي والشكلي والموضوعي، المعيار المالي ومعيار الشرط غير المألوف¹.

2.4- الفقه المقارن

اعتمد الفقه التونسي على ثلاثة معايير لتعريف الصفقة العمومية وتتمثل في: المعيار الشكلي والمعيار العضوي والمعيار المادي، هذا الأخير يشمل عنصرين هما الموضوع والسقف المالي².

أما الفقه الفرنسي فقد استتبط تعريفه للصفقات العمومية من خلال الاجتهاد القضائي الفرنسي، فعرفها بأنها: " ذلك العقد الذي يتم إبرامه من طرف شخص معنوي عام باستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وذلك من أجل إنجاز أشغال عقارية، أو الحصول على خدمات أو توريد أموال منقولة، وذلك مقابل مبلغ معين يتم دفعه من طرف الشخص العام ". يتضح من خلال هذا التعريف بأن الفقه قد وضع ثلاثة معايير أساسية لتعريف الصفقة العمومية، وتتمثل في: المعيار العضوي، المعيار المادي وطريقة دفع الأجر³.

نلاحظ أن الفقه والقضاء على حد سواء قد اعتمد في تحديد مفهوم الصفقة العمومية على مجموعة من المعايير، وهو ما سنحاوله دراسته من خلال مايلي:

1- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبعة 2011، المرجع السابق، ص.44.

2- Mustapha Ben Latif, « Les procédures de passation et d'exécution des marchés publics: Rapport introductif » ,Revue Marché, P.177.

3- Christophe Lajoie , Droit des marchés publics, Op.Cit,P.26.

ثانيا : المعايير المعتمدة لتحديد مفهوم الصفقات العمومية

من خلال التعريفات الفقهية والقضائية التي تعرضنا لها سابقا خلصنا إلى أن هناك معايير يتم الاعتماد عليها لتمييز الصفقة العمومية عن غيرها من العقود، هذه المعايير تتمثل في المعيار العضوي والموضوعي والكتابي والمالي:

1-المعيار العضوي

ويتمثل في أطراف الصفقة العمومية، وهما المصلحة المتعاقدة من جهة والمتعامل الاقتصاديمن جهة أخرى .

1.1-المصلحة المتعاقدة

يقصد بالمصلحة المتعاقدة الهيئات المحددة بموجب نص المادة 06 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وقبل التطرق إلى هذه الهيئات، تجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد وقع في دائرة مغلقة، فما بين توسيع وتضييق للمصالح المتعاقدة، تسبب ذلك في انعدام الاستقرار الذي ينعكس بالخصوص على مسألة الاختصاص القضائي، حيث استعمل أول قانون للصفقات العمومية في التشريع الجزائري (1967) عبارة المصلحة المتعاقدة، للتعبير عن الأشخاص المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية، وتمثلت هاته الأشخاص في الدولة والعمالات والبلديات والمؤسسات العمومية .

وبصدور قانون الصفقات العمومية لسنة 1982، غير المشرع عبارة " المصلحة المتعاقدة" بـ " المتعامل العمومي "، وتجسد هذا الأخيرفي: الإدارات العمومية، المؤسسات والهيئات العمومية والمؤسسات الاشتراكية وأي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية، نلاحظ بأن المشرع في هذه الفترة ونتيجة للنهج الاشتراكي المتبع خلالها، لم يكن يميز بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية، وكانت جميعها خاضعة لقانون الصفقات العمومية .

ثم أعاد قانون الصفقات العمومية لسنة 1991 استعمال عبارة " المصلحة المتعاقدة"، متمثلة في الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الصبغة

الإدارية، وما يمكن ملاحظته على الهيئات التي أعطاها المشرع صفة المصلحة المتعاقدة، هو أنه حدد أولاً طبيعة المؤسسات العمومية الخاضعة له وهي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مستبعداً بذلك المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وذلك تطبيقاً للباب الثالث من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الصادر بسنة 1988، الذي قام بتصنيف هذا النوع من المؤسسات ضمن أشخاص القانون الخاص¹، كما وضع حد لسريان قانون المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي²، أما الإضافة الثانية التي استحدثها المشرع في هذا القانون، فتمثلت في ما يعرف بالهيئات الوطنية المستقلة إلى جانب المصالح التقليدية، ولقد جاءت المادة لتساير التغييرات التي تلت دستور 1989، الذي كرس النهج اللبرالي، والذي برز معه إنشاء سلطات جديدة لم تكن مألوفة من قبل في المنظومة التشريعية الجزائرية³، وتجسد أول ظهور لها بمناسبة صدور قانون الإعلام لسنة 1990⁴، حيث نصت المادة 59 منه على أن المجلس الأعلى للإعلام يعتبر سلطة إدارية مستقلة ضابطة تتمتع بالشخصية المعنوية (تم حله فيما بعد)⁵ وتبعه إنشاء سلطات أخرى متخصصة في مجال الضبط، حيث تم إنشاء كل من مجلس النقد والقرض بنفس السنة، وذلك بموجب قانون النقد والقرض لسنة 1990⁶، وعليه فإن قانون الصفقات العمومية لسنة 1991 جاء مساهماً للتغييرات التي أدخلت على المنظومة التشريعية.

وتلاه بعد ذلك قانون الصفقات العمومية لسنة 2002، الذي أعطى هيئات أخرى صفة المصلحة المتعاقدة، إلى جانب الهيئات التي ذكرناها في قانون الصفقات العمومية لسنة 1991، ويتعلق الأمر

¹ - القانون رقم 01/88، المؤرخ في 12 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر، عدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 1988.

² - غناي رمضان، "سلطات إدارية من نوع جديد: سلطات الضبط الاقتصادي"، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2007، ص. 103.

³ - أحسن غربي، "نسبة الاستقلالية الوظيفية للسلطات الإدارية المستقلة"، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد 11، 2015، ص. 234.

⁴ - قانون رقم 07/90، المؤرخ في 03 أفريل 1990، المتعلق بالإعلام، ج.ر، عدد 14، المؤرخة في 04 أفريل 1990

⁵ - المرسوم الرئاسي رقم 252/93، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، المتعلق بالمجلس الأعلى للإعلام، ج.ر، عدد 69، المؤرخة في 27 أكتوبر 1993.

⁶ - القانون رقم 10/90، المؤرخ في 14 أفريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، عدد 16 ن المؤرخة في 18 أفريل 1990.

بمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني . وأبرز إضافة تضمنها هذا القانون هو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لكن فقط عندما تكون مكلفة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة .

إن هذه الإضافة الأخيرة كان الهدف منها حماية المال العام، الذي تقرر بموجب تعديل قانون العقوبات بسنة 2001¹، أين تم النص على عقوبات تمتد من سنة إلى خمس سنوات وغرامة اقصاها 500.000 دج كل من استعمل أموال الدولة لفائدته الشخصية أو لفائدة الغير .

أما بخصوص مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية المذكورة أعلاه، فقد شملها قانون الصفقات العمومية واعتبرها من بين المصالح المتعاقدة التي تخضع لأحكامه، نتيجة للنصوص التشريعية التي نظمت قطاع البحث في الجزائر والتي تقوم خاصة على تحفيز البحث وتمثينه، وإنشاء إطار مؤسساتي خاص به بداية من 1998²

ولم تتوقف دائرة التوسيع من الهيئات التي تتمتع بصفة المصلحة المتعاقدة عند هذا الحد وإنما اتسعت مع صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في 2006³، أين قام المشرع الجزائري بتكليف التشريع الوطني مع أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁴ والتي انضمت إليها الجزائر وتمت المصادقة عليها خلال سنة 2004⁵، فنقرر إدخال المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى مجال تطبيقه

¹ - قانون رقم 09/01، المؤرخ في 26 جوان 2001، المعدل والمتمم للأمر 156/66، المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر، عدد 34، المؤرخة في 27 جوان 2001 .

² - قانون رقم 11/98 المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002، ج.ر، عدد 62، المؤرخة في 24 أوت 1998 .

³ - قانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر، عدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006 .

⁴ - مزياني فريدة، "الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 02، جوان 2014، ص. 08 .

⁵ - المرسوم الرئاسي 128/04، المؤرخ في 19 أبريل 2004، المتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ج.ر، عدد 26، المؤرخة في 25 أبريل 2004 .

بموجب تعديل قانون الصفقات العمومية في سنة 2008¹، عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة .

ولم تشمل الإضافة المرافق الاقتصادية فقط، وإنما امتدت إلى المؤسسات العمومية الخصوصية، حيث أضاف المشرع المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني .

واحتفظ قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، بنفس الهيئات التي تتمتع بصفة المصلحة المتعاقدة وجاء بتغيير طفيف، يتعلق بتمويل الدولة للصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، حيث أن هذا التمويل سواء كان كلياً أو جزئياً، يمكن أن يكون مؤقتاً ونهائياً .

وبعد مرور خمس سنوات من خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية عندما تقوم بإبرام صفقات ممولة من طرف الدولة، أعاد المشرع إخراج هذه المؤسسات من مجال تطبيقه وذلك بموجب التعديل الذي طرأ على قانون الصفقات العمومية في 2013².

غير أنه وبعد مرور سنتين من هذا التعديل عرف قانون الصفقات العمومية تغييراً جذرياً، وذلك بصور قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في 2015، وأصبحت الهيئات التي تتمتع بصفة المصلحة المتعاقدة هي: الدولة والجماعات الإقليمية أي الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو من الجماعات الإقليمية .

¹ - المرسوم الرئاسي 338/08، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 250/02، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008 .

² - المرسوم الرئاسي رقم 03/13، المؤرخ في 13 جانفي 2013، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 2013 .

2.1- المتعامل المتعاقد

اكتفت تشريعات الصفقات العمومية بتحديد طبيعة هذا المتعامل هل هو شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص، وطني أو أجنبي، سواء في شكل فردي أو في إطار تجمع .

ففيما يخص طبيعته فقد اتفقت مختلف التشريعات المتعاقبة للصفقات العمومية على أن المتعامل المتعاقد قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا معنويا .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد استعمل عبارة " المتعامل الاقتصادي" في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15، بدل عبارة " المتعامل المتعاقد" التي كانت معروفة من قبل وسبب ذلك هو إرادة المشرع في توحيد المصطلحات مع قانون المنافسة.¹

وهذه العبارة أطلقها المشرع الفرنسي على المتعامل المتعاقد بداية من 2006، حيث تعتبر حديثة الولادة فلم يسبق أن وردت في القوانين السابقة، والمتعامل الاقتصادي يشمل كلا من المقاول والمورد ومقدم الخدمات²

إلا أن هذه العبارة تسببت في انقسام الفقه نظرا لغموضها فمنهم من تساءل عن طبيعة العقود المبرمة مع متعاملين لا يغلب على نشاطهم الطابع الاقتصادي مثل المنظمات خاصة منها ذات الطابع الجمعي، فهل هي خاضعة لقانون الصفقات العمومية أم لا، وفي غياب اجتهاد قضائي يعطي تعريفا محددا للمتعامل الاقتصادي تبقى الإجابة عن السؤال صعبة³.

2- المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي موضوع الصفقة أو محلها، ومحل الصفقة مفاده الخدمة التي يقدمها المتعاقد مع الإدارة لهذه الأخيرة⁴، وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية نجد بأن المشرع قام بتعداد

¹ - عبود ميلود، تيقاوي العربي، " الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15: المفهوم، المبادئ والأحكام التشريعية الخاصة بها"، مجلة اقتصاديات المال والأعمال، العدد 06، جوان 2018، ص.228.

² - Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, Op.cit., P.36.

³ - Ibid, P.37.

⁴ - عبود ميلود، تيقاوي العربي، المرجع السابق، ص.228.

العقود التي تكون محلا لإبرام صفقة عمومية تتمثل في عقد الأشغال العامة وعقد اللوازم والخدمات والدراسات، وهي العقود التي سنتناولها بالتفصيل عند التطرق لأنواع الصفقات العمومية.

3-المعيار الكتابي

قضى مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2001/05/14 في قضيةبلدية بوزريعة ومقاوله¹، حيث جاء في حيثياته: "من المقرر قانونا وفق للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقودا مكتوبة وإنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما يستفاد منه، أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام".

وتظهر الفائدة من اشتراط قالب الكتابي للصفقة العمومية في تسهيل القيام بعملية الرقابة عليها²، من كرف الهيئات المختصة.

4-المعيار المالي

مفاده أن المشرع يقوم بوضع بحد مالي أدنى، في حالة ما إذا تجاوزته المصلحة المتعاقدة تلتزم بإبرام الصفقة وفقا لأحكام إجراءات إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها³.

والعبرة في عدم إدراج العقود التي لا تتجاوز هذا الحد ضمن خانة الصفقات العمومية هو أن هناك من العمليات المالية البسيطة التي تحتاج إلى نوع من المرونة بهدف تسيير المرافق العامة⁴.

¹- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001/05/14، قضية رقم 001519، بلدية بوزريعة ضد مقاوله، قرار غير منشور.

²- عصام صياف، يوسف مرغم، "معايير تحديد مفهوم الصفقة العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 06، جوان 2016، ص. 358.

³- المرجع نفسه، ص. 363.

⁴- عبد الغني زعلان، "المعيار الموضوعي والمالي لصفقة الأشغال العامة في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، جامعة الوادي، جوان 2018، ص. 555.

ولقد مرت العتبة المالية بعدة تغييرات مع صدور كل تشريع جديد للصفقات العمومية أو حتى مجرد تعديل له، وذلك استجابة للتطورات الاقتصادية الحاصلة.

غير أنه بعد صدور قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أصبحت حتى العمليات البسيطة تخضع لمبادئ الطلبات العمومية وفرض عليها المشرع نوعا من الإجراءات تتناسب وقيمتها وأطلق عليها الإجراءات المكيفة المنصوص عليها في المادة 13، وقد حددها بمبلغ 12 مليوناً دج بالنسبة للأشغال واللوازم و6 ملايين بالنسبة لصفقة الخدمات والدراسات.

كما أنه حرص على أن ينظم حتى العمليات الجد بسيطة بموجب المادة 21 والمحددة بمبلغ مليون بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم و500.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات والدراسات وهذه الأخيرة لا تكون محلاً للاستشارة الوجوبية ولكن ألزم المصلحة المتعاقدة على اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية كما أنه وتفادياً للتلاعبات فيما يخص هذه الصفقات وفتح المجال للتنافس فقد ألزمت المصلحة المتعاقدة على عدم اختيار نفس المتعامل ما عدا في الحالات الاستثنائية المبررة.

وتعود سلطة تحيين هذه المبالغ إلى وزير المالية.

ثالثاً: أنواع الصفقات العمومية

حددت المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 المشار إليه أعلاه، أربعة أنواع من العقود تيرمها الهيئات المذكورة في المادة 06 وأضفت عليها طابع الصفقة العمومية تتمثل هذه العقود في: صفقة إنجاز الأشغال، صفقة إقتناء اللوازم، صفقة إنجاز الدراسات، صفقة تقديم الخدمات .

1- صفقة الأشغال العامة

من أجل تمييز صفقة الأشغال العامة عن باقي العقود وجب أولاً التعرض إلى تعريفها ثم إلى العناصر المكونة لها.

1.1-تعريف صفقة الأشغال العامة

تم تعريف عقد الأشغال العامة بأنه عبارة عن اتفاق بين المقاول من جهة، الذي يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا (شركة) وبين إحدى المصالح المتعاقدة بهدف القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، من أجل تحقيق المصلحة العامة وذلك في مقابل مالي معين ووفقا لما تم الاتفاق عليه في دفتر الشروط¹.

ولقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1956 كمايلي: "إن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"²

أما المشرع الجزائري وبمقتضى الفقرة 03 من نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 فإن صفقة الأشغال هي: "تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع . وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتائجها وظيفة اقتصادية أو تقنية".

ثم أضاف: "تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها".

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا لعقد الأشغال العامة .

1-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.122 .

2-محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1992، ص.504.

والتعريف الحالي لعقد الأشغال العامة في النظام القضائي الفرنسي هو كالتالي: "عمل عقاري، منفذ لصالح شخص عام يهدف لتحقيق المصلحة العامة أو شخص خاص مكلف بمهمة المرفق العام عند الإقتضاء"¹

وبالتالي نلاحظ أنه قد تم اعتماد التعريف الإجرائي لتحديد المقصود بالأشغال العامة.

2.1- عناصر صفة الأشغال العامة

بالرجوع إلى الإجتهد القضائي الفرنسي، فإنه بداية من سنة 1955 أعطت محكمة التنازع ومجلس الدولة الفرنسيين عناصر يتم من خلالها تحديد عقد الأشغال العامة، تنحصر في ثلاثة عناصر هي: أن يكون العمل عقاريا وأن يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وأن يتم إنجازه لحساب شخص عام . مع الإشارة إلى أن مجلس الدولة وبمناسبة فصله في دعوى متعلقة بالمسؤولية مرفوعة ضد البلدية ويتعلق الأمر بقضية بلدية منسجور سبق وأن اعتمد هذه العناصر لتحديد ما إذا كانت الأشغال تدخل ضمن إطار الأشغال العمومية، وذلك في سنة 1921، حيث اعتبر بأن الأشغال المنجزة في الكنيسة لحساب شخص عام وبهدف تحقيق المصلحة العامة لها طابع الأشغال العمومية.²

لكن إذا كان الشرط الأول والثاني لم يتغيرا، فإن الشرط الثالث، قد طرأت عليه تغييرات حيث أنه بموجب ثلاث قرارات متتالية، صدرت سنة 1955، 1956 و1957، تم إضفاء صفة العمومية على الأشغال المنجزة لحساب أشخاص خاصة، عندما تكلف بمهمة المرفق العام .

ونظرا لأهمية هذه العناصر ارتئينا أن نتطرق إليها بالتفصيل:

¹ -Jacquelines Morand-Deville, Droit administratif des biens, Lextenso éditions, 6ème édition, Paris, 2010, P.611.

² - Notion de travaux publics: Travaux exécutés pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale, CE 10/06/1921, Recueil Lebon, 1921.

بالنسبة للعمل، يجب أن يتعلق بعملية مادية، كما أن أهمية العمل المؤدى لا تؤخذ بعين الإعتبار، فيستوي أن يكون العمل مجرد تغيير لبلاط رصيف أحد الطرقات أو أن يكون بناء سد أو مطار أو طريق.

ويدخل في مفهوم العمل، الأعمال التحضيرية، مثل: البناء، الهدم وحتى الحفر وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 29 أبريل 1983 قضية SEM d'aménagement urbain de Saint-Jean-de-Luz. والأعمال اللاحقة للتنفيذ، مثل: الترميم والصيانة.

لكن تجدر الإشارة إلى أنه في بعض الأحيان تقتضي طبيعة الصفقة أن يقوم المقاول الذي تم التعاقد معه اللجوء إلى أشخاص آخرين لإنجاز المشروع وهو ما نلاحظه خاصة في المشاريع الكبرى فنصبح أمام مقال رئيسي ومقال ثانوي متخصص وهو ما يطلق عليه بالتعاقد من الباطن القانون الخاص أما فيالتنظيم الخاص بالصفقات العمومية فيطلق عليها عقد المناولة، هذا الأخير خصص له المشرع قسما خاصا تحت عنوان " المناولة "، حيث تضمن أحكامه القسم السادس من الفصل الرابع من الباب الأول المتعلق بالأحكام المطبقة على الصفقات العمومية .

ولقد تم استخدام مصطلح المناولة بدل مصطلح المقاول من الباطن الشائع في القانون المدني، وذلك لأن المناولة أشمل من المقاول من الباطن لأنها لا تقتصر فقط على مجال الأشغال بل تمتد إلى اللوازم، وهو ما يظهر من خلال نص الفقرة الأخيرة من المادة 140 من المرسوم الرئاسي 247/15، حيث استثنى المشرع صفقات اللوازم العادية من مجال المناولة، وهو ما يفيد أن صفقات اللوازم الأخرى يمكن أن تكون محل عقد مناولة .

فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو هل يتم إبرام العقد الفرعي وفقا لأحكام قانون الصفقات العمومية أم أن العقد يخضع لقواعد القانون الخاص مادام أنه مبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص (المقاول الرئيسي والمقاول الفرعي) ؟

للإجابة عن هذا السؤال نتعرض أولاً للآثار المترتبة عن المقابلة الفرعية، حيث يترتب عنها ثلاث علاقات هي:

* علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي: ينظم العلاقة بينهما عقد المقابلة وبالتالي يخضع في هذه الحالة للقانون الخاص، إذ يصبح المقاول الأصلي هو رب العمل أما المقاول الفرعي فيصبح هو المقاول الجديد، ويكون هذا العقد منفصلاً عن العقد الذي أبرمه المقاول مع المصلحة المتعاقدة، ويؤول الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عنه للقضاء العادي ويطبق عليها أحكام القانون الخاص¹، وذلك بالرغم من أن موضوع الدعوى يتعلق بتنفيذ صفقة عمومية إلا أن القاضي الإداري يكون غير مختص للنظر في الدعوى وهو ما أكدته القضاء الإداري الفرنسي.²

* علاقة المقاول الأصلي برب العمل: يبقى الالتزام بينها قائماً، فالمقاول يلتزم بتسليم الأشغال، ورب العمل يلتزم بدفع الأجر للمقاول .

* علاقة رب العمل بالمقاول الفرعي: رب العمل هنا هو المصلحة المتعاقدة، والأصل أنه لا توجد علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي، لأن الصفقة أبرمت بين المصلحة المتعاقدة والمقاول الأصلي، والمقاول الفرعي يعتبر من الغير بالنسبة للصفقة الأصلية.³

من خلال التعرض للعلاقات الناتجة عن عقد المقابلة الفرعي والتي تنحصر بين كل من رب العمل والمقاول الأصلي والمقاول الفرعي يمكننا القول أن عقد المقابلة الفرعي هو عقد مستقل عن الصفقة لا يتسم بالصيغة الإدارية وبالتالي لا يكون خاضعاً لأحكام قانون الصفقات العمومية ولالتزامات الإشهار والمنافسة. وهو ما سنتناوله في الباب الثاني من الأطروحة عند التطرق لشروط قبول الدعوى.

¹-Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 3ème édition, 2004, Op.cit, P.41.

²- Marion UBAUD-BERGERON, Contrats et Marchés publics n° 3, Mars 2013, comm. 71.

³- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني " عقد المقابلة "، المجلد التاسع، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007، ص 337 وما بعدها .

أما بالنسبة للعقار فلنكون أمام عقد الأشغال العامة يجب أن تنصب الأعمال على عقار سواء كان عقارا بالطبيعة أو عقارا بالتخصيص، وهو الأمر الذي يسمح بتمييز صفقة الأشغال عن صفقة اللوازم.¹

حيث لا يدخل ضمن قائمة صفقات الأشغال العمومية العقد الذي يكون موضوعه منقولاً مهما كانت ضخامته، وانطلاقاً من ذلك فلقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية لوتورنير Le Tournir بتاريخ 17 جوان 1938، بأن العقود التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة لا تشكل صفقة أشغال.²

لكن تحديد الطبيعة العقارية للعمل موضوع الصفقة ليس بالأمر السهل، وتظهر صعوبتها نتيجة لتعدد وتنوع الخدمات موضوع العقد، فنجد مثلاً أن القاضي الإداري الفرنسي قد اعتبر أن عقد بيع جهاز إنذار عن بعد لمركز النشاط الاجتماعي للبلدية يشكل صفقة أشغال وليس صفقة لوازم، على أساس أنه تم الاتفاق على إدراج جزء من الجهاز بالعقار، وذلك في القرار الصادر عن مجلس الاستئناف الإداري لبوردو Bordeaux بتاريخ 30 سبتمبر 1991، غير أنه في مقابل ذلك فقضى بأن العقد المبرم من طرف البلدية من أجل اقتناء وتركيب كرسي خاص بجراحة الأسنان لا يشكل صفقة أشغال لعدم وجود أعمال عقارية حقيقية، وذلك في القرار الصادر عن مجلس الاستئناف الإداري لليون Lyon، بتاريخ 30 مارس 1993، قضية بلدية ميراماس Miramas.³

2.2.1- أن يتم العمل لحساب شخص عام

مبدئياً لم تكن الأعمال المنجزة لحساب شخص خاص تعتبر أشغالا عمومية، إلا أنه بداية من سنة 1955، طُبِقَ عليها وصف الأشغال العامة، لكن بشرط أن تكون متصلة بمرفق عام وأن تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.⁴

¹-Stéphane Braconnier, Op.cit., P.113.

²-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.123 .

³-Stéphane Braconnier, Précis du droit des marchés publics, Op.cit., P .113 .

⁴-Jacquelines Morand-Deviller, Op.cit., P.P.613-616.

هذا النوع الأخير من العقود الإدارية غير موجود في الجزائر بعد، بل يكفي أن يتم العمل المنصب على عقار لحساب شخص معنوي عام حتى نكون أمام عقد أشغال عامة.

3.2.1- تحقيق المصلحة العامة

إن بناء طريق أو إنشاء مجموعات سكنية أو إقامة جسور، يكون الهدف منه بطبيعة الحال خدمة المصلحة العامة، وهنا يظهر الفرق بين عقد الأشغال العامة وعقد المقاولة المنصوص عليه في القانون المدني (المادة 549 من القانون المدني الجزائري)، حيث أن عقد الأشغال العامة يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، بينما عقد المقاولة يكون الهدف من وراءه تحقيق الربح فقط أي مصلحة خاصة.¹

مع الإشارة إلى أنتحديد عنصر المصلحة العامة ليس بالأمر السهل فهناك من العقود ما يكون ظاهرها تحقيق المصلحة العامة ولكن إذا بحثنا لوجدنا أن الهدف منها هو مالي بحت ومثال ذلك إنجاز سكنات اجتماعية من طرف شركة اقتصادية مختلطة بصفتها صاحبة المشروع لم يعتبرها القضاء الإداري الفرنسي أشغالا عمومية بالرغم من أن الهدف منها هو تحقيق المصلحة العامة وذلك في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية لليونان Lyon بتاريخ 10 جويلية 2007 قضية مارسسي Mercier²، كما اعتبر أن أشغال تجديدبناية قديمة ملك للبلدية بهدف تحويلها لسكنات من أجل تأجيرها تحقق مصلحة مالية للبلدية.³

وقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى درجة تكييف عقد الأشغال المبرم لفائدة أحد أشخاص القانون الخاص من قبيل عقود الأشغال العمومية على أساس أنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية شبكة فرنسا لتوزيع الكهرباء، بتاريخ 09 ديسمبر 2016، ومن خلاله نقض الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية لسرجي بونتواز Cergy-Pontoise، الذي قضى بعدم الاختصاص على أساس أن الأشغال قد تمت لصالح شخص خاص وهو ما ينتج عنه انتفاء الصفة العمومية عنها، فرد مجلس الدولة قائلا: "حيث أن

¹-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية له)، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011، ص.87.

²- Alain Ondoua, « Notion de contrat administratif », Juris-Classeur , Contrats et marchés publics , Fasc.10,n°12 ,2009.

³-Cass.1ere civ. , 28 Mai 2002 , CPAM vendée c/M.G.:Bull.civ.,2002,1,n°152,P.116.

الأشغال العقارية المنجزة بهدف تحقيق المصلحة العامة ولحساب شخص عام تعتبر أشغالا عمومية حتى ولو تم إنجازها من طرف شخص خاص، وبالتالي فإن النزاعات التي تنشأ عنها هي من اختصاص القاضي الإداري " ¹.

3.1- تداخل صفقة الأشغال مع صفقات أخرى

وهو ما يطلق عليه الصفقات المختلطة أو المركبة، في هذه الحالة فإن السؤال الذي يطرح هو: في أي خانة يمكن تصنيف الصفقة ؟

1.3.1- تداخل صفقة الأشغال مع صفقة اللوازم

حسب مقتضيات نص المادة 29 من المرسوم 247/15، فإنه إذا كان موضوع الصفقة اقتناء لوازم، ونص العقد على تركيبها ووضعها، فإن الصفقة تعد صفقة لوازم، بشرط أن ألا تتجاوز قيمة التركيب والوضع قيمة اللوازم .

بمفهوم المخالفة، إذا تجاوزت مبالغ التركيب والوضع قيمة اللوازم فإن الصفقة تصبح صفقة أشغال .

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتمد على المعيار المالي لتصنيف الصفقة ضمن صفقات الأشغال أو صفقات اللوازم، على عكس المشرع الفرنسي الذي أخذ بمعيار الموضوع الأساسي، والذي بموجبه تعتبر الصفقة، صفقة لوازم إذا كان الهدف من وراءها اقتناء اللوازم .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأنه في مصر قضت المحكمة الإدارية العليا بأن العقد الذي يتعلق بأشغال ولوازم فإنه يطبق على كل منهما الأحكام المتعلقة بهما²، وبالتالي لا يعامل هذا العقد معاملة الصفقة الواحدة وإنما نكون أمام صفقتين، صفقة أشغال و صفقة لوازم .

¹ -Jean-Marc Pastor, « Travaux publics réalisés pour le compte d'une SEM », **AJDA**, 19 Décembre 2016, P.2413.

² -حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.483.

2.3.1- تداخل صفقة الأشغال مع صفقة الخدمات

بموجب نص المادة 29 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، نستخلص أن المشرع الجزائري قد أخذ بمعيار الموضوع الأساسي للصفقة، حيث إذا كان العقد يحتوي على تقديم الخدمات ولكن موضوع الصفقة الأساسي يتعلق بإنجاز الأشغال فإن الصفقة تكيف على أنها صفقة أشغال .

وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي عند تعديله لقانون الصفقات العمومية، حيث طبق معيار الموضوع الأساسي، كمعيار فاصل في حالة الصفقة المختلطة (أشغال+خدمات) .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: كيف يتم تحديد الموضوع الأساسي ؟

للإجابة على هذا السؤال نشير بداية إلى أن موضوع العقد أو محله، يقصد به في القانون المدني العملية القانونية التي اتفق أطراف العقد على تحقيقها كالبيع أو الإيجار¹ .

أما بخصوص الموضوع الأصلي للعقد وبالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري الفرنسي والأوروبي الصادرة في هذا المجال فإننا نستخلص أنه يمكن أن يتحدد وفقا لعدة معايير، من بينها معيار الهدف الأساسي وذلكم خلال البحث عن نية المصلحة المتعاقدة سواء قد عبرت عنها صراحة أو ضمنا والتي من شأنها أن تبرر لجوءها إلى إبرام صفقة واحدة² .

بالإضافة إلى الصفقة المختلطة المتضمنة إنجاز أشغال وتقديم خدمات، طرح إشكال آخر يتعلق بالنظام القانوني المطبق على العقد في حالة ما إذا كان موضوعه التنازل عن حق عيني عقاري ويتضمن في نفس الوقت إنجاز أشغال من طرف المتعاقد، فهل يجب في هذه الحالة احترام إجراءات الإشهار والمنافسة³ .

¹-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص.204 .

²-François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, « À la recherche de l'objet principal du contrat », Contrats et Marchés publics - Mars 2015 - n° 3.

³-Etienne Fatôme, Laurent Richer, « Contrats à objet immobilier et de travaux: le critère de l'objet principal, critère seconde », AJDA, 2015, P.1577.

نشير بداية إلى أن هذا النوع من العقود موجود في الجزائر ومنه ما جاء في القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 5 أبريل 2003، المحدد لشروط التنازل عن العقارات المبنية أو غير المبنية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والمخصصة لإنجاز عمليات تعمیر أو بناء¹، حيث بموجب هذا القانون يتم بيع عقار مملوك للدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بهدف تحقيق المصلحة العامة، حيث يلتزم المشتري القيام بعمليات تعمیر أو بناء مثل إنجاز محلات ذات طابع سكني . فالعقد موضوعه التنازل عن عقار ونفس الوقت إنجاز أشغال .

في الأصل لا يوجد أي نص تشريعي أو تنظيمي يفرض على الأشخاص العامة أن تخضع عملية التنازل عن العقار لإجراءات الإشهار وتنظيم تنافس بين المشتريين المحتملين .

لكن في مقابل ذلك عندما تنص هذه العقود على أن يتولى المتعامل الاقتصادي إنجاز أشغال لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، ففي هذه الحالة يعاد تكييف العقد، لأن إعادة تكييفه من شأنها أن تسمح بتجنب عدم احترام النظام الذي تخضع له عملية إبرام عقود الطلبات العمومية².

وقد قضت محكمة العدل الأوروبية، فيقرارها المبدئي الصادر بتاريخ 19 أبريل 1994، في قضية تسيير الفنادق العالمية Gestion HoteleraInternatonal، أن العقد المختلط الذي يتضمن التنازل عن الأملاك وفي نفس الوقت تنفيذ الأشغال لا يخضع لتنظيم الصفقات العمومية إذا كانت الأشغال ذات طبيعة تبعية فقط³.

إذن نلاحظ أن المعيار المعتمد لتحديد الموضوع الأساسي للعقد هو معيار التبعية.

¹-ج.ر، عدد 35، مؤرخة في 25 ماي 2003 .

²- Olivier Ortega, Pauline Maurus, « Les travaux accessoires dans les contrats publics immobiliers », Contrats publics, N°133, Juin 2013, P.P. 71-72.

³ - eur-lex.europa.eu

2- عقد إقتناء اللوازم (عقد التوريد)

عرفته محكمة القضاء الإداري المصري في قرارها الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1952 بأنه: "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين" ¹

ولم يبتعد الفقه عن هذا التعريف، فعرفه الدكتور ماجد راغب الحلو بأنه: "عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين، بأن يورد للإدارة منقولات تلزمها، مقابل ثمن معين". ²

وهو العقد الذي يسمح للإدارة الحصول على السلع الضرورية، ³ لكن يجب أولاً أن يرد على أشياء منقولة، فلا يمكن أن يكون محله عقاراً، والأشياء المنقولة موضوع العقد لا يمكن حصرها، فقد تشتمل مواد تموين أو أدوات مكتبية وأدوات طبية ومدرسية ... كما يجب أن تكون المنقولات موضوع عقد اقتناء اللوازم مخصصة لخدمة مرفق عام. ⁴

ويظهر الفرق بين عقد إنجاز الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم، في أن هذا الأخير ينصب دائماً على المنقولات أما الأول (عقد الأشغال العامة)، فإنه ينصب دائماً على العقارات .

كما نجد في عقد التوريد أن المتعاقد مع الإدارة، يلتزم بصفة دورية خلال مدة متفق عليها بتوفير منتج أو مادة معينة للإدارة، الشيء الذي لا نجده في عقد الأشغال. ⁵ حيث أن عقد التوريد يكون موضوعه الاستمرار في توريد الأشياء المنقولة. ⁶

¹- هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص.32.

²- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، طبعة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص. 527 .

³- أحمد محبو، المرجع السابق، ص.362.

⁴- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص.916.

⁵- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.91.

⁶- علي محمد علي قاسم، عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص. 29 .

ويجب أن يهدف عقد التوريد إلى تحقيق المصلحة العامة، مثال ذلك العقد المبرم بين المتعاملين العموميين والشركة الجزائرية للكهرباء والغاز سونلغاز (ش.ذ.أ) المكلفة بمهمة المرفق العام، من أجل تموينها وربطها بالغاز والكهرباء، فهذا العقد حسب ماجاء في المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 11 جويلية 2005، المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على عقود التموين والربط بالغاز والكهرباء هو عقد يستجيب أساسا لمقتضيات الفعالية في تكفل الدولة بالحاجيات الإجتماعية للسكان عن طريق وضع الطاقة الكهربائية والغازية في متناول الجميع في آجال قصيرة.¹

ولقد نص المشرع الجزائري على عقد التوريد أو عقد اقتناء اللوازم في الفقرة 06 من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15، حيث جاء فيها: "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد ...".

من خلال هذا التعريف نستنتج أن عقد اقتناء اللوازم يتخذ ثلاثة صور فقد يكون إما :

- عقد شراء: وتمثل الحالة الكلاسيكية لعقد اللوازم²
- عقد إيجار .
- عقد بيع بالإيجار .

3-صفقة الخدمات

تستخدم الإدارة عادة لتسيير المرافق العامة موظفيها، لكن هذا لا يمنعها من اللجوء إلى استخدام أشخاص غير موظفيها وذلك عن طريق التعاقد.³ في إطار ما يسمى بعقد تقديم الخدمات المنصوص عليه في المادة 29 في فقرتها الأخيرة من المرسوم الرئاسي 247/15، التي إكتفت بالقول أن: "تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات. وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات".

1-ج.ر، عدد 65، مؤرخة في 21 سبتمبر 2005، ص.33.

2- هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص.46 .

3-أحمد محيو، المرجع السابق، ص.362.

وحسب الدكتور عمار بوضياف فإنه يمكن تعريف عقد الخدمات على أنه اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (معنوي أو طبيعي) بهدف توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة، تتعلق بتسيير المرفق نظير مقابل مالي¹.

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش²، نجد أن المشرع الجزائري قد عرف الخدمة بأن اعتبرها: "كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له"، ويقترّب هذا التعريف من التعريف الذي أعطاه الفقه الفرنسي للخدمة، بأنها كل أداء لا يتمثل في تسليم منتج وأنها شيء غير مادي³

ومن أمثلة صفقات الخدمات نجد : العقد المبرم من أجل صيانة وتنظيف المباني، ومن بين ما اعتبره القضاء الإداري الفرنسي من عقود الخدمات العقد المبرم من طرف أحد الأقاليم مع شركة فنادق موضوعه تنظيم ملتقى (حكم صادر عن المحكمة الإدارية لتولون Toulon ، بتاريخ 17 ديسمبر 2009)⁴.

4-صفقة الدراسات

منصوص عليه في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15، حيث جاء فيها: " تهدف الصفقة العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية " .

كما يمكن إبرام صفقة الدراسات عند إبرام صفقة الأشغال، وهو ما نصت عليه المادة 29 فقرة 11 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، التي جاء فيها: " تشمل الصفقة العمومية للدراسات عند إبرام صفقة أشغال، لا سيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة

¹ - عمار بوضياف،، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.95.

² - ج.ر - عدد 05، مؤرخة في 1990/01/31.

³ - موالك ب،" التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) "،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، العدد 01، الجزائر، 2004، ص.43 .

⁴ -TA Toulon,17 Décembre 2009,Hôtellerie du couvent royal , req.n°0801688,AJDA ,05 Avril 2010 , P.693 .

صاحب المشروع"، فتظهر صفقة الدراسات هنا كعقد تكميلي لعقد الأشغال العامة. وبإمكانها أن تكون سابقة على عقد الأشغال فتكون بذلك عقدا تحضيريا له .

ويمكن تعريف عقد الدراسات بأنه إتفاق بين المصلحة المتعاقدة وشخص طبيعي أو معنوي يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلتزم المصلحة المتعاقدة بدفعه، تحقيقا للمصلحة العامة، كأن يتعلق الأمر بعقد يجمع بين مديرية السكن ومكتب دراسات هندسية بغرض إنجاز تصاميم هندسية لمجموعات سكنية تريد المصلحة المعنية إقامتها.¹

وللإشارة فقد وضع القرار المؤرخ في 23 سبتمبر 2008، المتضمن الموافقة على قائمة النشاطات المتعلقة بالدراسات والهندسة في قطاع الأشغال العمومية الخاضعة للإعتماد، قائمة بهذه النشاطات، نذكر منها على سبيل المثال: دراسات للمخطط التوجيهي لمنشآت الطرق والطرق السريعة، دراسات إشارات الطرق، دراسات المعابر التحتية للراجلين، دراسات الأنفاق، دراسات المنشآت المينائية.

الفرع الثاني: تفويضات المرفق العام

في فرنسا فقد ظهر عقد تفويض المرفق العام لأول مرة بموجب القانون رقم 125/92 المؤرخ في 6 فيفري 1992، وتلاه القانون رقم 122/93 المؤرخ في 29 جانفي 1993، الذي تولى تحديد نظام هذا العقد وبالخصوص تبيان إجراءات إبرامه بهدف تحقيق الشفافية والحد من الفساد.²

أما في التشريع الجزائري فقد ظهر لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وجاءت النصوص المتعلقة به ضمن أحكام الباب الثاني منه، وقد تضمن هذا الأخير أربع مواد (من المادة 207 إلى المادة 210) .

لكن وإن كان نظام تفويضات المرفق العام قد تناوله المشرع الجزائري لأول مرة في المرسوم الرئاسي 247/15، من خلال تحديد تعريفه وإجراءات إبرامه وكذا الأشكال التي يتخذها، إلا أن هذه

¹-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.95.

²-Gabriel Eckert, « Notion et choix du contrat », Juris-Classeur , Contrats et marchés publics , Fasc.400, n°1 , 2009.

الطريقة المعروفة في تسيير المرافق العمومية قد ظهرت من قبل وهو ما نستشفه من خلال عدة قوانين وتنظيمات، نذكر على سبيل المثال مانصت عليه المادة 53 من القانون رقم 10/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بالتربية البدنية والرياضة¹ حيث جاء فيها: "تمارس الاتحادية الرياضية الوطنية نشاطاتها عن طريق التفويض، عندما يعترف لها الوزير المكلف بالرياضة بالمنفعة العمومية والصالح العام".

وتم تعريف هذا التفويض فيما بعد بموجب المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 405/05 المؤرخ في 17 أكتوبر 2005، المحدد لكيفيات تنظيم الاتحاديات الرياضية الوطنية وسيرها وشروط الاعتراف لها بالمنفعة العمومية والصالح العام،² على أنه: "القرار الذي يفوض بموجبه الوزير المكلف بالرياضة الاتحادية الرياضية الوطنية المعترف لها بالمنفعة العمومية والصالح العام بممارسة كل أو جزء من مهام الخدمة الوطنية المنصوص عليها في المادة 51 من القانون رقم 10/04... المذكور أعلاه".

في مقابل ذلك نصت المادة 101 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه³ على ما يلي: "... كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية".

نلاحظ من خلال نص المادتين أن المشرع الجزائري قد اعتبر التفويض تارة قرارا وتارة أخرى اعتبر أنه يتم بموجب اتفاقية وهو ما يجرنا للتساؤل عن طبيعة التفويض هل هو قرار أم عقد؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى إن كان تفويض المرفق العام عقدا في بعض الأحيان وقرارا في أحيان أخرى فهل الأشخاص العامة لديها مطلق الحرية في الاختيار بين الإجراء الانفرادي وبين الإجراء التعاقدية في مجال تفويضات المرافق العامة؟ وبالتالي فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يخضع تفويض المرفق العام لالتزامات الإشهار والمنافسة⁴؟

¹ - ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 18 أوت 2004 .

² - ج.ر، عدد 70، مؤرخة في 19 أكتوبر 2005 .

³ - ج.ر، عدد 60، مؤرخة في 04 سبتمبر 2005 .

⁴ - Antoine Tabouis, Aymeric Hourcarbie, « Notion et régime juridique de la délégation unilatérale de service public » Revue Contrats et marchés publics, Juin 2005, n°06 .

وهو ما يدعو إلى ضرورة تحديد الطبيعة القانونية لتفويض المرفق العام (أولاً) ثم تعريفه (ثانياً) وتحديد العناصر المكونة له (ثالثاً) وأخيراً أنواعه (رابعاً).

أولاً: تحديد النظام القانوني لتفويض المرفق العام

بتاريخ 03 ماي 2004 أقر مجلس الدولة الفرنسي بأن تفويض المرفق العام يمكن أن يكون انفرادياً ويمكن أن يكون تعاقدياً وذلك في قضية جبهة مساعدة الحيوانات Fondation assistance aux animaux، حيث أنه من خلال هذه القضية اعتبر بأن تفويض المرفق العام عندما يتم بموجب قرار تنظيمي فإنه لا يخضع للالتزامات الإشهار والمنافسة، ووحدها التفويضات التي تتم بطريقة تعاقدية هي التي تخضع للالتزامات الإشهار والمنافسة¹.

نتيجة لذلك نقول أن تفويضات المرفق العام يمكن أن تتم بموجب قرار ويمكن أن تتم بموجب عقد، لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هل الإدارة حرة في اختيار الطريق الانفرادي أو التعاقدية؟

أجاب جانب من الفقه الفرنسي على هذا السؤال بأنه في مادة إبرام تفويضات المرفق العام يجب أن يكون العقد هو الأصل أما القرار فيبقى استثناءً فقط، وذلك من أجل حماية مبادئ الإشهار والخضوع للمنافسة والمساواة في المعاملة والشفافية التي جاء بها قانون مكافحة الرشوة المعروف بقانون سابان Sapin المؤرخ في 29 جانفي 1993².

ثانياً: تعريف تفويض المرفق العام

لقد عرف المشرع الفرنسي عقد تفويض المرفق العام من خلال نص المادة 03 من القانون رقم 1168/2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001، المعروف بقانون ميرساف Loi MURCEF كما يلي: "تفويض المرفق العام هو عقد يعهد من خلاله شخص من أشخاص القانون العام يكون هو المسؤول عن المرفق العام تسيير هذا المرفق إلى المفوض له سواء كان شخص عام أو خاص

¹-C.E,03 Mai 2004 , Fondation Assistance aux Animaux c/Ministre le l'agriculture et de la pêche , req.n°249832, www.legifrance.gouv.fr.

²-Antoine Tabouis – Aymeric Hourcabie ,Op.cit , N° 09 .

ويكون الأجر مرتبطاً بنتيجة استغلال المرفق، ويمكن للمفوض له أن يكلف بإنجاز منشآت أو اكتساب أموال هامة للمرفق " ¹

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 نلاحظ أنه قد اعتمد على ما جاء في أحكام قانون ميرساف الفرنسي عند صياغته لها، حيث نصت على أنه: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام .

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

وبهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام " .

في حين أطلق المشرع المغربي على تفويض المرفق العام مصطلح " التدبير المفوض"، وجاء تعريفه له في المادة 02 من القانون رقم 54/05، المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة²، كالتالي: "يعتبر التدبير المفوض عقداً يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى " المفوض " لمدة محددة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى " المفوض إليه"، يخول له حق تحصيل أجره من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا.

يمكن أن يتعلق التدبير المفوض كذلك بإنجاز أو تدبير منشأة عمومية أو هما معا تساهم في مزاوله نشاط المرفق العام المفوض".

¹-Gabriel Eckert, Notion et choix du contrat, Op.cit. , n°07.

²-ج.ر. للملكة المغربية، عدد 5454، مؤرخة في 16 مارس 2006 .

ثالثا: عناصر عقد تفويض المرفق العام

من خلال التعريفات المقدمة يمكن أن نستخلص عناصر عقد تفويض المرفق العام، ولكن قبل التعرض لها يجب أن نشير إلى أنه كثيرا ما يختلط عقد تفويض المرفق العام بعقد شغل الأملاك العمومية ولقد وضح القضاء الإداري الفرنسي في قضية مشهورة جدا (نظرا إلى ما كتب عنها في الصحافة الفرنسية) ويتعلق الأمر بقضية شركة جون بوان الباريسية ضد مدينة باريس،¹ بأن الموضوع الأصلي لعقد الأملاك العامة ليس تفويض مرفق عام بل هو فقط الترخيص بشغل الأملاك العامة من طرف خواص وذلك بهدف ممارسة نشاط معين.²

أما عناصر عقد تفويض المرفق العام فتتمثل في:

- أطراف العقد: يتمثل أطراف اتفاقية تفويض المرفق العام في السلطة المفوضة والمفوض له.

- محل العقد: حتى نكون أمام تفويض مرفق عام يجب أن يكون هناك مرفق عام.³

- الدفع: حتى نكون أمام تفويض مرفق عام يجب أن يكون الدفع للمتعاقد مرتبطا باستغلال

المرفق.⁴

- المدة: يجب أن تكون مدة الاتفاقية محددة حتى ولو كانت طويلة، ولا يمكن أن تكون المدة غير

محددة، فالمدة تشكل عنصرا جوهريا في هذا النوع من العقود، ويجب على السلطة المفوضة أن تعلم المترشحين بها.⁵

¹-CE, 13 Janvier 2010 , Association Paris Jean Bouin c/Ville de Paris , req. N°329576 , AJDA , 12 Avril 2010 , P.731.

²- B.Plessix ,« Contrats domaniaux » , **J.-Cl.propr.Publ.** ; fasc.79, n°1.

³-Alain-Serge Mescheriakoff, « Association contractante des pouvoirs publics », Le Lamy associations, Tome1, Wolters Kluwer, Paris,2016 , P.254-50.

⁴- Alain-Serge Mescheriakoff, Op.cit.

⁵-Jean-Mathieu Glatt, « La durée des conventions de délégation de service public au regard de la jurisprudence SMIRGEOMES », Revue Lamy Collectivités Territoriales, N°48 , Juillet 2009, P.53.

رابعاً: أنواع عقود تفويضات المرفق العام

بالرجوع إلى المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإن تفويض المرفق العام يتخذ الصور التالية: عقد الامتياز، عقد الإيجار، عقد التسيير، عقد الوكالة المحفزة .

1- عقد الامتياز

ظهر عقد الامتياز في التشريع الجزائري لأول مرة في إطار تطبيق أحكام القانون رقم 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار¹، حيث نصت المادة 23 منه على إمكانية منح جزء من الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الخاصة في إطار عقد الامتياز لإنجاز مشاريع استثمارية².

وقبل ذلك نص المشرع الجزائري على عقد الامتياز بمقتضى قانون المياه 17/83، المؤرخ في 16 جويلية 1983³.

وبالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 01/89، المؤرخ في 18 جانفي 1989، والمتعلق بضبط كفاءات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية⁴، الذي جاء تطبيقاً للقانون رقم 29/88 المؤرخ في 19 جويلية 1988⁵ نجد أن المشرع أيضاً قد أخذ بالامتياز في هذا المجال .

1.1- تعريف عقد الامتياز

سنتناول تعريف عقد الامتياز من ناحية التشريع والقضاء ثم الفقه:

¹ - ج.ر، عدد 64، مؤرخة في 10/10/1993.

² - شايب باشا كريمة، "عقد الامتياز ودوره كآلية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائر"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، جوان 2012، ص.209.

³ - ج.ر، عدد 30، مؤرخة في 19/07/1983.

⁴ - ج.ر، عدد 03، مؤرخة في 18/01/1989.

⁵ - ج.ر، عدد 29، مؤرخة في 20/07/1988.

1.1.1-التعريف التشريعي

عرفه المشرع الجزائري بموجب أول قانون للمياه (17/83) المذكور أعلاه في المادة 21 منه بأنه: " يقصد بالامتياز في مفهوم هذا القانون عقد من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية وكذا الجماعات المحلية.

وهو عقد إداري يبرم بين الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري خاضعا كان للقانون العام أو الخاص قصد استعمال الملكية العامة للمياه ".¹

غير أنه وبمقتضى الأمر رقم 13/96 المؤرخ في 15 جوان 1996، المتضمن قانون المياه¹ الذي عدل قانون المياه لسنة 1983، تماشيا مع التحولات التي عرفتها الجزائر بعد تبنيتها للنهج اللبرالي تم تعريف عقد الامتياز في المادة 04 منه بأنه: " يقصد بالامتياز بمفهوم القانون عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية".²

ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد انتقل نقلة نوعية، بإشراكه للقطاع الخاص في تسيير المرافق العامة التي كانت حكرا على القطاع العام، وذلك تماشيا مع التحولات الاقتصادية الجديدة التي تبنتها الدولة²، خاصة أمام عجز القطاع العام عن تسيير المرافق العامة³.

إلا أنه تم تعديل هذا القانون بموجب القانون رقم 12/05، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتضمن قانون المياه⁴، وعرف الامتياز في المادة 71 منه بأنه: " الامتياز هو طريقة لاستعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، يعتبر عقد من عقود القانون العام مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص هدفه تسيير الموارد المائية واستغلالها ...".³

¹- ج.ر، عدد 37، مؤرخة في 16 جوان 1996، ص.3.

²- فوناس سهيلة خباش، " عقود تفويض المرفق العام -دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي -"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة 05، المجلد 10، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014، ص . 248 .

³- ضريفينادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص.164 .

⁴- ج.ر، عدد 60، مؤرخة في 04 سبتمبر 2005 .

كما أننا نجد في التعليمات الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية تحت رقم 842/943 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية والمحلية وتأجيرها¹، تعريفا لعقد الإمتياز، حيث جاء فيها: "أن أسلوب الإمتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في إستغلال المرافق العامة وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الإمتياز، وهو الملتزم على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق"، لعلّ التعريف الذي جاءت به التعليمات لأحسن تعريف يمكن إعطائه لعقد الامتياز.²

وفي مجال الأملاك الوطنية العمومية العقارية وبما أنها تعد المجال الخصب لتطبيق عقد الامتياز لكون هذا النوع من الأملاك تستعمل إما بطريقة مباشرة، وإما عن طريق مرفق عام، فلقد تضمنت مختلف التشريعات الجزائية المتعاقبة للأملاك الوطنية أسلوب الامتياز.³

فقانون الأملاك الوطنية لسنة 1984⁴، كان يطلق عليه " استغلال الالتزام " وفي النص الفرنسي استعمل مصطلح "Concession"، إلا أنه عدل عن تسميته باستغلال الالتزام في قانون الأملاك الوطنية لسنة 1990⁵، وأصبح يطلق عليه مصطلح " الامتياز " وذلك بمقتضى المادة 61 منه، غير أن هذه النصوص لم تتضمن تعريفا لعقد الامتياز، وذلك إلى غاية قانون الأملاك الوطنية لسنة 2008⁶، هذا الأخير أعطى تعريفا له، وذلك بمقتضى المادة 64 مكرر، فقد عرف الامتياز بأنه: " يشكل منح امتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية، المنصوص عليه في هذا القانون الأحكام التشريعية المعمول

¹ - التعليمات رقم 842/94.3، المؤرخة في 07/12/1994، الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.97.

³ - أحمد جبوري، " خصوصية المرفق العمومي عن طريق امتياز الأملاك الوطنية العقارية"، الملتقى الدولي الأول حول: "المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية -"، جامعة الجبيلي بونعامة، خميس مليانة، يومي 13 و14 ماي 2015، ص. 59.

⁴ - قانون رقم 16/84، المؤرخ في 30 جوان 1984، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر، عدد 27، مؤرخة في 03 جويلية 1984.

⁵ - قانون رقم 30/90، المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990.

⁶ - القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ج.ر، عدد 44، مؤرخة في 03 أوت 2008.

بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز، بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز، حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/ أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز.... في حالة استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية يحصل صاحب الامتياز من أجل تغطية الاستثمار والتسيير وكسب أجرته على أتاوى يدفعها مستعملو المنشأة وفق تعريفات أو أسعار قصوى يجب أن تبين في ملحق دفتر شروط منح الامتياز " .

بدوره عرف المجلس الاقتصادي والاجتماعي الجزائري عقد الامتياز بمقتضى التقرير الصادر عنه في سنة 2004، بأنه: " الامتياز عمل توكل بموجبه السلطة العامة المسماة سلطة الامتياز، وفي شكل عقد لشخص طبيعي أو معنوي المسمى صاحبة الامتياز، حق تمويل وبناء واستغلال مشروع عمومي بهدف المرفق العام، على مخاطره خلال مدة محددة، ينتقل بعدها المشروع أو التجهيز موضوع الامتياز إلى سلطة الامتياز، وخلال هذه المدة ومن اجل تغطية تكاليف الاستثمار والتسيير، يستلم الإتاوات من مستعملي المشروع والمرفق، والتي يحدد ثمنها بالاتفاق مع مانح الامتياز"¹.

وبالرجوع إلى المادة 101 من قانون المياه المذكور أعلاه أنها نصت على مايلي: " تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة والبلديات .

يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم. كما يمكنها تفويض كل جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية " .

¹ -Conseil National Economie et Social, Rapport de 25ème Session plénière, ANEX III, Concession et péage , 06 décembre 2004, P..133.

في حين نصت الفقرة الثانية من المادة 150 من قانون البلدية (قانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية¹) على أنه: "ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض".

نلاحظ من خلال نص المادتين أن المشرع الجزائري قد اختلطت عليه المفاهيم، ولقد كتب الأستاذ زوايماية رشيد في هذا الصدد بأنه يظهر أن واضعي التشريع لا يدركون النظام المطبق على تفويض المرفق العام، فامتياز المرفق العام هو أحد تقنيات تفويض المرفق العام².

ولكن مع صدور المرسوم الرئاسي 274/15 والذي خصص الباب الثاني منه للأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ضبط هذه التقنيات بأن اعتبر الامتياز شكلا من الأشكال التي قد يتخذها المرفق العام، وذلك بموجب نص المادة 210 منه، هذه الأخيرة عرفت الإمتياز بأنه: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام".

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه".

نستخلص من خلال نص المادة أن عقد الامتياز قد يكون موضوعه إنشاء مرفق عام واستغلاله مثل إنشاء سكة حديدية واستغلالها، أو إنشاء محطات لتوليد الكهرباء واستغلالها، أو طريقا من الطرق السريعة واستغلالها، وقد يكون موضوعه الاستغلال فقط مثل مرفق النقل الحضري³.

هذا من جانب المشرع الجزائري أما المشرع الفرنسي فقد عرف عقود الامتياز بمقتضى الأمر الصادر مؤخرا في 29 جانفي 2016 المتضمن قانون عقود الامتياز، بأنها: "العقود التي يتم ابرامها

¹ - ج.ر، عدد 37، مؤخة في 3 جويلية 2011.

² - Zouaimaia Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Editions Belkeise, Alger, 2012, P.68.

³ - مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ت.ن، ص. 381.

كتابيا، والتي تخول بمقتضاها السلطة أو عدة سلطات مانحة الامتياز الخاضعة لأحكام هذا الأمر، إلى متعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين القيام بإنجاز الأشغال أو تسيير المرفق، مع انتقال الخطر المرتبط باستغلال المنشأة أو المرفق إليه وذلك في مقابل استغلال المنشأة أو المرفق محل العقد وأي حق ناتج عن هذا الثمن".

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع الفرنسي قد أعاد نفس المعايير التي درج عليها، وأتى بمعايير أخرى جديدة، ويتعلق الأمر بالمعيار الشكلي المتمثل في الطابع الكتابي للامتياز مع التأكيد على الطبيعة التعاقدية، مع أنه يوجد في فرنسا الامتياز الانفرادي الذي لا يمكن اللجوء إليه إلى في حالة وجود نص¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القضاء الإداري الفرنسي ومع أن التعريف القديم أو الحديث لم يشمل جوانب كثيرة قد تطرح من الناحية العملية والتي يمكن أن تتسبب في العديد من الإشكالات، إلا أنه لم يتوانى عن إنشاء وخلق مبادئ أخرى لوضح حد لمثل هذه الإشكالات وذلك بمناسبة فصله في القضايا المعروضة أمامه، أهمها: مبدأ عدم التدخل ومفاده أنه لا يجوز للملتمم أن يحوز امتيازات السلطة العامة وذلك في قراره الصادر بتاريخ 18 جويلية 1930 في قضية Chemains de fer².

2.1.1-التعريف القضائي

اجتهد مجلس الدولة الجزائري في إعطاء تعريف لعقد الإمتياز إذ بموجب القرار الصادر له بتاريخ 9 مارس 2004، قضية شركة نقل المسافرين " سريع جنوب " ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لوههران، رقم 11950، عرف مجلس الدولة عقد الإمتياز على أنه: " عقد الإمتياز التابع لأمالك الدولة

¹-François Lichère, « La passation des concessions », AJDA, 2016, P.1000.

²- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص.499.

هو عقد إداري يمنح بموجبه السلطة الإمتياز للمستغل، بالإستغلال المؤقت، لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل إستثنائي، وبهدف محدد متواصل مقبل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه " ¹

أما القضاء الإداري في فرنسا فقد أعطى تعريفا لعقد الامتياز، في قضية غاز بور دو Gaz de Bordeaux، بتاريخ 30 مارس 1916، ويعود الفضل في ذلك إلى محافظ الدولة شاردونني، حيث عرفه بأنه: " هو العقد الذي يكلف بمقتضاه شخص خاص أو شركة بإنجاز منشأة عامة أو ضمان خدمة عمومية، على نفقته، سواء كان عن طريق اعانة مالية أو بدونها وسواء كان بضمان الفوائد أو بدونها، ويدفع أجره من خلال استغلال المنشأة العامة أو انجاز المرفق العام، مع الحق في تلقي الاتاوات من مستخدمي المنشأة أو المرفق " .

ما يمكن ملاحظته من خلال استقراء التعريف الذي جاء به محافظ الدولة شاردونني، أنه أهمل المعيار العضوي المتمثل في السلطة مانحة الامتياز، كما أنه لم يبين الجهة التي تتحمل المخاطر هل وصاحب الامتياز أو الجهة مانحة الامتياز .

وحسب العميد دلفولفي Delvolvé Pierre، فإنه لم يحدث أي تغيير في تعريف الامتياز منذ سنة 1916 وإلى غاية 2015، إذ بقي محتفظا بعناصره الممثلة في العقد وتحمل صاحب الامتياز النفقات، ويدفع له أجره من استغلال المنشأة أو انجاز المرفق، بالإضافة إلى محل الامتياز الذي قد يكون إما الأشغال أو المرفق ².

ومن جانبها عرفت محكمة القضاء الإداري المصري عقد الامتياز كمايلي: " إن إلزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح.

1- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ بتاريخ 9 مارس 2004، قضية شركة نقل المسافرين " سريع جنوب " ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لوهران، رقم 11950، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004، ص.212.

²- Pierre Delvolvé, « Introduction générale », Colloque: Les concessions: Rénovation ou révolution transports de la directive 2014/23/UE, Institut de la gestion délégué, Paris, 24 Septembre 2015, P.12.

فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين".¹

3.1.1-التعريف الفقهي

اعتبر الدكتور " سليمان محمد الطماوي"، عقد الامتياز من أهم العقود المسماة، وعرفه بأنه: "عقد إداري يتولى الملتزم فرداً كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز"²، ما يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر محل عقد الامتياز في المرافق العامة الاقتصادية واستبعد المرافق الإدارية، ولقد اعتبر الفقه أن عقد الامتياز ينصب على المرافق الاقتصادية لأنه لا يتلاءم مع طبيعة المرافق الإدارية³، كما أنه لم يتطرق لمدته⁴ والتي تعتبر عنصر جوهري في عقد الامتياز .

وعرفه الأستاذ ناصر لباد بأنه: "عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً من القانون العمومي أو من القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدماً عماله وأمواله و متحملاً المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق"⁵، ويعتبر أحسن تعريف فقهي لعقد الامتياز لأنه تناول مختلف عناصره⁶.

¹ - حكم صادر في 25 مارس 1956، مجموعة المجلس، السنة 10، ص 259 .

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 93 .

³ - محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، الأردن، 2011، ص 161.

⁴ - معطى الله مصطفى، (عقد الامتياز في العقار الصناعي)، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2014-2015، ص 13 .

⁵ - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، منشورات لباد، 2006، ص 212 .

⁶ - معطى الله مصطفى، المرجع نفسه، ص 13 .

يمكن تعريف عقد الإمتياز على أنه اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية، والملتزم الذي قد يكون فردا أو شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص ، على إدارة مرفق عام، تسييره واستغلاله مقابل رسوم يتقاضها من المنتفعين، وفقا لدفتر شروط نموذجي .

2.1- طبيعة عقد الامتياز

إن عقد الامتياز يتميز بطبيعة خاصة وذلك لأنه يتضمن نوعين من الشروط: شروطا تعاقدية وشروطا لائحية، فالأولى تخضع لإرادة المتعاقدين أما الثانية فهي تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق وتخضع للإرادة المنفردة للإرادة.¹

والشروط التعاقدية هي التي تتعلق خاصة بالجانب المالي أو بمدة الامتياز، أما الشروط التنظيمية فهي تتصل بتنظيم المرفق وتسييره، وتقوم الإدارة بإعدادها كما تستأثر بحق تعديلها، ومن بينها شروط استغلال المرفق والمقابل أو الإتاوات²

وقد ذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى اعتباره من الأعمال المختلطة،³ لكن هذه النظرية لم تلاق قبولا، فذهب محافظ الدولة إلى القول بأنه: "إن شروط عقد الامتياز وخاصة دفتر الشروط المتعلقة بتنظيم وسير المرفق هي ذات طابع تنظيمي".

أما القضاء الإداري الفرنسي فاقر بأنه من أجل القول ما إذا كان الامتياز هو عبارة عن عقد من عقود تفويضات المرفق العام أو عبارة عن أحد طرق شغل الأملاك العامة وجب الرجوع إلى المهام التي يتم تخويلها لصاحب الامتياز.⁴

3.1- أركان عقد الامتياز

تتمثل أركان عقد الإمتياز في:

¹ - مصلح الصرايرة، "الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية الخاضعة لنظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986"، ص.10.

² - حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2008، ص.324.

³ - Yves Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français , LGDJ, Paris, 1971,P.243.

⁴ -Christine Mangué, « La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages », AJDA, 2006,P.1496.

الأطراف: يجب أن يضم عقد الامتياز جهة إدارية ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية من جهة، ومن جهة أخرى أحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين¹، الخاضعين للقانون العام أو الخاص .
المحل: مرفق عام .

المدة: يجب أن تكون مدة عقد الامتياز محددة.

2- عقد الإيجار

إيجار المرفق هو طريقة تسيير تقترب من الامتياز، وحسب العديد من الفقهاء أمثال ديلوبادار De Laubadère ودالفولفي Delvolvé، فإن عقد الامتياز وعقد الإيجار لا يختلفان من حيث الطبيعة بل الاختلاف يكمن في الدرجة². وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أنه: "يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام، حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة الوصية، شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير..."

ولم يكن القاضي الإداري الفرنسي يميز في بداية الأمر بين عقد الامتياز وعقد الإيجار، وحتى الفقه اعتبرها أحد أشكال الامتياز³.

بل ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى حد اعتبار أن نفس الأحكام تطبق على كليهما، وذلك في القرار الصادر عنه بتاريخ 04 جوان 1982، في قضية بلدية درو⁴ Dreux واستمر الوضع إلى غاية قرار بلدية ايلنكور Elancourt الشهير، الصادر بتاريخ 29 أبريل 1987⁵، ومن خلاله قام مجلس الدولة بوضع معيار للتمييز بين كلا من العقدين⁶، وجاء في حيثياته: "لقد ثبت أن منشآت المرفق قد تم إنجازها قبل تاريخ إبرام العقد، وأن نقابة ما بين البلديات قامت بتسليمها لشركة سابلس للمياه Sablaise des

¹ - عمار بوضياف، " دور عقد الامتياز في تطوير الشراكة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص "، ملتقى دولي حول: الشراكة بين الإدارة العمومية والقطاع الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 23-24 جوان 2009، ص. 18 .

² - André De Laubadère et autres ,Traité des contrats administratifs, Tome 01, LGDJ, Paris, 1984, n° 261.

³ - Pierre Subra de Bieusses, « La spécificité de l'affermage », AJDA, 1996, P.608.

⁴ - CE, 04 Juin 1982 , n°20079 , Ville Dreux , Rec.CE , 1982 , P.201 .

⁵ - CE, 29 Avril 1987, n° 51022, Rec.CE, 1987, P.152.

⁶ - Stéphane Duroy, « Le contrat d'affermage: Identification et pouvoirs du juge du contrat », RFDA, P.1997, P.927.

eaux ، ولقد التزمت هذه الأخيرة بدفع اتاوة مقابل ذلك، حيث أن هذه الوضعية ومحل العقد المتمثل في نقل ومعالجة وتوزيع المياه الصالحة للشرب في البلديات التابعة للنقابة، تتعلق بعقد إيجار استغلال المنشآت وليس بعقد امتياز " ¹

وعليه فإن الفرق الجوهرى بين عقد الامتياز وعقد الإيجار يكمن في الإنشاء، حيث لا نتصور قيام المفوض له في عقد الإيجار بانجاز المنشآت التي يقوم بتسييرها.

وفي قرار آخر (صادر بتاريخ 06 ماي 1991) حديث له قام بتفسير أكثر للمقصود بتحمل السلطة المفوضة إقامة المرفق بنفسها، حيث اعتبر أن التعاقد في عقد الإيجار وإن كان لا يقوم بإقامة المرفق لكن هذا ليس معناه الانعدام الكلي للاستثمار داخل ذلك المرفق ولكن الجزء الأكبر منه يكون على عاتق السلطة المفوضة وليس على التعاقد. ²

إن هذه العناصر التي توصل إليها القضاء الإداري الفرنسي اعتمد عليها المشرع الجزائري عند صياغته لتعريف عقد الإيجار، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي عرفت عقد الإيجار بأنه: " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته .

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام .

ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام" .

3-الوكالة المحفزة

من أجل تحديد عقد الوكالة المحفزة ارتئينا التطرق لتعريفها ثم إلى الفرق بينها وبين باقي عقود تفويضات المرفق العام.

¹ - Fasc. 660: DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC. – Notion et catégories JCI. Administratif - Date de fraîcheur: 01 Juillet 2011.

² -Stéphane Duroy, Op.cit.

1.3-تعريف الوكالة المحفزة

نتناول فيمايلي التعريفات المعطاة للوكالة المحفزة سواء من ناحية التشريع أو القضاء أو الفقه:

1.1.3-التعريف التشريعي

عرفتها المادة 210 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأنه: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصاة من الأرباح عند الاقتضاء .

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية " .

2.1.3-التعريف الفقهي

عرفها الأستاذ الدكتور زوايمية رشيد بأنها:"العقد الذي يمنح من خلاله المرفق لفائدة هيئة عمومية أو شخص خاص"، وحسبه فإن أجر الوكيل يتحدد بالنظر إلى عدة عناصر من بينها النتائج المحققة ومكاسب الإنتاج وتحسين مستوى المرفق ... وليس بالنظر إلى الأرباح المحققة، واعتبر أن هذا الأسلوب يقترب من عقد التسيير، إلا أن الفرق بينهما يكمن في طريقة دفع الأجر للمفوض له، حيث أن المسير في إطار عقد التسيير يستفيد من أجر جزافي، ويضيف بأن الأشخاص المعنوية العامة تفضلا للجوء إلى أسلوب الامتياز بدل أسلوب التسيير أو الوكالة المحفزة¹.

1- Zouaimaia Rachid , La délégation de service public au profit de personnes privées, Op.cit., P.75.

أما الفقه الفرنسي فقد عرفها بأنها ذلك العقد الذي تمنح من خلاله السلطة الإدارية تسيير مرفق عام لشخص خاص، لكن يبقى تمويل إقامة هذا المرفق على عاتق السلطة ، فهي التي تقوم بتمويل إقامتها بنفسها، وغالبا ما يتم دفع أجر المفوض له من السلطة المفوضة¹ .

ما يمكن ملاحظته من خلال هاذين التعريفين أن الفقه الفرنسي حصر المفوض له الذي يمكنه الاستفادة من عقد الوكالة المحفزة في الأشخاص الخاصة بينما الفقه الجزائري قد مكن إلى جانب الأشخاص الخاصة، الهيئات العمومية، وبالرجوع إلى النصوص الخاصة بتفويضات المرفق العام الجزائري، من 207 إلى 210، نجد بأن المشرع الجزائري قد امتنع عن تحديد الشخص الذي يمنح له التفويض، واكتفى بذكر المفوض له دون تحديد طبيعته هل هو من الأشخاص العامة أو الخاصة، برأينا إن المشرع قد فعل ذلك حتى يبقى المجال مفتوحا أمام القطاع العام بالرغم من الانفتاح أما القطاع الخاص الذي عرفته الجزائر في السنوات الأخيرة، للتدخل متى شاء .

3.1.3-التعريف القضائي

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في إطار الوكالة المحفزة، نجد بأنه أبرز أهم خصائص هذا العقد، وذلك من خلال ما يلي:

يظهر الطابع التوكيلي في عقد الوكالة المحفزة من خلال أن الشخص الخاص يتصرف لحساب الشخص العمومي وهو ما يميز الوكالة المحفزة عن الامتياز.

وما يميز عقد الوكالة (الإنابة) في القانون المدني² عن عقد وكالة المرفق العام، هو أن الوكيل في العقد الأول يقوم بالتصرفات أو الأعمال القانونية، حيث يرى الفقه بأن أهم ما يميز الوكالة عن عقدي العمل والمقاولة هو أن هاذين الأخيرين تنحصر وظيفتهما في العمل المادي فقط³ وهو ما ينطبق

1- Laurent Richer , Droit des contrats administratifs , Op.cit., P.502.

2- عرفت المادة 571 من القانون المدني الجزائري الوكالة بأنها: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه " .

3- شربل طانيوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقه والاجتهاد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 1998، ص

على الوكالة المحفزة، فالوكيل في هذا العقد يتولى تسيير مرفق عام، أي الاختلاف يكمن في المحل إلا أنهما يشتركان في التصرف لحساب الموكل .

أما الطابع التحفيزي فيظهر من خلال ما يتحصل عليه المفوض له من السلطة المفوضة من نسبة من النتائج، وذلك في قضية ديشايز Deshays بتاريخ 06 أبريل 1895.¹

2.3- الفرق بين الوكالة المحفزة وباقي عقود تفويضات المرفق العام

من خلال ما تطرقنا إليه سابقاً فإن النتيجة المتوصل إليها تتمثل في أن الفرق بين الوكالة المحفزة وعقد الإيجار والامتياز يظهر في إقامة المرفق العام محل هذه العقود ففي الأولى لا يتحمل المفوض له تمويله أما في الثاني فهو يتحمل جزءاً من تمويله ويتمثل ذلك في صيانتها وأما الأول فهو يتحمل تمويله.

4- عقد التسيير

قد يظهر تفويض المرفق العام على شكل امتياز أو إيجار أو وكالة محفزة، كما قد يظهر في شكل عقد التسيير، هذا الأخير وإن كان قد استحدثه المشرع في المرسوم الخاص بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015، غير أنه قد عرف تطبيقاً له قبل هذا التاريخ مثله في ذلك مثل الامتياز، وعليه سنتطرق إلى تعريفه ثم إلى التجربة الجزائرية في هذا المجال.

1.4- تعريف عقد التسيير

سوف نتطرق إلى عقد التسيير من الناحية التشريعية والفقهية .

1.1.4-التعريف التشريعي

بمقتضى نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن عقد التسيير هو العقد الذي تعهد بموجبه السلطة المفوضة للمفوض له

¹ - Laurent Richer , Droit des contrats administratifs , Op.cit., P.502.

إما تسيير المرفق العام وإما تسييره وصيانته معا، ويبقى تمويل وإدارة هذا المرفق على عاتق السلطة المفوضة، حيث يستغل المفوض له المرفق لحسابها.

ويمكن تشبيه المفوض له بالعامل لأنه يتلقى أجره مباشرة من السلطة المفوضة وذلك في صورة منحة يتم تحديدها بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية.

من خلال استقراء نص المادة نلاحظ أن عقد التسيير يكاد يكون نفسه عقد الوكالة المحفزة، إلا أنهما يختلفان في الجهة التي تقوم بتحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق، فبالنسبة للوكالة المحفزة يقوم بتحديد التعريفات السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، أما بالنسبة لعقد التسيير فإن السلطة المفوضة تقوم لوحدها بتحديد التعريفات دون إشراك المفوض له .

وتجدر الإشارة إلى أن عقد التسيير يجد مصدره في القانون المدني الجزائري، وذلك ضمن الفصل الأول مكرر من الباب التاسع المتعلق بالعقود الواردة على العمل الواردة ضمن الكتاب الثاني منه، حيث عرفته المادة الأولى منه كالتالي: " هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيرا، إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير كل أملاكها أو بعضها، باسمها ولحسابها مقابل أجر، فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعايير، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع " .

وبالرجوع إلى مناقشة مشروع القانون المتضمن عقد التسيير، بتاريخ 18 جانفي 1989، نجد أن وزير العدل من خلال تصريحه اعتبر عقد التسيير كالتالي: " إن هذا العقد الانجلوساكسوني الأصل يعرف تطبيقات واسعة عبر أغلب دول العالم في مجال الفنادق والسياحة، والهدف منه هو السعي إلى تحسين الخدمات وتحقيق المردودية الاقتصادية وتحسين الموارد من العملة الصعبة عن طريق إيجار كفاءات وخدمات لصالح المؤسسات العمومية الاقتصادية والشركات مختلطة الاقتصاد " ¹.

وعقد التسيير في القانون الخاص معروف ليس فقط في القانون المدني بل وحتى في القانون التجاري ويطلق عليه " التسيير الحر " ويعرف بأنه ذلك العقد الذي يستأجر بمقتضاه شخص محلا تجاريا

1- ربحي أحمد، " النظام القانوني لعقد التسيير "، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، مارس 2016، ص. 237 .

من مالكة لأجل استثماره لحسابه الخاص وعلى عهده متحملا مسؤولية هذا الاستثمار وحده، دون أن يلتزم مالك المحل بنتائج هذا الاستثمار.¹

بل وقد تم النص عليه كأسلوب من أساليب استعمال المرافق العامة إلى جانب الامتياز الذي كان يطلق عليه " استغلال الالتزام "، في قانون الأملاك الوطنية لسنة 1984، وذلك في نص المادة 69 منه، إلا أنه اقتصر على الشخص المعنوي العام، تماشياً مع التوجه الاشتراكي، حيث نصت المادة على مايلي: " يمكن أن تكون الأملاك العمومية محل استعمال مباشر من طرف الجمهور أو عن طريق مصلحة عمومية في شكل تسيير أو استغلال التزام يكون الممتلك مخصصا لاستعمالها الخاص "

إلا أنه مقارنة بين النص الفرنسي للمادة 69 من قانون الأملاك الوطنية لسنة 1984 والنص الفرنسي للمادة 210 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015، نلاحظ أن المشرع قد عبر عن عقد التسيير في النص الأول بمصطلح « Régie » وفي النص الثاني مصطلح « La gérance »، فهل يوجد فرق بين المصطلحين ؟

2.1.4-التعريف الفقهي

عرفه الأستاذ زوايمية رشيد بأنه: "عقد مبرم بين هيئة عمومية وشخص من أشخاص القانون الخاص، الهدف منه هو ضمان سير المرفق وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز، بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق، لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام".²

وتجدر الإشارة إلى أن جانب من الفقه في فرنسا أنكر الجانب التفويضي لعقد التسيير واعتبروا أنه يدخل ضمن طائفة عقود الخدمات، وهو ما ذهب إليه الأستاذ براكوني Stéphane Braconnier ، حيث أنه لم يدرج عقد التسيير ضمن عقود تفويض المرفق العام.³

1- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري: العقود التجارية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1981، ص.161

2- - Zouaimaia Rachid , La délégation de service public au profit de personnes privées, Op.Cit,P.75.

3- سعيد مصطفى (مكانة عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات)، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران 2012-2013، ص.225 .

لكن بداية من سنة 1999، أدخل عقد التسيير إلى طائفة تفويضات المرفق، وذلك بموجب قرار بلدية Guilherand – Granges¹

2.4- التجربة الجزائرية في مجال عقود التسيير

عرف عقد التسيير تطبيقا له على أرض الواقع ويتعلق الأمر بمرفق المياه ، فقد لجأت إليه المؤسسات الاقتصادية التي أنشئت من قبل الجزائرية للمياه وديوان التطهير²، حيث جاء كنتيجة حتمية لمحاولة النهوض بقطاع المياه، وذلك من أجل تلبية الحاجات المتزايدة للأفراد، وهو ما استلزم إشراك القطاع الخاص والتوجه نحو تقليص تدخل الدولة .

حيث ظلت الدولة لمدة سنوات محتكرة لمرفق المياه، إذ تقرر تأسيس الشركة الوطنية لتوزيع مياه الشرب والمياه الصناعية، بمقتضى أحكام الأمر رقم 72/70 المؤرخ في 23 نوفمبر 1970، المتضمن احداث الشركة الوطنية لتوزيع مياه الشرب والمياه الصناعية (سوناد)³، وبمقتضى هذا الأمر تم منح شركة سوناد La SONADE احتكار توزيع المياه، وبالتالي فقد اعتمدت الدولة آنذاك على أسلوب الاستغلال المباشر باعتباره أحد الأساليب التقليدية لتسيير المرافق العامة، وهو ما عكس الخيار الاشتراكي المنتهج من طرف الدولة والذي فرض عليها التكفل بالمرافق العمومية وتهميش القطاع الخاص⁴.

واستمرت وضعية الاحتكار هذه إلى غاية صدور قانون المياه لسنة 1983⁵، وذلك أمام عجز شركة سوناد La SONADE، عن أداء مهامها على أكمل وجه طوال فترة تواجدها منذ 1970 إلى غاية

¹- Pierre Delvolvé , « Introduction générale » ,Colloques IGD sur: Les concessions: Rénovation ou révolution, Paris , 24 Septembre 2015 , P.13 .

²- سيهوب سليم، المرجع السابق، ص. 241 .

³- ج.ر، عدد 101، مؤرخة في 04 ديسمبر 1970 .

⁴- محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر: ترجمة رجال بن اعمر ورجال مولاي إدريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ت ن، ص. 110 .

⁵- القانون رقم 17/83، المؤرخ في 16 جويلية 1983، المتضمن قانون المياه، ج.ر، عدد 30، مؤرخة في 19 جويلية 1983 .

1983، فقرر المشرع حلها واستبدالها بثلاثة عشر (13) مؤسسة جهوية، وأكلت لها نفس مهام شركة سوناد المنحلة لكن كل في مجال اختصاصه الإقليمي¹.

وأهم ما ميز هذه الفترة هو اعتماد المشرع على أسلوب الامتياز لأول مرة وفتح المجال أمام الخواص، لكنه اقتصر على استعمال الملكية العامة للمياه، إلا أنه تم إنهاء سيطرة القطاع العام على مرفق المياه، وذلك من خلال تعديل قانون المياه لسنة 1996²، تماشياً مع التغيير الذي عرفته الجزائر بداية من سنة 1989، وتكريس التوجه اللبرالي كبديل عن النظام الاشتراكي، وتم تغيير محل عقد الامتياز من الملكية العامة للمياه إلى ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية بالإضافة إلى إمكانية إنجاز هياكل أساسية للري³، ولم تتوقف التعديلات عند هذا الحد، فدائماً في ظل الانفتاح على القطاع الخاص، أعاد المشرع إصدار قانون جديد للمياه ويتجلى ذلك في القانون رقم 12/05، المؤرخ في 04 أوت 2005⁴، وأهم ما جاء به القانون الجديد هو اتخاذه لأشكال جديدة للاستغلال، تتمثل فيمايلي: الرخصة، الامتياز، تفويض الخدمة .

فبالنسبة للرخصة اعتبرها عقداً من عقود القانون العام موضوعها استعمال الموارد المائية، ويمكن أن يتحصل عليها الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون العام أو الخاص، لكن منح الرخصة وبالرغم من أن المشرع اعتبرها عقداً من عقود القانون العام، إلا أنه يغلب عليها الطابع الفردي، وهو ما يستشف من خلال العبارات التالية: " رفض منح رخصة "، " تعديل رخصة "، " إلغاء الرخصة "، فهذه العبارات تتناسب أكثر مع القرار الفردي المتخذ من طرف السلطة الإدارية المختصة وليس العقود .

أما بخصوص الامتياز، فمواضيعه متعددة، فقد أتاحه المشرع لاستعمال الموارد المائية إلى جانب الرخصة، بالإضافة إلى الجانب الخدماتي المتمثل في تسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير،

¹-Mekki Messahel, Mohamed Said BENHAFID, « Gestion Du Service Public De L'eau Potable Et De L'assainissement En Algérie », Le Journal de l'Eau et de l'Environnement - Ecole Nationale Supérieure d'Hydraulique, n°03, 2003 ,P.02.

2- الأمر رقم 13/96، المؤرخ في 15 جوان 1996، المعدل والمتمم للقانون رقم 17/83، المتضمن قانون المياه، ج.ر، عدد 37، مؤرخة في 16 جوان 1996 .

3- سيهوب سليم، المرجع السابق، ص. 234 .

4- ج.ر، عدد 60، مؤرخة في 04 سبتمبر 2005 .

التي حددها في التزويد بالماء الشروب والصناعي والتطهير، كما أن أهم ما يمكن تسجيله على هذا الأسلوب هو أن المشرع فتحه على القطاع الخاص تارة، وتارة أخرى أعاد غلقه، فامتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير لا يمنح إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام، أما امتياز استعمال الموارد المائية وعلى رخصة استعمال الموارد المائية، فقد اعتبره بدوره عقدا من عقود القانون العام، يتم منحه لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، إلا أنه يفتقد للعنصر التعاقدية، لأنه خاضع للسلطة التقديرية للجهة المختصة بمنحه .

وفيما يتعلق بتفويض الخدمة، فمن خلال استقراء أحكام قانون المياه لسنة 2005، نلاحظ أن المشرع قد نص على صورتين لتفويض الخدمة أحدهما أصلي والآخر فرعي، فالأصلي تمنحه الإدارة المكلفة للموارد المائية لفائدة متعامل عمومي أو خاص من أجل تسيير نشاطات الخدمة العمومية للمياه أو التطهير، وهذه الطريقة للتسيير قد تكون كلية كما قد تكون جزئية، لكن أهم ما يميزها أنها تخضع لالتزامات المنافسة، حيث نصت المادة 105 من قانون المياه لسنة 2005 على أنه: "يتم تفويض الخدمة العمومية عن طريق عرضها للمنافسة..."، أما التفويض الفرعي فيتم منحه من طرف صاحب الامتياز في إطار تسيير نشاطات الخدمة العمومية للمياه أو التطهير لصالح متعامل عمومي أو خاص دون تحديد ما إذا كان هذا الأخير شخصا طبيعيا أو معنويا، كما يمكن أن يشمل تفويض الخدمة الفرعي، تسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير، حيث يمكن لصاحب الامتياز المتمثل في أحد الأشخاص المعنوية العامة، تفويض هاته الخدمات كليا أو جزئيا لفائدة أشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص، وبالتالي فإن الأشخاص الطبيعية غير معنية بتفويض خدمة تسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير .

اعتبر البعض أنه قد تم العمل بطريقة التفويض الفرعي لتسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير من قبل الشخص العمومي المتمثل في الجزائرية للمياه والديوان الوطني لتطهير المياه اللتين تم إنشائهما بسنة 2001، بموجب المرسومين التنفيذيين 101/01¹ و 102/01²، وتم تصنيفهما ضمن

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 101/01، المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 22 أبريل 2001 .

² - مرسوم تنفيذي رقم 102/01، المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير، ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 22 أبريل 2001 .

طائفة المؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الصناعي والتجاري، لصالح مؤسسات اقتصادية تم إنشائها من أجل تسيير خدمات المياه والتطهير، المتمثلة في شركة المياه والتطهير لكل من الجزائر وهران وقسنطينة وعنابة¹

في حين يرى البعض الآخر بأننا لسنا أمام تطبيق عملي لطريقة التفويض الفرعي، على أساس أن الجزائرية للمياه تم إنشاؤها قبل صدور قانون المياه لسنة 2005، أي قبل استحداث هذه الآلية، فالقانون القديم لم يتضمن أية إشارة لتفويض الخدمة².

في الواقع لقد تقرر إعادة تنظيم قطاع المياه، من خلال تجميع كل المؤسسات العامة والجهوية سواء في البلديات أو الولايات، في مؤسستين عموميتين هما: الجزائرية للمياه ADE بالنسبة لمياه الشرب، والديوان الوطني للتطهير ONA بالنسبة للتطهير³،

كما أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هل تخضع خدمة التفويض الفرعي مثلها مثل خدمة التفويض الأصلي للمنافسة؟

بالرجوع إلى نص المادة 105 المذكورة أعلاه يمكننا القول بأن المفوض سواء كان في إطار التفويض الأصلي أو الفرعي لا يتمتع بالسلطة التقديرية في اختيار المفوض له، بل يجب عليه عرض التفويض للمنافسة، لأننا أمام تفويض اتفاقي، كما أنه يجب عليه أولاً أن يحصل على موافقة الإدارة المكلفة بالموارد المائية، وهو ما نصت عليه المادة 108 من قانون المياه لسنة 2005⁴.

¹ - سيهوب سليم، المرجع السابق، ص. 240 .

² - بوهالي نوال، (الجزائرية للمياه - مرفق عام -)، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص. 29 .

³ - كسال سامية، " عقد التسيير المفوض أسلوب لتسيير الخدمة العمومية للمياه في الجزائر "، الملتقى الدولي الأول حول: " المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية - "، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، يومي 13 و14 ماي 2015، ص.76.

⁴ - تنص المادة 108 من القانون رقم 12/05، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، على أنه: " عندما يبادر صاحب الإمتياز بتفويض الخدمة العمومية بصفته هيئة مفوضة فإنه يتعين عليه طلب الموافقة المسبقة من الإدارة المكلفة بالموارد المائية قبل عرضها على المنافسة " .

وبالنسبة لصاحب الامتياز الذي يقوم بتفويض تسيير الخدمات العمومية لصالح متعامل عمومي أو خاص عليه أن يحصل على موافقة اتفاقية التفويض التي تتجسد في قرار وزاري مشترك صادر من وزير الداخلية ووزير الموارد المائية، وهو الشرط المضاف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 275/10، المؤرخ في 04 نوفمبر 2010، المتضمن كفايات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير¹.

لكن ما يتبادر إلى ذهننا ونحن بصدد دراسة عقود تفويضات المرفق العام، المتمثلة في الامتياز والإيجار والتسيير والوكالة المحفزة، هو في أي خانة يمكن أن نصنف عقد الرخصة وتفويض الخدمة؟

من خلال استقراء أحكام قانون المياه لسنة 2005، نلاحظ أن عقد الرخصة وعقد تفويض الخدمة مرتبط دائما بانجاز منشآت، وبالتالي يمكننا القول بأننا أمام امتياز، لكن سبق وأن قلنا أن الرخصة والامتياز يفتقدان للطابع التعاقدية، ويبقى التفويض وحده يتميز بالطابع التعاقدية الاتفاقي، وبالتالي يكون خاضعا لاختصاص قاضي استعجال العقود في حالة الإخلال بالتزامات المنافسة .

أما عقد التسيير، فقد تم إدراجه في القانون المدني بداية من سنة 1989، وذلك في إطار الإصلاحات الاقتصادية التي عرفتها الدولة في تلك الفترة، ويراد منه احتفاظ الدولة بملكية المرفق مع إسناد تسييره إلى القطاع الخاص²

ولعل أبرز مثال نذكره في هذا الصدد هو العقد المبرم بين المؤسسة العمومية الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير والشركة الفرنسية سوز للبيئة Suez-environnement، وذلك بتاريخ 25 نوفمبر 2005، وموضوعه تسيير خدمات المياه والتطهير لولاية الجزائر، لمدة 05 سنوات متبوعا بفترة انتقالية لمدة 06 أشهر³.

¹ - ج.ر، عدد 68، مؤرخة في 10 نوفمبر 2010 .

² - كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2012، ص.02 .

³ - بودراف مصطفى، (التسيير المفوض والتجربة الجزائرية في مجال المياه)، مذكرة ماجستير، تخصص قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص.77.

هذا ما يتعلق بالعقود المحددة في قانون الصفقات العمومية، فماذا عن العقود الأخرى المبرمة من

طرف الإدارة والتي يمكن أن تكون محل رقابة من طرف قاضي الاستعجال الإداري؟

المطلب الثاني: العقود الأخرى

لا تطبق أحكام قانون الصفقات العمومية إلا على العقود التي أعطاها المشرع وصف الصفقات العمومية إضافة إلى تفويضات المرفق العام، غير أن الإدارة تبرم عقودا أخرى¹ فهل تخضع هذه العقود بدورها للالتزامات الإشهار والمنافسة وبمعنى آخر هل تدخل هذه العقود ضمن اختصاص قاضي استعجال العقود والصفقات العمومية؟

الفرع الأول: عقود التنازل

كان الاجتهاد القديم للمحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا)، يعتبر التنازل من قبيل القرارات الإدارية الإنفرادية، وذلك في القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ 04 نوفمبر 1989، قضية ديوان الترقية ضد (ب.م)²، وجاء في حيثياته: "حيث أن عقد التنازل المؤرخ في 31 مارس 1986، والمسجل في 22 أبريل 1986، يشكل مقرا إداريا، يخضع إبطاله لاختصاص المجلس الأعلى دون سواه وهذا تطبيقا للمادة 274 من ق.إ.م

وأن مجلس قضاء الأغواط الفاصل في القضايا الإدارية وبفصله في الطلب الأصلي الرامي إلى إبطال عقد التنازل المذكور قد تعدى اختصاصه بإلغائه لمقرر إداري خارج عن نطاق رقابته "

¹ -عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.96.

² - قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى، بتاريخ 1989/11/04، رقم 64846، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1991، ص. 173 .

وهو نفس ما ذهبت إليه المحكمة العليا فيما بعد في قرارها الصادر بتاريخ 31 مارس 1996، في قضية ذوي حقوق (ر.ع) ضد والي ولاية الجزائر¹، حيث اعتبرت أن طلب إبطال العقد الإداري الصادر عن إدارة الأملاك الوطنية يعد بمثابة قرار إداري قابل للإلغاء .

غير أنه، وبمقتضى أحكام القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 19 فيفري 1992، المتعلق بشروط بيع الأراضي الجرداء المتوفرة، التابعة لأملك الدولة الخاصة والتي تعتبر ضرورية لإنجاز برامج الاستثمارات²، اعتبر المشرع التنازل عقدا إداريا، حيث جاء في البند 17 من دفتر الشروط الملحق بالقرار أنه: " يتولى تحرير العقد الإداري المتضمن نقل ملكية القطعة الأرضية لفائدة المشتري، مدير أملاك الدولة المختص إقليميا " .

وقبل ذلك، قضت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية (ب.ز) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لسيدي مبارك ومن معه³، بموجب قرارها الصادر بتاريخ 28 جويلية 1990 أن "كل تنازل لصالح أشخاص يخضع إلى قواعد الإشهار وهذا الإشهار منصوص عليه حرصا على تساوي حظوظ المترشحين بل واعتبرت أن شكلية الإشهار هي من النظام العام، حيث أضاف قائلة: " حيث أن المجلس الشعبي البلدي لم يقدم الدليل على كونه استوفى هذه الشكلية الجوهرية التي هي من النظام العام" .

نلاحظ من خلال قرار مجلس الدولة أن عقود التنازل تخضع هي أيضا لالتزامات الإشهار.

الفرع الثاني: عقود بيع وإيجار الأملاك العامة

الأصل أن الأملاك العامة لا يتم بيعها أو تأجيرها إلا عن طريق المزاد العلني⁴، حيث أن الأشخاص المعنوية العامة ملزمة باحترام إجراءات التعاقد المتمثلة في الإعلان واحترام التزامات

¹ - قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 31 مارس 1996، نشرة القضاة العدد 50، سنة 1997، ص. 151 .

² - ج.ر، عدد 25، مؤرخة في 01 أبريل 1992 .

³ - قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 28 جويلية 1990، رقم 76077، قضية (ب.ز) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لسيدي مبارك ومن معه، المجلة القضائية، العدد 03، 1992، ص. 163 .

⁴ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص. 23 .

المنافسة عندما تقرر بيع أو إيجار أملاكها، ويجوز لها استثناء إمكانية إبرام هذه الطائفة من العقود دون التقيد بإجراءات الإعلان والمنافسة .

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء كان يقوم بتقسيم العقود التي ترد على الأملاك العمومية إلى عقود مدنية تخضع لقواعد القانون المدني وعقود إدارية تخضع لقواعد القانون العام، حيث إن كانت تتعلق بالأملاك الخاصة فهي عقود مدنية، أما إذا كانت تتعلق بالأملاك العامة فتعد عقودا إدارية، غير أن الفقه والقضاء هجر هذه التفرقة، وأقر بالطابع الإداري لجميع العقود التي ترد على الأملاك الوطنية سواء كانت عامة أو خاصة¹

أما في التشريع الجزائري، وبالرجوع إلى قانون الأملاك الوطنية رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990²، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14/08، المؤرخ في 20 جويلية 2008³، فإن الأملاك الوطنية تشمل الأملاك العمومية والأملاك الخاصة .

فبالنسبة للأملاك العمومية نقصد بها الأملاك التي لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها وتتمثل في الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور، وهي بدورها تقسم إلى أملاك وطنية طبيعية مثل شواطئ البحر، المياه البحرية الداخلية، مجاري المياه ... وأملاك وطنية اصطناعية مثل السكك الحديدية، الموانئ المدنية والعسكرية ...

أما الأملاك الوطنية الخاصة فيقصد بها كل الأملاك والحقوق غير المدرجة في الأملاك العمومية ومثال ذلك العقارات ذات الاستعمال السكني، المهني والتجاري، الأملاك التي تعود إلى الدولة عن طريق الهبات والوصايا، الأملاك الشاغرة، الأملاك المحجوزة أو المصادرة التي اكتسبتها الخزينة نهائيا⁴.

¹ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص.24 .

² - ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990 .

³ - ج.ر، عدد 44، مؤرخة في 03 أوت 2008 .

⁴ - موسوعة القانون الجزائري، دار بيرتي للنشر، الجزائر، 2013، ص.477-478 .

ولقد نصت المادة 89 من القانون رقم 19/08، المعدل والمتمم لقانون الأملاك الوطنية على مايلي: "يمكن التنازل أو تأجير الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والجماعات الإقليمية غير المخصصة أو التي ألغي تخصيصها، إذا ورد احتمال عدم قابليتها لتأدية وظيفتها في عمل المصالح والمؤسسات العمومية عن طريق المزاد العلني ...

ويمكن، بصفة استثنائية مبررة قانوناً، التنازل أو التأجير بالتراضي على أساس القيمة التجارية أو الإجارية الحقيقية للأملاك المعنية لأجل عمليات تحقق فائدة أكيدة للجماعة الوطنية" وأضاف المادة أنه يمكن أن يتحول الإيجار إلى تنازل وفق شروط معينة .

أولاً: عقود البيع

كانت المادة 89 في ظل قانون الأملاك الوطنية لسنة 1990 تجيز بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للأملاك الوطنية الخاصة والجماعات الإقليمية، بشرط إلغاء تخصيصها في حالة وجود احتمال بأنها أصبحت قابلة لتأدية وظيفتها، إلا أنه بعد تعديل هذه المادة بموجب قانون الأملاك الوطنية في سنة 2008، استبدل المشرع البيع بالتنازل أو التأجير، وجاء فيها: "يمكن التنازل أو تأجير الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والجماعات الإقليمية غير المخصصة أو تلك التي ألغي تخصيصها إذا ورد احتمال عدم قابليتها لتأدية وظيفتها في عمل المصالح والمؤسسات العمومية عن طريق المزاد العلني " .

إن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هو هل المشرع ألغى أسلوب بيع العقار الذي يدخل ضمن الأملاك الخاصة للدولة أو الجماعات الإقليمية؟ أم أن البيع والتنازل يؤديان نفس المعنى؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي منا العودة إلى أحكام النص التطبيقي لقانون الأملاك الوطنية الصادر بسنة 2012، ويتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي رقم 427/12، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، المتضمن شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، حيث نجد أن المادة 90 منه، التي جاءت تطبيقاً لنص المادة 89 المذكورة أعلاه قد ذكرت أسلوب البيع بالنسبة للعقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة بشرط أن تكون غير مخصصة أو ألغي تخصيصها، وأنها لم تعد

صالحة، ويتم البيع عن طريق أسلوب المزايا العلني والتراضي. وقد حدد المشرع في دفتر الشروط الملحق بالقرار الوزاري المؤرخ في 05 مارس 1997، المتضمن الموافقة على دفتر الشروط المحدد للبنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأموال الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية¹، ويجب أن يتم الإعلان عن المزايا 20 يوما على الأقل قبل تاريخ إجراءه، ويتم نشره في الصحافة وعن طريق المصنقات وبأي وسيلة أخرى عند الاقتضاء كما يجب تعيين العقار المراد بيعه تعيينا دقيقا ومفصلا، وتحديد مساحته والتمن الأدنى الذي تم عرضه، وتحديد المكان الذي سيتم فيه إجراء المزايا.

ثانيا: عقود الإيجار

عقد الإيجار، هو من العقود المسماة، نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني، بالإضافة إلى نصوص قانونية خاصة منه المرسوم التنفيذي 76 / 147، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن والتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري².

وقد كانت عقود الإيجار في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، تخرج من اختصاص القضاء الإداري، وكان القضاء العادي هو المختص للنظر في المنازعات المتعلقة بعقود الإيجار التي تكون أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، وذلك بموجب، المادة 07 مكرر، حيث كانت تنص على أنه: "تكون من اختصاص المحاكم:

المنازعات المتعلقة بالإجراءات الفلاحية والأماكن المعدة للسكن أو لمزاولة مهنية أو للإجراءات التجارية أو الاجتماعية "

لكن المشرع ومن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يضمن عقود الإيجار في الاستثناءات الواردة على اختصاص المحاكم الإدارية، وهذا معناه عودة المنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود لاختصاص القاضي الإداري.

¹ - ج.ر، عدد 55، المؤرخة في 20 أوت 1997.

² - ج.ر، عدد 12، مؤرخة في 09 فيفري 1977.

الفرع الثالث: عقود قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص

انطلاقاً من نصوص المرسوم التنفيذي رقم 427/12 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، المتضمن شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة¹، خاصة المواد 124، 125 و126 فإنه في حالة ما إذا كان العقار مشاعاً بين الدولة والخواص وكان هذا العقار قابلاً للتقسيم فإنه يتم إخراج حصة الدولة من الملكية أما ما تبقى فيبقى مشاعاً بين الشركاء الآخرين .

ويتم تقديم طلب التقسيم إلى مدير أملاك الدولة الذي يوجد في دائرة اختصاصه العقار وذلك في حالة التراضي بين الشركاء والدولة، أما في حالة عدم التراضي فيقدم الطلب إلى الجهة القضائية المختصة، وتخضع المبادرة بالتقسيم إلى أحكام القانون المدني .

انطلاقاً من مبدأ معروف ويتعلق الأمر بمبدأ "قاضي الأصل هو قاضي الفرع" وبما أن القانون المدني هو القانون المطبق هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الدولة في هذه الحالة تظهر بمظهر شخص عادي مجرد من امتيازاته العامة، فهي لا تعدو كونها شريكاً في ملكية مشاعة مع أشخاص تخضع للقانون الخاص، وبالتالي فإن الجهة القضائية المختصة هي جهات القضاء العادي ممثلة في القسم العقاري للمحكمة .

أما في الحالة العكسية أي عندما يكون العقار غير قابل للتقسيم فإن الدولة تتنازل عن حصتها أو تأجرها لفائدة الشركاء الآخرين، وفي حال ما إذا تم رفض ذلك من طرف شريك أو عدة شركاء آخرين، تباشر الدولة بيع حصتها المشاعة بأية وسيلة تراها مناسبة لكن مع احترام التزامات المنافسة.

وبما أن عقد التأجير أو التنازل المبرم من طرف الدولة يخضع لالتزامات المنافسة، فإن الدولة في هذه الحالة لا تظهر بمظهر شخص عادي، لأن المادة 714 من القانون المدني تنص على أن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها بشرط عدم الإضرار بالشركاء الآخرين، فالدولة لا تتصرف في حصتها وفقاً لنص المادة ولا تتعاقد وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وإنما تبرم عقداً .

¹ - ج.ر، عدد 69، مؤرخة في 19 ديسمبر 2012 .

المبحث الثاني: العقود التي تخرج عن اختصاص قاضي الاستعجال الإداري

لقد نص المشرع الجزائري صراحة في قانون الصفقات العمومية على مجموعة من العقود تخرج من مجال تطبيقه وذلك بالرغم من اكتسابها صفة العقد الإداري تطبيقاً للمعيار العضوي، فهي إذن لا تخضع للمبادئ التي تقوم عليها الطلبات العمومية وبالتالي تخرج عن مجال تطبيق المادتين 946 و947 من ق.إ.م.إ.، هذه العقود تجد مصدرها في ظل المادة 07 من المرسوم الرئاسي 1/15 (المطلب الأول)، كما أن هناك عقوداً أخرى تخرج من مجال تطبيق هاتين المادتين نظراً لخصوصيتها، وذلك بالرغم من أنها تصطبغ بالصبغة الإدارية، هذه الخصوصية يعكسها مظهر الإدارة بحيث أنها تنزل أحياناً لمرتبة الأفراد، فليس من المعقول حينئذ أن تخضع للإجراءات الشكلية التي تخضع لها بقية العقود الإدارية، وبالتالي لا يمكن أن تكون محلاً لتدخل قاضي الاستعجال الإداري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقود التي تخرج من اختصاص القاضي الاستعجالي بموجب نص

بالرجوع إلى نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنها قد نصت على مجموعة من العقود لا تخضع للأحكام التي تطبق على الصفقات العمومية والمنصوص عليها في الباب الأول منه .

إن عبارة: "الباب الأول منه"، تجرنا للتساؤل عن المقصود من خلالها، فقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يحتوي على أربع أبواب، فهل هذا معناه أن العقود المذكورة في نص المادة 07 لا تخضع للباب الأول منه، وفي مقابل ذلك تخضع للأبواب الثلاثة المتبقية، خاصة الباب الثاني المتعلق بتفويضات المرفق العام؟

ومن خلال استقراء نص المادة 07، نلاحظ بأنها قد حددت مجموعة من الأشخاص واستثنتهم من مجال تطبيق الباب الأول المتعلق بالأحكام المطبقة على الصفقات العمومية .

كما أن مقارنة نص المادة 07 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مع المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية السابق، نلاحظ بأن هذه الأخيرة أخرجت بعض العقود من الخضوع

لجميع أحكام القانون، وليس فقط بابا معيناً، ولعل أن هذا الفرق راجع إلى استحداث عقود تفويضات المرفق العام في القانون الجديد؟

إن هذا الغموض يقودنا أيضاً للتساؤل عن مدى خضوع هذه الفئة من العقود للمادتين 946/947 من ق.إ.م.إ، وبالتالي لاختصاص قاضي استعجال العقود؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة يقتضي منا أولاً البحث في العقود الواردة في نص المادة 07، والمتمثلة في:

- العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها .
- العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تزاوّل نشاطاً غير خاضع للمنافسة .
- العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع .
- العقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات .
- العقود المبرمة مع بنك الجزائر .
- العقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقات الدولية، عندما يكون ذلك مطلوباً .
- العقود المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم .
- العقود المبرمة مع محامين والتي يكون موضوعها تقديم خدمات المساعدة والتمثيل .
- العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام الباب الأول من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بالأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، وذلك عندما تتصرف لحساب المصالح المتعاقدة.

نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد زاد من قائمة العقود غير الخاضعة للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية بعد أن كانت محصورة في العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين فقط في ظل قوانين الصفقات العمومية السابقة .

إن هذه العقود تحتاج إلى الدراسة والتفصيل، لذلك خصصنا لها الفرع الأول من هذا المطالب . أما الفرع الثاني فخصصناه للعقود المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تخرج من حيث الأصل من تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية .

الفرع الأول: عقود إدارية مستثناة من الخضوع للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية

ذكرنا بأن المادة 07 من المرسوم الرئاسي الخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد قامت بتعداد مجموعة من العقود على سبيل الحصر تستثنى من الخضوع للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية وذلك بالرغم من كونها عقودا إدارية تطبيقا للمعيار العضوي ، وتتمثل هذه العقود فيمايلي:

أولا: عقود الشراكة بين القطاع العام والعام

ظهر هذا النوع من العقود في فرنسا وأطلق عليه عقود الشراكة بين القطاع العام والعام، وبدأ في البروز، خاصة مع تبني النظام اللامركزي بمقتضى قانون 02 مارس 1982، وازدادت الحاجة إليه مع مرور السنوات وبالأخص في التسعينات حيث أصبح أداة ضرورية لإصلاح التنظيم الإداري¹.

والتنظيم الإداري الجزائري عرف بدوره هذا النوع من العقود خاصة بتبني النظام الإداري اللامركزي، بداية من دستور 1976، وذلك بهدف تقريب الإدارة من المواطن ومشاركته في تسيير شؤونه العمومية².

¹-Christophe Guettier ,Droit des contrats administratifs, 1ére édition , PUF, Paris , 2004,P.P.17-18.

²- سليمان السعيد، " الخدمة العمومية المحلية بين النص والواقع "، يوم دراسي حول الخدمة العمومية في الجزائر: واقع وآفاق، قسم العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2015، ص.01.

لكن المشرع الجزائري لطالما حرص في تنظيمه للصفقات العمومية على استبعاد العقود المبرمة بين الهيئات الإدارية من الخضوع لأحكامه، ففي قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، نجد أنه قد نص على أنه: "ولا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم".

وأكدته فيما بعد التعديل الذي طرأ على قانون الصفقات العمومية في سنة 2013¹، وكذا قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نصت المادة 07-01 منه على أن: "لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها".

ولعل السبب وراء هذا الاستبعاد يرجع إلى أن التعاقد بين الإدارات العمومية لا يثير إشكالية الفساد المالي أو شبهة المعاملة²، وبالتالي فنحن أمام صورة أخرى للشراكة وهي الشراكة بين القطاع العام والعام.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو المقصود بالهيئات والإدارات العمومية؟ كما أن عبارة المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، تجعلنا نتساءل عن مصير العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية التي استحدثها المشرع مؤخرا ويتعلق الأمر، بالمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمهني والتقني؟

1- تحديد المقصود بالهيئات والإدارات العمومية

استخدم المشرع الجزائري عبارة "الإدارات العمومية" ابتداء من قانون الصفقات العمومية لسنة 1982³، أما الهيئات العمومية فقد أشار إليها القانون رقم 01/88، المؤرخ في 12 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁴، من أجل تمييزها عن المؤسسات

¹ - المرسوم الرئاسي 03/13، المؤرخ في 13 جانفي 2013، المعدل والمتمم لتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 02، مؤرخة في 2013/01/13.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبعة 2011، المرجع السابق، ص.60.

³ - المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر، عدد 15، مؤرخة في 13 أبريل 1982.

⁴ - ج.ر، عدد 02، مؤرخة في 13 جانفي 1988.

العمومية الاقتصادية واعتبرها " أشخاصا معنوية خاضعة للقانون العام ومكلفة بتسيير الخدمات العمومية"، كما قام بتقسيمها إلى هيئات عمومية ذات طابع إداري وهيئات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وأخرى محلية وأخرى ذات تسيير خاص. لكن بالرجوع إلى نص القانون باللغة الفرنسية نجد أن المشرع قد استعمل مصطلح " Etablissement public"، للتعبير عن الهيئة العمومية ومصطلح « L'entreprise publique »، للتعبير عن المؤسسة الاقتصادية، وبالتالي فإن الترجمة الأصح هي مؤسسة وليس هيئة، فمن خلال استقراء أحكام هذا القانون نجدها بأنها تنطبق على المؤسسة العمومية.

2- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع الخاص

عندما تبرم أحد المصالح المتعاقدة المذكورة في نص المادة 06 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سواء كانت الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو حتى مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، عقدا مع إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، فإن هذا العقد لا يخضع للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية .

فالمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية تخضع في تسييرها وفي نشاطها للقانون العام، فعمالها يعتبرون موظفون عموميون وأموالها أموال عامة، وأعمالها تتصف بالصبغة الإدارية.¹

لكن الإشكال يطرح إذا تم إبرام العقد مع إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الخاص، المتمثلة في المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، ومراكز البحث والتنمية .

ثانيا: العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تزاوّل نشاطا غير خاضع للمنافسة .

إن المؤسسات العمومية التي يحكمها التشريع الذي يحكم النشاط التجاري تخضع كما رأينا لأحكام قانون الصفقات العمومية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو من الجماعات الإقليمية، وبالتالي ماعدا هذه الحالة فهي لا تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية وتخرج عن رقابة القاضي الإداري.

1- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، د.ت.ن، ص.165 .

ثالثاً: العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع .

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي المتعلق بالإشراف على المشروع والإشراف المنتدب على المشروع الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 2014¹، نجد أن المشرع قد أعطى تعريفاً لكلا من صاحب المشروع وصاحب المشروع المنتدب .

حيث عرفت المادة 02 منه صاحب المشروع بأنه: " الدولة بصفتها شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون العام يبادر بمشروع أو برنامج بهدف دراسته أو إنجازه، يحدد بوضوح وتكرس الأهداف والوسائل والنتائج المرتقبة منه " .

في حين عرفت المادة 03 منه صاحب المشروع المنتدب بأنه: " المؤسسة أو الهيئة العمومية التي يفوض لها المشروع أو البرنامج من قبل صاحب المشروع عن طريق اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع، بحيث تكلف بتنفيذ و/ أو بإنجاز كل أو جزء من المشروع أو البرنامج المذكور في المادة 02 .. وذلك باسم ولحساب صاحب المشروع ..

يكون صاحب المشروع المنتدب على الخصوص:

- المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
- المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي
- مركز البحث والتطوير " .

وأضافت المادة أنه يتم تعيين صاحب المشروع المنتدب من طرف صاحب المشروع بموجب قرار سابق .

يظهر من خلال المادة بأن اتفاقية المشروع المنتدب يكون موضوعها فقط تفويض الاختصاص من أجل تنفيذ أو إنجاز المشروع موضوع الاتفاقية وبالتالي فإن خروج هذه الطائفة من العقود من

¹-ج.ر، عدد 68، مؤرخة في 23 نوفمبر 2014 .

الخضوع لأحكام الصفقات العمومية يبرره الجانب الإداري المحض للاتفاقية فلا وجود لصرف أي أموال عامة.

رابعاً: العقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات .

سننظر إلى عقد الإقتناء ثم إلى عقد التأجير .

1- عقود الإقتناء:

إن إخراج عقود الإقتناء للأراضي والعقارات التي تقوم بها أحد الأشخاص المعنوية العامة من الخضوع لأحكام قانون الصفقات العمومية جاء تماشياً مع ما نصت عليه المادة 26 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، حيث اعتبرت بأن اقتناء الأراضي يتم وفق طريقتين، الأولى تتمثل في تلك التي تخضع للقانون الخاص وهي العقد والتبرع والتبادل والتقدم والحياسة، وتجد مصدرها في القانون المدني، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد ذكر في المادة 26 المذكورة أعلاه بأنها تخضع للقانون العام، وهو خطأ وقع فيه المشرع لأنها وسائل اكتساب الملكية المعروفة في القانون الخاص، أما الثانية فهي تلك التي تخضع للقانون العام وتتمثل في نزاع الملكية وحق الشفعة، باعتبارهما أحد الامتيازات التي تتمتع بها الهيئات الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها .

ومن ثمة فعقود الإقتناء تخضع للقانون الخاص، ولعل السبب في إخراج هذا النوع من العقود من الخضوع لأحكام قانون الصفقات العمومية، هو أن الإدارة لا تظهر فيها بمظهر السيادة، فهي تتعامل مع أحد الأفراد على أساس التراضي .¹

2- عقود التأجير

إذا كانت ملكية الشخص الإقليمي للأملاك الوطنية التابعة له تخوله حق التصرف، فإنها تخوله أيضاً حق التمتع مثله مثل الأفراد، إذ يسوغ له أن يستعمل ويستغل أملاكه الخاصة والاستفادة منها لأغراض مالية، وذاك وفقاً للهدف الذي رصدت له (المادة 30 من قانون 30/90)، إذ له أنيلجأ لأسلوب التأجير لاستثمار أملاكه، لكن ذلك في الحدود والشروط التي تضمن فيها حماية هذه الأملاك، وهذا ما

¹ - أمر يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، 2004، ص. 41 .

سعى إليه المشرع الجزائري عندما عدل وتم أحكام المواد المتعلقة بالتأجير في قانون الأملاك الوطنية، وذلك وفقا للتطورات الحاصلة في مجال الاستثمار، وتختص إدارة الأملاك الوطنية وحدها بتأجير الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة التي تسيروها وذلك وفقا للمادة الأولى من القرار المؤرخ في 15 أوت 1994، المتضمن الموافقة على دفتر الشروط العامة الذي يؤجر وفقه عن طريق المزاد العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالدولة التي تدير إدارة الأملاك الوطنية تسييرا مباشرا¹.

خامسا: العقود المبرمة مع بنك الجزائر .

بموجب المادة 11 من قانون النقد والقرض، يعد بنك الجزائر مؤسسة وطنية مستقلة، ويوجد هذا الشكل القانوني مصدره في القانون رقم 144/62 المؤرخ في 13 ديسمبر 1962، المتعلق بالقانون الأساسي للبنك المركزي² في نص المادة 02 منه، ويتمتع بهذه الصفة بثلاث سلطات تتمثل في السلطة النقدية والسلطة التنظيمية والسلطة الاقتصادية³.

وبما أن العقد المبرم مع بنك الجزائر هو مالي محض فلا داعي لأن يكون خاضعا لقانون الصفقات العمومية، خاصة وأن مثل هذه العقود يحتاج إلى السرعة والسرية في التعامل.

سادسا: العقود الدولية

تتمثل في العقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقات الدولية، عندما يكون ذلك مطلوبا ويقصد بذلك العقود الإدارية الدولية التي تخضع لنظام قانوني متميز بالطابع الدولي، فهي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية والسبب في ذلك أنه يحكمها بنود الاتفاقية، فالقانون الدولي يطغى على القانون الوطني في هذه الحالة.

وهذا النوع من العقود يخرج من اختصاص القاضي الإداري، وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي، حيث اعتبر بأنه لا يكون مختصا إلا فيما يتعلق بالعقود الإدارية التي تخضع للقانون

¹-ج.ر، عدد 01، مؤرخة في 08 جانفي 1995 .

²-ج.ر، عدد 10، مؤرخة في 28 ديسمبر 1962.

³- عجة الجليلي، "الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال"، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد 04، جوان 2006، ص.ص. 303-304 .

الفرنسي، حيث تخرج من اختصاصه العقود المبرمة بموجب اتفاقية لا يحكمها القانون الفرنسي، وتتخلص وقائع القضية في أنه قد تم إبرام اتفاقية بين إقليم الألزاس ودولة فرنسا من جهة وبين أحد الأقاليم الاتحادية لجمهورية ألمانيا وأحد الكانتونات السويسرية موضوعه تحديد كيفية تمويل كل منهم للمشروع المتعلق بأحد المراكز، نتيجة لعدم تنفيذ بنود هذه الاتفاقية رفع إقليم الألزاس دعوى ضد دولة فرنسا على أساس عدم تنفيذ العقد، فرفض القاضي الدعوى على أساس أنه يختص فقط بالعقود التي يحكمها القانون الوطني.¹

سابعاً: العقود المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم

تناول قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في بابه الخامس، اجراء الصلح (1)، والتحكيم(2):

1-الصلح

عرفتالمادة 459 من القانون المدني الجزائري الصلح، بأنه:"عقد، ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"، من خلال نص المادة يظهر أن هناك صورتين من الصلح هما: الصلح القضائيويعتبر طريق إجرائي يتم أمام الجهات القضائيةوالصلح غير القضائي وهو الذي يقع خارج ساحة القضاء ودون وجود دعوى قضائية²

وقد تعرض القاضي الإداري الجزائري لعقد الصلح غير القضائي، وذلك في القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، بتاريخ 15 أكتوبر 2008، قضية (ج.ع) ضد (ولاية الجزائر ومؤسسة ميترو الجزائر)³، وتتخلص وقائع القضية في أنه بموجب اتفاق حصل بين السيد (ج.ع) ومؤسسة ميترو الجزائر، بتاريخ 19 مارس 2007، قامت المؤسسة بوضع محل تجاري تحت تصرف السيد (ج.ع)، مقابل نزع ملكيته المتمثلة في قاعدته التجارية وذلك من أجل المنفعة العامة، وتم توثيق

¹- Diane Poupeau, « Responsabilité de l'état dérivée d'un contrat de droit allemand: le juge français est incompétent », CE, 05/07/2013, AJDA, 2013, P.1417.

2- يس محمد يحي، عقد الصلح، دار الفكر العربي،(د.ب.ن)، 1978، ص.427 .

3- قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، بتاريخ 2008/10/15،(ج.ع) ضد (ولاية الجزائر ومؤسسة ميترو الجزائر)، رقم 08/1896، غير منشور، أشار إليه لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.624 .

العقد بتاريخ 13 نوفمبر 2007، إلا أن السيد (ج.ع)، رفع دعوى طالب من خلالها التعويض عن نزع ملكيته، فأجاب قاضي الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بما يلي: "كون المطالبة بالتعويض النقدي عند نزع الملكية غير مستساغ لحصول اتفاق ما بين المدعي المنزوعة ملكيته للمنفعة العامة والمدعى عليه ميترو الجزائر المستفيد من ذلك بتاريخ 2007/03/19، والمجسد بعقد توثيقي في 2007/11/13، المتضمن قبول المدعي للتعويض العيني، المتمثل في وضع محل تجاري تحت تصرفه مقابل تنازله عن قاعدته التجارية، وأن اختيار التعويض العيني يضع حدا للنزاع ويجعل التعويض النقدي مستبعد .

كما أن الاتفاق على التعويض العيني وتجسيده بعقد موثق يعد اتفاقا نهائيا وملزم للطرفين، ولا يمكن التراجع عنه، خاصة وأن المدعي قام بتنفيذ العقد، ودفع قيمة إيجار المحل الممنوح له ..."

2- التحكيم

لقد أصبح التحكيم من أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بين الأطراف خارج النطاق القضائي¹، إلا أن اللجوء إلى التحكيم محظور على الأشخاص المعنوية العامة، ومرد ذلك إلى أنه مخالف لسيادة الدولة، ذلك أن القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة التي لا يجوز للدولة أن تتنازل عنها².

وهذا المبدأ منصوص عليه في المادة 975 من ق.إ.م.إ: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما " .

لكنها أضافت بعض الحالات التي يمكن فيها اللجوء للتحكيم: "إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"، وهو ما أكدته المادة

1- إبراهيم حسن الملا، "قضاء التحكيم في اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة، دور المحكمة الاتحادية العليا في تطوير الفكر القضائي الإماراتي"، مجموعة أوراق بحثية أعدت بمناسبة الاحتفال بمرور أربعين عاما على إنشاء المحكمة، أبو ظبي، 2013، ص. 17.

2- عدلي محمد عبد الكريم، "خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص. 210 .

1006فقرة 03 من ق.إ.م.إ، حيث نصت على أنه: "ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

ونتيجة لذلك يمكن للأشخاص المعنوية العامة، أن تلجأ إلى التحكيم فقط إذا كان الأمر متعلقا بالصفقات العمومية، أو الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر¹، عندما تتضمن هذه الأخيرة شرطا تحكيميا، وهو ما نصت عليه المادة 17 من الأمر 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار²، المعدل والمتمم، حيث جاء فيها: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص".

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أعطى اختصاص الفصل في النزاعات المتعلقة بالاستثمار للقضاء الوطني³.

ومثل ذلك الاتفاق المبرم بين الجزائر والصين، حيث نصت المادتين 08 و09 من الاتفاقية على اللجوء إلى التحكيم في حالة حصول نزاع بين الطرفين⁴.

ومن استقراء نص المادتين نلاحظ أن للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم الداخلي فيما يتعلق بالصفقات العمومية والتحكيم الدولي فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية، والعلاقات الاقتصادية.

وبالرجوع إلى المادة 1039 منق.إ.م.إ نجدها قد عرفت التحكيم الدولي بأنه: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

1- عبد الحميد الاحدب، "قانون التحكيم الجزائري الجديد"، مجلة التحكيم، العدد 02، أبريل 2009، ص. 68.

2- ج.ر، عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001.

3- سلامي ميلود، المرجع السابق، ص. 84.

4- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات: حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.ص. 350-358.

وبالتالي فإن المعيار المعتمد من طرف المشرع الجزائري للتمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي هو المعيار الإقتصادي¹ ، ونقصد به عقود التجارة الدولية في إطار العلاقات الاقتصادية بين الدول²، فمتى توفر المعيار الاقتصادي في العلاقة القانونية تعاقدية أو غير تعاقدية، وكانت حركة الأموال عبر الحدود، كنا بصدد عقد دولي، ومتى خضع هذا العقد للتحكيم، كنا بصدد تحكيم تجاري دولي، سواء كان أطرافه الدولة أو إحدى هيئاتها³ .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان يحظر على الأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم حتى في علاقاتها الدولية، انطلاقا من نص المادة 2/442 من قانون الإجراءات المدنية القديم، التي كانت تنص على أنه: " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم " وهو ما جعل الأجانب يعزفون عن الاستثمار في الجزائر⁴ .

حيث يعتبر التحكيم الوسيلة الأكثر قبولا لدى المستثمرين لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن الاستثمار خاصة إذا كانت الدولة أو أحد أجهزتها طرفا في العقد⁵

غير أننا نتساءل عن مدى مشروعية عدم خضوع عقود التحكيم الإجراءات المطبقة على الصفقات العمومية:

¹ عبد الحميد الأحذب، " قانون التحكيم الجزائري الجديد "، يومين دراسيين حول: الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، المحكمة العليا، يومي 15 و16 جوان 2008، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، 2009، ص.24 .

² عجابي إلياس " النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص.ص.61-62 .

³ العيساوي حسين، " التحكيم وحصانة الدولة "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سبتمبر 2011، ص.497 .

⁴ بن سهلة ثاني بن علي، نعيمي فوزي، " تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، الجزائر، 2008، ص. 19 .

⁵ محمد الروبي، " التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T "، المؤتمر السنوي 16 حول: التحكيم التجاري الدولي : أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، جامعات الإمارات العربية المتحدة، 28 و30 أبريل 2008، ص.156 .

عقد التحكيم هو من العقود المسماة¹، موضوعه تقديم خدمات ذهنية من قبل المحكم لصالح طرفي النزاع، مقابل مبلغ معين أو أتعاب محددة.²

يعتبر اتفاق التحكيم أو عقد التحكيم، عقدا يتم باتفاق أطرافه، يشترط فيه توافر أركان العقد من رضا ومحل وسبب³، فهو ذو طبيعة تعاقدية يقوم أساسا على اتفاق أو إرادة الأطراف⁴، فهو يستمد شرعيته من إرادة الخصوم⁵، ولعل ذلك يبرر استثناء هذا النوع من العقود من الخضوع لقانون الصفقات العمومية .

حيث يرى أغلبية الفقه بأن العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع هي علاقة تعاقدية أساسها الإيجاب والقبول الصادر من كل طرف⁶ سواء كان التحكيم بين أشخاص القانون الخاص أو كان أحد أطرافه شخصا معنويا عاما .

ومن بين ما يميز التحكيم في العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة، هو حرية الاختيار في نوع التحكيم الملائم لخصوصية المنازعة، وكذا اختيار المحكمين الذين يتوافر لهم التكوين الملائم والخبرة الخاصة للتصدي لمثل هذه المنازعات، ومما يبرز الخصوصية في التحكيم كشرط يطالب به الأطراف المتعاقدة مسألة السرية التي تعد أساس العمليات الاقتصادية الاستثمارية، لأن الدولة تسعى إلى المحافظة على سرية مشاريعها خاصة إذا كانت من مشاريعها الاستراتيجية⁷، وما يترتب عن هذه

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 2006، ص.394 .

² - الشيهابي إبراهيم الشرقاوي ومصطفى أبو العينين، " الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم والمسؤولية المدنية الناشئة عنها "، مجلة العلوم القانونية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة، جانفي 2013، ص.109.

³ - وائل طيارة، " الاتفاق على التحكيم في ظل قواعد اليونسترال وصوره وأشكاله، الرضا به، محله "، مجلة التحكيم، ملحق للعدد 08، 2010، ص.ص.291-297 .

⁴ - عجابي إلياس، المرجع السابق ، ص.60 .

⁵ - العيساوي حسين، " التحكيم وحصانة الدولة "، المرجع السابق، ص.494.

⁶ - الشيهابي إبراهيم الشرقاوي ومصطفى أبو العينين، المرجع السابق، ص. 105 .

⁷ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية: دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.27 .

العقود من آثار سياسية واقتصادية تؤثر بشكل كبير على مصالح الدول وعلى الشركات العملاقة نظرا لحساسية المعلومات والوثائق وأسرار هذه العقود، فقد يؤدي تسرب المعلومات التي تتعلق بمستوى إنتاج حقل بترولي إلى أزمات واضطرابات اقتصادية قد ترفع أو تخفض في أسعار البترول في السوق العالمية، كما يؤدي عدم احترام السرية إلى تسرب الأسرار التكنولوجية لو كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي¹.

ثامنا: عقود الخدمات القانونية

الأصل أن تمثيل الخصوم أمام الجهات القضائية الإدارية بمحام وجوبي، تحت طائلة عدم قبول العريضة (المادتين 826 و906 من ق.إ.م.إ.)، وهذا الإجراء من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه²، إلا أنه وفي مقابل ذلك فإن الأشخاص المعنوية العامة، معفاة من ضرورة تمثيلها بمحامي، وهو ما نصت عليه المادة 827 من ق.إ.م.إ.، حيث جاء فيها: "تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه، من التمثيل الوجوبي بمحام في الإدعاء أو الدفاع أو التدخل .

توقع العرائض ومذكرات الدفاع ومذكرات التدخل المقدمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم أعلاه، من طرق الممثل القانوني " .

إن نص المادة يقودنا إلى تحديد الأشخاص المعنوية المعفاة من ضرورة تمثيلها بمحامي (1)، بالإضافة إلى تحديد المقصود بالممثل القانوني (2)، ثم تحديد المرحلة القضائية المعنية بالإعفاء (3)، وتحديد الحالات التي تستدعي اللجوء إلى إبرام اتفاقية مع محامي معين (4)، وأخيرا البحث في مدى مشروعية استثناء هذا الصنف من العقود من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في الباب الأول من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (5) .

¹ - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.ص. 41-42 .

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص. 126 .

1-الأشخاص المعنوية المعفاة من ضرورة التمثيل بمحام

من خلال استقراء نص المادة 827 من ق.إ.م.إ-المذكورة أعلاه- نجد أنها قد حددت تطبيق إجراء الإعفاء من التمثيل بمحام، في الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 من ق.إ.م.إ، وبالرجوع إلى هذه الأخيرة نجد أن الأشخاص المعنوية بالإضافة إلى الدولة، تتمثل في الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، والتي تشكل تطبيقاً لأحكام المادة 49 من القانون المدني الجزائري، الأشخاص المعنوية العامة .

غير أن المصلحة المتعاقدة المذكورة في نص المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (274/15)، تشمل إلى جانب الدولة والجماعات الإقليمية (الولاية والبلدية)، والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، المؤسسات العمومية التي تخضع للنشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، فهل تعفى أيضاً هذه المؤسسات من إلزامية التمثيل بمحام ؟

ضف إلى ذلك فقد ظهر في الآونة الأخيرة نوع آخر من المؤسسات العمومية إلى جانب المؤسسات العمومية التقليدية، ويتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الخاص، مثل المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، فهل هذه الطائفة المستحدثة، معفية أيضاً من ضرورة تمثيلها بمحام ؟

سنحاول الإجابة عن هذه الأسئلة فيمايلي:

بالنسبة للمؤسسات العمومية الخاضعة للنشاط التجاري:

تطرقنا في ما سبق بأن المؤسسات الخاضعة للنشاط التجاري تتمثل في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية، وباعتبار هاته المؤسسات أشخاص معنوية، فإنها تتمتع بوجود ممثل قانوني يعبر عن إرادتها.

بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الخاص: تطرقنا إليها سابقا وتتمثل في: مراكز البحث والتنمية، المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

2- الممثل القانوني

بالرجوع إلى المادة 828 منق.إ.م.إ نجد أن المشرع قد حدد الأشخاص المؤهلين قانونا لتمثيل الهيئات العمومية¹، ويتمثلون فيما يلي:

الوزير المعني بالنسبة للدولة، حيث أن الوزير هو المؤهل لتمثيل الدولة في المنازعات المرفوعة ضد الوزارة التي يشرف على قطاعها،
الوالي بالنسبة للولاية، حيث أن المادة 106 من قانون الولاية رقم 07/12، فإن الوالي يمثل الولاية أمام القضاء .

رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للبلدية، وذلك تطبيقا لنص المادة 82 من قانون البلدية رقم 10/11، لكن المشرع نص على عدم تمثيل البلدية من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي في حالة تعارض مصالحه مع مصالح البلدية، سواء باسمه الشخصي أو باسم زوجه أو أصوله أو فروعه إلى الدرجة الرابعة، ففي هذه الحالة يتم تعيين أحد أعضاء المجلس الشعبي البلدي، لتمثيل البلدية أمام القضاء، وهذا ما نصت عليه المادة 84 من قانون البلدية (10/11) .

1- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 89 .

3-المرحلة القضائية المعنية بالإعفاء

بالرجوع إلى المادتين 827 و906 من ق.إ.م.إ، نجد أن الأشخاص المعنوية العامة معفية من ضرورة التمثيل بمحام سواء على مستوى المحاكم الإدارية أو على مستوى مجلس الدولة، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها أو بصفتها متدخلة أو مدخلة في الخصام.

أما بالنسبة لتمثيل الدولة أمام جهات القضاء العادي، فقد تم إنشاء وكالة قضائية على مستوى وزارة المالية تسمى بالوكالة القضائية للخرينة، موضوعة تحت سلطة وزير المالية، وذلك بموجب القانون رقم 198/63، المؤرخ في 08 جوان 1963، المتضمن تأسيس الوكالة القضائية للخرينة¹، حيث أصبح الوكيل القضائي للخرينة هو الممثل الشرعي والوحيد للدولة وجميع موظفيها أمام القضاء العادي، وهو الذي يمثل أيضا مختلف القطاعات الوزارية فهو الذي يحضر الجلسات أمام مختلف درجات الجهات القضائية العادية²

4-حالات اللجوء إلى التعاقد مع محامي

بالرغم من أن الأشخاص المعنوية العامة، لديها ممثل مؤهل قانونا لتمثيلها أمام القضاء، إلا أنها في بعض الأحيان تحتاج إلى أهل الخبرة والتخصص فتلجأ إلى عقد اتفاقيات مع محامين، سواء لتمثيلها أمام القضاء، أو حتى لتقديم استشارات قانونية .

5-مشروعية استثناء عقود الخدمات القانونية من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية

حددت المادة 07-8 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، العقود التي لا تخضع لأحكام الباب الأول منه والتي تبرمها الإدارة مع محامين، في عقود خدمات المساعدة والتمثيل . إن هذا التحديد يجرنا إلى طرح سؤال حول: ما المقصود بخدمات المساعدة والتمثيل ؟ وهل هذا معناه اقتصار الاستثناء الذي جاء في المطة 08 من نص المادة 07 على التمثيل والمساعدة فقط ؟ إذ أن هناك عقود أخرى قد تبرمها الإدارة مع المحامين وتتعلق بالاستشارة .

¹ - ج.ر، عدد 38، مؤرخة في 1963/06/08.

² - لمطاعي نور الدين، " تمثيل الدولة أمام القضاء العادي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 02، جوان 2012، ص.107 .

كما أن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل راعى المشرع الجزائري خصوصية مهنة المحاماة من ناحية استقلاليتها وكذا ضرورة الحفاظ على السر المهني؟

تاسعا: العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء

إن أول ما يتبادر إلى ذهن القارئ لهذه العبارة هو ما المقصود بالهيئة المركزية للشراء وفيما تتمثل مهامها؟

إن الهيئة المركزية للشراء هي الأشخاص المعنوية التي تلعب دور الوساطة بين المؤسسة والموردين هدفها الحصول على موردين ضمن شروط وبأسعار لم يكن باستطاعة الشخص المعنوي الحصول عليها لو كان بمفرده.¹

وقد تكون هذه الهيئة مجموعة من الأشخاص المعنوية العامة أو من الأشخاص المعنوية الخاصة، فإن كانت عبارة عن أشخاص معنوية عامة المذكورة في نص المادة 06 أي الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات العمومية التي تخضع للنشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز مشروع ممول كلياً أو جزئياً من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية ففي هذه الحالة فإنها لاتخضع لقانون الصفقات العمومية .

الفرع الثاني: إشكالية خضوع صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية

نصت المادة 09 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: " لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليه في هذا الباب. ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية" .

إن المشرع من خلال نص هذه المادة يشير صراحة إلى عدم خضوع العقود المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية للأحكام المطبقة في عملية إبرام الصفقات العمومية، إلا انه في مقابل

¹- Le Lamy Logistique, N°5374, France, Mars 2016, Etude N°215-2.

فقد أخضعها لمبادئ الطلبات العمومية وربط مدى خضوعها لها لخصوصية الصفة، وهو ما يجرنا إلى التساؤل عن المقصود بذلك ؟ .

المطلب الثاني: العقود التي تخرج عن اختصاص قاضي الاستعجال بحكم طبيعتها

قد تلجأ الإدارة إلى إبرام عقود تتجرد فيها من سلطتها وتستغني عن استعمال امتيازاتها، فتصبح المراكز القانونية متساوية¹، وبالتالي فإنه من غير المعقول أن تخضع هذه العقود إلى التزامات الإشهار والمنافسة .

الفرع الأول: عقد القرض العام .

لمعرفة السبب وراء إخراج عقد القرض العام من الخضوع لالتزامات الإشهار والمنافسة وبالتالي من رقابة قاضي الاستعجال الذي يتدخل أثناء مرحلة إبرام العقد وجب علينا أولاً التطرق لتعريفه.

أولاً: تعريف عقد القرض العام

هو عقد يُقرضُ بمقتضاه أحد الأفراد (أو البنوك) مبلغاً من المال لأحد أشخاص القانون العام مقابل تعهد هذا الأخير برد القرض وفوائده السنوية في الآجال المحددة .²

ويعرف القرض العام على أنه: " مبلغ من المال تحصل عليه الدولة من الأفراد أو المؤسسات الوطنية أو الأجنبية، يتضمن مقابل الوفاء ويؤدي لإشباع الحاجات المالية المتزايدة للدولة ويحقق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية " ³

1- بودريوة عبد الكريم، " حاضر ومستقبل المادة 7 من ق.إ.م في ظل نظام الازدواجية القضائية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، العدد 01، الجزائر، 2004، ص. 87 .

2- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية - دراسة تشريعية فقهيّة وقضائية -، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص. 94.

3- بلوافي محمد، يمانى ليلي، " أداة الإنفاق الحكومي في السياسة المالية بالجزائر 1992-2011"، مجلة الإستراتيجية والتنمية، العدد 05، كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جويلية 2013، ص. 200 .

ويجد عقد القرض العام مصدره في المادة 174 من قانون البلدية رقم 10/11، التي جاء فيها مايلي: "يمكن للبلدية اللجوء إلى القرض لإنجاز مشاريع منتجة للمداخل " .

وكذا المادة 156 من القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية، التي نصت على أنه: "يمكن المجلس الشعبي الولائي اللجوء إلى القرض لإنجاز مشاريع منتجة للمداخل " .

والقرض حسب المادة 68 من القانون رقم 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالقرض والنقد¹ المعدل والمتمم، فإنه: "تشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح شخص آخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان

تعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار بالشراء ولا سيما عمليات القرض الاجاري".

فالقرض يكتسب صفة العمومية عندما يكون دائما أحد أطرافه شخصا معنويا عاما .

ثانيا: السبب من وراء عدم خضوع عقود القرض العام لاختصاص قاضي استعجال العقود

تعود الحكمة في اعتبار عقد القرض من العقود الإدارية أن عناصر العقد الإداري متوفرة فيه، من حيث الجانب العضوي، كون الإدارة طرفا فيه (الولاية أو البلدية) وكون القرض يتعلق بتسيير مرفق عام، كما أنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة .

لكن نظرا لخصوصيته وخطورة اللجوء إليه فإنه يفرض الترخيص من جانب السلطة المركزية المختصة (وزارة الداخلية) كما أن هذا الطابع الخاص يجعل من المستحيل تصور إخضاعه للإشهار.²

إلى جانب ذلك فإن هذا العقد يغلب عليه الطابع التجاري أكثر من الإداري، فبالرغم من أنه ليس عملا تجاريا بطبيعته ولكنه يكتسب الصفة التجارية إذا قام به بنك بوصفه من عمليات البنوك التي تقوم

1- ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 27 أوت 2003 .

2- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.ص.113-114.

على الوساطة في التداول والمضاربة ويعتبر القرض عملا تجاريا بالنسبة للبنك ولو كان مضمونا برهن عقاري ويكتسب القرض الصفة التجارية أيضا إذا قام به شخص بهدف الربح.¹

الفرع الثاني: عقود التبادل

نصت المادة 517 منق.إ.م.إعلى أنه: " ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بمقايضة عقارات تابعة للأمالك الخاصة للدولة مع عقارات تابعة لملكية الخواص " .

ولعل السبب وراء إخراج النزاعات التي يكون موضوعها تبادل العقارات بين الدولة والخواص من ولاية القضاء الإداري وإعطاء صلاحية الفصل فيها للقضاء العادي، يرجع إلى أن الدولة في هذا النوع من العقود لا تظهر بمظهر سلطوي مستعملة في ذلك امتيازاتها كأن تستعمل سلطتها في نزع ملكية خاصة، بل تظهر كأنها فرد عادي تقوم بإبرام عقد مقايضة موضوعه عقار مع شخص خاص طبقا لأحكام القانون الخاص .

وهو ما يظهر من نص الفقرة 2 من م 92 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية²، والتي جاء فيها: " كما يتم تبادل الأملاك العقارية التابعة للأمالك الوطنية الخاصة التي تملكها الدولة مقابل أملاك عقارية يملكها الخواص، ويكون هذا التبادل طبقا للقواعد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل، لا سيما القانون المدني " .

إذن فالقانون المطبق في هذه العقود هو القانون الخاص المتمثل في القانون المدني، بالرغم من أن التبادل يتم بموجب قرار صادر عن وزير المالية، ويحرر في شكل عقد إداري أو عقد توثيقي . ولقد حددت المادة 119 من المرسوم التنفيذي رقم 427/12 المؤرخ في 16/12/2012، المحدد لشروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة³ شكل العقد الإداري وكذا العقد التوثيقي، حيث أنه بالنسبة للعقد الإداري فيتم تحريره من طرف إدارة أملاك الدولة المختصة إقليميا ويتم توقيعه من طرف والي الولاية التي تقع في إقليمها الملكية العقارية الخاصة، أما بالنسبة للعقد

1- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري: مقدمة الأعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية والشركات التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص.47.

²-ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 2 ديسمبر 1990 .

³-ج.ر، عدد 69، مؤرخة في 19 ديسمبر 2012 .

التوثيقي فإن مسؤول إدارة أملاك الدولة المختص إقليميا يكون طرفا بالعقد، إذن فالمعيار العضوي متوافر بالنسبة لهذه العقود إلا أن المشرع تخلى عنه واعتمد على المعيار الموضوعي لأن هذه المرحلة الإدارية تخص فقط عملية الإبرام أما موضوع العقد فيتم طبقا لقواعد القانون الخاص .

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل صدور ق.إ.م.إ. كانت النزاعات المتعلقة بعقود المقايضة التي تبرم بين الدولة وشخص خاص يعود اختصاص الفصل فيها للقاضي الإداري وهو ما يستشف من عبارة " الهيئات القضائية المختصة في مجال القانون العام" التي جاءت فينص المادة 96 من قانون الأملاك الوطنية حيث كانت تنص على أنه: " تخضع المنازعات المتعلقة بالتبادل للهيئات القضائية المختصة في مجال القانون العام "، وحسب المحكمة العليا فإن الهيئات القضائية في مجال القانون العام هي جهات القضاء الإداري¹.

ونص المادة جاء عاما حيث لم يميز بين عقود التبادل التي تتم بين الجماعات العمومية وتلك التي تتم بين الدولة وشخص خاص، لكن المادة 517 من ق.إ.م.إ. فصلت في الأمر، وجعلت اختصاص الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود المقايضة التي تتم بين الدولة وشخص خاص يعود للقسم العقاري بالمحكمة .

¹ - عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، الطبعة 11، دار هومة، الجزائر، 2009، ص. 33.

الفصل الثاني

سبب تدخل قاضي الاستعجال الاداري

الفصل الثاني: سبب تدخل قاضي الاستعجال الإداري

من أهم الإشكالات الرئيسية التي تطرح بشأن تدخل قاضي الاستعجال أثناء إبرام العقود الإدارية تتمثل في ماذا يراقب القاضي بالتحديد،¹ أو بعبارة أخرى ما هو السبب وراء تدخل قاضي الاستعجال الإداري في العملية التعاقدية.

بالرجوع إلى نص المادة 946 من ق.إ.م.إ فإن تدخل قاضي الاستعجال أثناء إبرام العقود الإدارية يكون بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والتزامات المنافسة .

لكن هذه الإخلالات من الصعب التحكم فيها خاصة وأن النصوص القانونية قلما تصرح بأن الالتزامات التي تفرضها على الأشخاص المعنوية العامة عند تعاقدها تدخل في قائمة التزامات الإشهار والمنافسة.²

والإخلال لا يقصد به الأعمال القانونية فقط بل يمتد حتى إلى الأعمال المادية بنوعها الإيجابية والسلبية.

وفي رأي الفقه أنه من غير الفائدة التمييز بين التزامات الإشهار والمنافسة كما أن القاضي يكتفي في النهاية باستعمال صيغة الجمع فيقول: "التزامات الإشهار والمنافسة"³.

لكن بالرغم من ذلك تقدير القاضي للإخلال الواقع على التزامات الإشهار (المبحث الأول) يظهر أقل صعوبة من الإخلال الواقع على التزامات المنافسة (المبحث الثاني) .

¹- Nelly Ach, « Le référé précontractuel: Une réforme inachevée », AJDA, 2002, P.1422.

²- Ibid.

³-Olivier Guézou, Op.cit., P.79

المبحث الأول: الإخلال بالتزامات الإشهار

قلنا في الفصل الأول بأن قاضي الاستعجال الإداري يقوم بداية بتكييف العقد حتى يرى إن كان مختص أم لا، لكن انتهاءه من هذه المرحلة لا يعني انتقاله مباشرة للفصل في موضوع الدعوى بل إلى جانب ذلك وإلى جانب التحقق أيضا من توافر شروط الدعوى وجب عليه تحديد التزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية.¹ ولقد خصصنا المطلب الأول من هذا المبحث للبحث عن الإطار التشريعي لالتزامات الإشهار التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية، أما المطلب الثاني فخصصناه لدراسة مظاهر الإخلال بهذه الالتزامات.

المطلب الأول: التحديد التشريعي لالتزامات الإشهار التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية

يقصد بالإعلان أو الإشهار Publicité إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط الصفقة ونوعية المواصفات المطلوبة ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال طلب العروض²، وذلك من شأنه أن يكفل نشر المعلومة بين الجميع لضمان مشاركة أشمل.³

فهو يعد بمثابة إعلان عن نية المصلحة المتعاقدة في إبرام عقد إداري معين⁴ وفي نفس الوقت يعد بمثابة دعوة توجهها المصلحة المتعاقدة إلى الراغبين في التعاقد⁵، وهذه الدعوة لا تتم شفاهاة وإنما يشترط أن تكون كتابية تحقيقا للمنافسة، فهو حسب الدكتور عمار بوضياف ذلك الإجراء الشكلي الذي تلتزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال المناقصة⁶ وتجر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أصبح

¹ -Aldo Sevino, Op.cit., P.47.

² بحري إسماعيل، (الضمانات في مجال الصفقات العمومية)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص 36.

³ بسام الكراي، "مبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقات العمومية"، مجلة دراسات قانونية: عدد خاص النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية، كلية الحقوق بصفافس، تونس، 2007.

⁴ سهرير الفراتي، "الشفافية في الصفقات العمومية"، مجلة دراسات قانونية: عدد خاص النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية، كلية الحقوق بصفافس، تونس، 2007.

⁵ الواشني مريم، "مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، 20 ماي 2013، ص 2.

⁶ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية - وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له (، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 146.

يطلق على المناقصة في ظل التعديل الأخير لتنظيم الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 247/15) مصطلح طلب العروض تماشياً مع مصطلح Appel d'offre المستعمل في النص الفرنسي .

وإن كان أستاذنا عمار بوضياف قد أحسن في وصف الإعلان بأنه إجراء شكلي إلا أن مصطلح الإدارة مردود عليه لأن الالتزام بالإعلان حسب قانون الصفقات العمومية لا يقع فقط على الإدارة المتمثلة في الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، وإنما تلتزم به أيضاً المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، التي تصنف ضمن أشخاص القانون الخاص مثل ديوان الترقية والتسيير العقاري ، فهذه المؤسسات العمومية وحسب مقتضيات المادة 6 من قانون الصفقات العمومية 247/15 تلتزم بأحكام قانون الصفقات العمومية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية ومن بين الأحكام التي تلتزم بها بطبيعة الحال إلزامية الإعلان عن طلب العروض، وذلك حماية للمال العام، ونتيجة لذلك فإنه كان الأجدر استعمال مصطلح " المصلحة المتعاقدة " بدل الإدارة لأنه أشمل وأدق.

وقيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد يعتبر شرطاً ضرورياً من أجل ضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد¹

فلا مجال للحديث عن المنافسة إذا تم طلب العروض في الخفاء وبدون علم من تتوفر فيهم شروط المشاركة،² فالخضوع للمنافسة والإعلان يعتبران وجهان لعملة واحدة لأن الأولى تبقى صعبة وسطحية دون تحقق الثانية، وهو من شأنه تحقيق احترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية المتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ونجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام التي تفرض على جميع الصفقات مهما كانت قيمتها³ المنصوص عليها في المادة 5 من قانون الصفقات العمومية 247/15 .

1- مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013، ص.352.
2- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعاً وفقها واجتهاداً -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص. 14 .

³-Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, Op.Cit, P.112.

نستخلص من خلال تعريف الإشهار أنه لا يمثل مجرد شكلية إجرائية على المصلحة المتعاقدة احترامها عند إبرام العقد أو الصفقة، بل هو يساهم بطابعه الإعلامي في إضفاء الشفافية على العملية التعاقدية¹.

الفرع الأول: التزامات الإشهار الخاصة بالصفقات العمومية

بداية نشير إلى أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد جاء بنوع جديد للإشهار أطلق عليه عبارة الإشهار الملائم وبالتالي سنتطرق إلى الإشهار التقليدي الذي كان مطبقاً في مختلف قوانين الصفقات العمومية ثم إلى الإشهار الملائم من خلال (أنواع الإشهار -أولاً-) ثم نبحث عن اللغة التي يتم بموجبها الإشهار (ثانياً)

أولاً: أنواع الإشهار.

عرفت جميع قوانين الصفقات العمومية إلزامية إظهار الصفقة للعلن عن طريق الإشهار، غير أنه في مقابل ذلك فإن الصفقات العمومية ليست جميعها خاضعة لهذه الشكلية بل هناك منها من لا يخضع تماماً لها والحجة في ذلك أنها مجرد عمليات بسيطة لا تحتاج لا لإهدار الوقت ولا المال غير أنه وبمقتضى التعديل الأخير لتشريع الصفقات العمومية (2015) استحدثت المشرع مظهراً جديداً للإشهار ربط تطبيقه بشروط معينة وأطلق عليه عبارة الإشهار الملائم، وعليه سنتطرق إلى الإشهار التقليدي بجميع أنواعه سواء الإلزامية أو الاختيارية أو حتى الإقليمية ثم نبحث عن الإشهار الحديث الخاص بالإجراءات المكيفة.

1- الإشهار التقليدي

حددت المادة 61 من قانون الصفقات العمومية 247/15 أشكال طلب العروض التي تستوجب الإشهار الصحفي الإلزامي، وتتمثل في:

- طلب العروض المفتوح
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا
- طلب العروض المحدود
- المسابقة

1- سهير الفراتي، المرجع السابق .

- التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء.

والإشهار يجب أن يتم ضمن الوسائل المحددة بموجب النصوص القانونية¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 65 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 نجدها قد نصت على ثلاثة أنواع من الإعلانات، إلى جانب النشر الإلكتروني:

1.1-الإشهار الورقي

ويتضمن الإشهار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي بالنسبة لجميع الصفقات والإشهار حسب مكان الصفقة.

1.1.1-نشر إعلان طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP:

تم احداث هذه النشرة بموجب المرسوم رقم 116/84 المؤرخ في 12 ماي 1984، المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي،² وتجدر الإشارة إلى أن نشر الإشهار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي لم يكن إلزاميا قبل 2010، وإنما اكتفى المشرع في النصوص السابقة بالنص على هذه النشرة دون أن تكون لها الصبغة الإلزامية، لكنه أصبح إجباريا بموجب المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، وأكدته المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث جاء فيها: "... كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ...".

2.1.1-الإشهار الوطني

عندما يتعلق الأمر بصفقات الأشغال واللوازم التي تتجاوز قيمتها 12 مليون دج، أو صفقات الدراسات والخدمات إذا كانت قيمتها تتجاوز 6 ملايين دج . فإنه بالإضافة إلى نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، يتم نشره أيضا في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني على الأقل.

¹-Aldo Sevino, Op.Cit , P.47.

²-ج.ر، عدد 20، مؤرخة في 15 ماي 1984 .

وفي سنة 2004، أصدر رئيس الحكومة تعليمة تتضمن إلزام الإدارات العمومية بنشر إعلاناتهم في الصحف التابعة للقطاع العام فقط.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأنه في مصر يشترط القانون أن يتم الإعلان عن المناقصة العامة في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار،¹ وحسن فعل المشرع المصري عند اشتراطه أن تكون الصحف التي يتم فيها الإعلان واسعة الانتشار وذلك تحقيقا لإيصال العلم بالعقد لأكبر عدد من المتعهدين، فقد تتعد المصلحة المتعاقدة نشر الإعلان في صحف وطنية لكنها غير منتشرة وذلك لتجنب التنافس خاصة إن كانت تنوي منح الصفقة لمتعهد معين.

3.1.1-الإشهار المحلي

أجاز المشرع الجزائري الإشهار المحلي بموجب الفقرة الثالثة من نص المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك بالنسبة لطلبات العروض المعلن عنها من طرف الجماعات الإقليمية (الولاية والبلدية) والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، إذا كان موضوع الصفقة أشغال أو لوازم وكانت قيمتها تساوي أو تقل عن 100.000.000 دج أو كانت صفقة دراسات أو خدمات وتقل قيمتها أو تساوي 50.000.000 دج.

ونقصد بالإشهار المحلي حسب نص المادة أن يتم نشر الإعلان في يوميتين محليتين أو جهويتين بالإضافة إلى إصاقه بمقر الولاية وبمقر البلديات التابعة لها وبمقر غرفة التجارة والصناعة، وغرفة الصناعة التقليدية وغرفة الحرف وغرفة الفلاحة ولدى المديرية التقنية لمعنية في الولاية.

ويهدف المشرع من وراء الإعلان المحلي توسيع دائرة العلم بالصفقة وذلك من أجل الحصول على أكبر عدد من المترشحين.²

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري -دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص. 593 .

² - بن بشير وسيلة،(ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري)،مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص.151.

كما لا تتوقف سلطة القاضي عند البحث عن وجود الإشهار من عدمه، بل عليه في حالة ما إذا وجد أن المصلحة المتعاقدة قد التزمت بالإشهار، أن ينتقل للبحث عما إذا كانت قد قامت بنشره في كل وسائل النشر المنصوص عليها، وإلا أصبح الإشهار غير كافي، ومثال ذلك إلزامية نشر إعلان طلب العروض في جريدتين يوميتين وطنيتين المنصوص عليها في المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن اكتفت المصلحة المتعاقدة بنشر الإعلان في جريدة واحدة فإن ذلك يؤدي إلى إلغاء إجراء الإبرام .

2.1-الإشهار الإلكتروني

ويطلق عليه الإشهار غير المادي،¹ ولقد حرص المشرع الجزائري على النص على النشر الإلكتروني ابتداء من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، وأكدته التنظيم الجديد للصفقات العمومية بموجب المادة 203 منه، حيث نصت على أنه: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال .." كما نصت المادة 204 منه على أنه: "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية...".

يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية...".

إن هذه النصوص تعكس إرادة المشرع في مساهمة التطور الحاصل، ويكون بذلك قد جسد المبادئ الأساسية لضمان نجاعة الطلبات العمومية².

وتجدر الإشارة إلى أن أول تنظيم خاص بالبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية قد صدر بموجب القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المتضمن تحديد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

1- جليل مونية،(المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر)، أطروحة دكتوراه، القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص. 66 .

2-تياب نادية،(آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية)،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص. 64 .

وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية¹، وقد تم بالفعل إنشاء هذه البوابة
/https://www.dztenders.com

وتهدف هذه البوابة إلى تبسيط الإجراءات من جهة ومن جهة أخرى فإنها تسمح بمكافحة الفساد
من خلال نشر قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين والمقصين من المشاركة في الصفقات
العمومية، كما أنها تساهم في تدعيم الشفافية، ضف إلى ذلك فإنه من شأنها استقطاب أكبر عدد من
المتعاملين والحصول على عروض كثيرة ومتنوعة في ظرف قياسي قصير²، حيث أن ما يميز
الطريق الإلكتروني عن الوسائل التقليدية هو أن طلب العروض عندما يتم نشره في شبكة الانترنت فإن
هذا يسمح بتوجيهه إلى مختلف دول العالم³، مما يجعل منه مكسبا للمتعاملين الأجانب الذين لا يملكون
مصادر حول الصفقات المطروحة⁴.

أما بالنسبة للتاريخ الذي يتم فيه النشر الإلكتروني للإعلانات المتعلقة بإبرام الصفقة ابتداء من
طلب العروض فلقد حددته المادة 15 من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 وهو التاريخ الذي يتم فيه
إرسال الإعلانات إلى الجرائد والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وإن كان الأمر يتعلق
باستشارة فإنه يتم النشر الإلكتروني في التاريخ الذي يتم فيه إرسال رسائل الاستشارة للمتعاملين
الاقتصاديين المعنيين، حيث نصت على أنه: "يتم نشر الإعلان عن الإعلانات في المناقصات
والدعوات إلى الانتقاء الأولي أو رسائل الاستشارة على البوابة في نفس الوقت مع إرسال الإعلانات
للنشر في الجرائد وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو إرسال رسائل الاستشارة
للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين".

1-ج.ر، عدد 21، مؤرخة في 09 أبريل 2014 .

2-خيرة مقطف،" المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول: دور قانون
الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، 20 ماي 2013، ص06.
3- فهد مبارك الهاجري، العقود الإدارية عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015،
ص. 97 .

4- صالح زمال،(المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري)، مذكرة ماجستير، فرع قانون
الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص.72.

ولالإشهار الإلكتروني نفس قيمة الإشهار الورقي وهو ما يظهر من خلال نص المادة 323 مكرر 1، من القانون المدني المعدل والمتمم حيث جاء فيها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق" ¹، لكن لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التذرع به في حالة اكتفاءها بالنشر الإلكتروني وعدم قيامها بالنشر الورقي لأنه يبقى ذو طابع تكميلي كما لا يشكل اكتفاءها بالنشر التقليدي وعدم قيامها بالنشر الإلكتروني إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة لأنه يبقى ذو طابع اختياري، وهو ما يستشف من عبارة " يمكن " الواردة في نص المادة 206 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

2-الإشهار الملائم

جاء في المادة 14 من ق.ص.ع 247/15 بأن الحاجات المذكورة في نص المادة 13 تكون محل إشهار ملائم، هذه الحاجات تتمثل في:

- صفقات الأشغال واللوازم التي تساوي قيمتها أو تقل عن 12 مليون دج (مليار و 200 مليون سنتيم)
- صفقات الدراسات أو الخدمات التي تساوي قيمتها أو تقل عن 6 ملايين دج (600 مليون سنتيم)

استثنى المشرع صراحة هذه الصفقات من شكلية الإعلان ومع ذلك فقد ألزم إخضاعها لقالب شكلي من نوع خاص أطلق عليه عبارة " الإشهار الملائم "، هذا إلى جانب بقاءها خاضعة للمبادئ المذكورة في نص المادة 5 من ق.ص.ع المتمثلة في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة في المعاملة بين المترشحين ومبدأ شفافية الإجراءات .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الصفقات ذات السقف المالي المحدد كانت قبل التعديل محددة بمبلغ 8 ملايين دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم، و 4 ملايين دج بالنسبة للخدمات والدراسات، فالمشرع الجزائري لم يكتف فقط برفع السقف المالي وإنما أصبح يخضعها لشكلية من نوع خاص هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد أصبحت محل إستشارة بين متعاملين اقتصاديين مؤهلين دون تحديد الحد الأدنى لهؤلاء، مقارنة بما كان عليه الحال في المادة 6 من ق.ص.ع (المرسوم الرئاسي رقم 13-03) حيث أوجبت هذه المادة أن تكون تلك العمليات محل استشارة بين ثلاث متعاملين اقتصاديين على الأقل، الأمر الذي شكل خطرا كبيرا على العملية التنافسية النزيهة وعلى المال العام، حيث كانت تتمتع

1- جليل مونية، المرجع السابق، ص.67 .

المصلحة المتعاقدة بسلطة واسعة في اختيار المتعامل المتعاقد، إذ كان من السهل تواطؤها مع المقاول والقيام باستشارة شكلية بين ثلاث متنافسين وهميين وإسناد العقد لمقاول محدد سلفاً.¹

بل إن الواقع كشف عن تواطؤ الإدارة والمتعهد من جهة ومن جهة أخرى بين المتعهدين أنفسهم حتى يتم التنازل عن العقد لصالح متعهد معين .

وفي ذلك عرقلة للمنافسة بل حد منها لأن هذا التواطؤ يشكل اتفاقاً محظوراً بمفهوم قانون المنافسة .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هل عدم تحديد عدد المتعاملين الاقتصاديين من شأنه أن يعمل على الحد من ظاهرة الفساد في الصفقات العمومية؟

من وجهة نظرنا فالإجابة تكون النفي لأن المجال يكون مفتوح أمام المصلحة المتعاقدة للتواطؤ أكثر من السابق.

وقد جاءت المادة 14 في القسم الفرعي الثاني من القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من ق.ص.ع(15-247) تحت عنوان "الإجراءات المكيفة".

وبالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي في هذا المجال نجد أنه طبق الإجراءات المكيفة بداية من سنة 2006²

ويقصد بها أن المصلحة المتعاقدة تختار طريقة الإشهار التي تتناسب مع طبيعة وخصائص الحاجات الواجب تلبيتها وعدد المتعاملين الاقتصاديين ومقرهم وقيمة الصفقة، فإشهار صفقة بقيمة 50000 دج مثلاً يختلف عن إشهار صفقة بقيمة 12 مليون دج، وبالتالي فإن قيمة الصفقة من شأنه أن يشكل المعيار الذي على أساسه تختار المصلحة المتعاقدة كيفية الإبرام وبالتالي الإجراءات الاشهارية الملائمة للصفقة .

¹- حطاطش عبد الحكيم -زيتوني هند، "مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014"، مؤتمر دولي حول: تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014، جامعة سطيف 1، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2013، ص 12 .

²-Laurent Richer, Droitdes contrats administratifs, 6 éme édition, LGDJ, Paris, 2008, P452.

ثانيا: لغة الإشهار

اشترط المشرع أن يتم الإشهار باللغتين العربية والفرنسية، كما أنه وبموجب التعلية رقم 08، الصادرة عن رئيس الحكومة (الوزير الأول حاليا) بتاريخ 26 ديسمبر 2006، فقد اشترط نشر الإعلان المتعلق بالصفقات الدولية باللغة الإنجليزية وذلك بالإضافة إلى اللغتين العربية والفرنسية.

ثالثا: محتوى الإشهار

يقصد بمحتوى الإشهار أو مضمونه مجموعة المعلومات التي يجب أن تعلن عنها المصلحة المتعاقدة بغرض إيصالها إلى علم المتعهدين، كما أنه لا يشترط القانون أن يحتوي الإشهار على كل تفاصيل العقد وإنما فقط البيانات الجوهرية، مثل تسمية المصلحة المتعاقدة ومحل العقد وآجال تسليم العروض،¹ وقد حددت المادة 62 البيانات الإلزامية التي يجب أن يحتويها طلب العروض، وتتمثل في:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي .
- كيفية طلب العروض .
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي .
- موضوع العملية .
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض .
- مدة صلاحية العروض .
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر .
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض "ومراجع طلب العروض .
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء .

¹-Brechon-Moulenes.CH, Liberté contractuelle des personnes publiques, AJDA, Paris, 1998, P.641.

بفرضه لهذه البيانات في كل إعلان لطلب العروض أياً كان شكله يكون المشرع قد كفل للمتعاملين فرصة المشاركة وجسد مبدأ العلانية ومبدأ المساواة بين المتنافسين¹.

الفرع الثاني: التزامات الإشهار الخاصة بتفويضات المرفق العام والعقود الأخرى

إن التزامات الإشهار التي تخضع لها المصلحة المتعاقدة لا تخص فقط عملية إبرام الصفقات العمومية بل حتى العقود الأخرى بما فيها تفويضات المرفق العام تخضع بدورها لالتزامات الإشهار وسنحاول تحديد هذه الالتزامات التي تكون محلاً لتدخل قاضي الاستعجال في حالة الإخلال بها من طرف المصلحة المتعاقدة.

أولاً : التزامات الإشهار الخاصة بتفويضات المرفق العام

كانت الإدارة تتمتع بمطلق الحرية في اختيار المتعاقد معها في إطار عقد الامتياز، على أساس أن هذا الأخير يقوم على الاعتبار الشخصي حيث ذهب الفقه إلى حد اعتباره عقداً ذو طابع شخصي²، إلا أن هذا ذلك لم يعد موجوداً، خاصة بعد انتهاج الدول سياسة تشريعية لمكافحة الفساد وقمعه، إذ أصبح المشرع كثيراً ما يتدخل ليحد من إرادة الإدارة في اختيار المتعاقد معها في إطار عقود الامتياز وهو ما أكدته المشرع الفرنسي بصدور القانون رقم 122/93 المتضمن مكافحة الرشوة المعروف بقانون سابان Sapin المؤرخ في 29 جانفي 1993، إذ بموجبه أصبحت جميع عقود إدارة المرفق العام تخضع للعلانية³.

هذا الأمر طبقه أيضاً المشرع الجزائري وهو ما نلاحظه من خلال استقراء التشريع المتعلق بالامتياز:

فمثلاً فيما يتعلق بالامتياز الفلاحي نجد أن المادة 03 من القرار الوزاري، المؤرخ في 11 نوفمبر 2012، المحدد لكيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية

¹ -عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.149.

² -أكلي نعيمة،(النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر)، مذكرة ماجستير، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2003، ص.ص.61-62.

³ -الياس ناصيف، عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002، ص.ص.44-45.

والأملاك السطحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة¹، قد نصت على أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية هو الذي يتكفل بعملية الإعلان، ويتم إدراج الإعلان في: الجرائد اليومية وتتمثل في يوميتين وطنيتين واحدة باللغة العربية والثانية باللغة الفرنسية، لمرة واحدة على الأقل والهيئات المحلية، حيث يتم إصاق الإعلان على مستوى مقر الولاية والدوائر والبلديات التي تقع فيها الأراضي المعنية إضافة إلى الهياكل التابعة للقطاع الفلاحي: التي تقع داخل إقليم الولاية.

أما فيما يخص محتوى الإعلان فقد حددت المادة 04 من القرار الوزاري-المذكور أعلاه - البيانات التي يجب أن يحتويها الإعلان وتتمثل في: أن يتم تحديد وجود وقوام الحقوق محل الإعلان تحديدا دقيقا ومفصلا بالإضافة إلى تحديد الوثائق التي يجب إيداعها من طرف المترشحين وذكر مكان إيداع ملف الترشيح تحديد تاريخ نهاية أجل إيداع الملفات.

كما يخضع منح امتياز الشواطئ بالتزامات الإشهار، حيث يتم الإعلان عن المزايمة بموجب طريقتين أولهما عن طريق الصحافة، ولم يحدد المشرع نوع الجريدة ولا عدد الإعلانات، وهو ما قد يفتح المجال للإدارة للانحراف بسلطتها. أما الطريقة الثانية فهي وإلى جانب الصحافة يتم إصاق الإعلان على مستوى كل من المجلس الشعبي البلدي وفي الشاطئ محل الإعلان. وتجدر الملاحظة في هذا الصدد بأن المشرع لم يرقم بوضع حد أقصى أو أدنى للمدة التي تفصل ما بين الإعلان وإيداع العروض، وهو ما يسمح أيضا بالانحراف والتضييق على مبادئ المنافسة فمثلا نجد في أحد الإعلانات التي طرحتها ولاية سكيكدة من أجل منح امتياز أحد الشواطئ التابعة لها، أجل عشرة أيام فقط بين تاريخ الإعلان وإيداع العروض وهي مهلة قليلة جدا لا يسمح من خلالها بوجود عدد كبير من المترشحين.²

ويتم سحب ملف المزايمة من طرف المعني بالأمر على مستوى مديرية السياحة الولائية، ويجب عليه دفع المصاريف المحدد مسبقا من طرف الوالي المختص إقليميا. ويحتوي الملف على الخصوص على: دعوة للمشاركة بالمزايمة مرفقة مع مراجع المشروع، دفتر الشروط، إضافة إلى تبيان مفصل

¹ - ج.ر، عدد 44، مؤرخة في 15 سبتمبر 2013 .

² - تاريخ الإطلاع على الموقع <http://www.skikdatourisme.com> 2016/12/13

عن المزايدة وذلك عن طريق ذكر كيفية الفتح ومعايير التقييم، إلى جانب السعر المحدد من طرف مصالح الأملاك الوطنية.

وتتمثل الهيئة المختصة بإجراء المزايدة في لجنة، يتم تشكيلها من طرف الوالي أما مكان إجراء المزايدة فتتم لدى المديرية الولائية للسياحة وتجري المزايدة في التاريخ والساعة المحدد في المزايدة، وتكون الجلسة علنية، يمكن أن يحضرها الغير في حالة ما إذا ارتأى الرئيس ذلك ضروريا.

وتقييم العروض يتم في جلسة سرية، يجرى فيها تقييم العروض وفق المعايير والجدول المحددة في المزايدة، ويتم الترتيب تنازليا، والعرض الذي يحصل على أعلى نقطة يعتبر أفضل عرض. وفيما يخص تفضيل المؤسسة الفندقية التي يكون الشاطئ محل المزايدة متاخما لها، فإنه يتم إعلام مسير هاته المؤسسة من طرف رئيس اللجنة، وتمنح له مهلة شهر لإبداء رأيه حول ممارسة حق الأولوية، وفي حالة انقضاء هذه المهلة، فإن سكوته يعد ردا ضمنيا بالتنازل عن حقه، ويرسو المزايدة حينئذ على صاحب أفضل عرض .

ويجرى إعلان النتائج في جلسة علنية يتم من خلالها إعلان من رسي عليه المزايدة الذي قد يكون شخصا أو عدة أشخاص ويتم إرسال محضر المزايدة إلى الوالي المختص إقليميا.

وبعد ذلك يقوم الوالي بنشر الإعلان، ولم يحدد القانون مكان النشر، وطبقا لقاعدة توازي الأشكال نتصور أن يتم نشر النتائج بنفس الطريقة التي تم بموجبها نشر إعلان المزايدة.

وفي الأخير يتم إرسال الاتفاقية مرفقة بدفتر الشروط إلى الوزير الأول، ويتم نشرها في الجريدة الرسمية، وبعدها ترسل إلى المستفيد في مهلة 15 يوما من تاريخ النشر.

وقد تناول المشرع حالة عدم جدوى المزايدة، ففي هذه الحالة يمنح الامتياز إلى المجلس الشعبي البلدي.

كما وضع المشرع سلاحا خطيرا بيد الوالي ويتعلق الأمر بإمكانية توقيف المزايدة وإجراء مزايدة جديدة، مع تبليغ المشاركين السابقين بذلك من طرف المديرية المكلفة بالسياحة، ولقد اعتبرنا هذا الإجراء خطيرا لأن المشرع تركه للسلطة التقديرية للوالي دون أن يبين دواعي اللجوء إليه.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن المشرع أيضا وقع في خطأ وهو استعمال مصطلح المناقصة بدل المزايدة في النموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 274/04، ونظرا للاختلاف الكبير بين النظامين كان على المشرع استعمال المزايدة، لأن الهدف منها هو الحصول على أعلى عرض أما المناقصة فمفادها الحصول على عرض بأقل الأثمان .

المطلب الثاني: مظاهر الإخلال بالتزامات الإشهار

عرفنا في المطلب الأول من هذا المبحث التزامات الإشهار التي تخضع لها العقود الإدارية، لكن القاضي عليه البحث عما إذا تم الإخلال بهذه الالتزامات، وقد يظهر الإخلال من ناحية الجانب الشكلي والجانب الموضوعي لكن في مقابل ذلك هناك ما يرتقي إلى درجة الإخلال بالتزامات الإشهار وبالتالي لا يحتاج إلى رقابة القاضي الاستعجالي.

الفرع الأول: الإخلال بشكليات الإشهار

إن الإخلال بشكل الإشهار قد يظهر في انعدامه أو في الوسيلة التي يتم بموجبها.

أولاً: انعدام الإشهار

إن الإعلان عن العقد يعد أداة ضرورية لتحقيق العلم به، وانعدامه يؤدي إلى فقدان النتيجة التنافسية المرجوة من وراءه، ولقد عمل القضاء الإداري الفرنسي وكذا الأوربي على حماية هذه الآلية المهمة في عملية إبرام العقود الإدارية، وذلك بأن اعتبر عدم القيام بها إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة، وهو ما نستشفه مثلا من القرار الصادر بتاريخ 13 سبتمبر 2007، عن محكمة العدل الأوروبية في القضية المرفوعة ضد دولة إيطاليا، حيث اعتبر أن عدم وجود إعلان مسبق يعد مساسا بمبدأ المساواة في المعاملة بل وذهب إلى حد اعتبار أن عدم القيام به يعد تمييزا عنصريا بسبب الجنسية، ويتعلق الأمر بتجديد منح عقود امتياز تسيير باريس للفروسية Paris hippiques ، فبحثت المحكمة أولا في مدى اعتبار هذا العقد هو عقد امتياز، وفي مرحلة ثانية قامت بتحديد المبادئ التي يخضع لها هذا النوع من العقود وتتمثل فيمبدأ عدم التمييز العنصري بسبب الجنسية ومبدأ المساواة في

المعاملة، التي تفرض على السلطة مانحة الامتياز توفير درجة من الإشهار تسمع بفتح الامتياز للمنافسة.¹

ثانيا: الإخلال المتعلق بوسيلة الإعلان

قد يتم نشر الإعلان عن الصفقة في جرائد لا تستجيب للشروط الوطنية أو المحلية حسب كل حالة، أو قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى النشر المحلي بينما يشترط عليها القانون الإعلان في جريدة وطنية.²

الفرع الثاني: الإخلال بمضمون الإشهار

قد يمس الإخلال بالتزامات الإشهار إما البيانات التي يحتويها الإشهار أو الآجال

أولاً: نقص البيانات

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن البيانات الناقصة التي يحتويها إعلان طلب العروض يعد خرقاً لأحكام المنافسة وذلك في قراره الصادر بتاريخ 29 جويلية 1998 في قضية النقابة المختلطة للنقل المشترك لمنطقة Clermontoise كلارمنتواز³

ثانياً: انعدام الآجال

قد تقوم المصلحة المتعاقدة بالإخلال إما بآجال الإعلان عن الصفقة، أو بأجل تحضير العروض أو بآجال تحضير العروض أو حتى بمضمون هذا الإشهار.

1-تاريخ الإعلان عن الصفقة

ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 19 سبتمبر 2007 في قضية مصلحة الحريق والإنقاذ للمحافظة الشمالية إلى إلغاء الإجراء المتضمن إبرام الصفقة بسبب أن إعلانات طلب العروض لم تتضمن أي إشارة لتاريخ إعلان الصفقة.⁴

¹ -Olivier Dubos, «Europe, Décisions de Septembre à Octobre 2008 », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, N°36,01Septembre 2008, P.2188, N°07.

² - كريمة علة،(جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية)، أطروحة دكتوراه، القانون العام، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص.254.

³ - Olivier Le Bot, Le guide des référés administratifs, Dalloz, 2013, P.603.

⁴ - Aldo Sevino, Op.cit. , P.74.

2-أجل تحضير العروض

نصت المادة 62 على أن إعلان طلب العروض يجب أن يحتوي على مدة تحضير العروض وكذا على مدة صلاحيتها، إذ يجب أن تكون هناك مدة زمنية مناسبة تفصل بين الإعلان وتلقي العروض حتى يتمكن المترشحين من تجهيز عروضهم¹، وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 66 ق.ص.ع (247/15): "ومهما يكن من أمر، فإنه يجب أن تفتح المدة المحددة لتحضير العروض، المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين"، ويكون المشرع بذلك قد جسد مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ووفر جملة من الآليات والأحكام بهدف تحقيق المساواة بين المترشحين.²

وتحديد الآجال يكون الهدف منه هو تفادي مشكلة العروض التي تصل بعد انتهاء آجال إيداعها، حيث أن ذلك يساعد على تجنب أي تعامل مشبوه في العروض من طرف الإدارة، فيتم ترقيم وتأريخ وتسجيل العروض حسب وصولها بالترتيب في سجل خاص لدى العون المؤهل لذلك.³

لكن كان على المشرع ضبط حرية الإدارة في تحديد المدة بأن يجعل لها حدا أدنى أو أقصى مثلما فعل المشرع الفرنسي بمقتضى نص المادة 57 من ق.ص.ع حيث جاء فيها بأن مدة تلقي العروض لا يمكن أن تكون أقل من 52 يوما يبتدئ احتسابها من تاريخ إرسال الدعوة العامة للمنافسة .

وعدم احترام هذا الأجل من طرف المصلحة المتعاقدة يكون معاقبا عليه، وقد ذهبت المحكمة الإدارية لميلون Melun إلى أبعد من ذلك في رقابة هذا الأجل وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 2005، قضية بالمبي Palmier ضد بلدية بيسي سان جورج Bussy-Saint-Georges، حيث اعتبرت أن: "في غياب الاستعجال أو الظروف التي تسمح بمخالفة القاعدة، فإن أجل استقبال العروض لا يمكن أن يقل عن 52 يوما، يبدأ احتسابها من تاريخ الإعلان عن الدعوة العامة للمنافسة، وبناء على ذلك يمكن للمترشحين إيداع عروضهم إلى غاية آخر يوم"⁴ .

¹ - عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثانية، منشورات المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.178 .

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 151 .

³ - جليل مونية، المرجع السابق، ص. 87.

⁴ - Aldo Sevino، Op.cit. ، P.77.

3-تمديد أجل تحضير العروض

أوجب المشرع الجزائري على المصلحة المتعاقدة في حالة تمديد أجل تحضير العروض إعلام المترشحين بكل الوسائل وذلك حتى لا يستفيد أحد المترشحين دون البقية بهذا الأجل الإضافي ويمكن من تحضير عرض في ظروف أحسن من باقي المترشحين.¹

ثالثا: تغيير مضمون الإشهار

لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بأي تعديل أو حذف أو إضافة في مضمون الإشهار خلال فترة طلب العروض، إلا إذا اقتضى الأمر ذلك، مع ضرورة الحصول على موافقة السلطة المختصة، وفي حالة موافقتها، يتم إرسال ملاحق لجميع المترشحين خلال مدة كافية تبدأ من التاريخ المحدد لاستلام العروض، وذلك حتى لا يتفاجأ المترشحون برفض عروضهم لعدم استكمالها للشروط المطلوبة من جهة ومن جهة أخرى تحقيقا للمساواة في معاملة المترشحين². وهو ما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي حيث أنه قضى مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 2005، في قضية بلدية باريس ضد شركة كوفد Coved، بإلغاء الإجراءات المتضمن إبرام الصفقة، وتتلخص وقائع القضية في أن البلدية قامت بالإعلان عن طلب عروض مفتوح للصفقة المتعلقة بالحصّة رقم 02 المتضمنة وضع آلة مع السائق تحت تصرف البلدية من أجل تنظيف الطرق المعبدة للبلدية، وقد تضمن الإعلان عدة مناطق للبلدية، إلا أن هذه الأخيرة قامت بتاريخ 21 سبتمبر 2004، بإصدار إعلان تصحيحي أضافت بموجبه المنطقة رقم 19 التي لم يتم ذكرها في أول إعلان، اعتبر مجلس الدولة أن هذا التغيير في الموضوع الأصلي للصفقة يعد جوهريا، وهو ما يستلزم احترام المدة المحددة بموجب المادة 57-2 من ق.ص.ع، والمتمثلة في احترام أجل 52 يوما كحد أقصى من تاريخ إرسال الدعوة العامة للمنافسة إلى تاريخ تلقي العروض، وهو الأمر الذي لم تحترمه البلدية، وعليه فقد أخلت بالتزامات الإشهار والمنافسة مما يستتبع معه إلغاء الإجراءات المتضمن إبرام الصفقة.³

¹- كريمة علة، المرجع السابق، ص.255.

²- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.56.

³-CE,16 Novembre 2005, N°278646, www.legifrance.gouv.fr.

الفرع الثالث: خروج بعض الشكليات عن رقابة القاضي

ليست كل البيانات ينتج عن غيابها إلغاء الإجراء فلقد ميز القضاء الإداري الفرنسي بين البيانات الجوهرية والبيانات الثانوية مثلما عهد على التمييز بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية في دعوى إلغاء القرار الإداري، حيث أنه إذا كان الأمر يتعلق بأحد البيانات الجوهرية ترتب عن ذلك إلغاء القاضي للإجراء أما إذا تعلق الأمر بإجراء غير جوهري أو ثانوي فإن ذلك لا يؤثر على صحة الإعلان،¹ مثل البيان المتعلق بالمستويات الدنيا للقدرات، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 08 أوت 2008، قضية إقليم بورغوني Bourgogne، بأنه لا يعد من بين البيانات الإلزامية الواجب توافرها في الإشهار،² وتم تأكيده في قرارات لاحقة نذكر مثلا القرار الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 2008، قضية النقابة المختلطة internal réalisation et gestion لإبعاد النفايات المنزلية قطاع شرق سارت Est Sarthe، وفي هذه القضية ادعت الشركة التي تم استبعادها بأن المصلحة المتعاقدة ممثلة في النقابة قد قامت بمنح الصفقة لمتنافس لا يملك القدرات الكافية لتنفيذ الصفقة، وبأنها لم تشر في الإعلان عن الصفقة على مستوى القدرات الدنيا، فجاءت حيثيات مجلس الدولة كمايلي: "في مقابل ذلك فإن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بتحديد مستوى القدرات الدنيا في الإعلان عن الدعوة العامة للمنافسة سواء المهنية أو التقنية أو المالية..." وأسس قراره على أن قانون الصفقات العمومية لم يشر إلى إلزامية ذكر هذا البيان في الإعلان³.

وقد جاءت هذه القرارات خلافا لما كان في السابق، حيث كان يقوم القاضي الإداري بإلغاء إجراءات الصفقة، بسبب عدم احتواء إعلان طلب العروض على مستوى القدرات الدنيا وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لسترازابورغ Strasbourg، بتاريخ 06 نوفمبر 2007.⁴

وبالرجوع إلى تشريع الصفقات العمومية الجزائري، نجد أنه قد نص على تضمين الإعلان عن الصفقة شروط التأهيل فقط.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 108.

² - Stéphane Braconnier, Précis du droit des marchés publics, Op.cit. , P.287 .

³ - Florian Linditch, « Le référé précontractuel foudroyé ? », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, N°47, 17 Novembre 2008, P.2262, N°05.

⁴ - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P153.

المبحث الثاني : الاخلال بالتزامات المنافسة

قد تحترم المصلحة المتعاقدة جميع القواعد الخاصة بالإشهار ولكن في مقابل ذلك قد تمس بالتزامات المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية.

وعليه سوف نتناول في هذا المبحث التزامات المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية (المطلب الأول) ثم في (المطلب الثاني) نتناول مظاهر الإخلال بهذه الالتزامات والتي من شأنها أن تجعل القاضي الإداري يقوم باتخاذ التدابير الممنوحة له في إطار الدعوى المرفوعة أمامه.

المطلب الأول: تحديد التزامات المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية

نص المشرع الجزائري على مجموعة من الإجراءات تهدف إلى ضمان مبادئ الطلبات العمومية وذلك في القانون الخاص وبالتحديد قانون المنافسة (الفرع الأول) إلى جانب القانون العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزامات المنافسة المحددة في القانون الخاص

كان المشرع الجزائري يستثني العقود التي تظهر فيها الإدارة بمظهر سلطوي، من مجال تطبيق قانون المنافسة وذلك بموجب الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2009، المتضمن قانون المنافسة¹، وهو ما يستفاد من نص المادة 02 منه، حيث جاء فيها: "...بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون إذا كانت لا تتدرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام"، وقد كان مجلس المنافسة حريصا على عدم قبول أي دعوى متعلقة بالصفقات العامة حتى ولو ارتبطت بإخلال بأحكامه، وهو ما يظهر من خلال القرارات الصادرة عنه، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 03 جوان 2003، في قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة MID ضد معهد INSID.²

هذا الأمر الذي أسال الكثير من حبر أساتذة القانون والمتخصصين في المجال، خاصة وأن الغلاف المالي الذي كان مخصصا للصفقات المبرمة من طرف الأشخاص المعنوية العامة قد استحوذ على

¹ - ج.ر، عدد 43، مؤرخة في 20 جويلية 2003 .

² - تاريخ الإطلاع 2018/02/11 http://www.conseil-concurrence.dz/?p=1385

حصة كبيرة من المال العام، وذلك في إطار تنفيذ البرامج التنموية التي باشرتها الدولة بداية من سنة 1999، ومع انطلاق البرنامج التكميلي لدعم النمو الممتد في الفترة ما بين 2005 و2009 الذي خصص له ما يعادل 55 مليار دولار، وما نتج عنه من انتشار لجرائم الفساد من محاباة ورشوة ... كان لزاما على المشرع الإسراع إلى سن ترسانة من القوانين وتعديل أخرى، فكان لقانون المنافسة نصيبه من التعديل وجاءت المادة الثانية من القانون رقم 12/08، المعدل والمتمم لقانون المنافسة (الأمر 03/ 03) ، كأول إعلان عن دخول الصفقات العمومية لمجال تطبيقه، ثم بعد أشهر قليلة من إصداره، تم تعديل قانون الصفقات العمومية بأكتوبر 2008، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 338/08، حيث أصبحت الصفقات العمومية تخضع لجملة من المبادئ ضمانا للمنافسة وتتمثل هذه المبادئ في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ومبدأ المساواة بين المترشحين ومبدأ شفافية الإجراءات، ومع آخر تعديل لقانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام) أكد المشرع على ضمان المنافسة الحرة في ميدان الصفقات العمومية في المادة 5 منه حيث جاء فيها: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم "، ومع تغيير طفيف في قانون المنافسة (القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03 المتضمن قانون المنافسة) فيما يتعلق بالفترة التي يطبق فيها قانون المنافسة بالنسبة للصفقات العمومية، إلا أن هذه الأخيرة لازالت خاضعة له .

أولا: قانون المنافسة والصفقات العمومية

ينص قانون الصفقات العمومية على إلزامية خضوع الصفقات العمومية للالتزامات المنافسة، غير أنه لا يتضمن أي نص يشير إلى خضوع هذه الصفقات إلى قانون المنافسة، فتبعاً لذلك كان القاضي الإداري الفرنسي يراقب مدى مشروعية إجراءات إبرام الصفقات العمومية من حيث احترام التزامات المنافسة ومع ذلك فقد كان يدخل ضمن رقابته عدم الإخلال بأحكام قانون المنافسة ويظهر ذلك في قضية شركة مليون وماري الشهيرة Million et Marais، فأصبحت أحكام قانون المنافسة جزءاً من رقابة المشروعية التي يمارسها القاضي الإداري على عملية إبرام الصفقات العمومية، وأكثر من ذلك حيث كانت تشكل أساساً لدعوى المسؤولية يمكن لصاحب المشروع أن يستند عليها في حال ما

إذا كان ضحية لممارسات المنافسة للمنافسة وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية لباريس في حكمها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1998، قضية SNCF ضد شركة ديماز¹ Dumez

إن إجراء المنافسة المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية ومبدأ المنافسة المنصوص عليه في قانون المنافسة يختلفان من حيث أن المنافسة في قانون الصفقات العمومية تظهر من خلال الشروط والإجراءات التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة والتي تهدف إلى تسهيل العلم بالصفقة للمتعاملين الاقتصاديين وتقديم ترشيحاتهم وعروضهم بكل حرية ومعاملتهم على قدم المساواة ويخضع تطبيق هذه الشروط والإجراءات لرقابة القاضي الإداري سواء بصفته قاضي موضوع أو قاضي استعجال، في حين يقصد بمبدأ المنافسة المنصوص عليه في القانون المتعلق به هو حرية الدخول في السوق لكل المؤسسات والمقاولات وممارسة نشاطها الاقتصادي دون أي تقييد، وهو ما يترتب عنه حماية هذه الحرية من كل الممارسات المقيدة لها، وأي مساس بها يعطي لمجلس المنافسة ولل قضاء بشقيه العادي والإداري، اختصاص حمايتها، إلا أنه وبالرغم من هذا الاختلاف فإن هناك علاقة تكاملية بين قواعد قانون المنافسة وقواعد إبرام الصفقات العمومية، حيث أن عدم احترام قواعد قانون المنافسة ينتج عنه الإخلال بمبادئ الشفافية والمساواة التي تقوم عليها الطلبات العمومية ومثال ذلك التواطؤ بين المقاولين عند تقديمهم للعروض يترتب عنه إخلال بمبدأ المساواة.²

بالرجوع إلى نص الفقرة 1-2 من المادة 02 من قانون المنافسة (05/10) نجدها تنص على أن أحكامه تطبق على الصفقات العمومية بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة .

نلاحظ أن المشرع قد حدد تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية بالمرحلة التي تبتدئ من نشر طلب العروض بالنشرة الرسمية الخاصة بصفقات المتعامل العمومي وبالجرائد الوطنية اليومية دون أن تمتد إلى مرحلة ما قبل النشر، المتمثلة في المرحلة الإعدادية وتحضير الغلاف المالي وكذا مرحلة إعداد دفتر الشروط وإحالاته على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه .

¹ - Philippe Malinvaud, Droit de la construction 2014-2015, Dossier N°414, Stéphane Braconnier, « Marchés publics de travaux: Procédures de passation », Dalloz, Paris, 2013, N°414-10.

² - محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.ص. 76-77 .

نتيجة لذلك سوف نبحث في المرحلة التحضيرية ثم ننتقل إلى مرحلة الإعلان عن الصفقة إلى غاية الإرساء النهائي.

1-المرحلة التحضيرية وإشكالية تطبيق أحكام قانون المنافسة

إن كانت مرحلة تحضير الغلاف المالي تتفقت من أحكام قانون المنافسة له ما يبرره باعتبارها مجرد إجراءات إدارية، الهدف منها تنظيم نشاط المتعامل العمومي وفق ما يمليه القانون وما تمليه ضرورة ترشيد النفقات العمومية وحسن تسييرها بما يحقق المصلحة العامة من جهة وتحقيق التنمية من جهة أخرى، إلا أن عدم خضوع مرحلة إعداد دفتر الشروط لأحكام قانون المنافسة هو أمر غير مستساغ خاصة أمام إمكانية تعسف الإدارة في وضع شروط تتضمن تقييدا للمنافسة في حد ذاتها، حيث أن ذلك لا يتفق مع ما جاء في نص المادة 6 من قانون المنافسة التي تحضر تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة .

وعليه فإن الإشكالية التي تثار هنا تتعلق بوضعية دفتر الشروط الذي يحتوي على شروط من شأنها عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها خاصة وأن الواقع يكشف عن قيام العديد من الهيئات بوضع دفاتر شروط على مقياس أحد معين من المتعاملين الاقتصاديين .
للإجابة عن هذه الإشكالية وجب علينا البحث عن الطبيعة القانونية لدفتر الشروط .

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، والعقد الإداري مثله مثل العقود الأخرى يقوم على هذه القاعدة، فهو حسب الدكتور سليمان الطماوي شريعة المتعاقدين من حيث المبدأ، لأن العقد الإداري شأنه شأن عقود القانون الخاص إنما هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين¹

لكن هذه القاعدة تحمل الاستثناء الذي يبرر للإدارة أعمال سلطتها بتجاوز هذه القاعدة تلبية لاحتياجات المرفق العام من جهة وتغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة من جهة أخرى² ، هذا الاستثناء يتمثل أولاً في وضع دفتر يحتوي على مجموعة من الشروط لا يملك المتعاقد في مواجهته إلا إمكانية القبول الكلي أو الرفض الكلي .

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة 5، 1991، ص 408 .

² نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص.ص.318-319

فهو يشكل مظهرا من مظاهر السلطة العامة، حيث أن المصلحة المتعاقدة تضع شروطا ولا يجوز للعارض التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها¹، فهو يأخذ من حيث الشكل صورة عقد الإذعان وذلك من حيث انفراد المصلحة المتعاقدة بوضع شروط التعاقد دون أن يناقشها الطرف الآخر.²

على هذا الأساس يعرف دفتر الشروط على أنه تلك الوثيقة الرسمية التي تضعها المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وتحدد من خلالها جميع الشروط المتعلقة بإبرام وتنفيذ الصفقة العمومية ابتداء من طريقة إبرام الصفقة³.

وبمقتضى نص المادة 26 من ق.ص.ع (247/15) نجد أن المشرع الجزائري قد ميز بين ثلاثة أنواع من دفاتر الشروط ويتعلق الأمر ب:

- دفاتر البنود الإدارية
- دفاتر التعليمات التقنية
- دفاتر الشروط الخاصة: وهي التي تحدد على وجه الدقة الشروط الخاصة بكل صفقة إذا دعت الضرورة تضمينها بعض الاستثناءات عما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر التعليمات التقنية⁴

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب في قراره الشهير قرار كايزال Cayzeel، الصادر بتاريخ 10 جويلية 1996، إلى أنه يمكن الطعن بالإلغاء ضد الأحكام التي تتضمنها دفاتر البنود الإدارية العامة ما دام أن لها طابعا تنظيميا، وجاء في حيثيات القرار: "حيث أن الأحكام التي طلب المدعي إلغاؤها لها طابع تنظيمي وبالتالي يمكن الطعن فيها أمام قاضي تجاوز السلطة"⁵.

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 144 .

² - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري: الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص. 53 .

³ - عمار بوضياف المرجع السابق، ص. 142 .

⁴ - بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص. 41 .

⁵ - WWW.legifrance.gouv.fr.

حيث أضاف القضاة إلى قائمة القرارات القابلة للانفصال الشروط التنظيمية للعقد أي دفاتر البنود الإدارية العامة¹.

فدفتر الشروط يحتوي أساسا على أسلوب إبرام الصفقة، وعلى المعايير التي على أساسها يتم منح الصفقة لمتعهد معين وهو ما جاء في نص المادة 40 من ق.ص.ع(15-247) التي نصت على أنه: " مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء " .

ذهب البعض إلى أن ذلك لا يمس بمبادئ المنافسة لأن العارض يملك قبول الشروط وأرفضها وهو ما أخذت به محكمة القضاء الإداري المصري: " إذا كانت جهة الإدارة تستقل حقيقة في صياغة العقد الإداري ووضع شروطه سلفا، وبغير إشراك المتعاقد المنتظر في شيء من ذلك معها، إلا أن ذلك لا يعني أن الأفراد يقبلون هذه الشروط أو يرتبطون بها دون أن يكونوا راضين عنها وراغبين فيها، وذلك لأنهم يطلعون على هذه الشروط ويدرسونها، ويبدون بشأنها ما يرون من تحفظات يرفقونها بعطاءاتهم "².

في حين اعتبر البعض الآخر أنه من اللازم إخضاع مرحلة إعداد دفتر الشروط إلى قانون المنافسة، باعتبارها أهم مرحلة قد تتلاعب فيها المصلحة المتعاقدة، لأن بموجبه يتم تحديد طريقة إبرام الصفقة، وكلما انتقلنا من أسلوب إلى آخر (طلب عروض مفتوح، طلب عروض محدود.....) يؤدي ذلك إلى التقليل من عدد المتعهدين، الأمر الذي يمس بمبادئ المنافسة، فإذا كنا أمام طلب عروض محدود لا يجوز المشاركة فيها إلا للأشخاص الذي تتوفر فيهم الشروط المعلن عنها³ كما أن معايير الانتقاء المحددة مسبقا قد ينتج عنها التقييد التعسفي للمنافسة، ويحدث ذلك إذا وضعت معايير تتوفر في مؤسسات معينة دون غيرها⁴.

¹- Bernard-Frank Macera, Les actes détachables dans le droit Français , Presse Universitaires de Limoges et du limousin , 2002,P.42 .

2- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق .ص.ص.85-59 .

3- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.154 .

4- ديش سورية،(العقوبات الإدارية على المتعامل الاقتصادي في الصفقات العمومية والعون الاقتصادي في قانون المنافسة -دراسة مقارنة -)، مذكرة ماجستير، جامعة الجليلي اليابس سيدي بلعباس، 2014 .

2-مرحلة الإعلان عن الصفقة إلى غاية الإرساء النهائي

بعد خروج الصفقة للعلن عن طريق الإعلان عنها وتمكين المترشحين من دفتر الشروط والوثائق اللازمة، تعود الصفقة إلى أدراج المصلحة المتعاقدة، فتتلقى هذه الأخيرة العروض من المترشحين، التي يجب إيداعها في المدة المحددة سلفاً، وتتضمن هذه العروض حسب المادة 67: ملف الترشح، عرض تقني، عرض مالي.

وترسل هذه العروض في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام ويتم وضعها جميعها في ظرف آخر مقفل بإحكام ويحمل عبارة " لا يفتح " .

ولقد أوكل تشريع الصفقات العمومية لسنة 2015 مهمة فتح هذه الأظرفة وتقييمها إلى لجنة واحدة تتمثل في "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، هذه الأخيرة وبعد القيام بمهمتها ترجع سلطة المنح النهائي إلى الهيئة المختصة.

1.2-دراسة العروض

كانت في القانون القديم تعهد إلى لجنتين منفصلتين واحدة لفتح العروض والأخرى لتقييمها . حيث أن مهمتها لا تنحصر فقط في فتح الأظرفة بل تقوم أيضاً بتحديد المترشح الأفضل للحصول على الصفقة .

ومما هو ملاحظ في الأنظمة القانونية المقارنة أن هناك منها ما يأخذ بنظام اللجنتين مثل العراق ومصر، ومنها من أوكل هذه المهمة للجنة واحدة، تختص بفحص العروض والبت فيها في نفس الوقت مثل الأردن وتونس، ويرى البعض أن نظام اللجنتين هو الأفضل لأن من شأنه أن يمنح للمصلحة المتعاقدة فرصة الدراسة الدقيقة للعروض¹ وتجدر الإشارة إلى أنه في تشريع الصفقات العمومية الفرنسي تعهد مهمة لجنة فتح الأظرفة وتقييمها إلى لجنة طلب العروض La commission d'appel d'offre، لكن فقط فيما يتعلق بصفقات الجماعات الإقليمية، غير أنه في إطار صفقات الدولة والمؤسسات العمومية لا محل لأي لجنة وذلك منذ مرسوم 2008-1355 المؤرخ في 19 ديسمبر 2008.²

1-محمود خلف الجبوري، المرجع السابق ، ص.109 .

2- La procédure d'appel d'offres ouvert , www.francemarces.com

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو من يقوم بتعيين الأعضاء المشكلين لهذه اللجنة؟

بالرجوع إلى التشريع المصري نجد أن تشكيل لجنة فتح الأظرفة يكون بموجب قرار صادر من طرف السلطة المختصة ويترأسها موظف تتفق وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وتضم هذه اللجنة ممثل عن الجهة طالبة التعاقد (المصلحة المتعاقدة)، وعضو فني وعضو مالي إضافة إلى مدير إدارة المشتريات أو من ينوب عنه، ويجوز النص في قرار التشكيلة على إضافة عضو أو أكثر إذا اقتضى الأمر، وفي حالة ما إذا اجتمعت اللجنة بأشخاص غير الذين تم تعيينهم من طرف السلطة المختصة، فإن اجتماعها يعتبر باطلا، وبالتالي فإن كل القرارات التي اتخذت بناء عليه تعد باطلة¹

وبالنسبة لحضور المتعهدين لاجتماع اللجنة فلا يوجد في قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 ما يشير إلى عدم انعقاد جلسة فتح الأظرفة دون حضور المتعهدين، كما كان معمولاً به في السابق، حيث كانت المادة 123 من المرسوم الرئاسي 10-236 تنص على أنه يتم فتح الأظرفة في جلسة علنية بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم في تاريخ سابق، وإنما اكتفى بالقول في المادة 70 إلى أنه يتم دعوة المرشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، أما عن الجلسة فإنها تتعقد حسب مقتضيات المادة 162 في فقرتها 2 وتكون صحيحة مهما كان عدد الأعضاء، على أن يضمن عددهم تحقيق الشفافية .

برأينا كان على المشرع أن يشترط لصحة انعقاد جلسة فتح الأظرفة حضور كافة المتعهدين أو ممثليهم، تفادياً لأي تصرف من شأنه أن يخالف المنافسة أو يعرقلها . مع الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي اشترط عدم حضور المتعهدين أو المرشحين ضماناً وحفاظاً على سرية المعلومات الخاصة بكل متعهد².

2.2-الإرساء(المنح) النهائي

بعد أن تنتهي اللجنة من مهمتها يتعين عليها عرض عملها على المصلحة المتعاقدة وهذه الأخيرة يعود لها وحدها منح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة بموجب رأي معلل ونصت الفقرة الثانية من المادة 65 من ق.ص.على أن يتم الإعلان

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.123 .

2- المادة 59 من ق.ص.ع الفرنسي تنص على أن فتح الأظرفة ليس علنياً وأن المرشحين غير مقبولين .

عن المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض وطبقا للمادة 82 يمكن الطعن في هذا المنح أمام لجنة الصفقات المختصة، الأمر الذي يتحقق معه شفافية أكثر بالإعلان عن الفائز مؤقتا وفتح المجال للطعن .

ويعرف المنح المؤقت على أنه إجراء إعلامي تخطر بموجبه المصلحة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي¹.

الفرع الثاني: التزامات المنافسة في القانون العام

وتظهر في جملة المبادئ التي تخضع لها جميع الطلبات العمومية والتي يطلق عليها مبادئ الطلبات العمومية، ولقد أخضعت معظم التشريعات عملية إبرام العقود الإدارية إلى مجموعة من المبادئ، التي تعد الضمانة الأساسية، ليس فقط بهدف حماية المال العام ومحاربة الفساد، وإنما تعد أيضا إحدى وسائل النهوض بالاقتصاد الوطني، ويتجلى ذلك من خلال خلق جو تنافسي يتيح الحصول على عدة عروض من عدة متنافسين، وبالتالي انتقاء أفضلها.

ولم يكن المشرع في بداية الأمر يولي اهتماما بهذه المبادئ عند صياغته للنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية، غير أنه بعد انتشار الفساد، خص لها نصا خاصا وربطها بنجاعة الطلبات العمومية وذلك ابتداء من سنة 2008²، وهو ما يظهر من خلال إضافة المادة 03 مكرر وبعدها أكدها أيضا في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010³، حيث نصت المادة 03 منه على أنه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات..."، كما حرص على التأكيد عليه في آخر تنظيم للصفقات العمومية لسنة 2015، وذلك بموجب المادة 05 منه .

1-عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.180.

2- المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 62، مؤرخة في 09 نوفمبر 2008.

3- المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، مؤرخة في 07 أكتوبر 2010.

كما أخضع الصيغة المستحدثة للعقود الإدارية في هذا التنظيم أي تفويضات المرفق العام لنفس المبادئ، وذلك ما يظهر من خلال نص المادة 209 منه، حيث جاء في الفقرة الأولى منها: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لابرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم"

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الفضل في خلق هذه المبادئ يعود إلى قرار تلوستريا الشهير Telaustria، الصادر بتاريخ 07 ديسمبر في سنة 2000، إضافة إلى القاضي الدستوري الفرنسي في سنة 2003، وذلك بمناسبة ممارسة رقابته على احدى القوانين حيث اعتبر أن الأحكام المتعلقة بالطلبات العمومية يجب أن تحترم المبادئ الناتجة عن المادتين 07 و14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1789، وأضاف قائلاً بأن ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يتمأولا عن طريق التحديد القبلي لاحتياجات المصلحة المتعاقدة وثانيا عن طريق اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية¹.

ولقد جاءت هذه القرارات خلافا لما كان متبعاً في السابق، حيث كان الاجتهاد القضائي القديم لمجلس الدولة الفرنسي يرفض الزام الإدارة بأن تخضع عقودها لالتزامات المنافسة، وهو ما يظهر من خلال القرار الصادر في 1984، في قضية الغرفة النقابية لعمال التأمينات لأعلي بيرينز Chambre syndicale des agents d'assurance de haute Pyrénées، حيث جاء في حيثياته: "لا يوجد أي مبدأ من المبادئ العامة للقانون يلزم هيئة عمومية أن تقوم بالدعوة العامة للمنافسة خلال ابرام عقودها"، غير أن اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي تطور وأصبح مسايراً لاجتهاد تلوستريا المشار إليه أعلاه، وهو ما يظهر مثلاً من قراره الصادر بتاريخ 30 جانفي 2009، قضية الوكالة الوطنية للعمل، وجاء في حيثياته بخصوص خضوع الصفقات العمومية لمبادئ الطلبات العمومية: "تخضع جميع الصفقات العمومية لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات"².

كما أخضعت معظم التشريعات المقارنة العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة لمبادئ الطلبات العمومية، نذكر على سبيل المثال التشريع التونسي، حيث أن الفصل السابع من

¹- Pierre Ricard, «Notion de commande publique », Colloque sur: Commande publique-les contentieux de la passation: Comment les gérer, Paris, 27 Janvier 2011, P.03.

²-Pierre Ricard, Op.Cit, P.03.

قانون الصفقات العمومية التونسي نص على أنه: "يخضع إبرام الصفقات العمومية إلى المبادئ الأساسية التالية:

- المساواة أمام الطلب العمومي وتكافؤ الفرص.
- شفافية الإجراءات.
- اللجوء إلى المنافسة."

وجاء تفسير هذه المبادئ ضمن المنشور التفسيري الصادر عن الوزير الأول بتونس والمؤرخ ب 20 جوان 2007، وربطها بمبدأ المساواة في الحقوق والواجبات ومبدأ المنافسة وكذا مبدأ حرية التجارة والصناعة، واعتبر بأن:

مبدأ المساواة أمام الطلب العمومي وتكافؤ الفرص: يشمل حرية المشاركة في الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المتنافسين، ويقتضي ضمان حرية المشاركة في الطلبات العمومية على إدراج قواعد فنية أو شروطا إدارية أو مالية موضوعية تسمح بتسديد حاجيات المشتري العمومي مع اجتناب إدراج شروط موجهة من شأنها إقصاء بعض المشتركين المحتملين، وفي هذا الإطار لا يمكن للمشتري العمومي أن يحد من المنافسة عن طريق إدراج شروط غير تلك المتعلقة بقدرة المشترك على إنجاز الطلبات موضوع الصفقة وبضماناته المهنية أو المالية بالخصائص الفنية.

أما مبدأ المساواة في معاملة المتنافسين أمام الطلب العمومي: فيقتضي هذا المبدأ اعلام كافة المتنافسين بمختلف الجوانب الإجرائية المتعلقة بإعداد وإبرام الصفقة ضمن دفتر الشروط، وقد مكن هذا الفصل المشاركين في المنافسة من تقديم ملاحظاتهم واستفساراتهم للمشتري العمومي .

وعليه فإن الصفقات العمومية تخضع في ابرامها لمجموعة من المبادئ، أطلق عليها مبادئ الطلبات العمومية، تتمثل في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين ومبدأ الشفافية، وإن كان هذا الأخير مرتبط بالإشهار، فإن المبدأ الأول والثاني مرتبطان بتحقيق المنافسة، وعليه سنقوم بدراستهما فيمايلي:

أولاً: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

نقصد بهذا المبدأ فتح الباب أمام الجميع لأن يتقدم بعرضه من أجل الحصول على الصفقة، فهو بهذه الميزة يهدف إلى تحقيق هدفين أساسيين هماحياد عملية التعاقد لأن المصلحة المتعاقدة لا تعلم

مسبقا من ستتعاقد معه، بالإضافة إلى كثرة العروض وتعدد المتنافسين وبالتالي يمنح للمصلحة المتعاقدة الفرصة لاختيار أحسن وأقل عرض.¹

وقد حظي هذا المبدأ باهتمام القضاء الإداري بمصر حيث عرفه بأنه: "المقصود بحرية المنافسة، هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه، بإجراء سواء أكان عاما أو خاصا"²

ويظهر تطبيق المبدأ من خلال إجراءات الإبرام، لكن في مقابل ذلك فإنه ترد على هذا المبدأ استثناءات تعتبر ضمانا أخرى للالتزامات المنافسة.

1-تطبيقات مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية:

إن تطبيق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية يعكسه مدى عدم انحياز المصلحة المتعاقدة لمتعاقدين معينين وهو ما يطلق عليه عدم التمييز، كما تعكسه الوثائق المطلوبة من المترشحين.

1.1-عدم التمييز

يجب إبرام العقد الإداري دون التمييز بالنظر إلى الجنسية أو الصفة أو محل الإقامة.

1.1.1-عدم التمييز بين المتعامل الأجنبي والوطني

ويقتضي هذا المعيار عدم التمييز بين الأجانب والوطنيين وفي ذلك تجسيد لاقتصاد السوق الذي من دعائمه عدم التمييز وحرية دخول الأسواق³، وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة الثانية من المادة 54 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث جاء فيها: " يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية "

¹- أنس جعفر، العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود ال B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص.ص.34-35.

²- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ت.ن، ص.513.

³- هدى بنحيبلس، (مبدأ عدم التمييز في القانون العام الاقتصادي الجزائري)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2010، ص.23.

ويجد مبدأ عدم التمييز بين المتعامل الأجنبي والوطني، مصدره في تشريعات الاستثمار المتعاقبة، حيث تم التصييص عليه في المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 12/93، وأكده الأمر رقم 03/01 المعدل والمتمم، حيث نصت المادة 14 منه على أنه: "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار .

ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي ابرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية" .

2.1.1-عدم التمييز بين المتعامل العمومي والمتعامل الخاص

يقتضي مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، عدم التمييز بين الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص الخاضعة للقانون الخاص، فكلاهما يستطيع التقدم للحصول على الصفقة، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 2000، قضية شركة جان لويس بيرنارد Jean Louis Bernard Consultants، حيث أكد بأنه لا يوجد نص أو مبدأ يمنع شخص معنوي عام أن يترشح للصفقة بسبب طبيعته القانونية¹، مع الإشارة إلى أن العقد الذي يتم إبرامه مع إدارة عمومية لا يخضع طبقاً للمادة 07 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للالتزامات الإشهار والمنافسة، خلافاً للمشرع الفرنسي الذي أخضعها بدورها لمبادئ الطلبات العمومية.

3.1.1-عدم التمييز بالنظر إلى المواطن

يقتضي هذا المبدأ عدم التمييز بين المتعاملين بالنظر إلى مقر إقامتهم، فيستوي المترشح الذي يقطن بالجنوب وبين الذي يقطن بالعاصمة، فكلاهما يستطيع التقدم للصفقة تطبيقاً لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، بل يمكن أن يشكل فقط أحد المعايير التي تركز عليها المصلحة عند منح الصفقة بالنظر إلى مكان تنفيذها²

¹-Amilhat Mathias, « Passation des marchés publics », JurisClasseur Administratif,Fasc.635,01Avril 2015,N°10.

²- Amilhat Mathias, Op.cit.

2.1- قائمة المستندات

كما يظهر تطبيق هذا المبدأ من خلال تدخل المشرع بوضع قائمة حصرية لمجموع المستندات التي تطلبها المصلحة المتعاقدة من المترشحين¹، وهو ما يتجلى من خلال نص المادة 67 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نصت على ثلاثة أنواع من الملفات يقدمها المترشحون وتتمثل في ملف الترشيح و ملف العرض التقني و ملف العرض المالي .

2- الاستثناءات الواردة على المبدأ

قد يتدخل المشرع في بعض الأحيان لتقييد المبادئ التي تطرقنا إليها أعلاه، وفي حقيقة الأمر هو لا يعتبر تقييدا لها بقدر ما يعتبر ضمانا لها .

حيث لا يعتبر اخلالا بمبادئ الطلبات العمومية إعطاء الأفضلية للمتعامل الذي ينتمي للقطاع العام أو للمتعامل الوطني بدل الأجنبي، كما لا يخل بهذه المبادئ استبعاد بعض المتعاملين لأسباب وقائية، بل يعتبر ضمانا لها حرمان بعض الأشخاص من التقدم للصفقة²

ولقد أشرنا في تعريف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية إلى التعريف الذي أعطاه القضاء المصري لهذا المبدأ، ولقد أضاف إلى أنه يرد عليه استثناءات حيث أضاف بأنه: "إلا أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان: أولهما: يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة، وثانيهما: يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال، مستهدفة بذلك ألا يتقدم للمناقصة إلا الصالحين من الأفراد والقادرين منهم فتوفر بذلك كثيرا من الجهد والوقت على لجان الفحص والبت. وقرارات الحرمان التي تصدرها الإدارة في هذا الصدد

¹-CristopheLajoye, Droit des marchés publics,Op.cit.,P.72.

² - محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص.75.

تجد سندها ومصدرها فيما يجري به العرف الإداري من سلطة وضع مثل هذه القواعد التي تنظم أعمال المناقصة"¹

1.2- هامش الأفضلية

هناك من يرى بأنه لا يوجد تعارض بين مبدأ المساواة وبين إعطاء هامش الأفضلية للمنتوج الوطني.²

لكن هناك من رأى خلاف ذلك وأسسوا رأيهم على نص المادة 03 من اتفاقية الجات Gatt، لسنة 1994 (اتفاقية انشاء المنظمة العالمية للتجارة)³، واعتبروا أنه يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار الأجنبي، لأن من بين أهم محفزات الاستثمار الأجنبي هو ألا يفرق التشريع بين المستثمر الوطني والأجنبي وإنما يجب أن التعامل بينهما على قدم المساواة⁴.

ولقد صدر بتاريخ 22 مارس 2003، قرار وزاري مشترك، متعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتوجات ذات الأصل الجزائري عند منح الصفقة العمومية.⁵

وفي سنة 2011 تم صدور قرار عن وزير المالية، متعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.⁶

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، المرجع السابق، ص.513.

² - خضري حمزة، (آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية)، أطروحة دكتوراه، قانون عام، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص.128.

³ - نص المادة 03.

⁴ - هبة هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016، ص.130.

⁵ - ج.ر، عدد، مؤرخة في

⁶ - ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 20/04/2011.

2.2- حق الأسبقية

وهو الحق الذي يحظى به المتعامل الأجنبي لكن المشرع قد أحاط هذا الحق بالعديد من القيود التي تحول دون الإضرار بالمصالح الاقتصادية الوطنية، وتتمثل هذه الضمانات فيما نصت عليه المادة 127 من المرسوم الرئاسي 247/15 في: استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة والضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصبغة العمومية أو الشبه عمومية.

3.2- المنع من المشاركة في الصفقات العمومية

بداية نشير إلى أن الحرمان والاستبعاد من الصفقة لا يؤديان نفس المعنى، فالحرمان هو إجراء شخصي يقع على الشخص بذاته سواء كان طبيعياً أو معنوياً، أما الاستبعاد فهو إجراء موضوعي يقع على العرض وليس على الشخص¹، أما الاستبعاد فقد عرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر بموجب قرار صادر عنها، بتاريخ 17 فيفري 1962، وجاء في حيثياته: "فلإدارة إذن حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك سوى عيب إساءة استعمال السلطة"²

ولقد تضمن أول تشريع للصفقات العمومية في الجزائر³ إجراء الحرمان من المشاركة في الصفقات العمومية لكنه حصرها فقط في حالة الإفلاس، حيث نصت المادة 12 منه على مايلي: "لا يقبل للمشاركة في الصفقات الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين هم في حالة إفلاس ولا تمنح لهم أية صفقة عمومية" وهو تأكيد لما كانت تنص عليه المادة 03 من دفتر الشروط الإدارية العامة الخاص بصفقات الأشغال لسنة 1964: "...وبناء على ذلك فإن الشخص الذي تم شهر إفلاسه وفقاً لأحكام القانون التجاري لا يجوز له أن يتقدم لإبرام عقد الأشغال العامة طبقاً لمبدأ حرية المنافسة"

1- عياد أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د.د.ن، د.ب.ن، 1983، ص.155.

2- محمد أنور حماده، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص. 29 .

3- الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52، المؤرخة في 27 جوان 1967.

ثم تغاضى عنها في تشريعات الصفقات العمومية وذلك إلى غاية 2010، لكن وفي مقابل ذلك فقد تضمنتها نصوص أخرى، حيث وبالرجوع إلى قانون المالية لسنة 1997¹، نجد أن المادة 62 منه قد نصت على منع كل شخص محكوم عليه بقرار قضائي نهائي في جريمة غش جبائي لمدة عشر سنوات من المشاركة في الصفقات العمومية .

وهو ما نجده أيضا في القانون المتعلق بقمع ومخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج².

ثم أضاف قانون العقوبات عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية ضمن قائمة العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 منه وذلك بموجب التعديل الذي طرأ عليه في 2006³ .

وبعدها ادخل المشرع على تنظيم الصفقات العمومية حالات الإقصاء ووسع منها وذلك بموجب المادة 52 من المرسوم الرئاسي 236/10، ولم تتوقف دائرة التوسيع عند هذا الحد بل امتدت لتشمل فئات أخرى بموجب التعديل الذي مس هذا المرسوم في 2011، وبعدها تم إصدار قرار وزاري مشترك بتاريخ 28 مارس 2011، تضمن تحديدا لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية⁴

كما أكد المشرع الجزائري على هذا المبدأ من خلال نصه في المادة 94 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على منع الشخص الذي اطلع على معلومات من شأنها اعطاء امتياز للحصول على الصفقة، هذا المنع يتحقق خاصة عندما يشارك المتعامل في المرحلة التحضيرية للصفقة وتم تأكيده من طرف القضاء الأوروبي وذلك في القرار الصادر بتاريخ 03 مارس 2005 قضية فابريكوم SA Fabricom ضد دولة بلجيكا .

1- الأمر 31/96 المؤرخ في 30 أكتوبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج.ر، عدد 85، مؤرخة في 1996/12/31.

2- الأمر رقم 22/96، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 01/03، ج.ر، عدد 12، مؤرخة في 23 فيفري 2003.

3- القانون رقم 23/06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، عدد 84، مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

4- ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 20 افريل 2011.

لكن هذا المنع يرد عليه استثناء ويتمثل في اثبات أن المعلومات التي تحصل عليها لا تخل بأي شكل من الأشكال بمبدأ حرية المنافسة.

ثانياً: مبدأ المساواة في معاملة المترشحين

يقصد بمبدأ المساواة في إطار الصفقات العمومية منح الفرصة لكل من يرغب في الحصول على الصفقة أن يشارك فيها دون أدنى تمييز¹.

ويظهر تطبيق المبدأ من خلال طريقة إبرام العقد المتمثلة في طلب العروض، هذا الأخير يعتبر الوجه الحقيقي لمبدأ المساواة ولكن في مقابل ذلك قد يتدخل المشرع في بعض الأحيان لتقييد هذه الطريقة.

1- طلب العروض الوجه الحقيقي لمبدأ المساواة

يقوم مبدأ المنافسة على فكرة اللبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرفق العام، كما أنه يقوم على أساس وقوف الإدارة موقفاً حيادياً اتجاه المتنافسين².

حيث أن مبدأ المنافسة في حد ذاته يتيح الفرصة لكل من تتوفر فيه الشروط أمام المصلحة المتعاقدة، لذلك يعتبر طلب العروض هو المجال الحقيقي لتطبيق هذا المبدأ³.

ويكرس هذا الأسلوب المساواة بين المترشحين كما يحقق مبدأ المنافسة الشريفة بينهم ويكفل لهم إمكانية المشاركة بالصفقة إذا توافرت فيهم الشروط التي تم الإعلان عنها⁴

1- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.52.

2- عبدالحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه-القضاء-التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص.88.

3- محمد أنور حماده، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.28.

4- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية: وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمنتتم والنصوص التطبيقية له، المرجع السابق، ص.132.

وتجدر الإحاطة علما بأن أغلب التشريعات كانت تعتمد على المعيار المالي المتمثل في "أقل الأثمان"، كطريقة أساسية لإبرام الصفقات العمومية، والسبب في ذلك هو الرغبة في المحافظة على أموال الدولة، لكن ذلك أدى إلى إغفال الجودة وتهميش الكفاءة، وهو ما نتج عنه خسائر فادحة، الأمر الذي استدعى إلى البحث عن معيار آخر إلى جانب معيار السعر حتى يحدث نوع من التوازن بين المحافظة على الخزينة العمومية وتحقيق الجودة أمام رهانات التنمية الاقتصادية، فتبنت مختلف التشريعات معيارا مزدوجا من أجل الفوز بالصفقة، وهو ما يطلق عليه العرض الأفضل شروطا والأقل ثمنا¹.

1.1- طلب العروض في التشريعات المقارنة

ففي التشريع الفرنسي، ظلت المناقصة (Adjudication)، في تشريع الصفقات العمومية الفرنسي ولوقت طويل تشكل القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية، وكان يقصد بها إرساء الصفقة على المترشح صاحب العرض الأقل سعرا (Le moins-disant)، غير أنه ونتيجة للانتقادات التي وجهت لهذه الطريقة، حيث اتهمها الكثيرون بأنها عديمة الفعالية بالنظر إلى الاتفاقات المسبقة التي كانت تحصل بين المترشحين²، وهو ما جعلها توقع الصفقة تحت طائلة المنافسة الصورية فقد كانت المصلحة المتعاقدة هي الوحيدة التي تعتقد أنها قد طرحت الصفقة للمنافسة، بل وقد ذهب البعض الآخر إلى القول بأن معيار "الأقل ثمنا" هو كارثة اقتصادية وقانونية، لأن المصلحة المتعاقدة وبدل أن تركز على البحث عن الجودة، فإنها تكفي بمنح الصفقة للمترشح الذي يعرض أقل سعر وذلك حتى تجنب نفسها الوقوع في جريمة المحاباة³، وهو ما أدى إلى إلغاء هذا الإجراء في 2001⁴، والاعتماد على إجراء طلب العروض كقاعدة عامة، وبالرجوع إلى المادة 33 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي نجدها قد عرفته بأنه: "هو إجراء تختار من خلاله المصلحة المتعاقدة المتعهد بدون مفوضات وذبح بناء على معايير موضوعية يتم اعدادها مسبقا ويكون المترشحين على علم بها".

¹- جابر جاد نصار، المناقصات العامة: دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونسسترال)، الطبعة 02، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.196.

²- Phillippe Yolka, Droit des contrats administratifs, LGDJ, Paris, 2013, P.P.77-78.

³-Thierry Beaugé, « Comment améliorer la lutte contre la corruption dans les marchés publics », Revue des juristes de Science Po, N°09, Juin 2015, P.101.

⁴-Laurent Richer ,Droit des contrats administratifs ,Op.cit., P.465.

أما التشريع المصري: فخلافا لباقي التشريعات المقارنة، فإنه لم يأخذ بطلب العروض بل احتفظ بالمعيار المالي (الأقل ثمنا)، فيتم التعاقد عن طريق المناقصة إذا تعلق الأمر بشراء المنقولات أو مقاولات الأعمال أو الحصول على الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية، إلى جانب أسلوب الممارسة والاتفاق المباشر.

أما المزايدة (الأعلى ثمنا) فقد خصها لعمليات البيع.¹

وبدوره كان المشرع المغربي البداية يعتمد على المناقصة كطريقة أساسية لإبرام الصفقات العمومية لكنه تخلى عنها وأصبح يعتمد على طلب العروض (Appel d'offre) إلى جانب إجرائيالمباراة (Le concours) والمسطرة التفاوضية (La procédure négociée)².

أما التشريع التونسي: فقد نص بدوره على أن طلب العروض هو الطريقة الأساسية من أجل اختيار عرض أو عدة عروض بناء على معايير موضوعية يتم إعدادها مسبقاً.³

2.1- طلب العروض في التشريع الجزائري

أخذ أول تشريع خاص بالصفقات العمومية (1967)، بإجراء طلب العروض (Appel d'offre)، إلى جانب المناقصة (Adjudication)، فالطريقة الأولى ربطها بالخدمات المعقدة أما الثانية فخصها للخدمات العادية والبسيطة.

وفي تشريع 1982، تخلى عن طلب العروض واعتمد على إجراء التراضي، إلى جانب الدعوة للمنافسة (Appel à la concurrence).

أما في قانون 1991، فقد أصبحت إجراءات إبرام الصفقات العمومية تتمثل في المناقصة والتراضي، وجعل التراضي هو القاعدة العامة ولكنه حاد عن التعريف المعتمد للمناقصة، حيث اعتمد في تعريفها على المعيار الموضوعي، المتمثل في " أفضل العروض"⁴.

1- الجمهورية المصرية، القانون رقم 89، مؤرخ في 05 أوت 1998، متعلق بالمناقصات والمزايدات.

2- المملكة المغربية، المرسوم رقم 349-12-2، المؤرخ في 20 مارس 2013، المتعلق بالصفقات العمومية.

3- الجمهورية التونسية، الأمر رقم 1039، المؤرخ في 03 مارس 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

4- المادة 24 من قانون الصفقات العمومية لسنة 1991، نصت على أنه: " المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين مع تخصيص الصفة للعارض الذي يقدم أفضل العروض".

ولعل اعتبار التراضي هو القاعدة هو اختيار يبرره تأزم الوضعية الاقتصادية والأمنية التي عاشتها الجزائر في تلك الفترة.

ثم جاء تعديل 1996¹، وأعاد للمناقصة اعتبارها بأن أصبحت هي القاعدة والتراضي هو الاستثناء، حيث نصت المادة 22 المعدلة على أنه: "تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو إجراء التراضي".

أما في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، فقد أدخل تغييرا طفيفا وذلك من خلال استبدال مصطلح "عارضين" بمصطلح "متعهدين"، بمقتضى نص المادة 26 منه: "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

ثم جاء تعديل 2015 ليقرب الموازين، حيث لم يكتف فقط بوضع حد لكل الانتقادات التي وجهت لمصطلح المناقصة، إذ صحح الترجمة وأصبح مصطلح Appel d'offre يقابله في النص التشريعي باللغة العربية "طلب العروض"، بل إنه أدخل تغييرات على تعريف هذا الإجراء، حيث وبالرجوع إلى المادة 40 منه نجدها تعرف طلب العروض على أنه: "هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء".

نلاحظ أنه بالرغم من أن المشرع الجزائري قد أكد على المعيار الموضوعي الذي يرتكز عليه طلب العروض، والمتمثل في أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إلا أن هذه العبارة تطرح التساؤل فيما يتعلق بمفهومها؟ كما أنه أدخل على التعريف عبارات أخرى، تتمثل في "دون مفاوضات" وكذا عبارة "إعداد معايير الاختيار الموضوعية بصفة قبلية"، وهو ما سنحاول تحليله فيما يلي:

1.2.1- أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية

لقد سبق وأن استعمل المشرع الجزائري عبارة "أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية"، وذلك في تشريع الصفقات العمومية لسنة 2010، حيث نصت المادة 125 منه على أنه: "... وتتم في

1- المرسوم التنفيذي رقم 54/96، المؤرخ في 22 جانفي 1996، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 06، مؤرخة في 24 جانفي 1996.

مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم انتقائهم الأولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المتمثلة في عروضهم للقيام طبقا لدفتر الشروط بانتقاء إما العرض الأقل ثمنا، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وإما أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات".

نلاحظ من خلال نص المادة بأن المشرع الجزائري كان يعتمد على معيارين انتقائيين، الأول مالي عندما يتعلق الأمر بخدمات عادية وهو معيار الأقل سعرا والثاني موضوعي عندما يكون محل الصفة بخدمات تقنية، حيث يتم اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 26 جوان 2003، قد اعتبر معيار العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية ضمانا لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، وذلك بقوله: "إن ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يتم... من خلال اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية"¹

ولقد سبق للقضاء الأردني أن أخذ بالمعيار الموضوعي، حيث قضى بأنه: "...الاحتجاج بأن السعر المقدم من المستدعي لتوريد المادة المطلوبة كان أقل من السعر الذي قدمه من أحيل عليه العطاء في غير محله كون أن لجنة العطاءات المركزية اعتمدت على قرار اللجنة الفنية الذي أكد عدم فعالية المادة الموردة للمستدعي"²

وبالرجوع إلى نص المادة 78 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المرسوم الرئاسي 247/15)، فإنه لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وضع المشرع مجموعة من المعايير تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة في عملية الانتقاء، وتتمثل هذه المعايير في: النوعية وأجال التنفيذ أو التسليم، بالإضافة إلى السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال والطابع الجمالي والوظيفي، إلى جانب النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي وذلك لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة، بالإضافة إلى القيمة التقنية

¹ - Aymeric Ruellan, « Les critères de choix des offres dans le nouveau code des marchés publics », AJDA, 2004, P.378.

² - محمد جمال الذنبيات، المرجع السابق، ص.262.

والخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية وكذا شروط التمويل عند الاقتضاء وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية.

وأضاف المشرع عبارة: "ويمكن أن تستخدم معايير أخرى بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة".

وبالتالي نلاحظ أن المعايير الموضوعية التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة من أجل اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية لم تأت على سبيل الحصر، وهو ما يعني ترك الحرية للمصلحة المتعاقدة من أجل إضافة معايير أخرى، لكن هذه الحرية قد تشكل خطرا على مبادئ الطلبات العمومية وذلك إن وضعت المصلحة المتعاقدة معايير من شأنها المساس بهذه المبادئ ونتيجة لذلك نقول أنه كان من الأفضل أن يقوم بتحديد هذه المعايير على سبيل الحصر.

مع الإشارة إلى أن هامش الحرية هذا قد دافع عنه المفوض الأوروبي ماريو مونتي Mario Monti حيث اعتبر أن: "القواعد المتعلقة بمنح الصفقات العمومية يجب أن تترك للمصالح المتعاقدة هامشا كبيرا من المناورة فيما يتعلق باختيار معايير الشراء (بشرط أن تتعلق بمعايير اقتصادية) وعلى الخصوص إمكانية تقرير منح الصفقة بناء على معيار السعر لوحده"¹.

ثاني ملاحظة تستوجب أن نقف عندها هي تلك المتعلقة بالمعايير التي استحدثها المشرع التي يبدو من الظاهر أن لا علاقة لها بموضوع الصفقة ولكن تمت إضافتها إلى قائمة المعايير المعتمدة في اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، ويتعلق الأمر:

بالمعيار الاجتماعي الذي عبرت عنه المادة 78 ب: "النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين".

اعتبر القضاء الإداري في فرنسا أن هذا المعيار بعيد بشكل كبير عن موضوع الصفقة وحتى عن شروط تنفيذها²

¹-Aymeric Ruellan, Op.cit.

²-H.Pongérard-Payet, « Le critère social exprès d'attribution: Un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus »,AJDA,2006, P.635.

لكن في مقابل ذلك ذهب مجلس الاتحاد الأوروبي إلى أن وضع المصلحة المتعاقدة لأحد الشروط التي يكون الهدف منها هو الحد من البطالة لا يعد مخالفا للتشريعات وذلك في قراره الصادر في بتاريخ 26 سبتمبر 2000، في قضية لجنة فرنسا ضد المباني المدرسية لاقليم-Norde-Pas-de-Calais، وقبل ذلك في سنة 1988 في قضية بنتجيس-Beentjs ضد هولندا.¹

وقد تم إدراج هذا المعيار في المنظومة الصفقات العمومية في فرنسا بداية من سنة 2005، وذلك بموجب قانون رقم 32/2005، المؤرخ في 18 جانفي 2005.²

وهناك أيضا المعيار البيئي: أقر مجلس الإتحاد الأوروبي في قراره الصادر بتاريخ 17 سبتمبر 2002، في قضية كونكورديا-بوس فليند-أوب-أبيسفلاند-Concordia Bus FlindOy AB، بأن المساهمة في حماية البيئة يمكن أن يشكل أحد المعايير لإسناد الصفقة، لكنه في مقابل ذلك قيده بأربعة شروط تتمثل في:

الشرط الأول: يجب أن يكون المعيار البيئي مرتبطا بموضوع الصفقة.

الشرط الثاني: لا يجب أن يؤدي ذلك إلى إعطاء المصلحة المتعاقدة الحرية المطلقة في اختيار المتعامل المتعاقد.

الشرط الثالث: يجب الإشارة إلى المعيار البيئي صراحة وذلك إما في إعلان الدعوة العامة للمنافسة أو في دفتر الشروط³، وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن القضاء قد أظهر تشدده بخصوص هذا الشرط، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28 جويلية 2000، قضية بلدية Villefranche-De-Rouergue⁴، وتتلخص وقائع وإجراءات القضية فيما يلي:

بتاريخ 23 سبتمبر 1992، أصدر مجلس بلدية Villefranche-De-Rouergue، مداولة تتضمن قبول مؤسسة-ديجرمون-Degremont من أجل بناء محطة لتصفية المياه القذرة، وقد أسست البلدية اختيارها على المعيار المتعلق باحترام هذا الإنجاز للمعايير المطبقة على تفرغ محطات تصفية المياه.

¹-Didier Supplisson, « Critères d'attribution des marchés publics: Quelques changements dans la continuité », AJDA, 2006, P.1765.

²-Didier Supplisson, Ibid.

³-Victor Haim, « Critères d'attribution des marchés publics », AJDA, 2005, P.95.

⁴-CE, Commune de Villefranche-de-Rouergue, 28/07/2000, req.199549.

على إثر ذلك قامت شركة أ.د.س.ف.A.D.S.F، برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية لتولوز .Toulouse

بتاريخ 23 أكتوبر 1995، أصدرت المحكمة الإدارية لتولوز Toulouse، حكما يقضي بإلغاء المداولة وتحميل البلدية المسؤولية عن الضرر الذي أصاب الشركة المدعية جراء استبعادها من الصفقة .

قامت البلدية باستئناف الحكم أمام مجلس الاستئناف الإداري لبوردو Bordeaux، وبتاريخ 16 جويلية 1998، أصدر المجلس قرارا يقضي برفض إلغاء الحكم.

بتاريخ 11 سبتمبر 1998، قامت البلدية بالطعن بالنقض ضد هذا القرار أمام مجلس الدولة، وبتاريخ 28 جويلية 2000، قام مجلس الدولة برفض الطعن واعتبر بأن: "قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما حينما قضوا بإلغاء المداولة المتضمنة منح الصفقة لمؤسسة ديجرمون Degremont لأنها اعتمدت في اختيارها على معيار لم يتضمنه الإعلان عن طلب العروض ولا دفتر الشروط التقنية الخاص "

الشرط الرابع: يجب إحترام المبادئ الأساسية للطلبات العمومية وخاصة مبدأ عدم التمييز.¹

2.2.1- معيار السعر

في إطار نص الماد 78 دائما نص المشرع على أنه يمكن الاعتماد على معيار السعر فقط لكن في حالة استثنائية عبر عنها المشرع ب: "يسمح موضوع الصفقة بذلك".

3.2.1- تخصيص الصفقة دون مفاوضات

أكد المشرع الجزائري على أن طلب العروض كإجراء لإبرام الصفقات العمومية يتم دون مفاوضات، ومرد ذلك راجع إلى اختلاف عقود القانون العام عن عقود القانون الخاص، فهذه الأخيرة تقوم على المفاوضات تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين²

¹-Victor Haim, *Ibid.*

²- بن بشير وسيلة،(ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري)، مذكرة ماجستير، القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص.140.

4.2.1- إعداد معايير اختيار موضوعية بصفة قبلية

اشترط المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 78 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية وأن يتم ذكرها بصفة إلزامية.

3.1- احترام مبدأ المساواة في طلب العروض المحدود

ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بتطبيق هذا المبدأ حتى في حالة طلب العروض المحدود، حيث يجب عليها أن تعمل على تحقيق المساواة حتى بين المترشحين الذين يقتصر عليهم هذا النوع من طلبات العروض¹

ويقتضي هذا المبدأ أن يتقدم جميع الأشخاص الراغبون في الحصول على الصفقة بعروضهم إلى المصلحة المتعاقدة وهو ما يفرض: " أن يستفيد جميع المرشحين من نفس الفرص في اعدادهم لعروضهم"، وهو ما قضت به محكمة العدل الأوروبية في العديد من قراراتها، نذمر منها قرارها الصادر بتاريخ 25 أبريل 1996، في قضية المملكة البلجيكية²

وتتلخص وقائع القضية في أنه في إطار صفقة عمومية تم الإعلان عنها من طرف شركة النقل الجهوية لفالون Wallone، تم قبول أحد المتعهدين، الذين لا تتوافر فيهم شروط التأهيل وقبول عرض لا يستجيب للمعايير المحددة في دفتر الشروط والتي تمنح بموجبها الصفقة، اعتبرت المحكمة أن المملكة البلجيكية قد أخلت بمبدأ المساواة في المعاملة .

وعليه فإن مبدأ المساواة يقوم على أساس أن جميع المترشحين يجب أن يكونوا على قدم من المساواة مع بقية المتنافسين³.

وفي الجزائر اعتبر أن منح صفقة لمتعهد قدم ملفا ناقصا يعد مساسا بمبدأ المساواة وهو ما نستشفه من خلال ما تضمنه التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 1996-1997، حيث جاء في الجزء

¹ - محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية: دراسة تحليلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص.21.

² - Amilhat Mathias, *Ibid*.

³ - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.250.

الثاني منه تحت عنوان: "الجماعات الإقليمية" المتضمن ملاحظات حول الصفقات العمومية لولاية قسنطينة، أنه قد تم إبرام صفقات مع متعاملين بالرغم من أن ملفات عروضهم جاءت ناقصة، وجاء في تقريره: "يتجلى من فحص مستندات الصفقة المبرمة بتاريخ 04 أكتوبر 1993، والمتعلقة بترميم الطريقين الولائيين رقم 05 و133، أن ملفات العروض للمتشحين الخمس غير كاملة..." وأضاف: "يعد قبول المترشحين في المنافسة دون أن تكون ملفاتهم كاملة مخالفة للتنظيم الخاص بالصفقات... وهو من شأنه أن يبعد اختيار صاحب العرض الأفضل ويرحب بعرض قد يضحى غير مجد"¹.

2-الاستثناءات الواردة على المبدأ

وتتمثل في مراعاة المصلحة العامة وفي التضحية بالأسلوب في حد ذاته عن طريق اعتماد طريقة التراضي في حالة توفر الظروف المنصوص عليها في القانون

1.2-مراعاة المصلحة العامة

أقر القضاء الأردني بأن الاستبعاد من الصفقة بسبب عدم مراعاة الشروط المطلوبة لا يشكل مساساً بمبدأ المساواة بين المتنافسين لأن هذه الشروط وضعت من أجل تحقيق المصلحة العامة، وجاء في حيثياته: "إن قرار لجنة العطاءات باستبعاد أي عرض لمخالفته لشروط العطاء هو قرار سليم ومتفق مع أحكام القانون ذلك أن أول واجبات لجنة العطاءات احترام شروط العطاء التي وضعت حفاظاً للمصلحة العامة"².

2.2-بنص القانون (التراضي)

هناك من الأسباب الموضوعية ما دعت المشرع بأن يعترف للإدارة إمكانية اختيار المتعاقد معها دون الحاجة لإجراءات الإشهار والنشر عن طريق أسلوب تعاقدى تتحقق معه حرية أكبر للإدارة وهو ما يطلق عليه بأسلوب التراضي³، من خلاله تتعاقد الإدارة مع شخص طبيعي أو معنوي معين خاضع

1-التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 1996-1997، ج.ر، عدد 12، مؤرخة في 28 فيفري 1999.

2- محمد جمال الذنبيات، المرجع السابق، ص.265.

3- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية -وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المعدل والتمتم والنصوص التطبيقية له)، المرجع السابق، ص.193.

للقانون الخاص أو القانون العام دون المرور على الإجراءات المسبقة لاختيار المتعاقد معها، ويعد هذا الأسلوب في أغلب التشريعات استثناء على القاعدة العامة بل أبعد من ذلك، حيث يعد من بين الأساليب الأكثر استثنائية ولا يتم اللجوء إليه إلا في حالات معينة ومحددة بموجب القانون¹

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو هل يتم التضحية بمبادئ الطلبات العمومية في ظل أسلوب التراضي استجابة لهذه الأسباب الموضوعية أم لا؟ خاصة وأن من بين الاجتهادات القضائية ما اعتبرت أن الإدارة تتمتع وفقا لأسلوب التراضي بالحرية التامة بنفس صورة مبدأ سلطان الإرادة المعروفة في نطاق العقود الخاضعة للقانون الخاص²

للإجابة عن هذا السؤال سوف نتطرق إلى تعريف التراضي، أنواع التراضي وكيفية التراضي.

1.2.2-تعريف التراضي

يطلق عليه في التشريع المصري طريقة الاتفاق المباشر، حيث تنص المادة 07 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، على أنه: "يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعهما، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من:

رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الأخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال.

الوزير المختص ومن له سلطاته، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، وثلاثمئة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال.

1- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، المرجع السابق، ص.ص.829-830.

2- هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص.ص.504-505.

ولرئيس مجلس الوزراء، في حالة الضرورة القصوى، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز الحدود المنصوص عليها في البند ب من الفقرة السابقة"

نستخلص من استقراء نص المادة، أن القانون يجيز للإدارة أن تتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر (التراضي) مع من شاءت من الموردين أو المقاولين، وذلك في الحالات المستعجلة التي لا تحتل التأخير لكن بشرط ألا تزيد قيمة الصفقة عن حدود مالية معينة يتم تحديدها بموجب التشريع.

وبالرجوع إلى نص المادة 52 من قانون المناقصات والمزايدات المشار إليه أعلاه، فإنه ومن أجل تجنب التحايل على القانون، فإنه لا يجوز تكرار التعاقد عن طريق التراضي أكثر من مرة في نفس السنة المالية، عندما يتعلق الأمر بنفس موضوع الصفقة باستثناء الحالات التي لا تتجاوز قيمتها مجموع الحد الأقصى المقرر قانونا.

وفي القانون اللبناني يطلق عليها طريقة الاتفاق بالتراضي.

ولقد انتقد الفقه المصري هذه التسمية، معتبرين أن التراضي في الأصل هو ركن من أركان العقود أي كانت طريقة التعاقد، أما الاتفاق المباشر، فنقصد به تبادل الايجاب والقبول بين المتعاقدين، دون الحاجة إلى المرور بإجراءات المناقصة¹.

لكن الفقه في الجزائر كان له رأي مخالف، حيث اعتبر الدكتور عمار بوضياف أن التراضي يختلف عن الرضا، وأن هذا الأخير يعد ركنا من أركان العقد، يجب توافره في جميع العقود أي كانت طبيعتها، سواء أكانت من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، لكن القصد من اطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أن المصلحة المتعاقدة تتحرر بموجبه من الخضوع للقواعد الإجرائية التي يتم اتباعها في طلب العروض وتختار مباشرة التعاقد معها دون التقيد بها، فرضاها حسب الدكتور عمار بوضياف بارز انطلاقا من حريتها في التعاقد²

¹ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016، ص.ص.146-147.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية -وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، المرجع السابق، ص.193.

في فرنسا كان يطلق عليه مصطلح « gré à gré » إلى غاية صدور المرسوم المؤرخ في 21 جانفي 1976، حيث تم استبداله بمصطلح البحث « Les marchés négocié » .

لكنها أصبحت بعد استحداث الإجراءات المكيفة إجراء ثانويا¹

من جانبها قررت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 18 مارس 1967، مبدئين بخصوص طريقة التراضي التي يطلق عليها كما أشرنا إليه الاتفاق المباشر، ويتعلق الأمر ب:

أولاً: "الأصل في التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر، هو حرية الإدارة في اختيار من يتعاقد معها، وإن كانت هذه الحرية لا ينتفي معها اخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين. وقد اتفق الفقه والقضاء الإداري على أنه مهما بلغت دقة النظام المقرر لإحدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة، فإنه ليس ثمة أسلوب واحد تلتزم به جهة الإدارة لاختيار متعاقد معين، وعلى هذا الأساس تتميز طرق التعاقد عن طريق الممارسة، عن طريق التعاقد عن طريق المناقصات العامة".

ثانياً: لا يمكن تفسير المادة 124 من اللائحة - الملغاة- على أنها تحول الممارسة إلى مناقصة " إذ أنه من المسلم في مجال التفسير أن نصوص التشريع الواحد يجب ألا تتناسخ، بل يتعين تفسيرها باعتبارها وحدة متكاملة يفسر بعضها بعضاً على النحو الذي يحقق إعمال جميع النصوص لا إهمال البعض منها" ولما كان القانون رقم 236 لسنة 1954 بتنظيم المناقصات قد سمح للإدارة بالالتجاء إلى الممارسة فإن التفسير العكسي يكون متناقضاً معه ومع باقي نصوص اللائحة. ومن ثم فإن المحكمة الإدارية العليا قد فسرت الإلزام الوارد في المادة 124 بأنه ينصب على " اتباع الاشتراطات العامة الواردة في الباب الثاني من اللائحة الخاصة بالمناقصات العامة، بل إنها قصدت إلى أن تتبع من هذه الاشتراطات ما يتوافق ولا يتعارض مع طبيعة حريتها في اختيار المتعاقد معها، ويكون قصارى ما تطلبته هذه المادة إذن هو اتباع الاشتراطات المتعلقة بالتأمينات الواردة في الفصل الثاني منه، ضماناً لجدية العطاء، وتنفيذا للعقد على أحسن وجه...ومن حيث أنه يترتب على ما تقدم أن الإدارة تظل في نطاق الممارسة محتفظة بحريتها الكاملة في اختيار المتعاقد معها"، ومع التسليم بوجاهة هذا التذليل، فإن

¹-Stéphane Braconnier, Précis du droit des marchés publics, Op.cit., P.337.

عدول الإدارة عن صاحب أفضل عطاء استنادا إلى حريتها في الاختيار، لا بد أن يقوم على أسباب جدية تتصل بالصالح العام، وإلا كان تصرفا مشوبا بعيب الانحراف يخضع لرقابة القضاء الإداري¹.

2.2.2-أنواع التراضي

عرفت الجزائر منذ البداية أسلوب التراضي كأحد أساليب التعاقد في الصفقات العمومية، حيث نجد أن المادة 60 من تشريع الصفقات العمومية لسنة 1967، كانت تنص على أنه: "تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معه، ومنح الصفقة لمن تختاره منهم...".

نلاحظ أن هذا التعريف قد اعترته عدة أخطاء، من بينها أن القول بأن الإدارة تتنافس مع المقاولين والموردين، فكيف للإدارة أن تتنافس وهي التي تبرم الصفقة هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن النص جاء ترجمة خاطئة للنص باللغة الفرنسية، هذا الأخير نص على أنه: « Les marchés sont dits de gré à gré lorsque l'administration engage librement les discussions avec les entrepreneurs ou fournisseurs qu'elle décide de consulter et qu'elle attribue le marché à l'entrepreneur ou fournisseur de son choix »

والترجمة الأصح هي: "تسمى صفقات بالتراضي عندما تقوم الإدارة بالتفاوض مع المقاولين أو الموردين بكل حرية...."

وقد قام بتعداد الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى أسلوب التراضي وكانت تتمثل فيما يلي:

- الإحتكار: وتتمثل في حالة عدم الحصول على الخدمات إلا من مقاول أو مورد فريد حائز لامتياز الاحتكار، أو من مالك لبراءة الإختراع.
- عدم جدوى المناقصة: إما بسبب عدم تلقي أي عرض أو عدم قبول أي عرض.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، ط.06، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012، ص.271.

- الاستعجال: واشترط المشرع أن يكون قاهرا ولا يتحقق ذلك إلا بوجود خطر وشيك الوقوع من شأنه الإضرار بأموال تم استثمارها في مشروع، ولا يحتمل انتظار الأجل الطويلة التي تميز المناقصة.
- خدمات النقل البحري.
- السرية: صفقات الأشغال أو الخدمات أو التوريدات التي تتطلب السرية في تنفيذها.
- هيئات القطاع العام ذات الأولوية.

أما في تشريع الصفقات العمومية لسنة 1982: بدوره لم يعرف تمييزا بين التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة. لكن أهم ما ميزه هو أن المشرع جعل من أسلوب التراضي القاعدة العامة، والسبب راجع إلى ما تميزت به تلك الفترة حيث كانت الدولة الجزائرية آنذاك تفتقر لمؤسسات مؤهلة ومختصة¹

غير أن التعريف الذي أعطاه المشرع في تشريع الصفقات العمومية لسنة 1982، لكيفية التراضي كان محل جدل، حيث كانت تنص المادة 27 منه على أنه: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ولا تستبعد فيه الإستشارة"، فهذه العبارة الأخيرة التي تفيد أن الاستشارة غير مستبعدة جعل الكثير يعتبر بأن هناك تناقضا في نص المادة، وهو ما جعل المشرع يتدخل من أجل التعديل فأصدر المرسوم رقم 51/84²، وتم رفع اللبس إذ أدخل المشرع طريقتين للتراضي المتمثلتين في التراضي البسيط الذي يتم دون اللجوء إلى المنافسة والتراضي بعد الإستشارة .

لكن ما يأخذ على هذا التعديل أنه أعطى للإدارة حرية كبيرة وهو ما يظهر من خلال عبارة "كلما رأى هذه الكيفية في الإبرام أكثر نفعاً"³

1- جليل مونية، المرجع السابق، ص.54.

2- المرسوم رقم 51/84، المؤرخ في 1984/02/25، المعدل والمتمم للمرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 1982/04/10، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر، عدد 09، مؤرخة في 1984/02/28.

3- جليل مونية، المرجع السابق، ص.86.

فاللجوء خاصة إلى التراضي البسيط يقتضي بالضرورة أن يتم تحديد الحالات التي يتم من خلالها اللجوء إليه بصفة دقيقة ومحددة وعلى سبيل الحصر باعتباره أحد الإجراءات الخطيرة التي تمس بمبادئ الطلبات العمومية

وفي تشريع الصفقات العمومية لسنة 1991: أعاد المشرع الاعتبار للمناقصة وعاد التراضي يرد في الخانة الاستثنائية وعرفه في نص المادة 23 منه، بأنه: " هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة " .

نلاحظ بأنه قد تحددت معالم أسلوب التراضي تدريجياً مع صدور المرسوم التنفيذي رقم 434/91، ولاسيما بموجب المرسوم التنفيذي رقم 187/98¹، حيث جاء في المادة 24 منه: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي يعد الاستشارة"².

أما تشريع الصفقات العمومية لسنة 2002: فقد عرف التراضي في المادة 22 منه وقال بأنه: " هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ».

وجعل من التراضي البسيط إجراء استثنائياً لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالات معينة وجعلها في أربع حالات فقط هي: الاحتكار، الاستعجال الملح، حماية الاقتصاد وتوفير حاجات السكان الأساسية، المشاريع ذات الأولوية والأهمية الوطنية.

أما التراضي يعد الإستشارة فيتم اللجوء إليه في حالتين هما: عدم جدوى الدعوة إلى المنافسة وصفقات الدراسات واللوازم والخدمات التي لا تستلزم اللجوء إلى المناقصة.

غير أن المشرع وسع من حالات اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الإستشارة في التعديل الذي طرأ على تشريع الصفقات العمومية في 2008، حيث أصبحت تتمثل في:

1- مرسوم تنفيذي رقم 87/98، مؤرخ في 07 مارس 1998، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 9 / 11 / 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 13، مؤرخة في 11/03/1998.

2- بن بشير وسيلة، المرجع السابق، ص.146.

- عدم جدوى الدعوة للمنافسة أو في حالة عدم تلقي العروض أو أن العروض المقدمة غير مناسبة.

- صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات التي لا تحتاج إلى مناقصة.

- صفقات الأشغال التابعة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.

- الصفقات المبرمة في ظل إستراتيجية التعاون أو الاتفاقيات الثنائية.

أما في تشريع الصفقات العمومية لسنة 2010، فقد عاد وأكد المشرع على المبدأ الذي يقضي بأن التراخي البسيط يعد إجراء استثنائياً وفي مقابل ذلك فقد وسع المشرع من حالات اللجوء إليه عن طريق إضافة حالتين ويتعلق الأمر بالحق الحصري الممنوح للمؤسسات العمومية بموجب نص تشريعي أو تنظيمي من أجل القيام بمهمة الخدمة العمومية والحالة المتعلقة بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.

أما تعديل 2011 فقد أعفى الصفقات المبرمة وفق إجراء التراخي البسيط من تقديم الالتزام بالاستثمار.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن الالتزام بالاستثمار الذي تم فرضه على المتعاملين الأجانب بداية من 2010، فقد تم تنظيمه بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 نوفمبر 2013 المتعلق بتطبيق الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب¹، بحيث اشترط أن يتضمن العرض المقدم من المتعهد الأجنبي الالتزام بالاستثمار تحت طائلة رفض العرض، وقد تم إلحاق نموذج عن هذا الالتزام بالقرار.

وعاد المشرع لإضافة حالتين بمقتضى التعديل الذي صدر 2012، وتتمثل هاتين الحالتين في: تنفيذ خدمات قبل إبرام الصفقة وتنفيذ خدمات بصفة استعجالية.

¹ - ج.ر، عدد 21، مؤرخة في 09 أبريل 2014.

وأضاف أيضا حالة أخرى للحالات التي يتم بموجبها اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة ويتعلق الأمر بحالة صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات التي تكون محل فسخ والتي لا يمكن إجراء مناقصة جديدة بخصوصها بسبب الأجل التي لا تتناسب مع طبيعتها.

أما بالنسبة لأنواع التراضي في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 فحسب المادة 40 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن التراضي قد يكون إما عبارة عن: تراضي بسيط أو تراضي بعد الإستشارة.

1.2.2.2- التراضي البسيط في ظل المرسوم الرئاسي 247/15

تنص الفقرة 02 من المادة 41 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بأن التراضي البسيط هو عبارة عن قاعدة استثنائية، لا يتم اللجوء إليها إلا في الحالات الواردة في المادة 49.

وبالرجوع إلى نص المادة 49، نجد بأن هذه الحالات، تتمثل في:

-حالة الاحتكار أو حماية الحقوق الحصرية أو لاعتبارات ثقافية وفنية:

ولقد سبق لمجلس الدولة الفرنسي أن أقر حماية للحقوق الحصرية وذلك في قراره الصادر بتاريخ 02 أكتوبر 2013، قضية محافظة لواز Département de l'Oise¹، حيث قام بإلغاء الأمر الصادر عن قاضي الاستعجال للمحكمة الإدارية لأمينس Amiens، المتضمن إلغاء إجراء إبرام صفقة بموجب طريقة التراضي، واعتبر مجلس الدولة أن قاضي الاستعجال قد ارتكب خطأ عندما اعتبر أن حماية الحقوق المتعلقة بأحد البرامج تسمح للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى أسلوب التراضي.

-حالة الاستعجال الملح:

المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو أحد الأملاك التابعة للمصلحة المتعاقدة أو بالأمن العمومي ويشترط إضافة إلى ذلك أن يكون هذا الخطر خارجا إرادة المصلحة المتعاقدة، بمعنى لم يكن في

وسعها أن تتوقعه وألا تكون متسببة فيه: وقد اشترط القضاء الإداري لتحقيق هذه الحالة توافر كلا الشرطين المتعلقين بالاستعجال والظروف التي لا يمكن توقعها، وقد تشدد فيما يخص تقديره لحالة الاستعجال وذلك في قراره الصادر بتاريخ 26 جويلية 1991¹، وقد اعتبر أن الكارثة التكنولوجية أو الطبيعية يمكن أن تشكل حالة استعجال ملح².

وقد أجاز المشرع الجزائري في حالة الاستعجال أن يتم تنفيذ الخدمات الضرورية قبل إبرام الصفقة، وذهب إلى إمكانية إثبات الاتفاق بين الطرفين عن طريق الرسائل، كما أدخل المشرع استثناء فيما يتعلق بصفقات الأشغال أو اللوازم التي يتجاوز مبلغها 12.000.000 دج، وصفقات الدراسات والخدمات التي تتجاوز 6.000.000 دج أن تبرم صفقة على سبيل التسوية في أجل ستة أشهر من تاريخ حصولها على مقرر الترخيص من الجهة المختصة وتخضع أيضا للرقابة الخارجية³.

-حالة التموين المستعجل الذي يهدف إلى توفير حاجيات السكان الضرورية ويشترط أيضا أن تكون حالة الاستعجال خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة وألا تكون سببا فيها.

-حالة ما إذا تعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، ويشترط أن يكون مستعجلا، وأن تكون حالة الاستعجال خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة (غير متوقعة وليست نتيجة مناورات للمماطلة). وقد اشترط المشرع في هذه الحالة، الموافقة المسبقة للسلطة المختصة المتمثلة في مجلس الوزراء، وذلك في حالة ما إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10.000.000.000 دج، وإذا كان مبلغ الصفقة أقل من ذلك، فيشترط الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.

-حالة ما إذا تعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج، وفي هذه الحالة اشترط المشرع أيضا موافقة السلطة المختصة المتمثلة في مجلس الوزراء، عندما يكون مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10.000.000.000 دج، وفي حالة ما إذا كان يقل عن هذا المبلغ فإنه تتم الموافقة عليه أثناء اجتماع الحكومة.

¹-CE, 26 juillet 1991, Cne de Ste Marie de la réunion ,req.n°117717.

²- Stéphane Braconnier, Précis du droit des marchés publics , Op.cit. , P.338.

³- المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15

-حالة قيام مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري بمهمة الخدمة العمومية بمقتضى حق حصري: ممنوح لها بموجب نص تشريعي أو تنظيمي، أو في حالة إنجازها لكل نشاطها مع الهيئات والإدارات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

نلاحظ بأنه في القوانين السابقة كانت تطبق هذه الحالة على المؤسسات العمومية بصفة عامة، غير أن المشرع من خلال التعديل الأخير خص هذه الحالة فقط بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

2.2.2.2-التراضي بعد الاستشارة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15

يعد أسلوب التراضي بعد الاستشارة الأقرب إلى تحقيق مبدأ المساواة مقارنة بأسلوب التراضي البسيط.¹

وقد حددت حالاته المادة 51، وتتمثل هذه الحالات في:

-عدم الجدوى: وقد اشترط المشرع في التعديل الأخير أن لا يتم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة مباشرة بعد إعلان عدم الجدوى، بل يجب أن يتم إعادة الإعلان وفي حالة ما إذا أعلن عن عدم الجدوى للمرة الثانية ن ففي هذه الحالة يجوز اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة .

وقد قام القضاء الإداري الفرنسي بوضع شروط لتطبيق هذه الحالة من بينها²، أن يكون الإجراء الأصلي قد تم تنظيمه بشكل يضمن نجاحه الطبيعي وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 29 سبتمبر 1997، قضية محافظ سان ومارن Seine-et-Marne³.

واشترط أن يكون الإجراء الأصلي قد مر في ظروف منظمة، وهو ما أقره في قراره الصادر بتاريخ 05 مارس 1999، قضية رئيس L'A.N.⁴

1- جليل مونية، المرجع السابق، ص.119.

²-Philippe Malinvaud, Droit de la construction 2014-2015, Dossier N°414.

Stéphane Braconnier, *Op.cit.* n°414-820.

³-CE, 29 Décembre 1997, Préfet de Seine-et-Marne /c OPAC de Meaux, req.160686.

⁴-CE, 05 Mars 1999, Président de l'AN, req.n°163328.

-صفات الدراسات واللوازم والخدمات: التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض وذلك إما بسبب موضوعها أو ضعف مستوى المنافسة أو الطابع السري للخدمات.

-صفات الأشغال التابعة للمؤسسات السيادية في الدولة

-الصفات التي تم فسخها: وهي التي لا تسمح طبيعتها إجراء طلب عروض جديد.

-استراتيجية التعاون الحكومي أو الاتفاقات الثنائية: المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، وقد اشترط المشرع أن تنص اتفاقية التمويل على ذلك، وتملك المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة سلطة حصر الاستشارية في الدولة المعنية لكن فقط في الحالة الأولى أو الدولة التي تقدم الأموال في الحالات الأخرى .

3.2-كيفية التراضي

يمر التراضي بالمراحل التالية:

الدعوة إلى التعاقد: تعد دعوة المتعاملين للتعاقد أول مرحلة يتعين على المصلحة المتعاقدة القيام بها، ففتقوم باستدعاء المتخصصين أو متخصص واحد في حالة الوضعية الاحتكارية، وتقابل هذه الدعوة الإعلان أو النشر الذي يتم في حالة طلب العروض¹

كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من أن الحالة التي تفتضي لجوءها إلى إجراء التراضي لا تدخل ضمن الصفقات التي تتم وفق الإجراءات المكيفة، مرحلة المفاوضات وأخيرا يتم إبرام الصفقة.

1- تياب نادية، المرجع السابق، ص.101.

الفرع الثالث: خضوع تفويضات المرفق العام لالتزامات الإشهار والمنافسة.

في مصر يفرق الفقه بين عقود الامتياز وعقود البوت B.O.T، حيث يعتبر أن الأولى لا تخضع لمبادئ الطلبات العمومية، أما الثانية أي عقود البوت B.O.T، فلا تتمتع الإدارة في نطاقها بالحرية في اختيار المتعاقد معها، حيث أن ابرامها يتم في إطار المنافسة والعلانية¹.

يخضع عقد تفويضات المرفق العام بدوره لالتزامات الإشهار والمنافسة، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نصت على أن اتفاقيات تفويض المرفق العام تخضع للمبادئ المنصوص عليها في المادة 05 منه والمتمثلة في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات .

في بداية الأمر كان خضوع تفويضات المرفق العام في فرنسا لمبادئ الطلبات العمومية، محل جدل بين الفقهاء، فالكثير منهم اعتبر بأن هذه العقود تخرج عن دائرة الطلبات العمومية وليس لها أي مكانة داخلها، ومن بين هؤلاء الفقيه لوران ريشار Laurent Richer، حيث أسس وجهة رأيه على ثلاثة حجج هي:

- الحجة الأولى: المقابل المالي (الدفع)

حيث أنه في إطار عقود تفويضات المرفق العام فإن الإدارة لا تقوم بدفع أي مقابل مالي للمفوض له، على عكس العقود الأخرى مثل الأشغال العمومية، أين تقوم المصلحة المتعاقدة بدفع مقابل مالي للمقاول مقابل إنجازها للأشغال، وبالتالي فإنه لا يوجد مساس بالمال العام.

- الحجة الثانية: مسؤولية المفوض له

1- حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص.ص.537-538.

ففي عقود الامتياز نجد بأن المسؤولية تقع على عاتق صاحب الامتياز. واعتبروا بأن هذه الفكرة لا يمكن ربطها بالطلبات العمومية.

- الحجة الثالثة: غموض النصوص التشريعية

أخيرا اعتبروا بأن النصوص التشريعية الخاصة بتفويضات المرفق العام والمتمثلة في قانون مكافحة الفساد Sapin، المؤرخ في 29 جانفي 1993، لم يكن نص في مواد على خضوع هذه العقود لمبادئ الطلبات العمومية على عكس القوانين الخاصة بالعقود الأخرى مثل الصفقات العمومية، أين نجد بأن المشرع ينص صراحة على أنها يجب أن تحترم هذه المبادئ¹.

- الحجة الرابعة: شخصية المفوض له محل اعتبار

وهذه الحجة هي من خلق القضاء الإداري حيث كان مجلس الدولة الفرنسي في السابق، يرفض رفضا تاما أن تخضع عقود الامتياز لمبادئ الطلبات العمومية، وهو ما يظهر من خلال قراره الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1936، في قضية سيبييل Sibille، حيث أكد فيها بأن: "مثل هذه العقود تشتت ضرورة أن تكون شخصية صاحب الامتياز محل اعتبار وذلك نظرا إلى المدة التي تستغرقها من جهة ومن جهة أخرى إلى تعقيدها"².

لكن مجلس الدولة في سنة 2009، غير رأيه في قضية المؤسسة العمومية للمتحف والأماكن الوطنية لفرساي Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles³، وذلك بعد بضعة أشهر فقط من صدور الأمر المؤرخ في 15 جويلية 2009، والذي جاء في مادته الخامسة على خضوع عقود امتياز الأشغال العمومية لمبادئ الطلبات العمومية، حيث نصت على أنه: "من أجل ضمان نجاعة الطلبات العمومية وحسن استعمال المال العام، فإن عقود امتياز الأشغال العمومية يجب أن تحترم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات"

¹- François Brent, « Les nouvelles bases du droit des concessions », AJDA, 2016, P.992.

²- François Lichère, « La passation des concessions », AJDA, 2016, P.1000.

³- CE, 23 Décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, N°328827.

وبتاريخ 29 جانفي 2016، صدر الأمر المتعلق بعقود الامتياز والذي يعتبر نقلة نوعية في تاريخ تفويضات المرفق العام، حيث أكد صراحة في نص المادة الأولى منه على أن عقود الامتياز تخضع لمبادئ الطلبات العمومية، وجاء في نص المادة مايلي: "تحتزم عقود الامتياز الخاضعة لهذا الأمر مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات".¹

حيث أنه يحتوي على ما لا يقل عن أربعة وعشرون مادة متعلقة فقط بالإبرام وهذا يعتبر ثروة في عالم الطلبات العمومية لأنه مقارنة مع القانون الذي كان يحكمها (قانون سابان Sapin)، فهذا الأخير كان يحتوي على أربعة مواد فقط خاصة بالإبرام.²

ولقد أقر القضاء الإداري الفرنسي باختصاص قاضي استعجال العقود للنظر في إجراءات إبرام تفويضات المرفق العام منذ على سبيل المثال قراره الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2006 قضية بلدية اندفيل Andville.

1-François Brenet, « Les nouvelles bases du droit des concessions », Op.cit. , P.992.

2-François Lichère, « La passation des concessions », Op.cit., P.1001.

المطلب الثاني: مظاهر الإخلال بالتزامات المنافسة

إن فعالية تدخل القاضي الاستعجالي ترتبط أساسا بمدى رقابته¹. لكنه في نفس الوقت لا يمكن أن يراقب أو يفحص وسائل أخرى غير تلك المتعلقة بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي يخضع لها العقد محل النزاع² وهو ما قضى به مجلس الدولة بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2008، في قضية نقابة ما بين البلديات للمياه وتطهيرها لمايوت Mayotte

وفي جميع الأحوال يمكن القول أن كل قرار مخالف للتزامات المساواة في معاملة المترشحين يعتبر إخلالا بالتزامات المنافسة، لكن رقابة القاضي تمتد فقط للقواعد الإجرائية وليس للقواعد الموضوعية³ وهو ما سنحاول إظهاره من خلال مايلي:

الفرع الأول: الإخلال بقواعد قانون المنافسة

إذا كان قانون الصفقات العمومية أصبح اليوم يشكل في حد ذاته قانونا للمنافسة ففي مقابل ذلك فإن قانون المنافسة يهتم بمرحلة منح الصفقات العمومية خاصة وأنه يهدف إلى حظر الممارسات المنافية للمنافسة والتي تهدف إلى عرقلة المنافسة أو الحد منها أو تحريفه (تغليبها)⁴، وفي مجال الصفقات العمومية تظهر هذه الممارسات غالبا في شكل اتفاقات محظورة (أولا) والتعسف في وضعية الهيمنة (ثانيا)⁵.

أولا: الاتفاقات المحظورة

تنص المادة 06 من قانون المنافسة المعدل والمتمم على أنه: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لا سيما عندما ترمي إلى.... السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

1 - Bernard Poujade, « Le référé précontractuel: Un premier Bilan », Les petites affiches, N°58, 14 Mai 1997, P.17.

2 - Daniel Giltard, « Référé: Contrats de la commande publique », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, Juin 2011.

3 - Roland Vandermeeren, « Le référé administratif précontractuel », AJDA, 1994, P.91.

4 - Marie Picard, « Concurrence », Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, Paris, 2005, N°76.

5 - Lucien Rapp- Philippe Terneyre, Op.cit., P.1148.

وتعتبر الاتفاقات بين المترشحين هي الأكثر تطبيقاً في هذا المجال أما إذا حدث وأن حصلت اتفاقات بين المترشحين والمصالح المتعاقدة فإن ذلك لا يدخل في مجال تطبيق أحكام قانون المنافسة¹.

وهو الأمر الذي أكده مجلس المنافسة الجزائري بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 17 أكتوبر 1999، حيث اعتبر بأن مسألة تطبيق الأمر 06/95 لا سيما المادة 02 منه على القرار الذي اتخذه ممثل المصلحة المتعاقدة بعد فتح الأطراف والمتعلق بمنح صفقة عمومية لأحد المتعهدين يعتبر قراراً إدارياً لا يخضع لمراقبة واختصاص المجلس، لأن اختصاصه يتحدد بطبيعة الممارسات المرتكبة والتي يجب أن تكون طبقاً للمادتين 7 و6 من الأمر 06/95 معاينة بمناسبة ممارسة نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات، وبما أن الأمر يتعلق باختيار سلطة عامة لمؤسسة إنجاز طلبات عمومية وتدخلت بصفتها طالبة في سوق إنجاز أشغال البناء وبالتالي فإن منح الصفقة لا يعد فعل إنتاج، توزيع أو خدمات، وانتهى المجلس إلى القول أن تطبيق المادة 02 من الأمر 06/95 على الأشخاص العامة يتوقف على ممارسة وظيفة اقتصادية².

غير أنه وفي جميع الأحوال فإنه يتعين على الشخص العمومي المسؤول عن الصفقة أن يعمل على ضمان احترام حرية المنافسة، وألا يقوم بإبرام الصفقة في حالة ما إذا اكتشف وجود اتفاقات بين المترشحين، وهو ما حدث في القضية المرفوعة أمام المحكمة الإدارية لباستيا Bastia، التي قضت بعدم مشروعية إجراءات إبرام الصفقة، وتتلخص وقائع القضية في أن محافظة أعالي كورسيا Haute-Corse، قامت بمنح صفقة خدمات النقل المدرسي لأحدى الشركات المترشحة بالرغم من أنه قد تم إعلامها بوجود اتفاق مسبق بين ثلاث شركات مترشحة من ضمن أربعة³.

غير أنه في مقابل ذلك وإن كانت هذه الممارسات معاقب عليها أمام القاضي الجزائري وقاضي المنافسة فإنه على النقيض من ذلك لا تدخل ضمن الوسائل التي يمكن إثارتها أمام قاضي الاستعجالي الإداري لأنها تحدث بين الأشخاص التي القانون الخاص⁴.

¹ - Lucien Rapp- Philippe Terneyre, *Op.cit.*, P.1148.

² - محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.92.

³ - Violation des dispositions du code de commerce et illégalité de la procédure de passation d'un marché public, AJDA, 2003, P.738.

⁴ - Lucien Rapp- Philippe Terneyre, *Op.cit.*, P.1148.

ثانيا: التعسف في وضعية الهيمنة

عرفها قانون المنافسة المعدل والمتم بمقتضى المادة 03-ج بأنها: "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها امكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموليها".

وفي سنة 2000 تدخل المشرع الجزائري من أجل تحديد المقاييس التي نعرف من خلالها أن المتعامل الاقتصادي في وضعية هيمنة وذلك بموجب الأمر رقم 314/2000، لكن تم إلغاء هذا الأمر فيما بعد.¹

وقد قضى مجلس المنافسة الفرنسي بتاريخ 27 جوان 2006، بأن مجرد حصول مترشح على الصفقة التي كان قد فاز بها من قبل أي يكون محل تجديد يشكل في حد ذاته وضعية هيمنة.²

وقد تناول التنظيم الخاص بالصفقات العمومية وضعية الهيمنة من خلال نص المادة 72، حيث جاء فيها: "...تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأية طريقة كانت، ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط".

الفرع الثاني: الإخلال بأحكام قانون الصفقات العمومية

من أجل معرفة الأعمال التي من شأنها أن تشكل اخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة في مفهوم المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سوف نحاول تبيانها من خلال مراحل إبرام الصفقة العمومية والتي تنقسم إلى مرحلتين أساسيتين: مرحلة ما قبل إيداع العروض (أولا) والمرحلة التي تلي إيداع العروض (ثانيا) .

أولا: قبل إيداع العروض

إن القاضي الاستعجالي يتدخل قبل إبرام العقود الإدارية أي منذ مرحلة الإعلان عن العقد لكن هذه الأخيرة تسبقها مرحلة أخرى تتعلق بالتحضير للعقد يطلق عليها مرحلة تحديد الحاجات، وفيما يلي

¹ - بن عزة محمد، "دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قيود المنافسة الجزائري"، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 01، 2013، ص.249.

² - Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique, Editions du Moniteur, Paris, 2017, P.508.

سوف نرى إن كان من الممكن أن يحدث خلال هاتين المرحلتين إخلال بالتزامات المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والتي تستدعي بسط القاضي لرقابته عليها .

1-المرحلة التحضيرية

وتشمل المرحلة التحضيرية تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة وتحديد نوع العقد المراد إبرامه وكذا اختيار الطريقة المناسبة لإبرامه.

وبالتالي فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو هل يعتبر أي مخالفة تشوب هذه المراحل إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة، وتخضع بالتالي لرقابة قاضي الاستعجال قبل التعاقد؟
فيما يخص تحديد الحاجات فإن القاضي الإداري لا يمارس عليها إلا رقابة مقيدة¹ .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه في حالة تخصيص الصفقة فإنه وبالرغم من أن المصلحة المتعاقدة تتمتع بالسلطة التقديرية في اتخاذ قرار التخصيص، غير أن المشرع قيد هذه السلطة بالإلزامية لتعليل اختيارها² وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 27 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث جاء فيها: "يمنع تجزئة الحاجات بهدف تفادي الإجراءات الواجب اتباعها وحدود اختصاص لجان الصفقات المنصوص عليها في هذا الباب" .

وفي هذا الصدد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة كوني Koné بتاريخ 01 جوان 2011، بأن قيام المصلحة المتعاقدة بالإلزام المترشحين بأن يقدموا عرضا مقابل كل حصة إخلالا بالتزامات المنافسة وفي قضية أخرى اعتبر بأنه يشكل أيضا إخلالا بالتزامات المنافسة منح جميع الحصص لشخص واحد³ .

أما بالنسبة للعقد فالقاعدة أن القاضي بصفة عامة والقاضي الاستعجالي بصفة خاصة لا يتقيد بالوصف الذي أعطاه له الأطراف⁴، وفي حالة ما إذا توصل القاضي إلى أن الوصف الذي تم إعطائه

1 - Diane Poupeau, « Contrôle du juge du référé précontractuel sur la définition des besoins », AJDA, 2013, P.1946.

2- زناتي مصطفى، " ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة (حجر الزاوية في عقلنة وترشييد الطلب العمومي) - <http://dspace.univ-amsila.dz> ص.05.

3 -Sophie Roussel- Charline Nicolas, « L'allotissement des marchés publics, entre ambition et réalisme », AJDA, 2018, P.1440.

4 - Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Editions Le Moniteur, Paris, 2015, P.79.

للعقد من طرف المصلحة المتعاقدة مخالف لما نص عليه القانون فإن ذلك يشكل إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة.

وأخيرا فيما يتعلق بالطريقة التي تم اختيارها من طرف المصلحة المتعاقدة لإبرام العقد فإنها تخضع بدورها لرقابة القاضي الاستعجالي، حيث يراقب مدى إتباع المصلحة المتعاقدة للطريقة المنصوص عليها في القانون، ويرى إن كانت الشروط المنصوص عليها متوافرة¹، وما نجده بكثرة في هذه الحالة هو اللجوء غير المبرر للتراضي البسيط، بحيث إذا لجأت المصلحة المتعاقدة إلى إبرام عقد عن طريق التراضي دون توافر الشروط المنصوص عليها في القانون فإن ذلك يعتبر إخلالا بالتزامات المنافسة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الفقه تساءل عن مدى خضوع أسلوب التراضي لرقابة القضاء.

تمت الإجابة عن هذا التساؤل بمقتضى الحكم الصادر من طرف محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري بتاريخ 21 أبريل 1963، حيث اعتبرت بأن التعاقد بالطريق المباشر يعد قرارا إداريا، من حيث كونه يعد إذنا بالتعاقد، القرار الصادر بالإبرام هو قرار إداري شأنه في ذلك شأن القرار الصادر بإرساء المزايمة أو المناقصة، من حيث انفصاله عن العملية التعاقدية ذاتها، ومن ثم فإن الطعن ضده جائز قانونا، ذلك أن إبرام العقود والمراحل السابقة عليها تعتبر قرارات إدارية منفصلة، يجوز الطعن فيها بأسلوب تجاوز السلطة².

ومن جهة أخرى يراقب القضاء أيضا، الشروط التي يفرضها القانون في حالة إبرام الصفقة بموجب آلية التراضي مثل شرط ضرورة الحصول على موافقة أو إذن الجهة المختصة، وهو ما نستشفه من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بليبيا، بتاريخ 24 نوفمبر 1982، حيث قضت بمايلي: "أنه من المنفق في الفقه الإداري أنه حينما يشترط القانون استئذان جهة معينة لإبرام التعاقد فإن الحصول على هذا الإذن المسبق يصبح شرطا ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية أصلا إلا كان العقد باطلا، ومما لا جدال فيه أن مثل هذا الشرط لم يوضع عبثا، وإنما يقوم على أسباب جوهرية تتصل

¹ - Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.cit., P.79.

² - زكي النجار، (نظرية البطلان في العقود الإدارية)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1981، ص.102.

بالصالح العام اتصالا وثيقا وأن المادة 03 من لائحة المناقصات والمزايدات تقضي بأن يصدر إذن بالتعاقد من مجلس الوزراء في حالات الاتفاق المباشر التي تحددها البنود الستة الأولى كلما تجاوزت قيمة التعاقد 500.000 دينار.¹

ولقد سبق وأن حكم قاضي الموضوع ببطلان صفقة تم إبرامها عن طريق التراضي في غير الحالات المنصوص عليها في القانون وذلك في قضية السيد جاكوي Jacquier، بتاريخ 28 جويلية 2000، حيث اعتبر مجلس الدولة في هذه القضية بأن الصفقة باطلة ولا ينتج عنها أي علاقة تعاقدية² بل وقد سبق له أن اعتبر في قضية مارتان Martin، بتاريخ 29 جانفي 1982³، أن الصفقة التي يتم إبرامها وفق أسلوب التراضي يجب أن يكون في حدود الحالات المنصوص عليها في القانون وإلا كانت باطلة ويكون البطلان في هذه الحالة من النظام العام⁴

لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو: هل الصفقات المبرمة بموجب إجراء التراضي تخضع لرقابة قاضي الاستعجال؟

الأصل أن التراضي يمنح للمصلحة المتعاقدة نوعا من المرونة لكن في مقابل ذلك فإنه لا يسمح لها أن تستخدم هذه الحرية استخداما مطلقا بل يتوجب عليها احترام الحالات المحددة على سبيل الحصر في القانون من أجل اللجوء لمثل هذه الآلية.⁵

كما أنه من حيث المبدأ فإن الصفقات التي تيرم وفق إجراء التراضي خاصة البسيط تتم دون منافسة وبالتالي لا نكون أمام " مترشحين مستبعدين"، غير أنه في مقابل ذلك فإنه إذا تم ذلك أي إبرام الصفقة دون الخضوع للالتزامات الإشهار والمنافسة بطريقة غير مشروعة فإنه من غير المنطقي أن

1- مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص.123.

2-Stéphane Braconnier, Précis du droit des marchés publics, **Op.cit.**, P.337.

3-CE, 29 Janvier 1982, Martin, req.n°19923.

4 - Philippe Malinvaud, Droit de la construction 2014-2015, Dossier N°414, Stéphane Braconnier, **Op.cit.**, N°414-800.

5 - Eric Lanzarone, « Anfructuosité et marché négocié: Vers un allégement de la procédure ? », Revue Le Lamy Collectivités territoriales, N°55, 1 Mars 2010, P.36.

يتم رفض الطعن المرفوع أمام قاضي الاستعجال من طرف المتعاملين الذي كان بإمكانهم المشاركة من أجل الظفر بالصفقة¹ فعنصر الضرر متوافر في هذه الحالة.

وفي هذا الصدد نشير إلى أنه في الجزائر تم تسجيل لجوء المصلحة المتعاقدة للتراضي المخالف للتشريع بكثرة وذلك من طرف الهيئات الرسمية المكلفة بمراقبة الميزانية حيث لاحظت هذه الأخيرة هيمنة إجراء التراضي في منح الصفقات العمومية وذلك لصالح المؤسسات العمومية حتى ولو كانت تعاني من وضعية مالية صعبة أو لصالح مؤسسات خاصة وطنية وأجنبية².

وفيما يلي سنقوم بإيراد أمثلة عن صفقات تم إبرامها وفق أسلوب التراضي، ولكن تم اعتبارها مخالفة لتشريع الصفقات العمومية .

- قضية شركة " اينى " الإيطالية:

قام مجمع سونطراك بإبرام عدة صفقات مع شركة اينى(ENI)، وهي شركة إيطالية تعمل على استكشاف واستخراج النفط في أكثر من 85 دولة، لكن اكتشف القضاء الإيطالي بعد التحقيق أن هذه الشركة قد منحت رشاوى للاستفادة من صفقات ضخمة في دول من بينها الجزائر الأمر الذي أدى إلى فتح التحقيق بالجزائر، وهو ما نتج عنه توقيف عدة إطارات من المجمع وصلت إلى حد إقالة وزير الطاقة والمناجم " شكيب خليل"، والسبب في ذلك منح صفقات بموجب أسلوب التراضي بقيمة تفوق 6,5 مليار دولار سنة 2008، ومن بينها مشروع غاز "جيكاً 3"، والذي كان الهدف منه القيام بنقل الغاز إلى حدود 9 ملايين متر مكعب وتمويل أنبوب غاز غالسي بين الجزائر وإيطاليا حيث بلغت الصفقة 580 مليون دولار، وتم الكشف أيضا عن عقود أخرى تمت ما بين 2007 و2009 أبرمت معظمها بأسلوب التراضي.³

¹ - Frédéric Rolin, « L'application dans le temps des décisions juridictionnelles en matière contractuelle ou d'un effet différé l'autre », *Revue des contrats*, N°02, 01Avril 2008, P.465.

² - تقرير مجلس المحاسبة لسنة 2010، جريدة الشروق اليومي، العدد 3158، 29 ديسمبر 2010، ص.10.

³ - لحول كمال، (اختيار المشاريع العمومية: دراسة مشروع الطريق السيار "شرق غرب")، مذكرة ماجستير، تخصص تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص.ص.144-145.

- قضية شركة BRC:

في جويلية 2006، كشفت المفتشية العامة للمالية عن فضيحة شركة «BRC BrownRoots and Condor»، وهي شركة جزائري أمريكية تم تأسيسها بين شركة سونطراك وشركة Halliburton الأمريكية، وقد تعاقدت هذه الشركة مع شركة سونطراك ووزارة الدفاع الوطني، وجاء في التقرير الصادر عن المفتشية العامة للمالية أنه ما بين سنة 2001 و2005، تحصلت الشركة على واحد وأربعون (41) صفقة، بقيمة 2,1 مليار دولار أمريكي عن طريق التراضي مخالفة أحكام قانون الصفقات العمومية.¹

- قضية مسجد الأمير عبد القادر بقسنطينة:

جاء في التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة في الجزء الثاني منه، تحت عنوان " اللجوء غير المبرر إلى إجراء التراضي"، مايلي: " تم إبرام الصفقة المتعلقة بعمليات التهيئة الخارجية والغرس لمسجد الأمير عبد القادر بتاريخ 24 أكتوبر 1994، بناء على إجراء التراضي المحدد في المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991...دون تبرير اللجوء إلى هذا الإجراء، بحيث أن الحجة التي أثارها الإدارة أي الطابع الاستعجالي لتدشين المسجد بمناسبة الفاتح نوفمبر 1994 غير واردة في المادة 40 من المرسوم السالف الذكر "

وأضاف أنه: " تم إبرام صفقة أخرى بتاريخ 02 جويلية 1995، لإتمام إنجاز المعهد العالي للعلوم الإسلامية ومسجد الأمير عبد القادر، كذلك حسب إجراء التراضي طبقا للمادتين 23 و40 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91... وذلك بحجة أن العملية المعنية بالأمر لا تقبل الآجال التي يفرضها الإعلان عن المناقصة"، اعتبر مجلس المحاسبة أن هذه الحجة " غير واضحة وغير مبررة " ².

1- كريم علة، (جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية)، أطروحة دكتوراه، القانون العام، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012-2013، ص10.

2- نفس المرجع، ص.67.

ويتدخل القاضي الاستعجالي أيضا لرقابة مدى مشروعية لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إبرام صفقة الطلبات خاصة وأن هذه الأخيرة أصبحت تشكل وسيلة للتلاعب بالمال العام والتهرب من إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وكذا اللجوء المفرط لطلب العروض المحدود.

2-مرحلة الإعلان عن الصفقة

إن مرحلة الإعلان تتعلق بالتزامات الإشهار، غير أنها قد تتطوي أيضا على مساس بالتزامات المنافسة نذكر رقابة القاضي للشروط التقنية التي تم وضعها من طرف المصلحة المتعاقدة، فإذا اكتشف القاضي بأنه قد تم وضع شروط تقنية من شأنها منع بعض المتعاملين من الترشح أو تؤدي لا محالة إلى تفضيل أحدهم على بقية المترشحين فإن ذلك يعد إخلالا بالتزامات المنافسة.¹

ثانيا: بعد إيداع العروض

بعد الاعلان عن العقد فإنه يتم تلقي العروض خلال مدة معينة، وبعد ذلك يتم فحصها من أجل اختيار أحسن عرض، تعتبر هذه المرحلة أهم المراحل التي تمر بها عملية إبرام العقد الإداري، ولذلك أوجب إخضاعها لرقابة القاضي الاستعجالي.

1-مرحلة تلقي العروض

تلي مرحلة الإعلان، وبعد مرور المدة المحددة الممنوحة للمترشحين لتقديم عروضهم²، مرحلة تلقي العروض وفحصها.

وكما أشرنا سابقا فإنه يتم تحديد مدة لتلقي العروض وصلاحياتها، فإن لم تحترم المصلحة المتعاقدة هذه المدة فإن ذلك يعد إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة، مع الإشارة إلى أن قانون الصفقات العمومية بمقتضى المادة 66 منه منح للمصلحة المتعاقدة إمكانية تمديد هذه المدة لكن في هذه الحالة يتوجب عليها إعلام المترشحين بهذا التمديد وإن لم تفعل ذلك تكون قد أخلت بالتزامات الإشهار والمنافسة.

1 - Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.cit., P.80.

² - بن شعلال محفوظ، "إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات للشفافية أو حواجز تقييدية؟"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، المركز الجامعي تمنغاست، الجزائر، سبتمبر 2015، ص.67.

أما فيما يخص معايير الانتقاء فإنه من حيث الأصل لا يوجد نص يمنع المصلحة المتعاقدة من القيام بتغييرها، غير أن مبادئ الطلبات العمومية تقتضي بقاء معايير الانتقاء ثابتة¹.

لكن إذا طرأ على معايير الانتقاء تغيير من شأنه أن يؤدي إلى قطع المساواة بين المترشحين أو في حالة عدم منحهم أجلا كافيا لمعرفة التغييرات الحاصلة وتحضير عروضهم بناء عليها فإن ذلك يشكل إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة².

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار أن التغيير الجوهرى في معايير الانتقاء من شأنه أن يشكل إخلالا بالتزامات المنافسة فمثلا في إحدى القضايا المعروضة أمامه اكتشف بأن المصلحة المتعاقدة قامت بدعوة المتعهدين لتغيير عروضهم واقتراح سعر الوحدة بدلا من السعر الإجمالي المنصوص عليه في طلب العروض فاعتبر أن الانتقال من سعر الوحدة إلى السعر الإجمالي يعد تغييرا جوهريا وبالتالي فإنه يشكل إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة³.

2-مرحلة إرساء الصفقة

ونعني بها المنح المؤقت للصفقة، وهي مرحلة تخضع لرقابة القاضي الاستعجالي سواء فيما يتعلق باستبعاد المترشحين أو فيما يخص العرض الذي تم اختياره للفوز بالصفقة.

ففيما يتعلق بأسباب الاستبعاد فإنه يتوجب على القاضي الاستعجالي أن يقوم بفحصها، وذلك حتى يتأكد من أنه لم يتم الإخلال بالتزامات المنافسة وذلك أيا كان سبب الاستبعاد⁴.

كما أنه في حالة رفض أحد الترشيحات على أساس أن العرض منخفض بشكل غير عادي، فإن القاضي الاستعجالي يملك سلطة مراقبة ذلك، ولكن سلطته في هذه الحالة محدودة⁵، لأنه يراقب فقط مدى احترام المصلحة المتعاقدة للإجراءات المنصوص عليها في القانون⁶، وبالرجوع إلى المادة 72 في

¹ - محمد خرفان، (اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائري)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013-2014، ص.70.

² - Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.Cit., P.81.

³ - Michel Degoffe, « Le mieux-disant social », N'est pas un critère de choix du titulaire du marché », RDI, 2002, P.62.

⁴ - Marc Monsebernad, « Marchés publics », Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, Avril 2013, N°346.

⁵ - Bertrand Seiller, « Le juge du référé précontractuel exerce un contrôle restreint sur le rejet d'une offre anormalement basse », Gazette du palais, N°334

⁶ - Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.cit., P.90.

فقرتها 02، مطة 04 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد بأنها قد حددت هذه الإجراءات: "إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل".

وفي حالة ما إذا لم يتم احترام المصلحة المتعاقدة لإلزامية إعلام المترشح الذي تم استبعاده من العملية التعاقدية بأسباب استبعاده فإن ذلك يشكل إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة¹.

كما يدخل تحت رقابة القاضي الاستعجالي إقصاء أحد المترشحين من المشاركة في الصفقة العمومية فهو يقوم بمراقبة مدى توافر شروط الإقصاء في المترشح، وفي حالة ما إذا اكتشف أنها غير متوافرة فإن ذلك يدخل ضمن حالات الإخلال بالتزامات المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية².

ويراقب القاضي الاستعجالي أيضا الترشيح لأن غياب معايير الترشيح يعد إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة³.

وفيما يتعلق بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مجرد الخطأ في التشكيلة يشكل إخلالا بالمنافسة وذلك في قراره الصادر بتاريخ 21 جوان 2000، قضية نقابة ما بين بلديات .

¹ - Daniel Giltard, *Op.cit.*, n°33.

² - Olivier Guézou, *Traité de contentieux de la commande publique*, *Op.cit.*, P.84.

³ - *Ibid.*

كما أن القول بصحة جلسة اللجنة دون وجود أي تحديد أدنى لعدد الأعضاء على عكس التشريعين الفرنسي والتونسي اللذان اشترطا لصحة الجلسات حضور أغلبية الأعضاء، فإن في ذلك تنافي مع مبدأ الشفافية¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن العمل الذي تقوم به لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض اعتبره المشرع مجرد عمل إداري إلا أن المصلحة المتعاقدة عليها احترام ما تقوم به اللجنة خاصة فيما يتعلق باستبعاد المترشحين وهو ما أقره مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 2004/06/15 في قضية بلدية العلمة ضد (ه.ع)² حيث جاء في حيثياته: "وأن لجنة تقييم العروض...تقوم بتحليل العروض وبدائل العروض إن اقتضى الأمر، من أجل إبراز المقترحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية ومنه فإنه لا يمكنها اختيار سوى ما بين المترشحين الذين قبلا من طرف لجنة تقييم العروض .

أنه وباتخاذ البلدية قرار منح الصفقة للسيد (ع.ف) الذي رفضت لجنة تقييم العروض عرضه، إضافة إلى 9 مترشحين آخرين، بتاريخ 2001/06/26، فإن البلدية...قامت بارتكاب مخالفة لق.ص.ع وألحقت ضررا أكيدا بالمستأنف".

1- سفيان موري، "مدى فاعلية أساليب الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية -دراسة مقارنة مع المشرع الفرنسي والتونسي-" الملتقى الوطني السادس حول: " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، 20 ماي 2013، ص 07 .

2- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2004/06/15، قضية بلدية العلمة ضد (ه.ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص.132 .

الباب الثاني

تنظيم تدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء

إبرام العقود الإدارية

الباب الثاني: تنظيم تدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية

يحتاج تدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية في حالة ما إذا كان هناك إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة إلى تنظيم الجانب الإجرائي للدعوى محل المطالبة بتدخل قاضي الاستعجال الإداري.

و يظهر حرص المشرع على تنظيم الإجراءات الخاصة بأي دعوى حفاظا على حقوق المتقاضين من جهة و حسن سير مرفق العدالة من جهة أخرى، ولقد حظيت الدعوى الإدارية بهامش كبير من اهتمام المشرع عند صياغة قانون الإجراءات المدنية والإدارية أما الدعوى التي يتدخل من خلالها قاضي الاستعجال الإداري من أجل حماية عملية إبرام العقود الإدارية فإن كانت تشترك مع بقية الدعاوى ضوابط إجرائية محددة إلا أنها تتميز بخصائص إجرائية تميزها عن بقية الدعاوى الإدارية الأخرى سواء، بل وقد تدخل القضاء الإداري في فرنسا من أجل إعطائها أوصافا إجرائية تميزها عن الدعاوى الاستعجالية الأخرى، والسبب في ذلك يرجع إلى موضوع هذه الدعوى المتمثل في حماية المال العام وهدفها الوقائي المتمثل في مكافحة الفساد، وعليه ارتأينا أن نتناول في الفصل الأول من هذا الباب الإطار الإجرائي لتدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية.

و تنظيم هذا التدخل لا يتوقف عند ضبط إجراءات الدعوى سواء من حيث سيرها أو شروطها بل يمتد إلى ضرورة تدخل المشرع و حتى القاضي في حالة كفاية النصوص القانونية من أجل تنظيم السلطات التي يتمتع بها القاضي وذلك لمنع الوقوع في حالة تجاوز الاختصاص (الفصل الثاني).

ونظرا لخصوصية سلطات قاضي الاستعجال الإداري ارتأينا قبل التطرق إليها أن نميزها أولا عن سلطات القاضي الإداري في مادة إبرام العقود الإدارية سواء ضمن الدعاوى الموضوعية بما فيها دعوى الإلغاء التي تعرف في مجال العقود الإدارية بإلغاء القرارات القابلة للإنفصال ودعوى التعويض، و حتى الدعاوى التي يفصل فيها القاضي الإداري كقاضي استعجال بما فيها دعوى الوقف ودعوى استعجال الحريات الأساسية

ودعوى الاستعجال التحفظي. ولا يمكننا الانتقال إلى تحديدها قبل أن نميزها أيضا عن السلطات التي تتمتع بها سلطات الضبط المتمثلة في مجلس المنافسة والسلطة الجديدة المستحدثة في المرسوم الرئاسي 247/15، المتمثلة في سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وفي الأخير تناولنا نطاق سلطات قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية، و بالرغم من أنه يتمتع بسلطات جد واسعة إلا أنها ليست على إطلاقها.

الفصل الأول

من حيث الجانب الإجرائي

للدعوى

الفصل الأول: من حيث الجانب الإجرائي للدعوى

إن تدخل القاضي الإداري بصفة عامة والقاضي الاستعجالي بصفة خاصة له ضوابط إجرائية، قام المشرع بتحديددها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية واهتم القضاء بتفسيرها، وهذه الضوابط من بينها ما هو دخیل على النظام القضائي الإداري في الجزائر، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالدعوى الاستعجالية التي عرفت تعديلات وإضافات هامة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذه الضوابط الإجرائية منها ما هو متعلق بسير الدعوى، نتناولها في البداية من ناحية المبادئ التي تحكمها سواء أكانت مبادئ عامة أو مبادئ خاصة ثم من ناحية إجراءات سير الدعوى المرتبطة بأجل رفعها وكذا بأجل الفصل فيها (المبحث الأول)، ومنها ما هو متعلق بشروط قبول الدعوى في حد ذاتها، التي بدورها تنقسم إلى شروط عامة سواء تلك المتعلقة بالجهة القضائية المختصة أو تلك المتعلقة بالأطراف بنوعها العامة (الصفة والمصلحة) التي يترتب على انعدامها عدم قبول الدعوى أو الإجرائية التي يترتب عنها بطلان الإجراءات، هذا من جهة من جهة أخرى توجد شروط خاصة تتمثل في الاستعجال والتظلم (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار الإجرائي لسير الدعوى

تخضع الدعوى المرفوعة أمام قاضي الاستعجال الإداري في حالة الإخلال بأحد التزامات الإشهار والمنافسة لمجموعة من المبادئ المنصوص عليها في القانون (المطلب الأول) كما أن سيرها قد حظي باهتمام من طرف المشرع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المبادئ التي تحكم سير دعوى استعجال العقود

تتشارك جميع الدعاوى الإدارية بما فيها الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في جملة من المبادئ، يجب احترامها من طرف القاضي والخصوم وإلا كان مآلها البطلان، ويطلق عليها المبادئ العامة (الفرع الأول)، وفي مقابل ذلك تنفرد الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بمبادئ تميزها عن غيرها من الدعاوى لكنها تشترك مع الدعاوى الاستعجالية الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المبادئ العامة

تتمثل المبادئ المشتركة للدعاوى الاستعجالية في مبدأ عدم المساس بأصل الحق (أولاً)، مبدأ الوجاهية (ثانياً) ومبدأ العلانية (ثالثاً).

أولاً: مبدأ عدم المساس بأصل الحق

الأصل أن الأمر الصادر في الدعوى الاستعجالية، يجب ألا يمس بأصل الحق، حيث يشترط ألا يتطرق القاضي إلى أصل الموضوع، لأنه لو حدث وأن مس به، ينتج عن ذلك أن الأمر الصادر عنه يكون مشوباً بعدم الاختصاص، وذلك لأنه تدخل في اختصاص قاضي الموضوع، فعليه إن كانت العريضة متضمنة طلباً متعلقاً بأصل الحقائق القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص¹.

وهو ما أكده المشرع في نص المادة 918 ق.إ.م.إ في فقرتها الثانية، حيث جاء فيها: "لا ينظر في أصل الحق...".

لكن خلافاً للقاضي الإداري الفاصل في دعاوى الاستعجال الفوري (استعجال الوقف، استعجال الحريات، الاستعجال التحفظي)، فإن قاضي الاستعجال الفاصل في الدعاوى المتعلقة بإبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يعتبر قاضي موضوع².

والسبب راجع إلى السلطات غير المألوفة التي يتمتع بها قاضي الاستعجال الفاصل في الدعاوى المتعلقة بإبرام العقود الإدارية مقارنة بالدعاوى الاستعجالية الأخرى، ومن بين هذه السلطات أن بإمكانه المساس بأصل الحق³.

ثانياً: مبدأ الوجاهية

يعتبر مبدأ الوجاهية أو مبدأ الطابع الوجاهي للإجراءات أحد المبادئ العامة للإجراءات وهو مطبق أمام جميع الجهات القضائية سواء الإدارية وحتى العادية، وهو مبدأ جوهرى لأنه يضمن للأطراف أن يتم الفصل في دعواهم بصفة عادلة⁴.

1- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرافعات الإدارية: إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.269.

2-Gilles Pellissier, « De nouveaux moyens peuvent-ils être soulevés oralement lors de l'audience de référé précontractuel ? », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales, N°42, 14 Octobre 2013, P.2302.

3- Pierre Monnier, « Heures et malheurs d'un juge des référés précontractuels », P.12.Revue contrats et marchés publics, JurisClasseur, Avril 2016, P.12.

4- Michel Rousset, Olivier Rousset, Le contentieux administratif, 2eme édition, Presse Universitaire de Grenoble, P.47.

ولم يكن الطابع الوجيه للإجراءات في بداية الأمر من المبادئ العامة للإجراءات، لكن مجلس الدولة الفرنسي وبمناسبة فصله فيقضية تيري Téry بتاريخ 20 جوان 1913، فرض على الهيئات التأديبية تطبيقه من خلال ضرورة الاستماع إلى المعني قبل الفصل في قضيته، تجسيدا لمبدأ الحق في الدفاع، وبعدها أصبح هذا المبدأ مطبقا على جميع الجهات القضائية الإدارية حتى ولو لم تكن القضية ذات طابع تأديبي .

ثم أعطى القاضي الإداري الفرنسي الصيغة العامة للطابع الوجيه في قضية شركة لاهيتا La Huta، بتاريخ 12 ماي 1961، حيث عبر عنه بمايلي: "إن المبدأ العام المطبق على جميع الجهات القضائية الإدارية، والذي من خلاله يجب أن تكتسي الإجراءات بالطابع الوجيه"¹.

وتدخل المجلس الدستوري لاحقا ليعطيه القيمة الدستورية وذلك بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1989².

وأصبح هذا المبدأ حاليا ذو قيمة تشريعية إذ نص عليه المشرع صراحة في القانون الإجرائي³.

كما أن المشرع الجزائري حرص على تطبيق مبدأ الوجيهية على جميع الإجراءات المتبعة أمام جهات القضاء العادي والإداري، وهو ما يتضح بصورة جلية من خلال استقراء الأحكام التمهيدية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتحديد نص الفقرة الثالثة من المادة 03 من ق.إ.م.إ، حيث جاء فيها: "يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجيهية" .

وتظهر أهمية هذا المبدأ في الخصومة الإدارية بالنظر للطابع المختل بين طرفي الدعوى المتمثلين في إدارة قوية تملك إمتيازات السلطة العامة وطرف ضعيف، هذا الأخير يمنح له مبدأ الوجيهية حق الإطلاع على الوثائق التي تحتجزها الإدارة⁴.

1- Rémy Schwartz , Myriam Kaczmarek , « La procédure contentieuse devant les juridictions administratives » , La gazette, 26 Avril 2004, P.210.

2- Jean-Marc Le Gars , « Les méthodes d’instruction et d’examen des moyens de la requête-Aspects Français » , La revue administrative, 52 ème année, N°07, Numéro spécial: Les transformations de la juridiction administrative en France et en Allemagne », 1999, P.110.

3- Gilles J, Cours de droit administratif, Guglielmi, 2004, P. 12.

4- بشير محمد، (إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة)، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة، ص.20.

بدوره طبق القضاء الإداري في الجزائر هذا المبدأ في العديد من قراراته، نذكر من بينها قراره الصادر بتاريخ 12 جانفي 2012، قضية (ب.ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية بني خلاد، ولاية تلمسان¹، وتتلخص وقائع وإجراءات القضية فيما يلي:

تم إبرام صفقة عمومية بين (ب.ع) ورئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية بني خلاد، موضوعها إنجاز مشروعين، يتمثل الأول في فتح طريق أما الثاني فيتمثل في إنجاز فتحة لحماية النقب للماء الصالح للشرب، غير أن المتعاقد لم يتحصل على مستحقاته المالية.

فقام برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء تلمسان ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبني خلاد، طالب من خلالها بمبلغ قدره 1.186.350.75 دج، وتعويض قدره 200.000 دج عن جميع الأضرار.

بتاريخ 24 ديسمبر 2009، صدر قرار عن الغرفة الإدارية متضمن رفض الدعوى لعدم الإثبات.

وبتاريخ 29 جوان 2010، قام (ب.ع)، باستئناف القرار أمام مجلس الدولة.

وبتاريخ 12 جانفي 2012، أصدر مجلس الدولة، قرارا يتضمن شطب القضية على أساس عدم احترام مبدأ الوجاهية الناتج عن عدم تبليغ عريضة الاستئناف إلى المستأنف عليه، بالرغم من إنذاره، وجاء تبريره كما يلي: " حيث أنه بالرجوع إلى المادة 03 من ق.إ.م.إ، نجد أنها تنص صراحة في فقرتها الثانية على أن " يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية"، كما أن المادة 216 من نفس القانون تنص على " أنه يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا أو تلك التي أمر بها"، وأن إجراء تبليغ عريضة الاستئناف للخصم إجراء شكلي وجوبي يقوم به المستأنف طبقاً لأحكام المادة 838 من ق.إ.م.إ، لأنه يحقق مبدأ الوجاهية.

حيث أن المستأنف لم يقم بهذا الإجراء رغم إنذاره بذلك عن طريق محاميه بواسطة برقية رسمية مؤرخة في 19/09/2011، وعليه يتعين شطب هذه القضية"

من خلال هذه القضية فإن التساؤل الذي نطرحه هو كيف يتحقق مبدأ الوجاهية ؟

1- قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 12/01/2012، رقم 065350، رئيس المجلس الشعبي البلدي لبني خلاد (ولاية تلمسان) ضد ب.ع، قرار غير منشور.

1-تعريف المبدأ

إن مبدأ الوجاهية يهدف إلى ضمان مساواة الأطراف أمام القضاء، وتبعاً لذلك يجب على القاضي أن يمكنهم من عرض طلباتهم ووسائل دفاعهم بصفة متساوية، وأن لا ينحاز لطرف على حساب الآخر، فلا يجوز نتيجة لذلك أن يبني القاضي حكمه على وثائق مقدمة من طرف أحد الخصوم دون تمكين الخصم الآخر من الإطلاع عليها مع إعطاءه الفرصة لكي يقدم دفاعه وملاحظاته في أجل معقول.¹

2-النتائج المترتبة عن إعمال مبدأ الوجاهية

يترتب عن إعمال هذا المبدأ عدة نتائج تتمثل في:

1.2-علم الأطراف بالدعوى

فلا يمكن للجهة القضائية أن تفصل في الدعوى إن لم تكن الأطراف قد علمت بالدعوى.

2.2-الإحاطة علماً بملف الدعوى

إن أطراف الدعوى لديهم الحق في الإطلاع على كل المستندات الموجودة بملف الدعوى، كما أن لديهم الحق في أن يبلغ لهم الملف، فلا يملك القاضي أن يرفض أن يطلع أحد الأطراف على الملف، لكن في مقابل ذلك فإن القاضي يملك إمكانية تحديد أجل لهذا الغرض، كما لا تملك الإدارة أن ترفض أن يطلع الخصم على وثائق الدعوى بحجة سر الأعمال، فتبليغ الأطراف يشمل كل الوثائق التي من خلالها تفصل الجهة القضائية المرفوع أمامها النزاع فيه.

في مقابل ذلك فإن الوثائق التي لا يكون لها أي أثر على الحكم الفاصل في النزاع، فإنه لا يترتب عن عدم تبليغها البطلان. ومع ذلك فإنه توجد نصوص قانونية تفرض على القاضي تبليغ كل الوثائق إلى الأطراف.

ويتمتع مبدأ الوجاهية بقرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، حيث يفترض أنه قد تم تبليغ وثائق الملف وعلى من يدعي عكس ذلك أن يقوم بإثبات أنه لم يبلغ له، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 05 مارس 2009، قضية وير العدل حافظ الأختام.

1- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.20.

3.2- حق الدفاع

يتمتع الخصوم أمام الجهات القضائية الإدارية بحق الدفاع عن أنفسهم وذلك من خلال تقديمهم للمذكرات الجوابية وكذا حقهم في إبداء ملاحظاتهم، وفي سبيل ذلك يتم منحهم أجل لتقديم دفاعهم.

4.2- إثارة الوسائل المتعلقة بالنظام العام

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى تطبيق مبدأ الوجاهية على مبدأ إثارة الوسائل المتعلقة بالنظام العام، وأقر بان إثارته يجب أن يتم في وقت مناسب، حيث قضى في قضية السيدة لاتراس Latrasse، بتاريخ 12 جويلية 2012، بأن القاضي لا يمكنه أن يأخذ بالوجه الذي تمت إثارته من طرف المدعي بعد اختتام التحقيق وإلا كان هناك مخالفة للطابع الوجيه للإجراءات¹.

3- تطبيق مبدأ الوجاهية أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد

طبقا للمادة 923 منق.إ.م.إ، فإن قاضي الاستعجال، يفصل بموجب إجراءات وجاهية، حيث نصت على أنه: "يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية".

وهو ما أكدته المادة 928 من ق.إ.م.إ، حيث نصت على أنه: "تبلغ رسميا العريضة إلى المدعى عليهم، وتمنح للخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة، لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم ويجب احترام هذه الآجال بصرامة وإلا استغني عنها دون إعدار".

نلاحظ من خلال نص المادة أن الدعوى الاستعجالية تطبق أيضا مبدأ الوجاهية، لكنها في نفس الوقت تسمح بالتخفيف منه مقارنة مع قاضي الموضوع.

وذلك راجع إلى الطبيعة المؤقتة للتدابير المتخذة من طرف القاضي الاستعجالي، بالإضافة السلطات التي يتمتع بها والتي تكون بدرجة أقل من تلك التي يتمتع بها قاضي الموضوع².

لكن هذا لا يعني أنه يتم الاستغناء بصفة كلية عن مبدأ الوجاهية، بحيث يلتزم القاضي والخصوم بتطبيقه لكن ببعض من الليونة، ويقع على القاضي مراقبة مدى احترام مبدأ الوجاهية حيث يراقب إن

¹ - Gustave Peiser, Contentieux administratif, 16 ème édition, Dalloz, Paris, 2014, P.158.

² - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.68.

تم تبليغ العرائض والمذكرات وأنه قد تم استدعاء الأطراف للجلسة وأنه قد تم تبليغ جميع الأطراف بالدفع المتعلق بالنظام العام والذي يريد القاضي إثارته تلقائياً مع العلم أنه قد يثيره خلال الجلسة.¹

وتتمثل استثناءات تطبيق مبدأ الوجاهية أمام القاضي الاستعجالي، من خلال مايلي:

1.3- تقصير الآجال

نصت المادة 928 ق.إ.م.إ على أن المحكمة تمنح للخصوم آجالاً قصيرة من أجل تقديم دفاعهم.

ونظراً لخصوصية الدعوى الاستعجالية المتعلقة بإبرام العقود الإدارية، فإن القضاء الإداري في فرنسا، وصل إلى حد إعطاء الشخص المعنوي العام أجل ثلاثة أيام فقط، من أجل تقديم دفاعه. وذلك في القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 15 جوان 2001، قضية نقابة ما بين البلديات لسان مارتان لتوزيع المياه الصالحة للشرب²، وجاء في حيثياته: "حيث أن قاضي الاستعجال قبل التعاقد لم يخرق المطمة الأولى من المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية ولا مبدأ الوجاهية، عندما منح للنقابة المدعية أجل ثلاثة أيام من أجل تقديم دفاعها"³.

2.3- من حيث التبليغ

قد يتم تبليغ الخصوم بملف الدعوى قبل الجلسة كما قد يحدث في بعض الأحيان أن لا يتم التبليغ تماماً:

1.2.3- التبليغ قبل الجلسة

أجاز القاضي الإداري أن يتم تبليغ الخصم بالمذكرة الجوابية بوقت قصير قبيل الجلسة وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 05 أفريل 2006، قضية وزارة الدفاع ضد شركة شيبس الفرنسية⁴، حيث اعتبر مجلس الدولة بأن قاضي الاستعجال لم يخالف مبدأ الوجاهية حينما قامت الشركة بإيداع المذكرة الجوابية لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية، وأنها لم تبلغ لوزير الدفاع إلا قبيل الجلسة بوقت قصير، طالما أن هذا الأخير تمكن من تقديم ملاحظاته الشفوية أثناء

1-Lucienne Erstein, « L'instruction des référés », RFDA, 2007, P.64.

2- CE, 15 Juin 2001, Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-Eu-Ré, N°228856.

3-Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.70.

4- CE, 05 Avril 2006, Ministère de la Défense c /Sté V.Ships France, N°288441.

الجلسة . والسبب راجع إلى خصوصية الأمر الاستعجالي وإلى طبيعة الدعوى والحاجة إلى تدبير سريع.

نتيجة لذلك فإنه لا يعتبر مساساً بمبدأ الوجاهية تبليغ الخصم بالعريضة قبل انعقاد الجلسة بوقت قليل يمكنه من تحضير دفاعه للجلسة.¹

2.2.3- عدم التبليغ تماماً

ذهب القضاء الإداري في فرنسا إلى أن عدم تبليغ مذكرة الدفاع إلى المدعي، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان الأمر الاستعجالي، وهو ما يظهر من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 08 مارس 1996، في قضية شركة سي جي سي للمقاولات²، وبرر ذلك بأن المواجهة الشفوية بين الأطراف أثناء الجلسة تجعل من غير الفائدة الأخذ بمبدأ الكتابة بحذافيره المطبق أمام قاضي الموضوع، وذلك لأن الأطراف يتبادلون أثناء الجلسة وجهات نظرهم .

وهو نفس ما طبقه في إجتهاد حديث له بسنة 2007³، وجاء في حيثياته: "حيث أنه يتضح من خلال الأمر المطعون فيه بأن الوجه الجديد الذي تمت إثارته في هذه المذكرة كان محل ملاحظات شفوية من طرف الشركة أثناء الجلسة .

وبالتالي فإن قاضي الاستعجال للمحكمة الإدارية لباس تار Basse-Terre، لم يخرق الطابع الوجاهي للإجراءات، عندما أسس أمره القاضي بإلغاء إجراء إبرام الصفقة على الوجه المثار أثناء الجلسة".

ثالثاً: مبدأ العلانية

تكون الجلسة علنية، وذلك خلافاً لما هو معمول به في الدعاوى الاستعجالية الأخرى .

1- ظهور مبدأ العلانية

أمام سكوت المشرع حول إلزامية علانية الجلسات، تدخل مجلس الدولة الفرنسي لإقرار هذا المبدأ فيما يتعلق بالدعاوى الاستعجالية الخاصة بإبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، وذلك في

¹-Lucienne Erstein, « L'instruction des référés », Op.cit.

²- CE, 08 Mars 1996, Société CGC Entreprise, N°156510.

³- CE, 11 Mai 2007, Région Guadeloupe, N°298863.

قضية بلدية كابور Cabourg، بتاريخ 10 جوان 1994، وأرجع هذا الخروج عن القاعدة العامة إلى طبيعة السلطات الممنوحة للقاضي في هذه الدعوى بالإضافة إلى عدم قابلية الأمر الصادر في إطارها للاستئناف، وبالتالي توجب تمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم الشفوية تدعيما لملاحظاتهم الكتابية أثناء جلسة المرافعات، والقاضي ملزم بعقد جلسة تحت طائلة بطلان الإجراءات، حيث يتوجب على القاضي أن يسير في الدعوى بشكل سريع لكن دون إهدار لحقوق الدفاع وتكريس لمبدأ الوجاهية.¹

وتعتبر هذه الجلسة جزءا من التحقيق الذي لا يتم اختتامه إلا بناء عليها، والسبب في ذلك أنه من الممكن أن يتم إثارة دفوع أو تقديم مستندات جديدة أثناء هذه المرحلة.²

والعبرة بذلك هو أن التحقيق يبقى مفتوحا حتى أثناء الجلسة خلافا للقاعدة المعمول بها أمام القاضي الإداري والتي تقتضي بأن التحقيق ينتهي قبل تاريخ جلسة المرافعات وهو ما نجده في نص المادة 854 من ق.إ.م.إ والتي تنص على أن المذكرات التي ترد بعد اختتام التحقيق تكون غير مقبولة، لكن نظرا لخصوصية الدعوى الاستعجالية التي ترفع قبل إبرام العقود الإدارية فإن التحقيق يبقى مفتوحا، بل ويعد ما يجري أثناء الجلسة جزءا من التحقيق.

وفي هذا الصدد نتساءل حول إمكانية إعادة فتح التحقيق بعد الأمر بالاختتام؟

والإجابة تكون بالإيجاب لكن فقط في حالتين:

الحالة الأولى: إذا ارتأى القاضي الاستعجالي بأن الملاحظات والحجج الكتابية والشفوية ليست كافية لإنارته، فيمكن له أن يقرر عدم اختتام التحقيق أثناء الجلسة من أجل الحصول على وسائل تكميلية، بل ويمكنه أن يقرر عقد جلسة أخرى بتاريخ لاحق.

الحالة الثانية: يمكن إعادة فتح التحقيق إذا قدم الأطراف وسيلة قانونية أو مادية ذات أهمية بعد الجلسة، بمعنى وسيلة من شأنها أن تساهم في تكوين قناعة القاضي بصفة نهائية³، وهو ما جاء في القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 27 جويلية 2001، في قضية شركة ديجريمون Dégremont .

¹-Geneviève Gondouin, « L'oralité dans la procédure de référé », RFDA, 2007, P.68.

² - Paul Cassia, Guide des référés administratifs, Op.cit., P.619.

³-Paul Cassia, Pratique des référés précontractuels, Op.cit., P.73.

وفي التشريع الجزائري، فإنه ومن خلال الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نلاحظ بأن المشرع الجزائري، قد نص على إعادة فتح التحقيق أمام قاضي الموضوع في حالتين هما:

الحالة الأولى: في حالة تقديم طلبات أو أوجه جديدة من طرف الخصوم، لكن يشترط في هذه الحالة موافقة تشكيلة الحكم على ذلك بموجب أمر يتضمن تمديد الأجل، وهو ما نصت عليه المادة 854 من ق.إ.م.إ.

الحالة الثانية: في حالة ما إذا قرر قاضي الحكم إجراء تحقيق تكميلي، وهو ما نصت عليه المادة 856 من ق.إ.م.إ.

لكن أمام قاضي الاستعجال فإن اختتام التحقيق يكون مقترنا مع جلسة المرافعات، حيث نص المشرع الجزائري على أن التحقيق ينتهي بانتهاء الجلسة وهو ما نصت عليه المادة 931 في فقرتها الأولى، وجاء فيها: "يختتم التحقيق بانتهاء الجلسة"، غير أنه يمكن إعادة فتحه أو تأجيل اختتامه، وذلك في حالة: ما إذا قرر القاضي تأجيل اختتامه إلى تاريخ لاحق، ويجب في هذه الحالة إخطار الخصوم بذلك بجميع الوسائل.

ونلاحظ في هذا الصدد بأن القاضي الإداري الفرنسي يطبق الأحكام الخاصة بالاستعجال الفوري (استعجال الوقف، استعجال الحريات، استعجال التدابير التحفظية)، على الدعوى الاستعجالية الخاصة بإبرام العقود الإدارية.¹

وبالتالي فلا حرج من تطبيقها أمام عدم وجود نصوص تنظم الدعوى الاستعجالية المتعلقة بإبرام العقود الإدارية محل دراستنا.

إلا أنه في مقابل ذلك فإنه لا مجال لإعادة افتتاح التحقيق بمجرد النطق بالأمر الاستعجالي وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 30 جوان 2004 في قضية الشركة الوطنية للسكك الحديدية الفرنسية Société national des chemins de fer ، وجاء في حيثياتها

¹ - Paul Cassia, Pratique des référés précontractuels, Op.cit. P.74.

بخصوص عدم قبول اعادة فتح التحقيق: "حيث أنه بالنظر إلى التاريخ الذي قدمت فيه الشركة الوطنية للسكك الحديدية مذكرة تدعيمية كان الأمر المطعون فيه قد تم النطق به"¹.

2- تعريف مبدأ العلانية

يقتضي هذا المبدأ تكليف الأطراف للحضور لجلسة المرافعات وتمكينهم من تقديم ملاحظاتهم الشفوية، وفي حالة عدم احترام هذا الإجراء فإن ذلك يعرض الأمر للبطلان، وقد تقرر هذا الإجراء من أجل ضمان حقوق المتقاضين²، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية كابور Cabourg، المشار إليها سابقا، وجاء في حيثياته حول عدم صحة الإجراءات بسبب مخالفة هذا المبدأ: "حيث يظهر من خلال حيثيات الأمر المطعون فيه بالنقض أن الأطراف لم يتمكنوا من تقديم ملاحظاتهم الشفوية، وبالتالي فإن الوجه المثار من طرف بلدية كابور والمتعلق بعدم صحة الإجراءات يعتبر مؤسسا"³.

3- الإجراءات المتبعة تحقيقا لمبدأ العلانية

تتمثل الإجراءات التي يلتزم القاضي باتباعها فيما يلي:

1.3- الإشارة إلى أعمال المبدأ في الأمر

يجب أن يتضمن الأمر الاستعجالي الصادر في مادة إبرام العقود الإدارية بأنه قد تم إصداره في جلسة علنية

وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1996، في قضية نقابة ما بين البلديات لتجديد النفايات Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets.

¹- Paul Cassia, Pratique des référés précontractuels, Op.cit., P.75.

²-Marie-Caroline Vincent-Legoux, « Clarification dans le droit des marchés publics. La signature des marchés: précipitation et référé précontractuel », RFDA, 2005, P.1094.

³- Paul Cassia, Pratique des référés précontractuels, Op.cit. , P.72.

وللإشارة إلى ذلك، يستعمل القاضي الصيغة التالية: "بعد النطق باختتام التحقيق أثناء جلسة المرافعات على الساعة..."، ولقد حرص القاضي الإداري في فرنسا على احترام ذلك بل وذهب إلى إلغاء الأمر الاستعجالي الذي أغفل ذكر البيان المتعلق بالجلسة العلنية.¹

لكن في مقابل ذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن القاضي غير ملزم بتلاوة التقرير في جلسة علنية وذلك بموجب قراره الصادر بتاريخ 15 جوان 2001، في قضية نقابة ما بين البلديات لتوزيع المياه الصالحة للشرب لسان مارتين أون ري Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-En-Ré.²

2.3-الإشارة إلى الوسائل المثارة أثناء جلسة المرافعات

ومثال ذلك ما جاء في حيثيات الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية لسترازابورغ Strasbourg، بتاريخ 09 فيفري 2004، قضية Compagnie financière régionale ضد بلدية بلوتزهايم Blotzheim: "أثناء الجلسة المنعقدة بتاريخ 06 فيفري 2004، أثار المحامي شفويا الدفع المتعلق بالطابع التمييزي لمعايير منح الصفقة"³

وفي هذا السياق، نطرح تساؤلا بخصوص الدفع التي يتم إثارتها بعد الجلسة، فهل يأخذ بها القاضي أم لا؟ أجابت عن هذا التساؤل المحكمة الإدارية لنيس Nice بموجب الأمر الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 2004، في قضية مكتب فيزوني وشركاه Vezzoni، ضد بلدية كان Cannes، وجاء في حيثياتها: "حول الدفع المأخوذ من عدم مطابقة المشروع الذي تم قبوله:

حيث أن الدفع تمت إثارته لأول مرة بموجب مذكرة تدعيمية تم طرحها بعد جلسة المرافعات ولم تخضع للمناقشات الوجيهة وعليه فإنه من غير الجدوى فحصها ويتوجب استبعادها".⁴

4- الاستثناءات الواردة على مبدأ العلنية

يعفى قاضي الاستعجال من استدعاء الخصوم إلى جلسة علنية في حالة ما إذا ارتأى له أثناء سير الخصومة بأنه لا يوجد أي موضوع للفصل فيه أو أن الدعوى لن يتم قبولها بسبب إمضاء العقد،

¹-Bernard Poujade, « Le référé précontractuel: Un premier bilan », Petites affiches, N°58, 14 Mai 1997, P.17.

² - Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, **Op.cit.**, P116.

³-Paul Cassia, Pratique des référés précontractuels, Op.cit.72.

⁴- Paul Cassia, Pratique des référés précontractuels, Op.Cit.,P.73.

حيث يملك القاضي الاستعجالي سلطة رفض الدعوى بموجب أمر دون الحاجة إلى التحقيق، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 30 جوان 1999، في قضية مجموعة بارتوش Groupe Partouche، وقد أكد على هذا الإجراء في قرار آخر له صادر بتاريخ 07 مارس 2005، في قضية شركة غراندوان ساكو Grandjouan SACO، وجاء في حيثياتها: "حيث أن السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد لا يمكن له أن يمارسها بعد إمضاء الصفقة، ويمكن له أن يصدر أمرا بعدم عقد جلسة علنية لأن الدعوى أصبحت دون موضوع" ¹

وقد اعتمد مفوض الحكومة نيكولا بولويس Nicolasboulouis، في التماساته في هذه القضية على القرار الصادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية بريتو Pretto ضد دولة إيطاليا، التي اعتبرت أنه ليس من الضروري استدعاء الخصوم لجلسة علنية في حالة ما إذا كانت الجهة القضائية لا تملك من خيار سوى رفض الدعوى ².

الفرع الثاني: المبادئ الخاصة

سميت المبادئ الخاصة لأنها تميز الإجراءات المتبعة لدى إخطار القاضي بالإخلال بالتزامات الاشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

أولاً: مبدأ الشفوية

الأصل أن الإجراءات أمام جهات القضاء الإداري يغلب عليها الطابع الكتابي، حيث لا يمكن للأطراف تقديم دفوعهم أو ملاحظاتهم إلا في صيغة كتابية، ولا يمكن لهم تقديم ملاحظات شفوية إلا إذا أجاز القانون ذلك، غير أن أعمال هذا الاستثناء يكون في حدود جد ضيقة إذ لا يمكن أن تتضمن هذه الملاحظات الشفوية دفوعاً جديدة، وينتج عن الطابع الكتابي للإجراءات أن القضاة لا يفصلون إلا بناء على المستندات الموجودة بملف الدعوى. ³

¹ - Paul Cassia, Pratique des référés précontractuels, Op.Cit., P.76.

² - Ibid., P.76.

³ - Gustave Peiser, Op.cit., P.151.

وبالتالي فإن الشفاهة لا تكون منعدمة أمام القاضي الإداري، لكنها محدودة، حيث أن الأصل فيها هو الكتابة والاستثناء هو الشفوية، وتطبيقاً لذلك فإنه يتم تحريك الدعوى كتابة ويتم تبادل العرائض والوثائق والمستندات أيضاً كتابياً ويتم إجراء التحقيق كتابة وحتى التماسات محافظ الدولة تتم كتابة¹.

ويعود السبب إلى تغليب الطابع الكتابي على الإجراءات أمام الجهات القضائية الإدارية إلى: دور القاضي الإداري في الدعوى لأن وسيلة التعبير لدى الإدارة هي الكتابة، على عكس وسائل التعبير لدى الأشخاص الطبيعيين التي تكون في غالبها شفوية².

غير أنه من مساوئ الطابع الكتابي للإجراءات هو البطء وتأخر الفصل في القضايا³ ولهذا فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات، منها خاصة تلك المتعلقة بحالات الاستعجال الفوري، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 923 من ق.إ.م.إ، والتي جاء فيها: "يفصل قاضي الاستعجال وفقاً لإجراءات وجاهية كتابية وشفوية".

ولعل السبب في إجازة الطابع الشفوي من طرف القاضي الإداري والمشرع على حد سواء فيما يخص الدعوى الاستعجالية هو تحقيق السرعة بهدف الفصل في الطلب الذي لا يحتمل التأخير نتيجة لعنصر الاستعجال.

وفي هذا السياق فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل تنطبق قاعدة الإجراءات الشفوية أيضاً في حالة تدخل قاضي الاستعجال أثناء إبرام العقود الإدارية.

اعتبر الفقه بأن قاضي استعجال العقود الإدارية يختلف تماماً عن بقية القضاة، فهو يخضع لإجراءات غير مألوفة في القانون العام من بينها إلزام الأطراف الذين يرغبون في إثارة دفع جديد أن

1- عمار عوادي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء 02، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص.ص. 256-257.

2- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء 01، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 111.

3- مسعود شيهوب، المرجع نفسه، ص. 112.

يتم تضمينه في مذكرة مكتوبة تحت طائلة عدم القبول وهو الأمر غير الجاري العمل به كما رأينا في الدعاوى الاستعجالية الفورية¹.

غير أنه يمكن الخروج عن هذه القاعدة ومخالفة الطابع الكتابي للإجراءات خاصة وأن قاضي الاستعجال الفاصل في الدعوى المرفوعة قبل إبرام العقود الإدارية يفصل في أجل قصير² وهي مدة عشرون يوماً المنصوص عليه بموجب نص المادة 947 من ق.إ.م.إ.

حيث فرض مجلس الدولة الفرنسي على قاضي استعجال العقود أن يسمح للأطراف بتقديم ملاحظاتهم الشفوية وذلك في العديد من قراراته.

وقد برر مفوض الحكومة لافيني Lasvignes هذا الإلزام بثلاث مبررات:

- يملك القاضي سلطات جد واسعة منها على الخصوص إمكانية المساس بأصل الحق في بعض المسائل القانونية.
- أنالقرارات الصادرة من طرف القاضي الاستعجالي قبل التعاقد من شأنها أن تدخل في مجال تطبيق المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان³.

¹ - Pierre Monnier, « Heurs et malheurs d'un juge des référés précontractuels », Revue contrats et marchés publics, N°04, Avril 2016, P.12.

² - Gilles Pellissier, Op.cit.

3- المادة 06 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان: "1- لكل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أوفي اتهام جنائي موجه إليه - الحق في مراعاة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون. ويصدر الحكم علنياً. ويجوز منع الصحفيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي. أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطراف. وكذلك إذا رأت المحكمة في ذلك ضرورة قصوى في ظروف خاصة حيث تكون العدالة ضارة بالعلنية.

2- كل شخص يتهم في جريمة يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون .

3- لكل شخص يتهم في جريمة الحقوق الآتية كحد أدنى:

أ- إخطاره فوراً - وبلغة يفهمها وبالتفصيل - بطبيعة الاتهام الموجه ضده وسببه .

ب- منحه الوقت الكافي والتسهيلات المناسبة لإعداد دفاعه .

ج- تقديم دفاعه بنفسه، أو بمساعدة محام يختاره هو، وإذا لم تكن لديه إمكانيات كافية لدفع تكاليف هذه المساعدة

القانونية، يجب توفيرها له مجاناً كلما تطلبت العدالة ذلك .

د- توجيه الأسئلة إلى شهود الإثبات، وتمكينه من استدعاء شهود نفي وتوجيه الأسئلة إليهم في ظل ذات القواعد كشهود

لا وجود لدرجة ثانية في التقاضي من شأنها أن تحقق مبدأ الوجاهية.¹

وفي مقابل ذلك فإن الأطراف وإن كان بإمكانهم إثارة أي دفع جديد أثناء الجلسة لم يتم إثارته في مذكراتهم الكتابية إلا أنه على القاضي أن يشير إلى ذلك في الأمر أو في محضر الجلسة.²

غير أن القضاء الإداري الفرنسي في قرار حديث له (قضية بلدية موندليو لا نابول Mondelieu-la-Napoule بتاريخ 19 أبريل 2013)، قد قيد من مبدأ الشفوية ولم يجعله على إطلاقه مثل دعاوى الاستعجال الفوري حيث اشترط بخصوص الدفوع الشفوية المثارة لأول مرة في جلسة المرافعات أن يتم تضمينها في مذكرة مكتوبة وهو ما يترتب عنه إطالة التحقيق من أجل إعطاء الفرصة لتقديم ملاحظاته ودفاعه حول الدفع الجديد وهو ما قد يؤدي إلى تقرير جلسة أخرى.³

ثانيا: مبدأ إثارة الأوجه الخاصة بالنظام العام

سنحاول عرض المبدأ من خلال النقاط التالية:

1-المبدأ في التشريع الإجرائي الجزائري

أدخل المشرع الجزائري هذا المبدأ على الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية بموجب المادة 843 من ق.إ.م.إ، والتي جاء فيها: "عندما يتبين لرئيس تشكيلة الحكم، أن الحكم يمكن أن يكون مؤسسا على وجه مثار تلقائيا، يعلم الخصوم قبل جلسة الحكم بهذا الوجه، ويحدد الأجل الذي يمكن فيه تقديم ملاحظاتهم على الوجه المثار دون خرق اختتام التحقيق .

لا تطبق أحكام هذه المادة على الأوامر" .

ومفاد هذا المبدأ: أن القاضي لا يمكن له أن يثير تلقائيا وجها متعلقا بالنظام العام دون أن يمكن الأطراف من مناقشته⁴.

الإثبات .

هـ- مساعدته بمرجم مجانا إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستعملة في المحكمة .

¹ - Aldo Sevino, **Op.cit.**, P.40.

² - Emmanuel Glaser, « Référé précontractuel, audience et moyen nouveau », Revue Lamy des Collectivités Territoriales, N°91, Juin 2013, P.34.

³-Ibid.

⁴- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.183.

والهدف من إعماله: هو تمكين الخصوم من تقديم ملاحظاتهم حول الوجه المثار من طرف القاضي خلال الأجل الممنوح لهم وقبل الجلسة¹.

2- التطور التاريخي لمبدأ إثارة الوسائل المتعلقة بالنظام العام

في بداية الأمر كان القضاء الإداري يعتبر بأن المسائل المتعلقة بالنظام العام، لا يمكن أن تخضع للطابع الوجيه للمناقشات، وهو ما نستشفه من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1979 في قضية تجمع المحامين الجدد بفرنسا Rassemblements des nouveaux avocats de France ، واستمر الوضع على حاله إلى غاية صدور المرسوم رقم 77/92، المؤرخ في 22 جانفي 1992، والذي وضع حدا لهذا الاتجاه، حيث أعتبر أنه مخالف لمبادئ المحاكمة العادلة².

وتبعاً لذلك أصبح القاضي الإداري ملزماً بإثارة المسائل المتعلقة بالنظام العام أياً كانت طبيعة النزاع³، ولا يتوقف عند هذا الحد بل يجب عليه أن يخضعها للطابع الوجيه.

3- إعمال المبدأ أمام القاضي الاستعجالي

يجب على القاضي الاستعجالي أن يبلغ الأطراف مسبقاً بالأوجه المتعلقة بالنظام العام، التي يريد إثارتها، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1996، في قضية المؤسسة العامة للكهرباء نوال بيرانجي Entreprise générale d'électricité Noel Béranger⁴

وقد طبق المشرع الجزائري هذا المبدأ عندما تنازل الإجراءات المتعلقة بحالات الاستعجال الفوري، وأكد على أن القاضي يلتزم بإعمال هذا المبدأ، لكن نظراً لطبيعة الدعوى الاستعجالية والتدابير المتخذة بشأنها فإنه يتم إخبار الخصوم بالأوجه الخاصة بالنظام العام أثناء الجلسة، لكن ما يمكن ملاحظته أن المادة جاءت بالصيغة الجوازية، وهو ما يظهر من خلال عبارة: "يجوز..."، وبالتالي فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو هل القاضي يملك عدم إثارة الوسائل المتعلقة بالنظام العام أم ان الجواز هنا يقصد به أنه له الخيار في إخبار الخصوم بها قبل أو أثناء الجلسة؟

1- لحسن بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.168.

2- Jean-Marc Le Gars, Op.cit., P.111.

3- Gilles J.Guglielmi, Cours de droit administratif, P.25.

4-Catherine Bergeal-Frédéric Lenica, Op.cit.,P.116.

حيث أن نص المادة 932 ق.إ.م.إ جاء كمايلي: " خلافا لأحكام المادة 843 أعلاه يجوز إخبار الخصوم بالأوجه المثارة الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة" .

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، نجد بأنه اعتبر بأن القاضي الاستعجالي بإمكانه إخبار الخصوم بالأوجه الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة، وعليه الإشارة إلى ذلك في الأمر الذي يصدره¹.

وعليه يمكننا القول بأن الصيغة الجوازية تتعلق بوقت إخبار الخصوم بالأوجه المتعلقة بالنظام العام، أما عن إخبار الخصوم بها فهو أمر إجباري يقع على عاتق القاضي وهو ما أكده الفقه الفرنسي، حيث اعتبروا بأن القاضي لا يمكنه إثارة المسائل المتعلقة بالنظام العام دون ان يقوم مسبقا بإخبار الأطراف بها².

4- أهم المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي يمكن إثارتها من طرف القاضي

وهي على الخصوص تلك المتعلقة ب: عدم اختصاص الجهة القضائية، انعدام الوجود القانوني للقرار، الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه³.

غير أن تحديد المسائل المتعلقة بالنظام العام في الدعوى الاستعجالية الخاصة بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة في مادة العقود الإدارية ليس بالأمر السهل، فهي متعددة ولا تتعلق فقط بشكل الدعوى وإنما بموضوعها، المتمثل في إجراءات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية ومن بين هذه المسائل نذكر عدم اختصاص ممثل المصلحة المتعاقدة⁴.

5- حالات إعفاء القاضي من إلزامية إخبار الخصوم بالوسائل المتعلقة بالنظام العام

يعفى القاضي الإداري من إلزامية إخبار الخصوم بالوسائل المتعلقة بالنظام العام في حالتين:

¹ - CE, 27 juillet 2001, Société immobilière NFC, N° 233718.

² - Frédéric Linditch, « La cafétéria du musée Rodin, Le moyen soulevé d'office par le juge des référés et la durée des délégations », La semaine juridique administrations et collectivités territoriales, N°31-35, 28Juillet 2018, P.2184.

³ - Aldo Sevino, Op.Cit.,P.41.

⁴ - Frédéric Linditch, « La cafétéria du musée Rodin, Le moyen soulevé d'office par le juge des référés et la durée des délégations », Op.cit.

- في حالة استبعاد القاضي للدفع المتعلق بالنظام العام الذي تمت إثارته من طرف المدعي: ففي هذه الحالة فإنه لا مجال لإعمال هذا المبدأ¹.
- في حالة إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام من طرف الأطراف: ففي هذه الحالة وبما أن القاضي لم يقر بإثارته من تلقاء نفسه فهو غير مجبر على إخبار الأطراف به، هذا الحل توصل إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية متحف رودان Rodin، بتاريخ 23 ماي 2008، وتتلخص وقائع القضية فيما يلي: رفعت شركة هوريتو Horeto، دعوى أمام المحكمة الإدارية لباريس طالبت من خلالها إلغاء إجراءات إبرام الإتفاقية التي تم الإعلان عنها من طرف متحف رودان، وموضوع الاتفاقية هو استغلال المقهى التابع للمتحف، فاستجاب القاضي لطلبها، وذلك بمقتضى الأمر الصادر عنه بتاريخ 18 ماي 2007، فقام المتحف على إثر ذلك بالطعن بالنقض ضد الأمر أمام مجلس الدولة، ودفعت بأن قاضي أول درجة قد بنى قراره على وسيلة أثارها من تلقاء نفسه دون أن يعلم بها الأطراف، غير أن مجلس الدولة ومن خلال فحص ملف الدعوى وجد بأن الوسيلة التي بنى القاضي قراره عليها هي عبارة عن دفع قامت بإثارته الشركة المدعية أمام قاضي أول درجة².

المطلب الثاني: إجراءات سير الدعوى

- بخصوص إجراءات سير الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية فهي مرتبطة أساسا بأجل رفع الدعوى (الفرع الأول) وأجل الفصل فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أجل رفع الدعوى

نصت الفقرة 03 من المادة 946 منق.إ.م.إعلى أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

نلاحظ بأن المشرع استعمل كلمة "يجوز"، فهل هذا معناه أن المعني بامكانه رفع الدعوى بعد إبرام العقد؟ ومتى يتم رفض الدعوى؟

¹ - SahimZiani, « Jurisprudence nouvelle, Loyauté des relations contractuelles et garantie du contradictoire », La Semaine Juridique des Administrations et Collectivités Territoriales, N°36, 02 Septembre 2013, P.2253.

² - Frédéric Linditch, « La cafétéria du musée Rodin, Le moyen soulevé d'office par le juge des référés et la durée des délégations », Op.cit.

أولاً: الأجل الصحيح لرفع الدعوى

بالرغم من استعمال كلمة " يجوز " فإن مجلس الدولة الفرنسي كان دائماً يعتبر بأن قاضي استعجال العقود، يجب إخطاره قبل إبرام العقد وفي حالة عدم احترام ذلك فإنه لا يتم قبول الدعوى¹. لأنه بمجرد إبرام العقد تصبح بدون موضوع².

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى القرار الصادر عنه بتاريخ 03 نوفمبر 1995 في قضية غرفة التجارة والصناعة لتارب وأعلي بيرينيز-CCI des Tarbes et des Hautes-Pyrénées، بأنه يمكن رفع الدعوى الاستعجالية إلى غاية إمضاء العقد، وعليه فإن سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد تتوقف حينما تبدأ سلطات قاضي العقد.

غير أن هذا الاجتهاد كان محل نقد من طرف الفقه، حيث اعتبروا أن مثل هذا المنحى يحث المتعاقدين على الإسراع إلى توقيع العقد كوسيلة للتهرب من رقابة القاضي³.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قرار آخر له بأنه إذا تم إبرام العقد ما بين صدور الأمر الاستعجالي والطعن بالنقض، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 02 جوان 2004، في قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة غراماتيكو Grammatico، فإن الدعوى تصبح بدون موضوع وبالتالي يتم رفضها⁴.

في مقابل ذلك نجد أن القاضي الإداري في الجزائر قد سبق له وأن رفض الدعوى الاستعجالية المرفوعة بعد إبرام العقد وبعد التنفيذ، وذلك بموجب قراره الصادر بتاريخ 21 جوان 2012، في قضية ولاية البيض ضد السيد (أ.ع.م)⁵، وجاء في حيثياته حول رفع الدعوى الاستعجالية بعد إبرام العقد: " حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصاً في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة وقبل إبرام

¹ - Patrice Cassalter, Le contentieux des marchés publics, Editions territorial, France, 2009, P.23.

² - Cyril La Roche, « Le référé précontractuel dans les marchés de travaux », Le Moniteur, 25 Novembre 2011, P.67.

³ - Catherine Bergeal-Frédéric Lénica, Op.cit., P.112.

⁴ - Ibid.

⁵ - قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2012/06/21، قضية ولاية البيض ضد السيد (أ.ع.م)، قرار غير منشور، أنظر الملحق رقم 02.

العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال قد نفذت فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغائه".

وفي حالة إبرام صفقة متعلقة بعدة حصص مثل صفقة سندات طلب، ففي هذه الحالة يبحث القاضي عن تاريخ أول صفقة تم إبرامها، الأمر الذي يجعله غير مختص بالنسبة لباقي الصفقات.¹

ثانيا: حالات انتفاء وجه الدعوى

منذ بداية ظهور هذه الدعوى كان القاضي يشترط ألا يكون العقد محل النزاع قد تم إمضاءه، إذ أن ذلك يؤدي إلى غلق الباب نحو القاضي الاستعجالي وهو ما ينتج عنه فقدان هذا الأخير لجميع سلطاته بمجرد إمضاء العقد،² دون أن يتمكن من مراقبة مدى صحة إجراءات إمضاء الصفقة، وقد أصبحت هذه الدعوى تتسم بالخطورة لأن الهيئات العمومية تسارع لإمضاء العقد وأحيانا قد يصل بها الأمر لإمضائه حتى قبل أن تقوم بتبليغ المترشحين الذين تم استبعادهم بقرار المنح وذلك حتى تصبح الدعوى المرفوعة أمام القاضي الاستعجالي بدون موضوع.³

ومن بين الحالات التي تصبح فيها الدعوى بدون موضوع نذكر:

1- حالة إمضاء العقد أثناء سير الدعوى

تصبح الدعوى بدون موضوع إذا تم إبرام العقد خلال مرحلة سير الدعوى وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 15 أبريل 1996، في قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة سيمون جينيبير SARL Simone Ginibre Entreprise. وقد طبق نفس الإتجاه أمام قاضي النقض.

بل ذهب القاضي الاستعجالي إلى الحكم بانتفاء وجه الدعوى بالرغم من أن العقد تم إمضاءه ساعات قليلة فقط قبل الفصل في الدعوى وهو ما حدث في قضية مركز تنمية السكن والعمران للأقاليم

¹- Catherine Bergeal- Frédéric Lenica, Op.cit., 113.

²-François Llorens, « Conditions pour que la signature du marché entraîne le rejet du référé précontractuel », RDI, 1999, P.96.

³- Edith Benguigui, « Le référé précontractuel constitue-t-il toujours une voie de recours 'efficace et rapide' », La Semaine Juridique des Administrations et Collectivités Territoriales, N°11-12, 09 Mars 2009, P.2058, N°01.

إن هذا الأمر أدى بالمشرع الفرنسي إلى استحداث آلية جديدة هدفها تحقيق فعالية أكبر للدعوى الاستعجالية المرفوعة قبل إبرام العقد ويتعلق الأمر بالأجل الذي تلتزم المصلحة المتعاقدة من خلاله بعدم إبرام العقد، والذي حدده بـ 10 أيام على الأقل من تاريخ تبليغ قرار الرفض إلى المترشحين وتاريخ إمضاء الصفقة.²

وقد تم استحداث هذه الآلية تطبيقاً لما ذهبت إليه محكمة العدل الأوروبية بموجب قرارها الصادر بتاريخ 24 جوان 2004، حيث اعتبرت من خلاله بأنه يجب أن تكون هناك مدة معقولة تفصل ما بين قرار منح الصفقة وإمضاءها.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المنحى في قراره الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 2007 في قضية نقابة ما بين البلديات للتزويد بالمياه الصالحة للشرب لكونفلونتي Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du confolentais³

وفي هذا الصدد نشير إلى أن هذه الآجال في التشريع الفرنسي قد مرت بالمراحل التالية:

*قبل 2004: لم يكن هناك أي نص يلزم المصلحة المتعاقدة على احترام أجل معين ما بين قرار المنح وقرار الإمضاء.

*في الفترة ما بين 2004 و2006: ألزمت المصلحة المتعاقدة باحترام أجل 10 أيام في حالة الصفقات المبرمة وفق الإجراءات الشكلية.

*بعد 2009: أصبحت الآجال كالتالي 16 يوماً على الأقل في حالة التبليغ العادي و 11 يوماً على الأقل في حالة التبليغ الإلكتروني.⁴

¹ -Edith Benguigui, Op.cit.

² -Edith Benguigui, Op.cit.

³ -Frédéric Dieu, « Le respect du délai de Standstill- Une obligation essentielle pour les pouvoirs adjudicateurs, Une information primordiale pour les entreprises évincées », La Semaine Juridique des Administrations et Collectivités Territoriales, N°14, 10Avril 2012, P.2103.

⁴ -Frédéric Dieu, Op.cit.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد بأنه قد قرر أجلا أطلق عليه الأجل الموقوف (Standstill)، ومفاده الأجل الذي يفصل بين تبليغ رفض الترشيحات وإمضاء العقد .

حيث أنه من جهة فإن التبليغ يجب أن يحتوي على عدة بيانات من بينها إسم الفائز بالصفقة والأسباب التي أدت إلى اختياره، والأكثر من ذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن تشير إلى الأجل الذي تنقيد به قبل إمضاء العقد.

وعدم احترام المصلحة المتعاقدة لهذا الأجل يشكل إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة .

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو متى يبدأ سريان هذا الأجل ؟

بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 24 جوان 2011، OPH interdépartemental de l'essonne du val d'oise et des Yvelines etsociété Séné المترشحين أسباب رفض عروضهم، وتلك التي أدت إلى اختيار المترشح .

مع الإشارة إلى أن هذا الأجل غير مطبق على الصفقات العمومية التي يتم إبرامها وفق الإجراءات المكيفة ولقد كان ذلك محل انتقاد من طرف الفقه واعتبروا بأنه فراغ تشريعي ترتب عنه إمضاءات مبكرة لهذا النوع من العقود وفي ذلك مساس بمبادئ الطلبات العمومية .¹

وبالرغم من هذه الانتقادات فقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة في العديد من القضايا التي طرحت أمامه نذكر من بينها قراره الصادر بتاريخ 19 جانفي 2011، في قضية المرسى البحري الكبير لهافر Grand Port Maritime du Havre .²

وفي مقابل ذلك فقد أعطى القاضي الإداري والمشرع في فرنسا للمترشح الذي تم استبعاده من العقد في إطار الصفقات المبرمة وفق الإجراءات المكيفة، والذي لم يتمكن من رفع دعوى استعجالية قبل إبرام الصفقة نتيجة لقيام المصلحة المتعاقدة بإمضاء مبكر لها، إمكانية اللجوء إلى القاضي الاستعجالي بعد التعاقد، لكن لا يمكن له أن يدفع بعدم احترام المصلحة المتعاقدة للأجل الذي يفصل ما

¹- Philippe Neveu, « Eviction des candidats d'une procédure d'attribution de marché public: Du bon usage des clauses relatives aux voies et délai de recours », La Semaine Juridique des Administrations et Collectivités Territoriales, N°20-21, 17Mai 2010, P.2174.

²- Frédéric Dieu, Op.cit.

بين منح الصفقة لمتعاقد معين ورفض باقي العروض وبين إمضاء العقد لأن مثل هذه الصفقات لا تخضع لهذا القيد، وفي جميع الأحوال يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم باختيار الخضوع لهذا الأجل بإرادتها وفي هذه الحالة فهي ملزمة باحترامه.¹

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر بأن قرار إمضاء الصفقة الذي يكون الهدف الوحيد منه هو منع المترشحين المستبعدين من إخطار القاضي الاستعجالي يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 07 مارس 2005، في قضية شركة غرندجوان ساكو Société Grandjouan-Saco.²

2- حالة التراجع عن إبرام العقد

في حالة ما إذا تراجعت المصلحة المتعاقدة عن إبرام الصفقة محل النزاع، يحكم القاضي بانتفاء وجه الدعوى.

3- حالة الإعلان عن طلب عروض جديد

يحكم القاضي بانتفاء وجه الدعوى إذا قامت المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن طلب عروض جديد بناء على الأمر الاستعجالي الذي قضى بإلغاء طلب العروض الأول، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 1997، قضية محافظة آلب لأعالي بروفانس Département des Alpes-de-hauts-Provence.³

كما أنه في حالة عدم جدوى طلب العروض، وقامت المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن طلب عروض جديد، فإنه من غير الفائدة رفع دعوى استعجالية ضد الإجراء الأول لأنها تكون دون موضوع.⁴

ثالثاً: الفصل في الدعوى وعدم التقيد بإمضاء العقد

قد يحدث أن تقوم المصلحة المتعاقدة بإمضاء العقد ومع ذلك لا يحكم القاضي الاستعجالي بانتفاء وجه الدعوى وذلك في الحالات التالية:

¹- Frédéric Dieu, Op.cit.

²- Edith Benguigui, Op.cit.

³- Catherine Bergeal- Frédéric Lenica, Op.cit., 113.

⁴- Emmanuel Glaser, « Référé précontractuel et non-lieu », Revue Lamy des Collectivités Territoriales, N°44 , Mars 2009, P.43.

- في حالة ما إذا تم رفع دعوى استعجالية لوضع حد لمخالفة التزامات الإشهار والمنافسة، وقام القاضي بإصدار أمر بتأجيل إمضاء العقد، ولكن وبالرغم من ذلك قامت المصلحة المتعاقدة بإمضائه، ففي هذه الحالة رفض القضاة الحكم بانتفاء وجه الدعوى واعتبروا الإمضاء كأن لم يكن.¹

- في حالة ما إذا قام القاضي الاستعجالي بإلغاء إجراء الإبرام، وقامت المصلحة المتعاقدة على إثر ذلك بتنظيم إجراءات جديدة لكنها بقيت دون جدوى، وقامت بتنظيم إجراء ثالث في نفس الميعاد الذي يفصل فيه قاضي النقض وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 04 فيفري 2009، قضية بلدية تولون Toulon.²

- في حالة الطعن بالنقض المرفوع من طرف المصلحة المتعاقدة ضد الأمر الاستعجالي المتضمن إعادة إجراءات المنافسة، قامت السلطة المفوضة بإبرام اتفاقية تفويض مرفق عام بصفة مؤقتة من أجل ضمان استمرارية المرفق العام لمدة سنة، فاعتبر مجلس الدولة بأنه لو كانت هناك بالفعل حاجة ملحة لضمان استمرارية المرفق العام لقامت السلطة المفوضة بتمديد العقد السابق، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 21 جوان 2000، قضية نقابة ما بين البلديات لساحل أمور Syndicat intercommunal de la côte d'amour.³

كما لا يتم قبول الطعن بالنقض إذا تم إبرام العقد في الفترة ما بين صدور الأمر الاستعجالي وتسجيل الطعن بالنقض.⁴

- في حالة الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض: لأن القانون ينص على أنه في حالة الإعلان عن عدم جدوى كلب العروض، يمكن اللجوء إلى أسلوب التراضي، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لبوردو Bordeaux.⁵

لكن وأمام انفلات هذه الحالات من رقابة القاضي الاستعجالي، أدى ذلك إلى تقرير سلطة تأجيل إمضاء العقد للقاضي بداية من إخطاره ولمدة عشرون يوماً، فتصبح الإدارة أمام الأمر الواقع.⁶

¹-Edith Benguigui, Op.ci., N°01-05.

²- Catherine Bergeal- Frédéric Lenica, Op.cit., 113.

³-Cathrine Bergeal, « La procédure d'attribution d'un contrat d'affermage », RFDA, 2000, P.1031.

⁴- Nelly Ach, « Le référé précontractuel: Une réforme inachevée », AJDA, 2002, P.1422.

⁵- Catherine Bergeal- Frédéric Lenica, Op.cit., 114.

⁶- Nelly Ach, Op.Cit.

كما تجدر الإشارة في هذا الصدد بأنه بناء على المرسوم الصادر في 07 ماي 2009، أصبح قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام العقد أثناء سير الدعوى الاستعجالية، يشكل حالة من حالات بطلان العقد.¹

رابعاً: الإشارة إلى أجل الطعن

تقتضي القاعدة العامة أن أجل الطعن لا يمكن الاحتجاج به إلا إذا تضمنه القرار الإداري المطعون فيه وهو ما نصت عليه المادة 831 ق.إ.م.إ، والتي جاء فيها: " لا يحتج بأجل الطعن المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه، إلا إذا أشير إليه في تبليغ القرار المطعون فيه" .

وعليه فإن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل ينطبق ذلك على الطعن المرفوع أمام قاضي الاسعجال ضد إجراءات إبرام العقود الإدارية؟

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية وتوفيقيات المرفق العام، وتحديدًا في الأحكام المتعلقة بالمنح المؤقت نجد بأن المادة 82 في فقرتها الثانية، تنص على أنه يجب أن يتضمن المنح المؤقت للصفقة:

- بيانات حول صاحب العرض المقبول .
- بيانات حول المصلحة المتعاقدة.
- تحديد اللجنة المختصة بدراسة الطعن.

وأضافت الفقرة الرابعة على أن يتضمن الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة دعوة المترشحين والمتعهدين الذين يرغبون في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية الإتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام يبدأ احتسابها من أول يوم لنشر الإعلان ويكون هذا التبليغ كتابيا .

ونصت الفقرة الخامسة على حالات أخرى تطبق فيها نفس الإجراءات، ويتعلق الأمر بالإعلان عن عدم الجدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة وإلغاء المنح المؤقت. وفي هذه الحالات يتعين على المصلحة المتعاقدة تبليغ المترشحين بالقرار المتخذ بموجب رسالة موصى عليها مع وصل الإستلام،

¹-Catherine Bergeal-Frédéric Lenica, Ibid.

وأن تتضمن الرسالة دعوتهم للاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام من يوم الإستلام إذا كانوا يرغبون في الحصول على المبررات ويكون ذلك كتابيا .

ما يمكن ملاحظته من خلال استقراء فقرات هذه المادة أن المشرع وإن كان قد أعطى ضمانا أكبر للمترشحين، وذلك من خلال تمكينهم من الأسباب التي أدت إلى اختيار عرض معين أو في حالة إتخاذها لقرار عدم الجدوى أو تراجعها عن الصفقة من خلال إلغاء إجراء الإبرام أو المنح المؤقت بطريقة كتابية، مقارنة بالنص السابق (المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 جانفي 2013 المشار إليه أعلاه)، حيث لم يكن ينص على إلزامية هذه البيانات في المنح المؤقت، وإنما كان يكفي بالنص فقط على إلزامية الإشارة إلى اللجنة المختصة بدراسة الطعون، غير أن أكبر ضمانة للمترشحين والمتمثلة في الأجل الذي يفصل بين الإعلان عن المنح المؤقت وإمضاء العقد لم يتم النص عليه .

أما عن المشرع الجزائري، وبالرجوع إلى الفقرة 09 من المادة 82، المذكورة أعلاه، والتي تنص على أنه: "وفي حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل 30 يوما، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة" .

من خلال استقراء هذا النص نستخلص أنه في حالة التظلم ضد قرار المنح المؤقت للصفقة فإنه لا يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة من أجل دراسته إلا بعد مرور ثلاثون يوما من تاريخ نشر الإعلان، وبالرغم من كل هذه الترسانة من الضمانات إلا أن قاضي مجلس الدولة قضى بأن المنح المؤقت يخضع للسلط التقديرية للإدارة، ويظهر ذلك من خلال قراره الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 2015، في قضية مؤسسة الأشغال العمومية والبناء ضد بلدية واد تليلات¹، وتتلخص وقائعها فيمايلي:

قامت بلدية واد تليلات بالإعلان عن صفقة موضوعها متعلق بإتمام إنجاز المركب الثقافي التابع للبلدية.

1- قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 17 /12/ 2015، قضية مؤسسة الأشغال العمومية والبناء ضد بلدية واد تليلات، قرار غير منشور.

بتاريخ 29 مارس 2015، تم الإعلان عن المنح المؤقت بجريدة التحرير اليومية، لفائدة مؤسسة (ع.س) .

فقامت مؤسسة الأشغال والبناء بالطعن ضد القرار أمام البلدية .

بتاريخ 15 أفريل 2015، أجابت البلدية على الطعن بأنه قد تم إقصاء المؤسسة تقنيا على أساس أنها لم تتحصل على أي نقطة في معيار المراجع المهنية .

على إثر ذلك قامت المؤسسة برفع دعوى إلغاء أمام المحكمة الإدارية لوهران طالبت من خلالها بإلغاء قرار المنح المؤقت ومنح الصفقة لها، وقامت في نفس الوقت برفع دعوى استعجالية طالبت من خلالها بوقف المنح المؤقت إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع .

بتاريخ 17 ماي 2015، أصدرت المحكمة الإدارية لوهران أمرا يقضي برفض الدعوى على أساس أنها تمس بأصل الحق وأن عنصر الاستعجال غير متوفر .

بتاريخ 18 جوان 2015، تم استئناف الأمر الاستعجالي من طرف المؤسسة أمام مجلس الدولة .

بتاريخ 17 ديسمبر 2015، أصدر مجلس الدولة قرارا قضى من خلاله بأن المنح المؤقت لا يمكن اعتباره اخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة، وأنه يخضع للسلطة التقديرية للإدارة، وجاءت حيثياته كالآتي: "... حيث ثابت من المادة 946 المذكورة أعلاه أن اختصاص قاضي الاستعجال ينعقد في حالة الإخلال بالتزامات المنافسة والإشهار فقط في حين الطلب الحالي ينصب حول وقت المنح المؤقت ولا يطعن في إجراءات المنافسة والإشهار .

حيث أن صحة المنح المؤقت من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للإدارة من خلال الرقابة الذاتية الداخلية التي تمارسها من خلال آليات الرقابة تتمثل في اللجان الولائية واللجنة الوطنية للصفقات العمومية لفحص وتقدير المؤهلات الخاصة بكل مترشح ومدى استحقاقه لإبرام الصفقة من عدمه " .

نلاحظ أن مجلس الدولة قد جعل الرقابة الإدارية تحصن القرار من رقابة القاضي وهذا الأمر خاطئ فالرقابة الإدارية لا تعني أن يعدم معها الدور الرقابي للقاضي الإداري، كما نلاحظ أن القاضي الإداري بالاستعجالي قبل التعاقد في الجزائر مازال يحصر تدخله في الإشهار، ولازال لم يفهم بعد ما المقصود بالإخلال بالتزامات المنافسة التي تفتح له سلطات جد واسعة في مواجهة الإدارة المتعاقدة.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو في حالة عدم التظلم مادام جوازيًا فكم هي المدة ما بين الإعلان عن المنح المؤقت وإمضاء الصفقة؟

بالرجوع إلى المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15، نجدها تنص على أنه: "تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمقرر منح التأشير أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة..".

لكن في حالة رفض التأشير ما مآل الإجراءات السابقة؟

في حالة رفض التأشير، فإنه حسب نص المادة 195 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإن المشرع قد اعتبر أن اللجان هي مركز اتخاذ القرار، لأن لها صلاحية منح التأشير أو رفضها، وفي حالة الرفض يجب أن تعلق قرارها، حيث يشترط المشرع أن يكون رفض التأشير معللا وذلك من خلال ذكر السبب أو الأسباب التي يركز عليها هذا الرفض والذي يتمثل أساسا في وجود صورة أو صور من مخالفة التشريع و/أو التشريع المعمول به¹، حيث قد فرض المشرع على اللجنة أن يكون رفضها قائما على مخالفة مبادئ الطلبات العمومية حسب نص المادة 02/195 .

لكن السؤال الذي يطرح في هذا السياق، هو هل قرار الرفض ملزم للمصلحة المتعاقدة؟

من خلال استقراء نص الفقرة 03 من المادة 95 المذكورة أعلاه، يظهر بأن قرار اللجنة ملزم وهو ما نستشفه من خلال: "تأخذ المصلحة المتعاقدة في الحسبان قرار اللجنة وتواصل تقييم العروض في ظل احترام أحكام هذا المرسوم".

لكن هذا النص يقابله نص الفقرة 01 من المادة 169، حيث يظهر من خلالها أن الحصول على التأشير أمر إلزامي على عكس نتيجة التأشير سواء اكانت إيجابية أو سلبية، حيث أنها تنص على أنه: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا التأشير".

بل أن رفض منح التأشير رتب عنه المشرع حكما تجاوزيا وذلك من خلال عبارة: "بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة".

1- بجاوي بشيرة، (الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على مستوى المحلي)، مذكرة ماجستير، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2012، ص.84.

حيث وإن كانت المصلحة المتعاقدة ملزمة بطلب التأشيرة غير أنها في مقابل ذلك يرجع لها سلطة اتخاذ القرار بشأن إبرام الصفقة متجاوزة بذلك قرار اللجنة، وتعتبر سلطة التجاوز من بين الصلاحيات الخطيرة الممنوحة للإدارة ولهذا أحاطها المشرع بمجموعة من القيود والشروط¹، ويرجع إحاطة هذه السلطة بتلك القيود نظرا لخطورتها على مبدأ المشروعية².

ويتمثل أول قيد في حصر السلطات التي لها امتياز التجاوز، والتي تتمثل في:

- الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعني، بموجب قرار معلل وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة.
- الوالي: بشرط أن يكون قراره معللا وأن يخطر وزير الداخلية والجماعات المحلية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي: بشرط أن يكون المقرر معللا وأن يتم إعلام الوالي بذلك.
- غير أن المشرع يميز بين حالتين المتمثلتين في مخالفة الأحكام التشريعية ومخالفة الأحكام التنظيمية.

فبالنسبة لقرار منح التأشيرة المعلل بمخالفة الأحكام التشريعية ففي هذه الحالة لا يمكن تجاوز قرارها.

أما في حالة ما إذا كان الرفض قائما على مخالفة الأحكام التنظيمية ففي هذه الحالة يجوز اتخاذ قرار التجاوز.

لكننا لا نوافق هذا المنحى لأن التنظيم هو جزء من التشريع وإن كان يأتي في درجة أقل من القانون لكن مبدأ المشروعية يقتضي احترام التشريع بمفهومه الواسع سواء الدستور أو القانون أو التنظيم وخضوع كل من الحكام والمحكومين له.

¹ - بجاوي بشيرة، المرجع نفسه، ص.ص 85-86.

² - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، ص.69.

كما أن هناك من تساءل حول الفائدة من الرقابة القبلية إذا تم التمييز بين الأحكام التشريعية التيلا يمكن تجاوزها والأحكام التنظيمية التي يمكن تجاوزها حيث أن ذلك سيؤدي بالنتيجة إلى تجاوز مرسوم رئاسي¹.

من خلال ما سبق يمكن القول، بأن التأشير الممنوحة من طرف اللجنة هي وسيلة تعبر من خلالها عن إرادتها وفي نفس الوقت هي آلية للتعبير عن انتهاء عملها، وتعتبر أيضا أهم خطوة في عملية الرقابة القبلية حيث تملك اللجنة كامل الحرية في منحها أو رفضها كما سبق وأن تطرقنا إليه.²

خامسا: أجل رفع الدعوى الخاصة بإبرام عقود تفويضات المرفق العام

بالنسبة لعقود تفويضات المرفق العام فإن السلطة المفوضة لا يقع عليها أي التزام معين فيما يخص مدة إمضاء العقد، وهو ما جعل القاضي الاستعجالي للمحكمة الإدارية لليون Lyon، يعتبر بأنه يجب أن يكون هناك أجلا معقولا يفصل ما بين رفض العرض وإمضاء العقد، وذلك حتى يتمكن المترشحون من ممارسة حقهم في الطعن، وذلك في القرار الصادر عنه بتاريخ 26 جوان 2012، قضية شركة حافلات فيليبيا Société cars Philipert³

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأنه فيما يتعلق بإلزامية إعلام المترشح بخصوص رفض عرضه كما هو مطبق في الصفقات العمومية فإنه على خلاف ذلك لا يوجد نص يتضمن هذه الإلزامية، وهنا يطرح التساؤل حول أجل رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية ؟

سادسا: الآثار المترتبة عن إمضاء العقد .

في هذه الحالة يجب على القاضي أن يميز بين حالتين:

1- فرقان فاطمة الزهراء،(رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر)، مذكرة ماجستير، قانون عام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2007، ص.35.

2- بجاوي بشيرة، المرجع السابق، ص.79.

3-« Protection des candidats évincés d'une DSP», La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, N°38, 20 Septembre 2012, Act.559.

1- إذا تم إمضاء العقد قبل رفع الدعوى

ففي هذه الحالة ترفض الدعوى شكلا، وفي حالة ما إذا قام القاضي بالفصل في موضوع الدعوى بالرغم من ذلك فإن قراره يكون مخالفا للقانون، ويخضع لرقابة قاضي النقض، حيث يتم إثارته تلقائيا.

2- إذا تم إمضاء العقد أثناء سير الدعوى

فالأصل أنه لو قامت المصلحة المتعاقدة بإمضاء العقد أثناء سير الدعوى، فإن هذه الأخيرة تصبح بدون موضوع، لكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا أمر القاضي بتأجيل إمضاء العقد، ففي هذه الحالة يبقى القاضي مختصا ولكن يشترط لتطبيق هذا الإستثناء أن يتم تبليغ الأمر المتضمن تأجيل الإمضاء إلى المصلحة المتعاقدة قبل أن تقوم بإمضاء العقد وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لنيس Nice بتاريخ 04 ديسمبر 2006، وذلك في قضية مجموعة أكلاان اين أنتيا Groupement Acrin In Antea، حيث قضى بأن الدعوى أصبحت دون موضوع لأن الصفقة تم إبرامها في الصباح وأن تبليغ الأمر المتضمن تأجيل إمضاء الصفقة لم يصلها إلا في الفترة المسائية¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأنه إذا تم إمضاء العقد فإن القاضي الاستعجالي مختص بالبحث عن وجوده المادي فقط دون أن تتعدى سلطته إلى مراقبة صحة الإمضاء، فهو لا يبحث مثلا عن عدم اختصاص الهيئة التي قامت بإمضاء العقد، وهو الأمر الذي أكده مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 17 أكتوبر 2007، في قضية شركة Pysical Networks Software².

سابعا: أجل رفع الدعوى من طرف ممثل الهيئة الإقليمية

نصت المادة 946 في فقرتها الثالثة بأن: "...وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية".

إن عبارة " إذ أبرم العقد " من شأنها أن تطرح عدة تساؤلات وأمام غياب الاجتهاد القضائي بخصوص تطبيقها، اعتبر الفقه بأنه قد جاءت خاطئة³.

¹-Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.Cit.,P.P.124-125.

²-Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.Cit.,P.123.

³-Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.Cit.,P.125.

الفرع الثاني: أجل الفصل في الدعوى

نصت المادة 947 منق.إ.م.إعلى أنه: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل 20 يوما، تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه".

نستخلص من خلال المادة أن القاضي الاستعجالي يفصل في الدعوى المرفوعة أمامه خلال أجل عشرون يوما يبدأ احتسابها من يوم إيداع العريضة لدى أمانة ضبط الجهة القضائية الإدارية المختصة.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل يترتب على عدم احترام القاضي لهذا الأجل البطالان؟ وهل هذه المدة هي الحد الأدنى أم الأقصى الممنوح للقاضي الاستعجالي من أجل الفصل في الدعوى؟

فيما يخص الأثر المترتب عن عدم احترام أجل عشرون يوما المنصوص عليه، فإنه لا يترتب عنه أي أثر لأنه لم يأت بالصيغة الإلزامية، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1995 في قضية District de l'agglomération nancéienne ، حيث قضى بأنه لا يترتب أي أثر عن تجاوز القاضي لهذا الأجل¹، ولقد أسس قاضي مجلس الدولة قراره في هذه القضية على المادة 06-01 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، واعتبر بأن عدم إحترام هذا الأجل لا يمكن أن يترتب عنه عدم صحة الحكم، لكنه في قضية أخرى اعتبر بأن هذه المخالفة قد تكون أساس لطلب التعويض وذلك في قضية شركة بويغBouygues بتاريخ 02 جويلية 1999².

¹ - Olivier Le Bot, « Le guide des référés administratifs, Op.cit.,P.P.621-622.

² -Catherine Bergeal-Frédéric Lénica, **Op.cit.**, P.115.

المبحث الثاني: شروط قبول الدعوى

يشترط لقبول أي دعوى إدارية بما فيها الدعوى الاستعجالية التي ترفع بمناسبة إبرام العقد الإداري شروط عامة (المطلب الأول) وأخرى خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط العامة

من البديهي أن تخضع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية للشروط التي تخضع لها قبول الدعوى الإدارية، ويتعلق الأمر بالشروط الخاصة بالجهة التي تفصل في الدعوى بمعنى الاختصاص بنوعيه النوعي والإقليمي (الفرع الأول)، وكذا تلك الخاصة بأطراف الدعوى أي الصفة والمصلحة والأهلية أو التفويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط خاصة بالجهة الفاصلة في الدعوى

من أجل قبول الدعوى المرفوعة بسبب الإخلال الذي مس العملية التعاقدية وجب أولاً أن يتم رفعها أمام الجهة القضائية المختصة نوعياً (أولاً) وإقليمياً (ثانياً).

أولاً: الاختصاص النوعي

جعل المشرع الجزائري من الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية من النظام العام، يتوجب على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وذلك حسب مقتضيات المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه: "الإختصاص النوعي... للمحاكم الإدارية من النظام العام

يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من احد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى .

يجب إثارته تلقائياً من طرف القاضي" .

ولطالما جعل المشرع الجزائري من اختصاص الجهات الفاصلة في المادة الإدارية قائماً على أطراف النزاع أي على المعيار العضوي، واحتفظ بهذا المنحى حتى بعد تبني الأزواجية القضائية وإنشاء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية وكذا عند تعديله لقانون الإجراءات المدنية، حيث أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على المعيار العضوي في بداية الكتاب الخاص بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية، وذلك بموجب نص المادة 800 منه، والتي أعطت الاختصاص العام

للمحاكم الإدارية متى كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في النزاع .

لكن في مقابل ذلك وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإن كان المشرع الجزائري قد كرس المعيار العضوي في تعداده للمصالح المتعاقدة يطبق على فئة من عقودها قانون الصفقات العمومية، إلا أنه أضاف مؤسسات أخرى تخضع في الأصل للقانون الخاص ومنازعاتها تدخل في اختصاص القاضي العادي، ولكنه وبالرغم من ذلك فقد أخضعها لأحكامه وبالتالي لاختصاص القضاء الإداري في حالات محددة.

1-المعيار العضوي

بخصوص تطبيق المعيار العضوي فإنه تثار عدة حالات تتمثل في:

1.1-تنازع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي

إن من بين الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة لحسن سير نشاطها الأعمال ذات الطابع التعاقدية، لكن هذه الأخيرة في بعض الأحيان لا تكون موجهة لتحقيق المصلحة العامة، بل هي مجرد عقود خاصة غير إدارية، حسب تعبير الاجتهاد القضائي، وهي تشبه العقود المبرمة بين الخواص وبالتالي تطبق عليها قواعد القانون الخاص، ومثال ذلك عقود البيع والإيجار للأموال التي تدخل في نطاق الأملاك الخاصة للدولة أو عقود التأمين على مركباتها، فالمنازعات بشأن هذه العقود تدخل في اختصاص القضاء العادي .

في مقابل ذلك توجد العقود المبرمة من طرف الإدارة بوصفها سلطة عامة، تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وتظهر الإدارة فيها في مركز أقوى، حيث تقوم بفرض التزامات أو إقرار امتيازات، لا مثل لها في العلاقات العقدية الخاصة، فهذه العقود يحكمها نظام قانوني مميز، وتخضع نزاعاتها لاختصاص القاضي الإداري¹ .

خاصة وأن للإدارة السلطة التقديرية في أن تبرم عقدا إداريا أو عقدا خاصا، وذلك بأن تضع شروطا غير مألوفة أو لا، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 31

¹ - محمد رضا جنينج، القانون الإداري، الطبعة 02، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص.233.

جويلية 1912، في قضية شركة الغرانيت لفوج Société porphyroïdes des Vosges ، وأكد أن هذه الحرية في الاختيار تجد مصدرها في " مبدأ الحرية التعاقدية للأشخاص العمومية"¹.

إن هذا التمييز ليس من السهولة بمكان، إذ تظهر صعوبته في تحديد الجهات القضائية المختصة للنظر في المنازعات المترتبة عن هذه العقود.

وهو ما دفع إلى وضع مجموعة من المعايير تقيد الحرية التعاقدية للإدارة، وقد ساهمت أيضا في تسهيل عملية توزيع الاختصاص .

وهذه المعايير منها ما قد تم وضعه من طرف المشرع ومنها ما قد تم خلقه من طرف القضاء، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

1.1.1- المعيار التشريعي

في القانون المدني يميز المشرع بين العقود المسماة والعقود غير المسماة، فالأولى هي التي تناول المشرع أحكامها بالتفصيل مثل عقد البيع وعقد الإيجار والمقاول، وذلك لكثرة التعامل بها، أما الثانية فنظرا لقلتها فلم ينص المشرع عليها.

وفي القانون الإداري نجد طائفة العقود المسماة مثل عقود الصفقات العمومية، ويعود الفضل في التحديد التشريعي لبعض العقود الإدارية لفرنسا، وبالتحديد في نهاية القرن 18، أين تم إصدار مراسيم حددت بموجبها بعض العقود الإدارية وتم إخضاعها لاختصاص جهات قضائية معينة، ومثال ذلك عقد الأشغال العامة، فهاته الأخيرة تم إخضاعها لاختصاص مجالس الأقاليم، وبعد إنشاء مجلس الدولة تم التوسيع من طائفة العقود الإدارية المسماة، مثل عقود بيع أملاك الدولة وعقود القروض العامة².

2.1.1- المعيار القضائي

إن القاضي الإداري في فرنسا قد أكد على اختصاصه للفصل في منازعات العقود الإدارية كأصل وقاعدة عامة، لكنه جعل لهذه القاعدة عدة استثناءات بالنظر إلى مجموعة من المعايير، تتمثل حسب ما جاء في قرار للمحكمة الدستورية لمصر في قرارها الصادر بتاريخ 19 جانفي 1980:

¹ - Gilles Lebreton, Droit administratif général, Tome 02, Dalloz, P.P.287-288.

² - محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقضات العامة: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص.10.

يتعين اعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص¹، وهو ما أكدته لاحقا المحكمة الإدارية العليا بمصر بموجب قرارها الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1983: "من المقرر أن العقد الإداري هو الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"².

ومو ما طبقه أيضا القضاء التونسي، حيث قضت المحكمة الإدارية بسنة 1989 على أنه: "إن العقد المبرم بين شخص معنوي عمومي وأحد الأفراد لا يكفي بذاته لإعتباره من صنف العقود الإدارية بل لابد أن يستهدف شريك المتعاقد في تسيير مرفق عام بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته أو أن يتضمن بنوده شرطا من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي تنبئ عن نية الإدارة في انتهاج أسلوب القانون العام"³.

من خلال هذه القرارات نستخلص أن هناك ثلاثة أركان أساسية يعتمد عليها القضاء لتحديد العقد الإداري تتمثل في: المعيار العضوي/ المعيار الموضوعي/ المعيار اللاتحي.

وعليه سنتناول هذه المعايير فيما يلي:

1.2.1.1- أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما: (المعيار العضوي)

قضت محكمة التنازع الفرنسية بموجب قرارها الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1991، بمايلي: "حيث أن العقد المبرم بين شخصين عموميين يتمتع من حيث المبدأ بالصبغة الإدارية، ويترتب عنه اختصاص

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.62.

2- محمد جمال مطلق ذنبيات، العقد الإداري: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والإقتصاد، د.ت.ن، بلد النشر، ص.10.

3- محمد رضا جنيج، المرجع السابق، ص.234.

الجهات القضائية الإدارية للنظر في المنازعات المتعلقة بهذا العقد، باستثناء الحالة التي يتولد فيها بين الأطراف علاقات تخضع للقانون الخاص وذلك بالنظر إلى محله " ¹.

أما في النظام الجزائري فقد أكدت محكمة التنازع بأن المعيار العضوي هو المطبق بمجرد ما أن يكون أحد طرفي النزاع هو هيئة عمومية، وذلك بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 17 جويلية 2005، قضية (ج.ع) ضد بلدية النبايل²، وجاء في حيثياتها: " وأنه بالفعل فالمادة كانت ولا تزال تشكل المبدأ في مجال توزيع الإختصاص الذي لا يمكن أن يتأثر لا بصفة التاجر التي يتمتع بها السيد (ج.ع) -المادة 01 من القانون التجاري- ولا بالعمل التجاري بحسب موضوعه، الذي قام به هذا الأخير (المادة 02 من القانون التجاري)، وبإثبات عقد تجاري بفاخرة مقبولة (المادة 30 من القانون التجاري)، وأنه بعبارة أخرى، يبقى المعيار العضوي المبدأ والمعيار المادي الاستثناء، وبالتالي يتعين التصريح باختصاص الجهة القضائية التابعة للقضاء الإداري للفصل في النزاع، وبالنتيجة إبطال القرار المصرح بعدم الاختصاص الصادر بتاريخ 07 ماي 2001...".

وقد اعتبر الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا هذا العقد محل قرار محكمة التنازع بأنه من الأعمال المختلطة، فهو من جهة تجاري بالنسبة للشخص الذي باع السلع للبلدية.

ومن جهة أخرى فهو إداري بالنسبة للبلدية باعتبار أنها اشترت تلك السلع، ليس بهدف إعادة بيعها وإنما من أجل ضمان حسن سير مرفق عمومي وأن محل هذا التعاقد هو عبارة عن خدمات عادية تتعلق بتوريد لوازم مكتبية والتي أجاز تشريع الصفقات العمومية أن تتم بموجب سندات طلب.

وبالتالي يتم التضحية بقواعد القانون التجاري لصالح قواعد القانون الإداري .

كما برر الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا موقفه بالمال العام، حيث قال بأن: الوفاء بتلك اللوازم المكتبية يتم من ميزانية البلدية وبما أنها شخص عمومي ذو طابع إداري، فإن القاضي الإداري هو المؤهل لمراقبة كيفية التصرف في الأموال العمومية وليس القاضي التجاري³.

¹- Tribunal des conflits, du 7 octobre 1991, 02651, publié au recueil Lebon.

²- مجلس الدولة، بتاريخ 2005/07/17، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، 2006، ص.250 ومايليها.

³- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، ص.ص.254-255.

بمقتضى القرار الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ 09 ديسمبر 2007¹، في قضية بلدية زمورة، تم التأكيد على تطبيق المعيار العضوي على منازعات العقود الإدارية، وجاء تعليل المحكمة كما يلي: "حيث إن البلدية لا تمارس أنشطة تجارية وليس لها صفة التاجر بمفهوم المادة 01 من القانون التجاري، فهي النزاع الحالي، قدمت سند طلبية للسيد ... قصد تزويدها ببضائع متصرفه في إطار مقتضيات المادتين 03 و05 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل والمكمل بالمرسوم الرئاسي رقم 301/03، المؤرخ في 11/09/2003، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وعلى النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقه،

وأن قضية الحال تتعلق بعقد توريد قطع غيار لعربات بلدية زمورة .

وأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفا في النزاع يكفي لجعل القاضي الإداري مختصا للفصل فيه".

نلاحظ أن القاضي في هذه الدعوى قد اعتمد على حرفية النص وطبق المعيار العضوي بمجرد أن البلدية طرف في النزاع بغض النظر عن موضوعه، غير أنه في قرار آخر خالف هذا المنحى، حيث وبالرغم من أن البلدية كانت طرفا في النزاع إلا أنه طبق المعيار الموضوعي ومنح الاختصاص للقاضي العادي، ويتعلق الأمر بقرار صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 24 ديسمبر 2012، في قضية (ع.ق) ضد بلدية بورقبيبة²، وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 30 جانفي 1999 أجرت البلدية للسيد (ع.ق) الحمام الكائن ببورقبيبة، ونتيجة لعدم قيام المستأجر بالوفاء بالتزاماته، قامت البلدية برفع دعوى أمام القسم التجاري لمحكمة الحجوطالبت من خلالها طرد (ع.ق)، فأصدرت المحكمة حكما يقضي بإلزامه بإخلاء الأمكنة ودفع بدل الإيجار بالإضافة إلى مبلغ التعويض، فقام باستئناف الحكم أمام الغرفة المدنية لمجلس قضاء البلدية، فخالف قضاة الاستئناف حكم الدرجة الأولى وقضوا بإلغاءه ومن جديد بعدم الاختصاص النوعي، ونتيجة لذلك طعنّت البلدية في القرار بالنقض أمام المحكمة

1- قرار صادر عن محكمة التنازع، بتاريخ 09/12/2007، رقم 45، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص. 150 .

2- قرار صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 24/12/2012، رقم 000140، قضية (ع.ق) ضد بلدية بورقبيبة، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013، ص. 479 وما بعدها.

العليا، فأصدرت هذه الأخيرة قرار يقضي بنقض القرار محل الطعن وتمت احالة القضية إلى نفس الهيئة مشكلة تشكيلا جديدا، وأكدت هذه الأخيرة أن العقد الذي يربط بين طرفي النزاع هو ذو طبيعة تجارية، فرفعت البلدية دعوى أمام القضاء الإداري (الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البلدة)، غير أن هذه الأخيرة قضت بعدم الاختصاص النوعي إنطلاقا من نص المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم والمادة 03/170 من القانون التجاري، فاستأنفت البلدية الحكم أمام مجلس الدولة، فتمسك هذا الأخير باختصاص القضاء الإداري للنظر في النزاع معتبرا أن العقد الذي يربط بين الطرفين هو عقد امتياز لأنه تم إبرامه عن طريق المزاد العلني وأنه يتضمن في المادة 13 منه بنودا غير مألوفة في القانون العادي، وأمام وجود قرارين متناقضين لجأ السيد (ع.ق) إلى محكمة التنازع لتحديد الجهة المختصة للفصل في النزاع، وكان قرار محكمة التنازع لصالح القضاء العادي، وجاء في حيثياتها حول الطبيعة التجارية للعقد: "حيث إن العقد المبرم بين بلدية بورقيقة والمدعي بتاريخ 1999/01/30 هو عقد إيجار تجاري وأن القاضي المختص للفصل في النزاعات التي قد تنجم عنه هو القاضي العادي حال فصله في القضايا التجارية وهذا تطبيقا لمقتضيات المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم التي كانت قابلة للتطبيق أثناء إبرام العقد.

وأنة طبقا لمقتضيات المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية القديم وخلافا لأحكام المادة 07 من نفس القانون، تكون من اختصاص المحاكم المنازعات المتعلقة بالإيجارات الفلاحية والأماكن المعدة للسكن أو لمزاولة مهنية أو للإيجارات التجارية وكذلك في المواد التجارية أو الاجتماعية.

وإن المادة 170 فقرة 03 من القانون التجاري تنص كذلك على أن تطبق أحكام القانون التجاري على إيجار المحلات والعمارات المملوكة للدولة أو الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية "Etablissements Publics".

وبخصوص عقود التنازل فإنهموجب قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 27 سبتمبر 1993، في قضية (ب.م) ضد (س.م ومن معه)¹ قضت بأن عقود التنازل عن أملاك الدولة تدخل في اختصاص القاضي الإداري، وتتلخص وقائع القضية فيمايلي:

1- المحكمة العليا، 1993/09/27، رقم 109743، المجلة القضائية، العدد 01، 1994، ص. 153 ومايليها.

بتاريخ 25 أوت 1992، أصدر مجلس قضاء وهران قرارا يقضي بإلغاء عقد التنازل المتضمن بيع عقار من إدارة الشؤون العقارية لصالح (ب.م) .

بتاريخ 25 أوت 1992، قام (ب.م)، بالطعن بالنقض ضد القرار أمام المحكمة العليا، وأثار وجها متعلقا بعدم الاختصاص النوعي للقضاء المدني في دعوى إلغاء عقد التنازل باعتبار هذا الأخير عقدا إداريا.

فكان رد المحكمة العليا كمايلي: " فعلا حيث أن الدعوى التي ترمي إلى إبطال عقد التنازل عن أملاك الدولة المبرم في إطار القانون رقم 01/81، المؤرخ في 07 فيفري 1981، ترفع بصفة إلزامية أمام الجهة القضائية المختصة بالفصل في القضايا الإدارية لأن ذلك العقد يكتسي طابعا إداريا" .

2.2.1.1- أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام (الموضوعي)

قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بالمغرب في قرارها الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 2005، على اختصاص القاضي الإداري بالنظر في المنازعات المترتبة عن العقد المبرم من طرف الإدارة إذا كان متعلقا بتسيير المرفق العام، وجاء في حيثياته: "العقد موضوع المنازعة أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام وهو وزارة الفلاحة والتنمية القروية والصيد البحري ويرتبط العقد بتسييرها أي تسيير المرفق الذي تسهر عليه وتقوم به أي التزود بأدوات تجهيز المكاتب، الأمر الذي يضيف على عقد التوريد موضوع الطلب صبغة العقد الإداري ويكون القضاء الإداري بالتالي مختصا للبت في المنازعة الناشئة بشأنه"¹ .

3.2.1.1- أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في القانون الخاص.² (المعيار اللاتحي)

قضى مجلس شورى الدولة اللبناني بتاريخ 14 فيفري 1993، ب: "عندما يتضمن العقد المبرم مع شخص معنوي عام لحاجات تسيير مرفق عام بنود غير مألوفة في القانون الخاص، يكون عقدا إداريا"³ .

¹ - النشرة القضائية للمحكمة الإدارية بالرباط، 2011، ص.117.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص.494.

³ - عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016، ص.18.

نستخلص من خلال تطرقنا إلى المعايير المعتمدة من طرف القضاء لتمييز العقد الإداري، أن هذه المعايير إن توافرت في العقد الذي يتم إبرامه من طرف الإدارة فإنه يصبح متمتعاً بالصبغة الإدارية، وبالتبعية يكون اختصاص الفصل فيه للقاضي الإداري، وتطبق بخصوصه أحكام القانون الإداري، وفي مقابل ذلك فإنه إذا أبرمت الإدارة عقداً لا يحتوي على هذه المعايير فإن الصبغة الإدارية تصبح حينئذٍ منعدمة، وبالتالي يصبح العقد من العقود التي تخضع للقانون الخاص، وبالتالي يعود اختصاص الفصل فيها للقاضي العادي¹.

2.1- اختصاص القاضي الاستعجالي

بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 20 جويلية 1963، قضى مجلس الدولة المصري، باختصاص القضاء الإداري بالنظر في منازعات العقود الإدارية، وبالتبعية القاضي الاستعجالي، وجاء في حيثياته: "إن القضاء الإداري يختص دون غيره بالفصل موضوعاً في منازعات العقود الإدارية، فيلزم أن يختص تبعاً بالفصل فيما ينبثق منها من أمور مستعجلة، مادام القانون لم يسلبه ولاية الفصل في الأمور المستعجلة التي تثيرها تلك المنازعات ويعهد بها إلى جهة أخرى"².

نلاحظ أن المعيار الذي اتبعه القضاء الإداري المصري، لتحديد اختصاص قاضي الاستعجال الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية هو معيار قاضي الأصل هو قاضي الفرع .

3.1- اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الإبرام

بتاريخ 23 ماي 2005، أقرت محكمة التنازع في قضية محافظة سافوا Savoie، باختصاص القضاء الإداري للنظر في المنازعات الناتجة عن سير عملية إبرام الصفقات العمومية مثلها مثل المنازعات الناتجة التنفيذ³.

1- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص.494.

2- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.153.

3- RFD, 2005, P.1055.

4.1- اختصاص الفصل في نزاع حول عقد مبرم بين الإدارة وشخص أجنبي

حسب اجتهاد لمجلس الدولة الفرنسي، صادر بتاريخ 30 مارس 2005، فإن القانون الذي يحكم مثل هذه النزاعات هو قانون المتعاقد الأجنبي¹.

5.1- اشكالية خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

أكد القضاء في فرنسا بشقيه العادي والإداري وحتى محكمة التنازع بأن خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة لا يؤثر على الاختصاص القضائي، حيث تبقى هذه المنازعات خاضعة لاختصاص القضاء الإداري².

6.1- عقود المناولة وإشكالية تحديد الاختصاص القضائي

لا يكون القاضي الإداري مختصا عندما يكون النزاع متعلقا بالمناولة وذلك بالرغم من أن العقد الذي يربطه يحتوي على شروط غير مألوفة وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 17 فيفري 1967، قضية هاردي وفورغاسي Hardy et Fourgassié³.

2- المعيار الموضوعي.

بالرجوع إلى قوانين الصفقات العمومية، يمكننا أن نلاحظ أن المشرع عرف تطبيقا للمعيار الموضوعي في مجال الصفقات العمومية، بداية من سنة 2002، وذلك عندما أضاف إلى فئة المصالح المتعاقدة، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكون مكلفة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة، وفي 2008⁴، أضاف أيضا المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف هذه بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة، وبعد مرور خمس سنوات من خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية عندما تقوم بإبرام صفقات ممولة من طرف الدولة، أعاد المشرع إخراج هذه المؤسسات من مجال تطبيقه وذلك

¹ - AJDA, 2005, P.1844.

² - Emmanuel Breen, « Compétence administrative ou judiciaire », JurisClasseur Administratif, Fasc.1045, N°48, 2004.

³ - Ibid., N° 49.

⁴ - المرسوم الرئاسي 338/08، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 250/02، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008 .

بموجب التعديل الذي طرأ على قانون الصفقات العمومية في 2013¹، غير أنه وبعد مرور سنتين من هذا التعديل عرف قانون الصفقات العمومية تغييرا جذريا، وذلك بصدر قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في 2015، وأصبح من بين الهيئات التي تتمتع بصفة المصلحة المتعاقدة المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو من الجماعات الإقليمية، مع بقاء المؤسسات العمومية الاقتصادية بمنأى عن أحكامه.

نلاحظ أن المعيار المطبق هو معيار موضوعي لا ينظر إلى صفة الأطراف المتعاقدة، حيث وبالرغم من أنه قال بأنها مؤسسات عمومية خاضعة للنشاط التجاري، إلا أنه أخضعها لأحكام قانون الصفقات العمومية وبالتالي لاختصاص القضاء الإداري، وذلك بالنظر إلى موضوع الصفقة الذي يكون محله أموالاً عامة، فالغرض من هذا الاستثناء هو المحافظة على المال العام، حيث ارتأى المشرع أن لا يطبق على تطبيق على مثل هذا النوع من العقود أحكام القانون الخاص القائمة على الحرية في التعاقد لما في ذلك من خطر كبير على المال العام.

وقد طبق القضاء المعيار الموضوعي الذي أطلق عليه البعض المعيار التمويلي² في المنازعات التي طرحت أمامه وقضى باختصاص القضاء الإداري للنظر في مثل هذه المنازعات، وفي مقابل ذلك قضى بعدم اختصاصه عند غياب هذا التمويل وهو ما نستشفه من خلال القرارات القضائية التالية:

1.2- التصريح باختصاص القضاء الإداري

يشترط على القاضي أولاً أن يتأكد من وجود المعيار الموضوعي المتمثل في تمويل الصفقة من طرف الخزينة العمومية حتى يقضى باختصاصه أو بعدم اختصاصه وهو ما أكدته الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا، في قرارها الصادر بتاريخ 06 فيفري 2008، في قضية الصندوق الوطني

1- المرسوم الرئاسي رقم 03/13، المؤرخ في 13 جانفي 2013، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 2013 .

2- ناصر لباد، "العقود الإدارية ومكانة الصفقات العمومية منها في القانون الإداري الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سبتمبر 2013، ص.242.

للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء¹، حيث جاء في حيثياتها بخصوص ذلك: " حيث كان على القضاة أن يتأكدوا من المساهمة النهائية من ميزانية الدولة ليأخذوا، كما فعلوا، بالعنصر الموضوعي وليس العضوي".

في مقابل ذلك هناك من الصفقات ما تمولها الدولة بقوة القانون نذكر على سبيل المثال السكنات الاجتماعية، فهذه الأخيرة يتم تمويلها من طرف الدولة انطلاقا من المرسوم رقم 42/98 المؤرخ في 01 فيفري 1998 المتضمن طرق توزيع السكنات الاجتماعية².

وفي كلتا الحالتين فإن الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للنشاط التجاري باستثناء المؤسسات العمومية الاقتصادية تخضع لقانون الصفقات العمومية ومنازعاتها تدخل في اختصاص القاضي الإداري، وهو ما نستشفه في قرار آخر لمحكمة التنازع، صادر بتاريخ 12 جوان 2012، قضية المؤسسة العمومية الاقتصادية لإنجاز الجسور " سابطا" ضد الوكالة الوطنية للسدود³، وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 07 فيفري 2004 أبرمت مؤسسة " سابطا" عقدا مع الوكالة الوطنية للسدود موضوعه إنجاز جسر، وبعد إنجاز الأشغال رفضت المؤسسة دفع ما بقي في ذمتها من مستحقات مالية، فرفعت الوكالة دعوى أمام القسم التجاري لمحكمة حسين داي، لكن تم رفض الدعوى لعدم الاختصاص النوعي على أساس أن النزاع متعلق بتنفيذ عقد صفقة عمومية يخضع لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، فقامت الوكالة باستئناف الحكم أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، لكن هذا الأخير قام بتأييد الحكم، على إثر ذلك توجهت الوكالة إلى القضاء الإداري وقامت برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية، لكن بدورها قضت بعدم الاختصاص النوعي بحجة أن النزاع قائم بين مؤسسة عمومية اقتصادية خاضعة للقانون التجاري ومؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، نتيجة لذلك وجدت الوكالة نفسها أمام تنازع سلبي للاختصاص فتوجهت أمام محكمة التنازع، فاعتبرت هذه

1- القرار الصادر عن الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 06/02/2008، رقم 414667، الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2008، ص. 219 وما بعدها.

2- مرسوم 42/98، مؤرخ في 04/02/1998، المحدد لشروط الحصول على المساكن العمومية الايجارية ذات الطابع الاجتماعي وكيفية ذلك، ج.ر، عدد 05، 04/02/1998.

3- قرار صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 12/06/2012، رقم 000132، قضية المؤسسة العمومية الاقتصادية لإنجاز الجسور " سابطا" ضد الوكالة الوطنية للسدود، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013، ص. 456 وما بعدها.

الأخيرة أن النزاع هو من اختصاص القضاء الإداري نظرا لموضوع الصفقة الممول من طرف الدولة، وجاء في حيثياتها فيما يتعلق باختصاص القضاء الإداري: "حيث أن النزاع الحالي يتعلق بأشغال انجاز جسر بغرض اجتناب سد بوقوس (ولاية الطارف)، أي استثمار عمومي ممول بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

وأنه بالفعل فإن المؤسسة العمومية الاقتصادية "Sapta"، أبرمت عقدا مع الوكالة الوطنية للسدود التي كانت مؤسسة عمومية وأصبحت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 101/05، المؤرخ في 2005/03/23، مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لإنجاز مشروع استثماري عمومي ممول بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، وأن العقد المبرم بين الطرفين يخضع لقانون الصفقات العمومية والنزاعات الناجمة عنه هي من اختصاص الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري".

القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء المسيلة، بتاريخ 10 نوفمبر 2009، في قضية الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين لولاية مسيلة ضد (م.ب)¹، وتتلخص وقائع القضية، في أنه تم إبرام صفقة بين الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين لولاية مسيلة مع (م.ب)، بصفته مقاولا، وذلك من أجل إنجاز مساكن تطويرية، بهدف إعادة الإسكان بحي محمد بوضياف الواقع ببلدية سيدي عيسى، وعند انتهاء المقاول من إنجاز الأشغال المنفق عليها، رفضت الوكالة تسليمه كافة مستحقاته المالية، فقام السيد (م.ب) برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء مسيلة ضد مدير الوكالة، طالبا من خلالها إلزام المدير بأن يدفع له بقية مستحقاته المالية، بالإضافة إلى تعويض عن الأضرار اللاحقة به، إلا أنه تم رفض الدعوى على أساس أن المنشور المؤرخ في 17 فيفري 1991، المتعلق بتطبيق قانون التوجيه العقاري، أكد في الباب المتعلق بالوكالات الحضرية، بأن الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين تعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، يتم إنشائها من قبل المجالس الشعبية البلدية أو من قبل المجالس الشعبية الولائية .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأنه سبق لمجلس الدولة أن فصل في طبيعة الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 15 أفريل 2003، في قضية الوكالة المحلية

¹ - قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء المسيلة، بتاريخ 10/11/2009، رقم 09/00177، الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين لولاية مسيلة ضد (م.ب)، قرار غير منشور .

للتنظيم والتسيير العقاري الحضري ضد (أ.ج) ¹، وقد جاء في حيثياته: "... أنه حسب نصوص المادة 24 من المرسوم رقم 405/90، المؤرخ في 12/22/1990، المحدد لقواعد إنشاء وتنظيم الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري والمادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 93/03 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاطات العقارية، فإن الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع تجاري ونزاعاتها القائمة مع الغير ليست من اختصاص الجهات القضائية الإدارية".

القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء غليزان، بتاريخ 24 فيفري 2008، في قضية مؤسسة الأشغال والبناء ضد المديرية الولائية للبريد وتكنولوجية الإعلام والاتصالات لولاية غليزان ووالي ولاية غليزان²، وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 19 جويلية 2003، تم الإتفاق بين مؤسسة الأشغال والبناء والمديرية الولائية للبريد وتكنولوجية الإعلام بغرض ترميم مكاتب البريد والمواصلات لبلدية سيدي امحمد بن علي، وبعد إنجاز الأشغال المتفق عليها، تم إعادة تكليف المؤسسة لإنجاز أشغال إضافية، إلا أنه وبعد الانتهاء من الأشغال وتسليمها، رفضت المديرية الدفع، فقامت المؤسسة برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء غليزان ضد المديرية الولائية للبريد ووالي ولاية غليزان، فتمسكت المدعى عليها بانعدام أهلية التقاضي لديها، تطبيقاً للمرسوم رقم 143/98، المؤرخ في 10 ماي 1998، المتضمن تأهيل الموظفين لتمثيل إدارة البريد والمواصلات أمام العدالة، فأجابت الغرفة الإدارية على هذا الدفع بأن الاتفاقية التي تم إبرامها، تتعلق بمديرية الاتصال والتكنولوجية أي اتصالات الجزائر، وليس المديرية الولائية للبريد، وأنه طبقاً للمادة 12 من القانون رقم 03/2000، المؤرخ في 05 أوت 2000، المتضمن إنشاء مديرية البريد والمواصلات، تعتبر إدارة الاتصالات مؤسسة تجارية، ليس لها الصبغة الإدارية لا يعود اختصاص الفصل في المنازعات التي تكون طرفاً فيها للقاضي الإداري .

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 15/04/2003، رقم 004842، الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري ضد (أ.ج)، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، 2003، ص. 77 .

² - قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء غليزان، بتاريخ 24/02/2008، رقم 07/00421، مؤسسة الأشغال والبناء ضد المديرية الولائية للبريد وتكنولوجية الإعلام والاتصالات لولاية غليزان ووالي ولاية غليزان، قرار غير منشور .

القرار الصادر عن الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 06 فيفري 2008، في قضية الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء¹، وفي هذا القرار رفضت المحكمة العليا تطبيق المعيار العضوي دون التأكد من وجود مساهمة الدولة، وتتخلص وقائع القضية، في أنه بتاريخ 30 سبتمبر 2003، صادقت اللجنة الوطنية للصفقات العمومية التابعة للمديرية العامة الوطنية للتأمينات الاجتماعية على صفقة بين الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ومؤسسة أشغال البناء، موضوعها بناء مركز وسكنيين، وثار نزاع بين الطرفين بخصوص الصفقة، فتم رفع دعوى أمام محكمة الطارف، إلا أن هذه الأخيرة أصدرت حكماً يقضي برفض الدعوى لعدم الاختصاص، وذلك بتاريخ 22 ديسمبر 2004، فتم استئناف الحكم أمام مجلس قضاء عنابة، ف قضى هذا الأخير بتأييد الحكم في قراره الصادر بتاريخ 27 أبريل 2005، واعتبر أن الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية هو هيئة إدارية تحكمها قواعد القانون الإداري، وتخضع في منازعاتها للقضاء الإداري، فقام الصندوق بالطعن بالنقض ضد القرار أمام المحكمة العليا، فاعتبرت هذه الأخيرة أن اختصاص الفصل في الدعوى يعود للقضاء العادي، على اعتبار أن الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية يعد مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وأنه لا مجال لاعتباره مصلحة متعاقدة، مادام لا يوجد ما يظهر بأن هناك مساهمة من طرف الدولة، وجاء في حيثياته: " حيث ومن المقرر قانوناً عملاً لأحكام المادة 02 من مرسوم 250/02 المؤرخ في 2002/06/24 أن النزاع يكون البث فيه من اختصاص القضاء الإداري متى كلفت مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، بموجب صفقة عمومية بإنجاز مشروع استثماري بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة.

حيث كان على القضاة أن يتأكدوا من المساهمة النهائية من ميزانية الدولة ليأخذوا، كما فعلوا، بالعنصر الموضوعي وليس العضوي " .

القرار الصادر عن الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 04 جوان 2008، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية المدية ضد مقاوله أشغال البناء²، وفي هذه القضية لم يشترط

1- القرار الصادر عن الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 2008/02/06، رقم 414667، الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2008، ص. 219 وما بعدها .

2- القرار الصادر عن الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 2008/06/04، رقم 468744، ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد مقاوله أشغال البناء، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2009، ص. 176 وما بعدها .

قضاة المحكمة العليا التأكد من وجود مساهمة الدولة، لأن السكنات الاجتماعية تمول من طرف الدولة انطلاقا من المرسوم رقم 42/98 المؤرخ في 01 فيفري 1998 المتضمن طرق توزيع السكنات الاجتماعية-المشار إليه أعلاه-، وتتلخص وقائع القضية في أن صفقة أبرمت بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية المدية مع مؤسسة لأشغال البناء، موضوعها إنجاز ستة سكنات ذات طابع اجتماعي، إلا أنه ثار نزاع حول ما بقي من المبلغ المتبقي للأشغال المنجزة، فتمت إحالة النزاع على القضاء العادي، هذا الأخير قضى لصالح مؤسسة الأشغال، لكن ديوان الترقية والتسيير العقاري ظل متمسكا بعدم اختصاص القضاء العادي للنظر في الدعوى، تطبيقا لما جاء في المادة 02 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2002، والتي تنص على أن أحكامه تطبق الصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة، وبما أن موضوع الصفقة هو إنجاز سكنات اجتماعية فالاختصاص يؤول للقاضي الإداري، وهو ما قضت به المحكمة العليا، وجاء في حيثياتها: "حيث أنه بالفعل نصت المادة 02 من المرسوم الرئاسي المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أن تدابير هذا المرسوم تطبق على المؤسسات العمومية وحتى على المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري إذا كانت مكلّفة بإنجاز مشاريع استثمارية بالمشاركة الكاملة لميزانية الدولة،

وحيث أن بناء المساكن الاجتماعية تتم حسب المرسوم 42/98 المؤرخ في 01 فيفري 1998، المتضمن طرق توزيع السكنات الاجتماعية وحسب المادة 02 منه بالتمويل الكامل من الخزينة العمومية،

وحيث أن الطاعن بصفته مؤسسة ذات طابع تجاري أبرم صفقة مع المطعون ضده من أجل إنجاز ستة سكنات ذات الطابع الاجتماعي كما هو ثابت من الصفقة المبرمة بين الطرفين ومنه فإن النزاعات الناشئة بين الطرفين تؤول إلى القضاء الإداري وفقا للمادة 02 المذكورة أعلاه والحكم بخلاف ذلك يعتبر خرق لقاعدة جوهرية متعلقة بالنظام العام..."

القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 15 مارس 2012، في قضية البنك الوطني الجزائري ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية تلمسان¹، وتتلخص وقائع القضية فيما يلي:

بتاريخ 23 فيفري 2009، تم إبرام صفقة بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية تلمسان ومؤسسة أشغال البناء، موضوعها بناء 500/196 سكن اجتماعي، وتم الاتفاق على مبلغ محدد.

بتاريخ 20 ماي 2009، طلب المقاول الحصول على التسبيق الجرافي والتسبيق على التمويل، أي ما يعادل 50% من المبلغ المتفق عليه، وذلك طبقا لما جاء في بنود الصفقة.

فتحصل المقاول على شهادات رفع اليد من الديوان وعلى إثر ذلك، تقدم لمصالح البنك للحصول على المبلغ المالي . فقام البنك بعملية الدفع، غير أن الديوان رفض هذه العملية وطالب البنك بإرجاع المبالغ المالية التي تم دفعها للمقاول إلى حسابه، فرد البنك بأنه قام بتسليم هذه المبالغ وفق إجراءات قانونية وبناء على شهادات رفع اليد المسلمة من طرف الديوان للمقاول .

على إثر ذلك قام الديوان برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء تلمسان ضد البنك طالبا من خلالها استرجاع المبالغ المحولة إضافة إلى تعويض عن الأضرار اللاحقة به .

بتاريخ 24 جوان 2010، أصدرت الغرفة الإدارية قرارا يقضي بإلزام البنك الوطني الجزائري وكالة تلمسان بأن يدفع لديوان الترقية والتسيير العقاري، المبالغ التي حولها من رصيده، بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار اللاحقة به .

بتاريخ 02 أوت 2010، قام البنك الوطني الجزائري، باستئناف القرار أمام مجلس الدولة، وأثار عدم اختصاص القضاء الإداري للنظر في النزاع لأن الأطراف ليسوا هيئات إدارية، وتمسك الديوان في مقابل ذلك باختصاص القاضي الإداري، لأنه تم إبرام الصفقة في إطار المرسوم الرئاسي رقم 250/02 .

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 15/03/2012، رقم 066178، البنك الوطني الجزائري ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري، قرار غير منشور .

بتاريخ 15 مارس 2012، أصدر مجلس الدولة قرارا يقضي بإلغاء القرار المستأنف ومن جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس .

وجاء في حيثياته فيما يتعلق باختصاص القضاء الإداري: " حيث يستفاد من وثائق الملف غير المنازع فيها (عقد الصفقة وعقود الإجراءات التابعة لها) أن الأشغال الموكلة بموجب عقد الصفقة تتمثل في بناء 500/196 سكن اجتماعي، وهي بذلك ممولة كليا أو جزئيا من الخزينة العامة .

حيث تنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المعدل والمتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية المذكورة عندما تكلف إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الاقتصادية بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة، وتدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة " ومن ثم استقر اجتهاد مجلس الدولة على اعتبار الاختصاص في نظر النزاعات المترتبة على هذه الصفقات من اختصاص القضاء الإداري وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا "... .

2.2-التصريح بعدم اختصاص القضاء الإداري

قلنا بأنه عند إبرام صفقة من طرف مؤسسة خاضعة للنشاط التجاري، على القاضي الإداري أن يبحث عما إذا كانت هذه الصفقة قد تم تمويلها من طرف الدولة أو لا، فإن لم يجد ذلك قضى بعدم اختصاصه، وهو ما حكمت به محكمة التنازع في قرارها الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2007¹، وأكدت من خلاله محكمة التنازع بأن القضاء الإداري لا يكون مختصا في الدعوى التي يكون أحد أطرافها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وموضوعها نزاع حول صفقة غير ممولة من طرف الدولة، وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 14 أكتوبر 1996، أبرم السيد (ق.ج) بصفته مسيرا لمؤسسة البناء، عقدا مع الشركة الجزائرية للتأمين من أجل إنجاز مقر لها بمدينة بشار، وبعد إنجاز الأشغال لم يتلق المبلغ المنفق عليه، فقام برفع دعوى أمام محكمة بشار ضد شركة التأمين طالبا من خلالها الحصول على مستحقاته المالية، وبتاريخ 23 ديسمبر 2001، أصدرت المحكمة حكما يقضي

1- قرار صادر عن محكمة التنازع، بتاريخ 13/11/2007، رقم 42، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص. 147 .

بقبول الدعوى واستجابات لطلبات المدعي (ق.ج)، فقامت شركة التأمين باستئناف الحكم أمام مجلس قضاء بشار، فقام هذا الأخير بإلغاء الحكم ومن جديد بعدم اختصاص القضاء العادي للنظر فيه، واستند في قراره على الاجتهاد القضائي لمحكمة التنازع الصادر بتاريخ 08 أوت 2000، فقام السيد (ق.ج) برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار، فقضت هذه الأخيرة بعدم قبول الدعوى لعدم احترام مقتضيات المادتين 100 و101 من المرسوم رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية¹، تم استئناف القرار أمام مجلس الدولة، الذي قضى بعدم اختصاص القاضي الإداري للنظر في النزاع وذلك في قراره الصادر بتاريخ 01 مارس 2005، وأمام حالة التنازع السلبي بين القضاء الإداري والقضاء العادي، قام السيد (ق.ج) برفع دعوى أمام محكمة التنازع، التي قضت بأن النزاع هو من اختصاص جهات القضاء العادي، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2007، وجاء تعليلها كما يلي: "حيث وإن كان هناك فعلا في قضية الحال عقد صفقة عمومية مبرمة بين السيد مدير مؤسسة البناء (ق.ج) والشركة الجزائرية للتأمين SAA وحدة بشار ممثلة في مديرها فإن الشركة الجزائرية للتأمين ليست شخصا من أشخاص القانون العام وإنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري EPIC، وغير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة (المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المعدل والمكمل المتضمن الصفقات العمومية ...)

وأنه بناء على هذا لا يمكن تطبيق مقتضيات قرار محكمة التنازع المؤرخ في 2000/05/08، كلية في قضية الحال، ذلك لأن الشركة الجزائرية للتأمين (SAA)، ليست شخصا من أشخاص القانون العام وإنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري كما هو واضح من قانونها الأساسي.

وإن اختصاص الفصل في هذا النزاع يرجع وجوبا إلى الجهة القضائية المدنية".

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء محكمة التنازع ومجلس الدولة، ص. 113 .

ثانيا: الاختصاص المحلي

إن تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاع يعد من المسائل الأولية الأساسية لرفع الدعوى¹.

ومن استقراء المادتين 803 و804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والخاصتين بالاختصاص الإقليمي أمام الجهات القضائية الإدارية، يمكننا أن نستنتج أن المشرع قد اعتمد في تحديد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية على القاعدة العامة المتمثلة في موطن المدعى عليه وعلى قواعد خاصة استثنائية تتميز بالطابع الإلزامي وهو ما يظهر من خلال عبارة "ترفع الدعوى وجوبا"²، ومن بين هذه الاستثناءات نجد دعاوى العقود الإدارية (أولا)، ويعد اختصاص الجهات القضائية الإدارية من الناحية الإقليمية في النظام القضائي الجزائري من النظام العام عكس جهات القضاء العادي وهو ما نصت عليه المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثله في ذلك مثل الاختصاص النوعي (ثانيا)، لكن الإشكال الذي يطرح بخصوص تدخل قاضي الاستعجال الإداري هو أن العقد الذي يتدخل بشأنه لم يبرم بعد، فكيف يتم تحديد اختصاصه (ثالثا).

1- معايير تحديد الاختصاص الإقليمي

نصت المادة 804 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه: "خلافا لأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:...

- في مادة الأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.
- في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه...
- في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الإتفاق أو تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به "... .

نلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع قد أخذ بعدة معايير لتحديد اختصاص المحاكم الإدارية في مجال العقود الإدارية، حيث أنه من جهة أخذ بمكان إبرام العقد أو تنفيذه ومن جهة أخرى أخذ بعين

¹- Maeva Guillerm, « Référés (pré) contractuels: Quel tribunal administratif territorialement compétent ? », *Contrats publics*, N°163, Mars 2016, P.33.

²- بوحميذة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، الطبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.98.

الاعتبار شخص المتعاقد، ومن جهة أخرى أخذ بمكان التنفيذ، لكنها كلها تتلاقى حول موضوع العقد والهدف من ذلك هو تسهيل إجراءات التحقيق¹ أمام القاضي الإداري.

وإن كانت العقود البسيطة لا تطرح إشكالا فيما يتعلق بتحديد الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية لكن في مقابل ذلك فإن الصعوبة تكمن خاصة بالنسبة للاستثناء المتعلق بمكان تنفيذ الأشغال، حيث أنه كثيرا ما تكون هذه الأشغال في ولايتين أو أكثر، مثل صفقة إنجاز الطريق السيار شرق-غرب.

بالرجوع إلى القانون الإجرائي الفرنسي نجده قد تفادى الوقوع في هذا الإشكال وذلك بأن نص في المادة 312-11 من قانون القضاء الإداري بأنه في حالة ما إذا تم تعدى التنفيذ حدود اختصاص المحكمة الإدارية فإن الجهة المختصة في هذه الحالة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد .

2- طبيعة الاختصاص الإقليمي

إن الاختصاص الإقليمي أمام المحاكم الإدارية هو من النظام العام وهو ما يترتب عنه عدة نتائج وهي:

- عدم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي
- يثار من طرف القاضي تلقائيا
- يجوز إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى .

ولقد أكد القضاء الإداري في الجزائر على هذه المبادئ في العديد من قراراته حتى في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 01 أفريل 2009، قضية مقابولة الأشغال العمومية ضد ولاية سكيكدة²، وجاء في حيثيات القرار حول الاختصاص الإقليمي: "حيث أن المدعية تلتزم الحكم على الوالي ومديرية الأشغال العمومية بأن يدفع للمقابولة مبلغ...وتعويضا قدره...عن الأضرار.

1- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.65.

2- قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، بتاريخ 2009/04/01، مقابولة الأشغال العمومية ضد ولاية سكيكدة، قرار غير منشور، أشار إليه: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.82-83.

حيث أن المدعى عليه الثانية دفعت بعدم الاختصاص المحلي.

حيث أن هذا الدفع جاء موافقا لخطاب المشرع من جهتين.

الجهة الأولى: وتتمثل في كون الصفقة المبرمة بين الطرفين في 14/07/2004 تحت رقم 92، تم بمدينة سكيكدة، ومكان التنفيذ بتراب ولاية سكيكدة، وبالتالي فإن الاختصاص للفصل في النزاع يعود طبقا للمادة 08-12 من قانون الإجراءات المدنية للجهة القضائية للمكان الذي أبرم فيه عقد الصفقة، وعلى ذلك كان على المدعية رفع دعواها أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة.

الجهة الأخيرة: حيث أن الدفع بكون البند 1/8 من الفصل الأول من عقد الصفقة جعل الاختصاص لمجلس قضاء الجزائر، فإن هذا البند يعتبر كأن لم يكن، لأن قواعد الاختصاص المحلي في الصفقات العمومية من النظام العام وعلى العموم في جميع المنازعات الإدارية، والتي لا يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا وهو الشيء الذي عبرت عنه الفقرة الثانية من المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية بقولها *A titre exclusif*، بمعنى أن الاختصاص يعود للجهة القضائية لمكان إبرام الصفقة دون سواها، مع استبعاد اختصاص أية جهة أخرى وأن الاتفاق على الاختصاص القضائي غير مسموح به إلا في بعض المسائل والمنازعات التجارية، وبالتالي يتعين التصريح بعدم الاختصاص المحلي".

3- الأثر المترتب عن الدعوى المرفوعة قبل إبرام العقد على الاختصاص الإقليمي

وإن كانت هذه المعايير تتناسب مع دعوى القضاء الكامل التي تقوم بخصوص تنفيذ العقد لأنها من اختصاص المحاكم الإدارية مهما كانت صفة المصلحة المتعاقدة سواء كانت مركزية أو محلية فإن ذلك لا يمكن أن ينطبق على الدعوى المرفوعة من أجل إلغاء قرار إداري منفصل، حيث أن هذه الدعوى تدخل ضمن دعوى الإلغاء وبالتالي نطبق عليها أولا قواعد توزيع الاختصاص النوعي بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، ومن جهة أخرى فإن الإشكال الذي يطرح يتعلق بالدعوى الاستعجالية التي ترفع بسبب الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، حيث أن كل المعايير المنصوص عليها في المادة 804 المشار إليها أعلاه تتعلق بالمرحلة التي تأتي بعد إبرام العقد سواء فيما يخص مكان الإبرام أو التنفيذ، إذن في هذه الحالة لمن ينعقد الاختصاص لرفع الدعوى؟

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى

يراقب القاضي الاستعجالي عند إخطاره في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقد الإداري مدى توافر الشروط العامة (أولاً) والإجرائية (ثانياً) في أطراف الدعوى.

أولاً: الشروط العامة

تتمثل الشروط العامة لقبول أي دعوى حسب المادة 13 من ق.إ.م.إ في الصفة والمصلحة والإذن إن اشترطه القانون.

وفي مقابل ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة 946 منق.إ.م.إ على أنه: "يتم هذا الإخطار من قبل كل من لع مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية " .

1- الصفة

إن الصفة هي السند القانوني الذي يمنح للشخص القدرة على رفع الدعوى ¹ .

والصفة في إطار الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية تتحدد من خلال موضوعها المتمثل في الوقاية من الخطر المتمثل في عدم المساواة بين المترشحين عند إبرام العقد الإداري ² .

1.1- توافر الصفة

من خلال نص المادة 946 فقرة 02 أعلاه يمكن أن نخلص بأن الأشخاص الذين بإمكانهم رفع الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية يتمثلون في:

-الشخص الذي له مصلحة ويصيبه ضرر.

-ممثل الدولة على مستوى الولاية: وذلك في حالة إبرام العقد من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، غير أن عبارة ممثل الدولة على مستوى الولاية وإبرام العقد من جماعة

1- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة 03، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص.68.

² - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.96.

إقليمية، من شأنها أن تطرح عدة تساؤلات، تتعلق أولاً بتحديد من هو ممثل الدولة على مستوى الولاية؟ وفي حالة ما إذا فرضنا أنه الوالي، فالجماعة الإقليمية في مقابل ذلك تضم كلا من الولاية والبلدية، فإذا تم إبرامه من طرف الولاية فهل يعقل أن ترفع الولاية دعوى ضد نفسها؟ أم أن الأمر يتعلق فقط بالعقود التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية باعتبار الوالي سلطة أعلى منها؟

وتجدر الإشارة في هذا السياق بأن النص المذكور أعلاه قد جاء مطابقاً للمادة 551-10 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، والتي جاءت كالتالي: «Tout ceux qui ont un intérêt à conclure le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, ainsi que le représentant de l'état, dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local »

نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد اكتفى بذكر ممثل الدولة، دون تحديد على أي مستوى، وهو ما يستدعي البحث على صلاحيات الوالي في مجال الرقابة على الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية المحلية .

2.1-إنعدام الصفة

في مقابل ذلك هنالك أشخاص لا يملكون الصفة لرفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، نذكر من بينهم:

-المنتخبين المحليين: وهو ما يظهر من خلال ما قضت به المحكمة الإدارية لران Rennes، بموجب قرارها الصادر بتاريخ 31 مارس 1994 .

-ممثلو المصالح المهنية (النقابات): مثل نقابة المهندسين وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996، قضية المجلس الجهوي لمارتينيك Conseil régional de l'ordre des architectes de ma Martinique.

لكن في مقابل ذلك فإنه يمكن لهؤلاء الأشخاص رفع دعوى الإلغاء أو استعجال الوقف وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 2001، في قضية المجلس الجهوي لنقابة المهندسين لأوفرني Auvergne .

-كذلك المؤسسات التي قدمت عرضها بعد انقضاء آجال الاستشارة، فهي لا تملك الصفة لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لران Rennes ، بتاريخ 24 نوفمبر 2004، قضية ETPO¹.

3.1-الصفة لدى المتعامل الثانوي

إن السؤال المطروح في هذا السياق هو بخصوص مدى توافر الصفة لدى المتعامل الثانوي لكي يستطيع رفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقد ؟

أجابت عن ذلك المحكمة الإدارية لباريس، في قرارها الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 2006، في قضية شركة فورسيب للاستشارات Société Forsup Conseil، وتتلخص وقائعها في أن الجمعية الفرنسية لغرف التجارة والفلاحة كانت قد اعلنت عن صفقة وذلك بتاريخ 31 ديسمبر 2006، وكانت من قبل قد تعاقدت مع شركة اي بي م IBM، وهذه الأخيرة تعاقدت مع شركة فورسيب Forsup كمتعامل ثانوي من أجل إنجاز جزء من الخدمات، وذلك بتاريخ 28 أكتوبر 2004، فاعادت تقديم عرضها للحصول على الصفقة الجديدة مع نفس المتعامل الثانوي، غر انه تم رفض عرضها، فقامت شركة (فورسيب) برفع دعوى ضد المصلحة المتعاقدة، فدفعت هذه الأخيرة بأن شركة فورسيب للاستشارات ليس لها مصلحة في التقاضي وبناء على ذلك التمسست عدم قبول الدعوى وذلك لأنها لم تترشح للصفقة لا بمفردها ولا في إطار تجمع مع شركة (إي بي م)، فأجاب مجلس الدولة على ذلك بأن الشركة تتوافر لديها المصلحة، لأنه قد سبق وأن قامت بإنجاز خدمات في إطار التعامل الثانوي مع الشركة التي تم رفض عرضها وعليه فإن لديها مصلحة في إبرام العقد ومن شأنها أن تتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، ونلاحظ من خلال الحل الذي توصل إليه القاضي الإداري بأنه قد جاء إنطلاقاً من عبارة " كل من له مصلحة في إبرام العقد"، المنصوص عليها².

غير أنه في سنة 2008 أصدر القاضي الإداري الاستعجالي للمحكمة الإدارية لسان دوني Saint-Denis و مرسيليا أمرين مناقضين لما توصل إليه مجلس الدولة، حيث أن الأول رفض الدعوى المرفوعة من طرف السيد كارو Caro بصفته متعاملاً ثانوياً ضد إجراء إبرام الصفقة، واعتبر بأن الأحكام المتعلقة بإخطار قاضي الاستعجالي في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة لا يمكن

¹ - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.96.

² - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.98.

أن تطبق على عقود القانون الخاص التي تيرم بين المتعامل المتعاقد ومتعامليها الثانويين، أما المحكمة الإدارية لمرسيليا فاعتمدت على المصلحة المباشرة، واعتبرت بأن المتعامل الثانوي لا تتوافر لديه المصلحة المباشرة¹.

2-المصلحة

تختلف المصلحة في الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية عن المصلحة في دعوى الإلغاء، حيث أنها على عكس ما هو معمول به في دعوى الإلغاء فهي ليست مفتوحة أمام الجميع، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996، في قضية المجلس الجهوي لنقابة المهندسين للمارتينيك Conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique²

كما أنه من جهة أخرى فإن المصلحة قد تتحقق في بعض الأحيان وأحياناً أخرى تنعدم مما يؤدي إلى عدم قبول الدعوى .

1.2-حالات توافر المصلحة

من بين الأشخاص الذين تتوافر فيهم المصلحة حسب القضاء الإداري:

1.1.2-المرشحون

إن مصطلح مرشح يجب النظر إليه حسب وقائع كل قضية حيث نجد من بين المرشحين الذين تتوافر لديهم المصلحة لرفع الدعوى الاستعجالية في مرحلة إبرام العقد الإداري بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بأحد إلتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها هذه العقود:

*الحائزون السابقون للصفقة والذين ترشحوا من جديد .

¹ - Joseph Andreani, « Absence d'intéret à agir en référé précontractuel d'un sous-traitant présenté pour la conclusion d'un marché public », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, N°11-12, 09 Mars 2009.

²- Catherine Bergeal-Frédéric Lenica, Op.cit., P.109.

*المترشحون المتضررون: ولقد توسع القاضي الإداري في تطبيق شرط الضرر، وذهب إلى اعتبار المترشح متضرر حتى ولو لم يكن ترتيبه ضمن المراتب الأولى وعليه فلم يشترك الجدية في الحصول على الصفة¹، وذلك حماية له من تعسف الإدارة التي تملك السلطة في التنقيط .

*المترشحون المستبعدون: يمكنهم رفع الدعوى في أي مرحلة كانت عليها إجراءات الإبرام، وفي هذا الصدد تقبل الدعوى من طرف المترشح الذي تم استبعاد عرضه حتى من طرف اللجنة، وهو ما يظهر من خلال قضية محافظة سان سان دوني Seine-Saint-Denis، بتاريخ 25 جانفي 2006، ضد شركة كوكسينالCoccinelle، حيث قامت هذه الأخيرة برفع دعوى ضد المحافظة، بسبب رفض العرض الذي تقدمت به من طرف لجنة طلب العروض، على أساس أنها لا تملك المؤهلات المطلوبة من المترشحين في إعلان طلب العروض، فأجابت المحافظة بأن الشركة لا يتوافر لديها المصلحة في التقاضي، وعليه التمس عدم قبول الدعوى، لكن اعتبرت المحكمة بأن الشركة تتوافر لديها المصلحة².

*وفي حالة التجمع: يمكن رفع الدعوى من طرف وكيل التجمع ومن طرف كل شركة عضو في التجمع، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 30 جوان 1999، قضية سميتومSMITOM، وكذلك في قضية شركة بويغBouygues، بتاريخ 19 أكتوبر 2001³.

ونشير في هذا الصدد بأن المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة التجمع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نصت المادة 81 منه على أنه: "يمكن المرشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة" .

وأشارت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن المصلحة المتعاقدة يمكن أن تطلب في دفتر الشروط من المترشحين أن يؤسسوا تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة.

والتجمع قد يكون في شكل مؤسسات متضامنة أو مشاركة، ويكمن الفرق بينهما في أن الأول يلتزم من خلاله كل عضو من الأعضاء بتنفيذ الصفة كاملة، أما الثاني فكل عضو فيه يلتزم بتنفيذ الخدمات الملقاة على عاتقه فقط .

¹-Florian Linditch, « Intérêt lésé-Concurrent classé troisième », », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, N°14,07Avril 2014, P.2097.

² - Paul Cassia, *Pratiques des référés précontractuels*, Op.cit., P.99.

³-Catherine Bergeal-Frédéric Lenica, Op.cit., P.109.

ويتم تعيين وكيل للتجمع، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو هل الوكيل وحده من يملك رفع الدعوى باسم التجمع في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة؟

في هذا الصدد نشير إلى أنه قد تم قبول الدعوى التي تم رفعها من طرف عضو آخر غير الوكيل أمام القاضي الإداري الفرنسي وهو ما يظهر من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 19 أكتوبر 2001، في قضية إقليم (لارينيون La réunion) ضد شركة (سيتاك Setec)، حيث تم رفع الدعوى الاستعجالية من طرف السيد (فيرلوجو Virlogeux)، وهو عضو من الأعضاء المترشحة للصفقة التي تم تنظيمها من طرف الإقليم، فأجاب هذا الأخير بأن السيد (فيرلوجو) ليس هو الوكيل عن التجمع وعليه يتعين عدم قبول الدعوى، لكن القاضي لم يأخذ بهذا الدفع وأقر بمصلحة المدعي لأنه من أعضاء التجمع ولديه مصلحة في إبرام العقد¹.

وهو نفس ما طبقه في قراره الصادر بتاريخ 29 جوان 2005، قضية غرفة التجارة والصناعة لبا دو كالي (Pas-de-Calais)، حيث دفعت غرفة التجارة والصناعة بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة في المدعي، فأجاب مجلس الدولة على ذلك بمايلي: "حيث أن شركة (أوروفيا Eurovia)، تمسكت بصفقتها كعضو ضمن التجمع في شكل مؤسسات متضامنة، وبأنها أسست مع شركة (آبيا الساحلية Appia Littoral)، فالمصلحة تمنح لها الصفة في رفع الدعوى أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد².

*المرشحون المحتملون: حسب القضاء الإداري، فإنه يتم قبول دعوى استعجال قبل التعاقد من طرف الشخص الذي لم يشارك في إجراءات إبرام الصفقة ومرد ذلك لسببين: يتمثل السبب الأول في أن الشخص لم يتمكن من الترشح بسبب عدم احترام المصلحة المتعاقدة لإجراءات الإشهار، أما السبب الثاني فيتمثل في أن الشخص تم منعه من الترشح للصفقة نتيجة الإخلال بالتزامات المنافسة³.

وعلى سبيل المثال قضت المحكمة الإدارية (غرونوبل Grenoble) في قضية شركة (آنتان بليس Antenne Plus) ضد المركز الاستشفائي، بتاريخ 10 أبريل 2006، بقبول الدعوى المرفوعة من

1 - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.99.

2 - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.99.

3- Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.100.

طرف الشركة بالرغم من عدم ترشحها لعقد تفويض المرفق العام، وتتخلص وقائعها في أن الشركة رفعت دعوى استعجالية طلبت من خلالها الأمر بوقف إبرام اتفاقية تفويض مرفق عام، وأثارت بأنها لم تتمكن من الترشح بسبب اخلال السلطة المفوضة بإجراءات الغشهار، حيث أنها لم تقم بنشر الإعلان في النشرة الخاصة بالقطاع المعني، فدفعت المركز الاستشفائي بانعدام المصلحة لدى المدعية لكن القاضي قبل الدعوى¹.

وهم الذين حال الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة دون ترشحهم، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1995، في قضية District de Collectivité territoriale de Corse، وقضية الهيئة الإقليمية لكورسا l'agglomération nancéienne، بتاريخ 24 أكتوبر 2001.²

* المترشح الذي تراجع عن الصفقة: قد يحدث أن يتقدم متعامل إقتصادي بالترشح للصفقة، ولكنه يقرر التراجع عن تقديم عرضه في حالة ما إذا اكتشف أن هناك إخلالا من طرف المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والمنافسة، فالسؤال الذي طرحه في هذه الحالة هو هل يحق له بالرغم من أنه قد قام بصرف النظر عن الصفقة أن يخطر القاضي الاستعجالي عن هذا الإخلال لأن تراجعه كان بسبب خوفه من أن يضر به ؟

بخصوص هذه المسألة، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن المترشح الذي تراجع عن الترشح له مصلحة في رفع الدعوى الاستعجالية، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 29 أبريل 2015، قضية شركة ايربازار للبيئة Urbaser environnement، وتتخلص وقائع القضية في أنه قد تم الإعلان عن صفقة وقامت الشركة بتقديم ترشحها، لكنها لاحظت بأن هناك إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة، فقررت التراجع عن ترشحها بالرغم من أنه قد تم قبوله من طرف المصلحة المتعاقدة، وقامت بعدها برفع دعوى أما قاضي الاستعجال قبل التعاقد والتمست إلغاء إجراء إبرام الصفقة، فتم قبول الدعوى واستجاب القاضي لطلبها.

¹ - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.101.

²- Catherine Bergeal-Frédéric Lenica, Op.cit., P.109.

على إثر ذلك قامت المصلحة المتعاقدة بالطعن بالنقض أمام مجلس الدولة ضد هذا الأمر ودفعت بعدم القبول على أساس انعدام المصلحة لدى الشركة بحجة أنها لم تقدم أي عرض.

فجاء رد مجلس الدولة لصالح الشركة وأكد بأن لديها مصلحة وأن تراجعها عن المشاركة في الصفقة كان بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والمنافسة.¹

2.1.2-حائز الصفقة أو الفائز بها

لقد توسع الاجتهاد القضائي في تفسير عبارة: "المصلحة في إبرام العقد"، المنصوص عليها، فتم إقرارها حتى لفائدة من فاز بالصفقة، وذلك بهدف تصفية إجراءات إبرام العقود الإدارية من شوائب الإخلال والذي قد يؤدي الإضرار بالمتعاقدين في المستقبل.²

فقبل القاضي الإداري الدعوى المرفوعة من طرف المتعامل الإقتصادي الفائز بالصفقة واعتبر أنه تتوافر لديه المصلحة لرفعها وذلك عندما يتم إبرام الصفقة بصفة غير قانونية وذهب إلى اعتباره إجراء وقائياً يضمن به المتعامل المتعاقد عدم الوقوع في نظرية الإثراء بلا سبب نتيجة بطلان العقد.³

حيث أنه وبمقتضى قرار فريد من نوعه، قضى مجلس الدولة بأن المؤسسة التي فازت بالصفقة، يمكن لها أن ترفع دعوى استعجالية إذا تمت مخالفة التزامات الإشهار والمنافسة من طرف المصلحة المتعاقدة، وذلك في قضية Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole، بتاريخ 19 سبتمبر 2007، وعلى حد تعبير محافظ الدولة (نيكولا بولوي Nicolas Boulouis)، فإن المؤسسة التي تقبل إبرام صفقة بإجراءات غير قانونية فإن ذلك يشكل خطأ من جانبها.⁴

وتتلخص وقائع القضية في أنه تم قبول الدعوى الاستعجالية التي تم رفعها من طرف المؤسسة التي فازت بصفقة التراخي المتعلقة بحق حصري، حيث أن المؤسسة تستغل منذ سنة 1971، مركز البحث التقني للنفايات المنزلية، وهو الوحيد من نوعه كما أن المؤسسة تقع بالقرب من (سانت

¹-Florian Linditch, « Contentieux, référé précontractuel, recevabilité de l'action introduite par le concurrent dissuadé de soumissionner », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, N°28,13 juillet 2015, P.2226.

²- Jean-Paul Pietri, « Un an de droit du contentieux de la commande publique », *Revue Contrats et Marchés Publics*, N°08 ,05 Aout 2012, N°01.

³- Jean-Paul Pietri, « Personnes recevables à former un référé précontractuel », *Revue Contrats et Marchés publics*, N°02, Février 2012, Comm.57.

⁴ - Catherine Bergeal-Frédéric Lenica, *Op.cit.*, P.109.

اتيان)،وعليه فقد كانت هي المؤسسة الوحيدة التي بإمكانها إنجاز الخدمات موضوع صفقة التراضي المتعلقة بمعالجة النفايات، فكانت متأكدة من أنها ستفوز بالصفقة التي تم إبرامها بموجب إجراء التراضي البسيط، لكن المؤسسة فضلت طلب إلغاء إجراء إبرام الصفقة وقضى مجلس الدولة بأن لديها المصلحة لطلب الإلغاء، وجاء في حيثيات القرار بخصوص ذلك: "حيث أن المصلحة المتعاقدة قامت بالطعن بالنقض ضد الأمر الصادر بتاريخ 18 جويلية 2006، والذي من خلاله قام قاضي الاستعجال قبل التعاقد للمحكمة الإداريو لليون Lyon، بناء على دعوى مرفوعة من طرف شركة سيتا SITA، بإلغاء إجراء إبرام صفقة التراضي بسبب عدم احترام التزامات الإشهار والمنافسة، وأمر المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة في ظل إحترام التزامات الإشهار والمنافسة"¹.

غير أنه قد تمت مخالفة هذا المنحى بمقتضى قرار آخر له صادر بتاريخ 28 ديسمبر 2009، في قضية بلدية بيزيي Béziers، حيث اعتبر بأن الالتزام بالولاء في العلاقة التعاقدية قد يمنع المتعاقد من إثارة مثل هذا الدفع هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فإن المادة لم تشترط فقط المصلحة بل اشترطت أيضا الضرر، وعليه فإن السؤال المطروح هنا هو في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة والتي ليس من شأنها الإضرار بالمدعي فهل تقبل الدعوى في هذه الحالة ؟

أجاب عن ذلك مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2001، قضية محافظة غوادالوب Guadeloupe، وتتلخص وقائع القضية فيمايلي:

بتاريخ 26 سبتمبر 2010، اعلنت محافظة غوادالوب عن طلب عروض مفتوح من أجل إبرام صفقة متعلقة بلوازم النقل المدرسي غير الحضري، واشتملت هذه الصفقة كل الإقليم، وهو ما استدعى تخصيصها إلى 153 حصة، فقدمت شركة (سي جي تي أس CGTS)، عرضا على كل حصة، ولكنها فازت بتسع (09) حصص فقط .

على إثر ذلك قامت الشركة برفع دعوى أمام القاضي الاستعجالي للمحكمة الإدارية لباس تار Basse Terre، طالبت من خلالها بإلغاء إجراء إبرام كل الحصص أي (153).

¹-CE, 19 Octobre 2007, Communauté d'agglomération de Saint Etienne, N°296192.

فاستجاب القاضي لطلبها لكن فقط فيما يخص الحصص التي فازت بها .

فقامت المحافظة بالطعن بالنقض ضد الأمر أمام مجلس الدولة.

بتاريخ 23 سبتمبر 2011، قام مجلس الدولة بإلغاء الأمر الاستعجالي جزئياً واعتبر بأن الشركة ليست لديها مصلحة¹.

وقد جاء هذا القرار مخالفا لما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 11 ماي 2007، حيث قبل الدعوى المرفوعة من طرف المؤسسة التي طالبت بإلغاء إجراء إبرام جميع الحصص بالرغم من أنها فازت بجزء منها فقط².

وقد اتخذ مجلس الدولة هذا الموقف المغاير مبررا بأن المؤسسة التي فازت بالصفقة لا تتوافر لديها المصلحة لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية لأنه ليس من شأن الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة الإضرار بها، وفي حالة ما إذا تبين لها بأن إبرام الصفقة غير قانوني فما عليها سوى أن تقوم بسحب عرضها³.

كما ذهب القاضي الإداري إلى أن الشركة التي منحت لها الصفقة مؤقتا يمكن لها أن ترفع دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، في حالة ما إذا أمر القاضي بإبرام العقد وهو ما نستشفه من خلال قراره الصادر بتاريخ 29 أبريل 2002، قضية شوكة ستاك SETEC⁴.

3.1.2-المصلحة المبررة بالتخصص

في حالة ما إذا كان المتعامل الاقتصادي يملك تخصصا مرتبطا بموضوع الصفقة، فإن ذلك كافي ليمنحه المصلحة من أجل رفع دعوى استعجال قبل التعاقد، حتى ولو لم يترشح للصفقة أو كان هناك مانع حاله دون ذلك، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره الصادر بتاريخ 08 أوت 2008، في قضية إقليم بورغوني Bourgogne⁵.

¹-Jean-Paul Pietri, « Personnes recevables à former un référé précontractuel », Op.cit.

²-Christophe Cantié, « Marchés publics: Règlement juridictionnel des litiges », JurisClasseur Collectivités territoriales, Fasc.782, 30 Septembre 2014, N°165.

³- Jean-Paul Pietri, « Personnes recevables à former un référé précontractuel », Op.cit.

⁴-Catherine Bergeal-Frédéric Lenica, Op.cit., P.110.

⁵ - Christophe Cantié, « Marchés publics: Règlement juridictionnel des litiges », Op.cit.

4.1.2- ممثل الدولة

منح القانون المؤرخ في 29 جانفي 1993 للمحافظ امكانية إخطار قاضي الاستعجال عندما يبرم العقد من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، لكن الواقع أظهر بأن المحافظين في فرنسا لم يمارسوا حقهم في رفع هذه الدعوى فالدعوى المرفوعة من طرفهم في هذا المجال قليلة جدا، نذكر منها: قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 10 فيفري 1997 في قضية L'Opac du Puy-de-Dôme .et du Massif Central.

والسبب في ذلك هو أن المحافظ في فرنسا يملك الاختيار بين هذه الدعوى وبين سلطته في التأجيل أمام قاضي الموضوع.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن الدولة يمكن لها أيضا أن ترفع الدعوى الاستعجالية السابقة لإبرام التعاقد سواء فيما تعلق بممثل الوزارة المعنية فيما يخص العقود المبرمة من طرف الهيئات العمومية أو المحافظ فيما يخص عقود الهيئات المحلية، وحتى من طرف لجنة الاتحاد الأوروبي، إذا لاحظت هذه الأخيرة بأن هناك إخلالا صارخا بالتزامات الإشهار والمنافسة التي فرضها الإتحاد، فيعود للجنة التدخل قبل إبرام العقد وهو ما قضت محكمة الإتحاد الأوروبي في قرارها الصادر بتاريخ 22 أبريل 1994 في قضية اللجنة ضد دولة بلجيكا¹.

2.2- انعدام المصلحة

لا تقبل الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، إذا كان الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة ليس من شأنه الإضرار بالمدعي، حيث أنه يشترط كلا من التشريع والقضاء من أجل قبول الدعوى الاستعجالية، توافر كلا من المصلحة والضرر معا، فإذا اختل أحدهما، فلا تقبل الدعوى²، وعلى القاضي أن يبحث عما إذا كان الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة الذي يدعي به رافع الدعوى قد أضر به أو من شأنه الإضرار به³، حيث قيد مجلس الدولة من السلطات الواسعة للقاضي الاستعجالي قبل التعاقد، واشترط عليه أن يبحث فيما إذا كان الإخلال المدعى به بإمكانه الإضرار بالمدعي وذلك

¹ - Catherine Bergeal-Frédéric Lenica, Op.cit., P.112.

² - Jean-Paul Pietri, « Un an de droit du contentieux de la commande publique », Op.cit.

³ - CE, 10 Novembre 2010, N°341132, Min défense.

في القرار الشهير الصادر عنه بتاريخ 03 أكتوبر 2008، في قضية النقابة المختلطة للإنجاز والتسيير من أجل إبعاد النفايات المنزلية لقطاع شرق سارت SMIRGEOMES¹.

في بعض الأحيان قد يتم استبعاد العرض إما لعدم استيفاء الشروط المطلوبة أو لعدم ملائمته، فهل يمكن لصاحب العرض أن يخطر القاضي الاستعجالي تطبيقاً لنص المادة 946 من ق.إ.م.إ؟ لقد أجاب عن هذه الإشكالية مجلس الدولة الفرنسي في قضية المركز الاستشفائي لمكون Mâcon، وذلك بتاريخ 11 أبريل 2012، وتتلخص وقائعها في أنه بشهر ماي 2011، أعلن المركز الاستشفائي لمكون عن صفقة خدمات التأمينات للفترة ما بين 2012 و2016، وتم تخصيصها إلى خمسة حصص، فتقدمت الشركة الاستشفائية للتأمينات² المشتركة SHAM، بعرضها، غير أنه تم رفضه، ولما بلغت الشركة بقرار الرفض، قامت هذه الأخيرة برفع دعوى أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد للمحكمة الإدارية لديجون Dijon، فاستجاب لطلبها، فقامت الشركة الإنجليزية للتأمينات باعتبارها الفائزة بالصفقة، بالطعن بالنقض ضد الأمر الاستعجالي أمام مجلس الدولة، وبمناسبة فصله في هذه القضية قام مجلس الدولة بتحديد مفهوم المترشح المتضرر تحديداً دقيقاً، واعتبر أن المترشح الذي تم استبعاد عرضه بسبب عدم صحته أو عدم ملائمته أو أنه غير مقبول، لا تتوافر لديه المصلحة من أجل رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد³.

ونشير في هذا الصدد بأن الفقه الإداري في فرنسا قد أطلق على هذه القضية وصف الحرب بين المؤمنين على المركز الاستشفائي الذي قبل بالعرض المقدم من طرف شركة انجليزية، وقد انتهى مجلس الدولة بالقول إلى أن المصلحة تتوافر في المدعي بشرطين: الأول أن يكون عرض المترشح الآخر مقبولاً والشرط الثاني متعلق بعرض المدعي، حيث يشترط فيه ألا يكون غير ملائم أو غير صحيح أو غير مقبول وإلا رفضت الدعوى لانعدام المصلحة⁴.

¹- Serges Deygas, « Une limitation des moyens pouvant être invoqués devant le juge des référés précontractuels », Revue Procédures, N°12, Décembre 2008, Comm.346.

²- استثنى المشرع الجزائري عقد التأمينات من الخضوع لأحكام قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، وذلك بمقتضى المادة 06 منه.

³- Jean-Paul Pietri, « Un an de droit du contentieux de la commande publique », Op.cit.

⁴- Serge Deygas, « L'identification du 'Candidat lésé' », Revue Procédures, N°06, Juin 2012, Comm.205.

لكن في مقابل ذلك فقد خالف مجلس الدولة هذا المنحى في سنة 2014، في قضية محافظة (لوار-آتلانتيك Loire-Atlantique)، بتاريخ 03 ديسمبر 2014، مبررا موقفه بسلطة المصلحة المتعاقدة التي تستمدّها من أحكام قانون الصفقات العمومية والتي تسمح لها بإمكانية أن تطلب من المترشحين استكمال ملفاتهم أو تبرير قدراتهم القانونية¹.

ثانيا: الشروط الإجرائية

ويتعلق الأمر بالأهلية بالنسبة للشخص الطبيعي وبالتفويض بالنسبة لممثل الشخص المعنوي:

1- الأهلية

جعلها المشرع الجزائري سببا من أسباب بطلان الأعمال الإجرائية بعدما كانت شرطا من شروط قبول الدعوى في قانون الإجراءات المدنية القديم .

وبالنسبة للعقود الإدارية غالبا ما يكون المترشحون أشخاصا معنوية خاضعة للقانون الخاص، لكن هذا لا يعني عدم إبرام الصفقة مع شخص طبيعي، فطبيعة بعض الصفقات تستلزم أن يتم إبرامها مع مهندسين أو محامين أو موثقين بالنسبة لصفقة الخدمات القانونية، وهو ما يجعلنا نبحث عن أهلية الشخص الطبيعي في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية².

2- التفويض بالنسبة لممثل الشخص المعنوي

تنص المادة 64 ق.إ.م.إ على حالات بطلان الأعمال الإجرائية على سبيل الحصر وهي: إنعدام الأهلية للخصوم وإنعدام الأهلية أو التفويض لدى ممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي .

وبالنسبة للشخص المعنوي فإن السؤال المطروح هو كيف يتم إثبات التفويض لدى الشخص ممثل الشخص المعنوي ؟

قضى مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 2007، في قضية Communauté d'agglomération pays voironnais، بأن الممثل القانوني للشخص المعنوي

¹-Lucienne Erstein, « Candidat lésé malgré dossier incomplet », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, N°50,15 Décembre 2014, Act.982.

²- Paul Cassia, *Pratiques des référés précontractuels*, Op.cit., P.93.

المترشح للصفقة لا يحتاج إلى إثبات صفته في التقاضي لصالح ذلك الشخص المعنوي، بخلاف الشخص الطبيعي الذي يدعي بأنه يمثل الشخص المعنوي فهذا الأخير ملزم بتقديم التفويض¹.

وفي قضية هوريتو Horeto (المحكمة الإدارية لباريس بتاريخ 18 ماي 2007)، أثار متحف رودان Rodin، دفعا متعلقا بانعدام الأهلية لدى ممثل الشخص المعنوي (الشركة)، فأجاب القاضي الإداري على هذا الدفع بأنه: " تأسيسا على الأحكام الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة المنصوص عليها في القانون التجاري والتي تقضي بأن مسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة يملك عدة صلاحيات من بينها التقاضي باسم الشركة أمام الجهات القضائية، وبما أن الدعوى قد رفعت من طرف مسير الشركة فإن الدعوى تكون مقبولة " ².

نلاحظ من خلال ما سبق بأن القاضي الاستعجالي قبل التعاقد يراقب الأهلية لدى ممثل الشخص المعنوي بنفس الدرجة التي يراقب من خلالها قاضي الموضوع ذلك، والسبب راجع إلى السلطات الواسعة التي يتمتع بها القاضي الاستعجالي .

المطلب الثاني: الشروط الخاصة

تتميز الدعوى الاستعجالية عن باقي الدعوى الإدارية بأنه وإلى جانب الشروط العامة الواجب توافرها في دعاوى الأخرى هناك من الشروط التي تتفرد بها

الفرع الأول: الإستعجال

وهو حسب التعريف المشهور الذي وضعه مجلس الدولة الفرنسي كل إضرار بمصلحة شخصية للمدعي أو بالمصالح التي يدافع عنها أو بمصلحة عامة أو بمصلحة مالية يمكن أن يتم تعويضها فيما بعد .

¹- Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.96.

²- Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.96.

الفرع الثاني: التظلم المسبق

يطلق عليه أيضا الطعن الإداري المسبق، ويشكل أداة سريعة وغير مكلفة في يد الشخص الذي تضرر من القرار الصادر من طرف الإدارة، من خلاله تملك هذه الأخيرة إما الاستجابة للطلب محل الطعن أو رفضه أو السكوت عن الإجابة عنه.

وقد عرف التظلم تطبيقا له في مجال العقود الإدارية، لكن السؤال المطروح في هذا الصدد هو ما هو دور التظلم في الدعوى الاستعجالية التي تسبق التعاقد، هذا السؤال وسنحاول دراسة كل الجوانب المتعلقة بالتظلم.

أولاً: تعريف التظلم

تعريف الدكتور عمار بوضياف: عرفه بأنه: " هو طعن ذو طابع إداري محض يوجهه صاحب الشأن إلى الإدارة المعنية، ولأثنية كانت أو رئاسية، يعبر فيها عن عدم رضاه عن عمل أو قرار إداري ويلتمس من خلاله مراجعة موقفها، وليس له كأصل عام شكل معين، فالتظلم المسبق يمنح جهة الإدارة فرصة العدول عن قرارها بصورة إرادية ودون أمر أو تدخل من القضاء وعلى هذا النحو يشكل مظهرا من مظاهر الإدارة القاضية، ومن مخلفات مرحلة الوزير القاضي، وبإمكان الإدارة أن تراجع نفسها بعد رفع التظلم وأن تعدل عن قرارها، فتلغيه طواعية بقرار آخر، كما أنه بإمكانها التمسك به وحينئذ لا مفر من اللجوء للقضاء ورفع دعوى الإلغاء " ¹.

تعريف الدكتور عبد القادر عدو: عرف التظلم بأنه: " التظلم الإداري هو شكوى موجهة إلى الإدارة المعنية من أجل إعادة النظر في قرار يعنقد المعني عدم مشروعيته أو عدم ملائمته. وينظر إلى التظلم الإداري كطريق بديل لتسوية المنازعات الإدارية، ومرد الأخذ به هو الرغبة في تقليل عدد القضايا المطروحة على القضاء، عن طريق إنهاء النزاع في مراحل الأولى، كما انه يعين حدود هذا النزاع القائم بين الإدارة والخصم الآخر " ².

1- عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء: دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر، فرنسا، تونس، مصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.ص.119-120.

2- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.126 .

تعريف الدكتور عمار عوابدي: عرفه بأنه: " تلك الإلتامات التي يقدمها المعنيون أو أصحاب الصفة أو المصلحة إلى السلطات الإدارية أو الولائية أو الرئاسية أو حتى الوصائية أو إلى اللجان الإدارية طاعنين في تلك القرارات أو الأعمال المادية غير المشروعة طالبين بسحبها أو إلغائها أو تعديل تلك الأعمال بما يتوافق ومبدأ الشرعية"¹.

تعريف الدكتور خلوفي رشيد: عرف التظلم تعريف إجرائيا وذلك من خلال إبراز عناصره: " إن كلمة التظلم تعني الطريقة القانونية أو الشكوى أو الطلب المرفوع من المتظلم للحصول على حقوقه أو لتصحيح وضعيته . ويعتبر التظلم الإداري المسبق عملا إداريا، ويتمثل العنصر الثاني في الطابع الإداري للتظلم، ويعني هذا الأخير: توجيه التظلم إلى السلطة الإدارية المختصة، الطابع غير القضائي لهذا الإجراء، ويتمثل العنصر الثالث في موضوع ومكانة التظلم في النزاع الإداري، بحيث يعني هذا العنصر أنه: يوجه مبدئيا ضد عمل قانوني أو مادي قامت به الإدارة، وإجراء يسبق الدعوى الإدارية"².

تعريف الدكتور ماجد راغب الحلو: يعرف التظلم بأنه: " طلب يتقدم به صاحب الشأن إلى الإدارة لإعادة النظر في قرار إداري يدعي مخالفته للقانون " وأضاف أنه: " والحكمة من وجود نظام التظلم الإداري هي أن الإدارة قد تقتنع بوجهة نظر مقدم التظلم وتعترف بعدم مشروعية قرارها فتقوم بسحبه أو تعديله، فيمكن بذلك حل كثير من المنازعات بطريقة ودية دون تدخل القضاء، هذا بالإضافة إلى أن التظلم قد يدفع الإدارة إلى سحب قرارها أو تعديله لعدم الملائمة وهو ما لا يمكن إدراكه عن طريق القضاء الذي يقتصر دوره في الأصل على رقابة المشروعية "³.

تعريف الدكتور عبد الفتاح محمد: ويعرفه كالتالي: " التظلم هو طلب يقدم بأية صيغة من صاحب الشأن وهو الذي صدر القرار في مواجهته إلى الجهة التي أصدرت القرار أو التي ترأسها، يلتبس فيه

1- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، الجزء 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص.366.

2- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية: شروط قبول الدعوى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.62.

3- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص.ص.320-321.

من الإدارة إعادة النظر في قرارها الذي أصدرته، منطويا على أضرار أو عدم تحقيق مزايا مادية أو أدبية له " 1 .

ثانيا: أنواع التظلم

وستنظر هنا إلى أنواع التظلم من حيث الجهة المتظلم لديها ومن حيث إجبارية التظلم .

1- من حيث الجهة المتظلم لديها

يتم رفع التظلم إما إلى الجهة التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات التي تعلوها (الرئاسية)، ولا فرق بين التظلم في الحالتين، والفرق يكمن فقط في التنظيم الإداري الخاص بكل هيئة والسلم الإداري المعتمد².

ولقد كان المشرع الجزائري يفرق بين الحالتين، لكنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أخذ فقط بالتظلم الولائي، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 830 ق.إ.م.إ، التي تنص على أنه: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار" .

وبالتالي لم يعد المشرع يشترط أن يتم اللجوء أولا إلى الجهة التي تعلو من أصدر القرار (الجهة الرئاسية)³.

ولقد نهج المشرع الجزائري هذا المنحى للتخفيف من شدة التعقيدات التي تسببت فيها هاتين الحالتين فقد كانت الدعاوى ترفض لسبب بسيط ألا وهو توجيه التظلم الرئاسي بدل الولائي والعكس، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 12 جوان 1982، قضية (س.ج.ر.ب)، وجاء في حيثياتها: "حيث تدخل وزير الداخلية في المرافعة طالبا رفض الطعن لعدم تقديم التظلم الرئاسي ضد قرار الوالي إلى السلطة الإدارية التي تعلوه مرتبة حيث أن هذا الدفع مؤسس، وفعلا يستخلص من التحقيق أن المدعين وجها طعنا ولائيا عوض تقديم تظلم رئاسي إلى

1- علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص.262.

2- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، 1967، ص.651.

3- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري: دعوى الإلغاء، دار العلوم، الجزائر، 2012، ص.125.

السلطة الرئاسية الإدارية التي تعلوه مرتبة والمتمثل في وزير الداخلية حسبما تقتضيه أحكام المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية¹.

وكانت المسألة تزداد تعقيدا عندما يتعلق الأمر بالوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي بالنظر إلى ازدواجية وظيفتهما باعتبار أنهما ممثلين للجماعة المحلية (الولاية / البلدية)، وفي نفس الوقت ممثلين للدولة².

ويعرف الفقهاء التظلم إلى الجهة مصدرة القرار (التظلم الولائي) بأنه: "أن يتجه ذوي الشأن بتظلمه إلى العضو الإداري مصدر القرار المتظلم منه طالبا إعادة النظر فيه بقصد سحبه أو إلغاه أو تعديله، على أن يبين في تظلمه الأسباب التي يستند إليها"³.

2- من حيث إجبارية التظلم

بدوره لم يعد التظلم إلزاميا لقبول دعوى الإلغاء في النظام القضائي الإداري في الجزائر، وهو ما يظهر من خلال عبارة: "يجوز للشخص المعني بالقرار تقديم تظلم" وذلك بموجب نص المادة 830 من ق.إ.م.إ.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن القضاء الإداري في الجزائر قد سبق وأن أعفى الدعوى الاستعجالية من إجراء التظلم حتى في الفترة التي كان فيها هذا الأخير إلزاميا، وهو ما نستخلصه من خلال القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 28 ديسمبر 1985، قضية (ح.ع) ضد مدير الضرائب، وجاء في حيثياتها بخصوص التظلم: "حيث أن الدعوى الاستعجالية معفاة من الطعن الإداري المسبق نظرا للاستعجال"⁴.

1- قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 12/06/1982، قضية رقم 28892، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، 1989، ص.225.

2- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء 02، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، ص.318.

3- عياض بن عاشور، القضاء الإداري وفق المرافعات في تونس، مركز النشر الجامعي، الطبعة 02، تونس، 1998، ص.163.

4- قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 28/12/1985، قضية رقم 44299، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 03، 1989، ص.210.

ثالثا: شكل التظلم

الأصل أنه لا يشترط في التظلم أن يتم في شكل معين، حيث يمكن أن يتم في أي صيغة لكن يشترط أن يكون كتابيا وأن يكون واضحا¹.

غير أنه فيما يتعلق بالتظلم الوجوبي فتجدر الإحاطة علما بأنه كثيرا ما يتم إحاطته بعناصر شكلية يؤدي غيابها إلى رفضه، وهو ما قضى به القاضي الإداري في فرنسا، بمقتضى القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 22 جوان 1998، قضية بلدية (أميلي لي بان بالادا-Commune d'Amélie-les-Bains-Palada)، حيث قضى من خلالها برفض الدعوى بسبب عدم احتواء التظلم المسبق على تحديد دقيق للالتزامات المنافسة والإشهار التي أخلت بها البلدية².

رابعا: التظلم في القوانين الخاصة

الأصل أن التظلم أصبح مرتبطا بالدعوى الإدارية إما بإرادة الأطراف أو بنص القانون، حيث أنه افتقد طابعه الإلزامي وأصبح رافع الدعوى حرا في القيام به من عدمه لكن في بعض الأحيان يتدخل المشرع ويوقع عليه الإلزام فيكون رافع الدعوى مجبرا على القيام به قبل التوجه للقضاء، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو أين تدخل منازعات العقود الإدارية؟ إن الإجابة عن هذا السؤال نتوصل إليها من خلال دراسة التظلم في القوانين الخاصة: الصفقات العمومية، الأملاك الوطنية والاستثمار.

1- في مادة الصفقات العمومية

في مادة الصفقات العمومية عرف الطعن الإداري المسبق عدة تحولات نوجزها فيمايلي:

1.1- التظلم في مادة الصفقات العمومية بين الإلزامية والجوازية في التشريعات المقارنة:

بالنسبة للتشريع التونسي فإنه بالرجوع إلى الفصل 180 من الأمر رقم 1039، نجد بأنه قد نص على جوازية التظلم من طرف كل من له مصلحة في إجراءات إبرام واسناد صفقة عمومية ضد القرارات ذات الصلة التي ألحقت به ضررا لدى الهيئات المختصة .

¹ - علي عبد الفتاح، الوجيز في القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص.270.

² - François Lorens, « Référé précontractuel et contenu du recours administratif préalable »،

أما في التشريع الفرنسي فقد كان التظلم في مجال الصفقات العمومية إجباريا وهو ما يظهر من خلال المادة 241-21 من قانون المحاكم ومجالس الاستئناف الإدارية، حيث جاء فيها: "كل شخص مؤهل لرفع الدعوى ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 22، يجب عليه إذا أراد رفعها أن يطلب قبل ذلك من الشخص المعنوي أن يمتثل لإلتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات المنصوص عليها في تلك المادة، في حالة الرفض أو عدم الرد خلال أجل عشرة (10) أيام، فإن صاحب الطلب بإمكانه إخطار رئيس المحكمة الإدارية والذي يفصل في أجل عشرون (20) يوما"، وقد كان القضاء الإداري يؤكد دائما على الطابع الجوهرى لهذا الإجراء.

غير أن الوضع لم يبق على حاله وتغير مع التقرير الذي أعده فريق العمل التابع لمجلس الدولة حول إجراءات الاستعجال، والمطبق بموجب المرسوم المؤرخ في 22 نوفمبر 2000، والذي ألغى إجبارية التظلم في مادة إبرام الصفقات العمومية¹.

وقد أخذ المشرع المغربي أيضا بجوازية التظلم في مجال الصفقات العمومية، حيث نصت المادة 169 من المرسوم المؤرخ في 20 مارس 2013، على أنه يجوز لكل متنافس أن يقدم شكايته كتابة لدى صاحب المشروع المعني إذا لاحظ أن إحدى قواعد مسطرة إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا المرسوم لم تحترم، أو إذا سجل احتواء ملف طلب المنافسة على مقتضيات تمييزية أو شروط غير متناسبة بالنسبة لموضوع الصفقة أو إذا كان ينازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف اللجنة أو لجنة المباراة والتي تم إبلاغها بها من طرف صاحب المشروع .

2.1- التظلم في الصفقات العمومية بين الطابع الإجباري والجوازي في التشريع الجزائري

مر التظلم في مادة الصفقات العمومية في الجزائر بعدة مراحل، نوجزها فيمايلي:

1.2.1- الطابع الإجباري للتظلم

كان المشرع الجزائري في ظل أول نص تنظيمي خاص بالصفقات العمومية ينص على ضرورة القيام بالتظلم لدى الهيئات المختصة في حالة وجود نزاع، وذلك قبل عرضه على القضاء، بحيث كان قانون الصفقات العمومية لسنة 1967، في المادة 152 منه، ينص على أنه: "تشكل لدى كل وزارة

¹- Bernard Poujade , « Le référé précontractuel », Op.cit.

بقرار لجنة استشارية تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية .

وأن الإجراءات أمام هذه اللجنة هو واجب يسبق كل دعوى قضائية " .

وبدوره حرص القضاء في الجزائر على تطبيق هذا المبدأ في النزاعات المعروضة أمامه، فنجد في القرار الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1988، عن المجلس الأعلى، قد أكد عليه، وقد جاء في حيثياته بخصوص التظلم الوجوبي مايلي: "...وأن الإجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق كل دعوى قضائية إلا في حالة تقصير السلطة الإدارية لاتخاذ ذلك الإجراء فإن العارض أمام صمت السلطة الإدارية، عرض في الأجال القانونية النزاع على الجهة القضائية " ¹.

2.2.1- غموض النصوص القانونية بين الإلزامية والجوازية

بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشرع لم ينص على منازعات الإلزام، وتحدث فقط عن المنازعات التي تحدث أثناء تنفيذ الصفقة، كما أن النصوص الخاصة بالتظلم لم تشر إلى إلزامية هذا الطعن من عدمه .

حيث تنص المادة 99 على أنه: "تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة ودون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل واحد من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على أسرع تسوية نهائية بأقل ثمن " .

نلاحظ أن هذه المادة تتعلق فقط بالمنازعات الخاصة بالتنفيذ .

1- قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى، بتاريخ 1982/12/31، رقم 62252، المجلة القضائية، العدد 02، ص.161 ومايلبها.

في مقابل ذلك فقد نصت المادة 100 على مايلي: " يترتب على الطعن السلمي الذي يرفعه المتعامل المتعاقد، قبل كل مقاضاة وخلال خمس وستين (65) يوما ابتداء من رفعه الطعن، صدور مقرر من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب نوع النفقات الواجب الإلتزام بها في الصنفقة .

ويكون هذا المقرر نافذا بصرف النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم رقم 314/91، المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، والمتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين".

نلاحظ من خلال عبارة " غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية " بأن المشرع يقصد هنا التظلم الذي يتم رفعه قبل إبرام الصنفقة، وما يمكن ملاحظته أيضا هو أنه لا يوجد ما يشير إلى إلزامية التظلم فيما يخص المنازعات المتعلقة بالإبرام .

وبالتالي وجب علينا في هذا السياق البحث عن الاجتهاد القضائي والآراء الفقهية حول هذه المسألة .

حيث أنه بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 08 أكتوبر 2001، في قضية والي ولاية سكيكدة ضد بالقاسم¹، قضى مجلس الدولة برفض الدعوى شكلا، عملا بأحكام المادة 100، من المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 أكتوبر 1991، والمتضمن تنظيم الصنفقات العمومية، والذي نص على وجوب رفع الطعن السلمي قبل اللجوء إلى القضاء وجاء في حيثياتها: " حيث أنه في هذه الدعوى فهذا الطعن السلمي غير موجود تماما مما يجعل الدفع في محله، حيث أنه وبدون الالتفاف إلى الدفع الأخرى ينبغي القول بأن قضاة مجلس سكيكدة لما قرروا قبول الدعوى رغم وجود الطعن السلمي، قد أخطأوا في تقرير الوقائع وفي تطبيق القانون وبالتالي ينبغي إذن إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد برفض الدعوى شكلا عملا بأحكام المادة 100 من المرسوم السالف الذكر " .

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2001/10/08، قضية رقم 00470، قرار غير منشور، أشار إليه: خالد خوشي، (التسوية الودية للنزاعات الإدارية)، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص.41.

أما الفقه فحسب الدكتور مسعود شيهوب فإن إلزامية التظلم بقيت مع صدور المرسوم التنفيذي رقم 434/91، أما التعجيل فقد شمل فقط المواعيد والهيئات¹.

3.2.1- الانتقال الصريح نحو الطابع الاختياري للتظلم

بداية من سنة 2002، وإلى غاية الوقت الحالي فإن التظلم في مادة الصفقات العمومية أصبح اختياريًا، سواء فيما يتعلق بمنازعات الإبرام أو التنفيذ، بحيث يملك من تقرر الطعن لصالحه ممارسته قبل أن يتوجه إلى القضاء، ويمكن له في مقابل ذلك الاستغناء عنه والتوجه مباشرة لعرض نزاعه أمام الجهات القضائية المختصة وفيما يلي سنوضح النصوص القانونية المتعاقبة التي أخذت بالطابع الاختياري للتظلم .

ففي تشريع الصفقات العمومية لسنة 2002، نصت المادة 101 على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، في إطار إعلان مناقصة، أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة أيام، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 121 و130 أدناه.

تصدر لجنة الصفقات المختصة قرار في أجل خمسة عشر (15) يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة اعلاه .

يبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن .

لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد إنقضاء أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، الموافق للأجل المحددة، لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة ولتبليغه.

وفي حالة الطعن تجتمع لجنة الصفقات المختصة المحدد تشكيلتها في المواد 119 و120 و122 أدناه، بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري " .

¹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج02، المرجع السابق، ص.303.

وفي تعديل 2008، نصت المادة 101 على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، في إطار إعلان مناقصة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبلغ القصوى المحددة في المادتين 121 و130 أدناه.

تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل خمسة عشر يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة الأيام المحددة أعلاه.

يبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة المحدد تشكيلتها في المواد 119 و120 و122 أدناه، بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

ترفع الطعون الخاصة بالصفقات التي تدخل ضمن اختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية أو مراكز البحث والتنمية أو المؤسسات العمومية المذكورة في المادة 02 أعلاه، أمام لجنة الصفقات الوزارية، بالنسبة للصفقات الملتمزم بها لدى المراقب المالي للوزارة أو البنك الجزائري للتنمية أو أمام لجنة الصفقات الولائية بالنسبة للصفقات الملتمزم بها لدى المراقب المالي للولاية أو أمين الخزينة البلدي .

يجب أن يحدد إعلان المنح المؤقت للصفقة لجنة الصفقات المختصة لدراسة الطعون" .

من خلال استقراء نص المادة يمكننا تسجيل الملاحظات التالية:

*لقد حدد المشروع بداية أجل الطعن المسبق بصفة أكثر دقة من النص السابق، وذلك بأن جعلها من بداية أول نشر للإعلان سواء في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة.

*جعل المشروع من النتيجة التي تتوصل إليها اللجنة مجرد رأي وليس قرار كما كان في النص

السابق.

*تسهيلا للإجراءات أمام المترشحين، ألزم المشرع أن يتم تحديد الجهة المختصة (لجنة الصفقات) التي يرفع أمامها التظلم .

وفي تشريع الصفقات العمومية لسنة 2010، تم النص على التظلم في المادة 114: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الإستشارة، أن يرفع طعنا. ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136 و146 و147 و148 أدناه. وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى اليوم الموالي .

يقدم الطعن في حالات المسابقة والاستشارة الانتقائية عند نهاية الإجراء.

تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل خمسة عشر (15) يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه. ويبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

وفي حالة الطعن، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد إنقضاء أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، الموافق للأجل المحددة لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف اللجنة المختصة وتبليغه، وتجتمع في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة المحددة تشكيلتها في المواد 133 و135 و137 أدناه، بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

وبالنسبة للصفقات التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية، ومراكز البحث والتنمية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية المذكورة في المادة 02 أعلاه، تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو الوزارية أو الوطنية وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات المعنية والطبيعة الجغرافية للمؤسسة.

ويجب أن يشير إعلان المنح المؤقت للصفقة إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن .

يخضع إلغاء إجراء إبرام صفقة أو منحها مؤقتاً من قبل المصلحة المتعاقدة إلغاء إجراء إبرام الصفقة أو عدم جدواها، ضمن نفس الأشكال التي تم على أساسها نشر المنح المؤقت للصفقة".

ومن خلال تعديل قانون الصفقات العمومية لسنة 2013، قام المشرع بموجب التعديل الذي طرأ على قانون الصفقات العمومية في سنة 2013، بتغيير اختصاص اللجان فقط، حيث أصبحت كالتالي: "... وبالنسبة للصفقات التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية، ومراكز البحث والتنمية المذكورة في المادة 02 أعلاه، تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو الوزارية أو القطاعية، وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات المعنية والطبيعة الجغرافية للمؤسسة العمومية.

أما الطعون الخاصة بالصفقات المبرمة في إطار المشروع المفوض المذكورة في المادة 02 أعلاه، فهي من اختصاص لجنة الصفقات المختصة".

نلاحظ أنه قد تم إلغاء العمل باللجان الاقتصادية وتمت إضافة الصفقات المبرمة في إطار المشروع المفوض.

أما في تشريع الصفقات العمومية لسنة 2015، فأول ما يمكن ملاحظته من خلال استقراء نصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أن المشرع الجزائري قد فصل لأول مرة بين الطعون الخاصة بالإبرام، وتلك المتعلقة بالتنفيذ، فالطعون الخاصة بالإبرام قد جاءت ضمن القسم السادس من الفصل 03، المتعلق بإبرام الصفقات العمومية، أما تلك المتعلقة بالتنفيذ فقد جاءت ضمن القسم الحادي عشر من الفصل الرابع الخاص بتنفيذ الصفقات العمومية، وذلك تحت عنوان " التسوية الودية للنزاعات".

ومن استقراء نص المادة 82 المتعلقة بالطعون المرفوعة أثناء مرحلة الإبرام، يمكننا تسجيل الملاحظات التالية:

* فيما يخص الطابع الاختياري للتظلم: تم التأكيد على الطابع الاختياري للطعن المسبق.

* فيما يخص محل الطعن المسبق: فيكون إما ضد المنح المؤقت للصفقة أو ضد قرار إلغاء المنح المؤقت أو ضد القرار المتضمن الإعلان عن عدم الجدوى، أو ضد قرار إلغاء إجراء الإبرام.

* فيما يخص المنح المؤقت: يجب أن يتضمن مايلي:

البيانات المتعلقة بالحائز على الصفقة مؤقتا عند الإقتضاء وكذا نتائج التقييم.

اللجنة المختصة بدراسة الطعن المسبق.

رقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة.

دعوة المرشحين للاتصال بمصالحها إذا ما أرادوا نتائج مفصلة.

*فيما يخص الآجال: حددها بعشرة أيام من تاريخ أول نشر للإعلان (أعاد ما كان ينص عليه في ظل مرسوم 2008)، للمنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، كما أضاف تعديلا فيما يخص الآجال حيث نص على النشر في بوابة الصفقات العمومية، وفي حالة المسابقة وطلب العروض فيكون من تاريخ آخر إجراء.

*فيما يخص وسيلة الإعلام: تتم عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام في حالة: عدم الجدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة وإلغاء المنح المؤقت .

*فيما يخص الإعلان الجديد: نص على أنه يجب توضيح ذلك في الإعلان أو في رسالة الاستشارة.

*فيما يخص توجيه الطاعن: نص على أنه في حالة إرسال طعن إلى لجنة صفقات عن طريق الخطأ، فعلى رئيس اللجنة إعادة توجيهه إلى اللجنة المختصة مع إخبار المتعهد بذلك، وبالنسبة للآجال في هذه الحالة فإنها تسري من تاريخ أول استلام.

*فيما يخص آجال الفصل في الطعن: حددها بمدة 15 يوما من تاريخ إنقضاء عشرة أيام.

*فيما يخص وقف الصفقة: وذلك لمدة 30 يوما من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت.

*فيما يخص اختصاص اللجان: أصبح أكثر وضوحا حيث أن صفقات المؤسسات العمومية هي من اختصاص اللجنة الوطنية أو البلدية أو الولائية أو القطاعية، وفي حالة الإشراف المنتدب، فتكون من اختصاص لجنة الصفقات المختصة .

ولقد سبق لمجلس الدولة أن أكد أن الطعن أمام لجان الصفقات العمومية ليس إلزامياً، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 07 جوان 2005¹، في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية تنس ضد (ق.ط)، وجاء في حيثياته: "حيث أن المستأنفة تمسكت بأن القرار المعاد يجب إلغاءه، ذلك لأن قضاة الدرجة الأولى لم يأخذوا بعين الاعتبار كون أن المستأنف عليه لم يرفع الطعن المسبق الإلزامي المنصوص عليه في المادتين 100 و101 من المرسوم 434/91 المؤرخ في 09/11/1991، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، حيث أن هذه الأحكام تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24/07/2002، ويمكن المتعاقد قبل رفعه الدعوى قضائياً، تقديم طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية طبقاً لأحكام المادة الجديدة ولكنه مجرد اختيار وليس إلزاماً"

ثانياً: في مجال أملاك الدولة

مر النظم في مجال أملاك الدولة أيضاً بين الطابع الإجباري والإختياري.

1- إجبارية النظم

كان المشرع الجزائري ومن خلال القانون رقم 01/81، المؤرخ في 07 فيفري، 1981، المتعلق بالتنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية² يجعل من النظم شرطاً إجبارياً في الدعاوى المتعلقة بمنازعات أملاك الدولة، حيث نصت المادة 33 منه على أنه: "يجوز لكل مترشح للاكتساب يرى أنه مغبون أو أن حقوقه اغفلت أن يرفع طعناً إلى اللجنة الولائية المشار إليها في المادة 14 أعلاه، وذلك في ظرف الشهرين لتاريخ تبليغه القرار المتخذ ضده".

في مقابل ذلك نجد المادة 15 من المرسوم رقم 43/81، المؤرخ في 21 مارس 1981، المحدد لتشكيل اللجان المنشأة بموجب القانون رقم 01/81، المؤرخ في 07 فيفري 1981 والمتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية

1- قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 07/06/2005، رقم 21173، رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية تنس ضد (ق.ط)، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص.89.

2- ج.ر، عدد 06، مؤرخة في 10/02/1981.

ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية وكيفيات عمل تلك اللجان¹، تنص على أنه: " لكل طالب امتلاك يرى أنه مغبون أو يتم الالتفات إلى حقوقه، أن يرفع طعنا في القرار الصادر ضده خلال شهرين من تاريخ تبليغه إلى اللجنة الولائية...".

وتعليقا على المادة 33 أعلاه، كتب الأستاذ مسعود شيهوب: " إن الملاحظة الرئيسية التي يمكن استخلاصها من نص المادة 33 من قانون 01/81، هو الغموض الذي يكتنفها، فهي من جهة تقصر شرط التظلم على " المترشحين للاكتساب"، أي الذين قدموا طلبات شراء العقار إلى لجنة الدائرة ورفضت، ومن جهة أخرى تقصر هذا التظلم على " القرارات المتخذة ضدهم"².

وأضاف قائلا: " إن التطبيق الحرفي لهذا النص يعني أن الأشخاص الأخرى " غير المترشحين" معنيين من شرط التظلم، وأن هذا الأخير لا يشترط إلا إذا تعلق الدعوى بقرارات التنازل وليس بعقود البيع " .

ثم أضاف أيضا: " إن هذا التمييز غير منطقي، ولا يمكن أن تكون نية المشرع قد انصرفت إليه فالتظلم شرط من شروط الدعوى عموما، بغض النظر عن وضع المدعي اتجاه القرار، ومن ثمة فإما أن يكون شرطا لازما لدعوى التنازل عن الأملاك العقارية بوجه عام وبغض النظر عن وضعية المدعي (مترشحا أم من الغير) وإما ألا يكون " .

واعتبر أن: " الأمر يتعلق بعيب في الصياغة وأن الأسلم أن تكون صياغة المادة متعلقة بكل " مدع" وليس بكل " مترشح للاكتساب" "³.

ولقد دعم رأيه باجتهاد الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، صادر بتاريخ 16 جويلية 1988، قضية (ع.م) ضد رئيس الدائرة ووالي الولاية⁴، وجاء في حيثياته: " حيث أن قانون 1981 يلزم المنازع عن

¹ - ج.ر، عدد 12، مؤرخة في 24 مارس 1981.

² - مسعود شيهوب، مبادئ عامة في المنازعات الإدارية، ج.02، المرجع السابق، ص.305.

³ - مسعود شيهوب، مبادئ عامة في المنازعات الإدارية، ج.02، المرجع السابق، ص.306.

⁴ - قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 16/07/1988، رقم 52803، قرار غير منشور، أشار إليه: مسعود شيهوب، المرجع نفسه.

التنازل عن عقار من عقارات الدولة باللجوء أولاً إلى لجنة الدائرة ثم إلى لجنة الولاية، بحيث أن قرار هذه الأخيرة هو الذي يقبل الطعن فيه...

حيث أن المدعي طعن مباشرة في قرار لجنة الدائرة وتجاهل اختصاص لجنة الولاية في هذا الميدان وأنه يتعين التصريح بعدم قبول الطعن ضد قرار لجنة الدائرة".

فاعتبر أن مصطلح " منازع" يراد منه المترشح وغيره من الأشخاص الذين ينازعون في القرار، باستثناء الإدارة المالكة المسيرة المستتاة صراحة من هذا الإجراء بموجب المادة 36 من نفس القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء قد تشدد في تطبيق هذا الشرط في القضايا المعروضة عليه، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 07 ماي 2001، قضية (بوزقزي) ضد والي ولاية بومرداس¹، وقد جاء في حيثيات القرار فيما يخص الطعن الإداري المسبق: " حيث أن قضاة الدرجة الأولى لم يسيروا إلى عدم إحترام الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 33 سالفه الذكر من قبل المدعي المستأنف حالياً وصرحوا برفض الدعوى لعدم تأسيسها، والحال كان عليهم عدم قبولها شكلاً لخرقها المادة 33 من القانون رقم 01/81، الصادر في 07/02/1981، لأنه لا يمكن رفع دعوى قضائية إلا بعد استنفاد هذا الإجراء".

2- التراجع عن الطابع الإجباري للتنظيم في منازعات أملاك الدولة

تجدر الإحاطة علماً بأن القانون رقم 81/ 01 أعلاه، قد تم إلغائه بموجب المادة 40 من القانون رقم 06/2000، المتضمن قانون المالية لسنة 2001²، وأصبحت خاضعة للمرسوم التنفيذي رقم 269/03، المؤرخ في 07 أوت 2003، المتضمن شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول جانفي 2004³، ونصت

1- مجلس الدولة، 2001/05/07، رقم 002254، قرار غير منشور، أشار إليه: عيساني علي، (التنظيم الصلح في المنازعات الإدارية)، مذكرة ماجستير، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص.107.

2- المادة 40 من القانون رقم 06/2000، المتضمن قانون المالية لسنة 2001، ج.ر، عدد 80، مؤرخة في 24/12/2000، تنص على أنه: " تلغى أحكام القانون 01/81، المؤرخ في 07/02/1981، المعدل والمتمم، ونصوص تطبيقه".

3- ج.ر، عدد 48، مؤرخة في 13/08/2003.

المادتين 15 و16 منه على إجراء التظلم، حيث نصت المادة 15 على أنه: "توجه الطعون المحتملة ضد قرارات لجنة الدائرة لدى اللجنة الولائية في أجل شهر واحد من تاريخ استلام التبليغ"

أما المادة 16، فنصت على أنه: "تكلف اللجنة الولائية بالنظر في الطعون التي يقدمها المقبولون على الشراء والفصل فيها في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ إخطارها ..."

نلاحظ من خلال نص المادتين أن المشرع قد جعل من التظلم إجراء اختياريًا وهو ما يظهر من خلال كلمة: "المحتملة"، كما أنه استثناه لصالح المقبلين على الشراء فقط .

ثالثًا: في مجال الاستثمار

من خلال استقراء أحكام قانون الاستثمار والنصوص التطبيقية له يمكن أن نلاحظ مايلي:

1- من حيث الطابع الجوزاي للتظلم

في إطار قانون الاستثمار لسنة 2001: وهو ما يظهر من خلال نص المادة 07 من الأمر رقم 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، والمتضمن قانون الاستثمار¹، على أنه: "يجوز حق الطعن للمستثمرين الذين يرون أنهم قد غبنوا بشأن الاستفادة من المزايا من إدارة أو الهيئة المكلفة بتنفيذ هذا الأمر، وكذا الأشخاص الذين يكونون موضوع إجراء سحب تمت مباشرته تطبيقًا للمادة 33 أدناه.

يمارس هذا الطعن لدى لجنة تحدد تشكيلتها وتنظيمها عن طريق التنظيم، ويمارس هذا الطعن دون المساس بالطعن القضائي الذي يستفيد منه المستثمر " .

في إطار قانون الاستثمار لسنة 2016²: أكد على الطابع الجوزاي للتظلم في مجال الاستثمار، ويظهر ذلك من خلال المادة 11 منه، والتي نصت على أنه: "يحق للمستثمر الذي يرى أنه قد غبن من إدارة أو هيئة مكلفة بتنفيذ هذا القانون بشأن الاستفادة من المزايا أو كان موضوع إجراء سحب أو تجريد من الحقوق شرع فيه تطبيقًا لأحكام المادة 34 أدناه، الطعن أمام لجنة تحدد تشكيلتها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم، وذلك دون المساس بحقه في اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة" .

¹ - ج.ر، عدد 47، مؤرخة في 2001/08/22 .

² - القانون رقم 09/16، المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمارات، ج.ر، عدد 46، مؤرخة في 2016/08/03.

2- من حيث أجل الطعن

حدده المادة 07 المذكورة أعلاه بخمسة عشر يوماً (15) يبدأ احتسابها من تاريخ تبليغ القرار محل الطعن، وفي حالة سكوت الإدارة فإن مهلة الخمسة عشر يوماً يبدأ احتسابها من تاريخ إخطار الإدارة .

3- من حيث أثر التظلم

للتظلم في مجال الاستثمار أثر موقوف، حيث أنه يترتب عنه وقف القرار محل التظلم .

4- من حيث أجل الفصل في التظلم

حدده المشرع بمهلة شهر واحد وله الحجية في مواجهة الإدارة.

5- من حيث الجهة المتظلم لديها

بتاريخ 09 أكتوبر 2006، صدر المرسوم التنفيذي رقم 357/06، المتعلق بتشكيلة لجنة الطعن المختصة في مجال الاستثمار وتنظيمها وسيرها¹، نص على إنشاء لجنة الطعن المختصة في مجال الإشهار وتنظيمها وسيرها والمنصوص عليها في المادة 07 مكرر من الأمر رقم 03/01.

وتتشكل هذه اللجنة من:

* الوزير المكلف بترقية الاستثمارات أو ممثله رئيسه.

* ممثل عن الوزير المكلف بالداخلية والجماعات المحلية، عضواً.

* ممثل عن وزير العدل، عضواً.

* ممثل عن الوزير المعني بالطعن بالاستثمار موضوع الطعن.

6- من حيث شكل التظلم

اشترط المشرع أن يتضمن التظلم في مجال الاستثمار بيانات معنية، تتمثل في:

* اسم مقدم العريضة وعنوانه وصفته.

¹ - ج.ر، عدد 64، مؤرخة في 2006/10/11.

* عرض الوقائع والوسائل.

* ارفاق العريضة بكل الوثائق والمستندات المثبتة للدعاء.

الفصل الثاني

من حيث سلطات القاضي الاستعجالي

في الدعوى

الفصل الثاني: من حيث سلطات القاضي الاستعجالي في الدعوى

إن حماية التزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية ليست حكرا على القاضي الاستعجالي قبل التعاقدية فقد تكون محلا لدعاوى إدارية أخرى، لكن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هو هل يمكن لهذه الدعاوى أن تحقق نفس النتائج التي تحققها الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية (المبحث الأول) أم أنها تبقى الأفضل من الناحية الإجرائية ومن ناحية تحقيق رهان حماية التزامات الإشهار والمنافسة (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: مقارنة سلطات قاضي استعجال العقود الإدارية مع الدعاوى الأخرى

قسم الفقه الإداري المنازعات الإدارية إلى منازعات الإلغاء ومنازعات القضاء الكامل ويرجع الفضل في ذلك إلى الفقيه الفرنسي إدوارد لافيريير¹ Edouard Laferiere إلى جانب قضائي التفسير وتقدير المشروعية، ولم يكن المشرع الجزائري ينص على دعاوى القضاء الكامل في بداية الأمر، غير أنه أصبح ينص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة 801 منه على أنه: " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية

- دعاوى القضاء الكامل "

في مقابل ذلك فقد استعمل القاضي الإداري عبارة القضاء الكامل قبل أن يتم النص عليها من طرف المشرع، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 08 جوان 1998، قضية (أ.ك) ضد المدير العام للجمارك²، حيث جاء في حيثيات القرار: "... بما أن الأمر يتعلق بمنازعة من منازعات القضاء الكامل...".

¹ - Daniel Giltard, « Les catégories de recours contentieux et l'office du juge », Colloque de Strasbourg, 17 Juin 2011, P.01.

² - القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 1998/06/08، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، 2002، ص.75.

ومن المسلم به أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل ضمن دعاوى القضاء الكامل¹، فالمنازعات العقدية لا تدخل في إطار قضاء المشروعية²، والسبب الرئيسي راجع إلى أن القرار الإداري محل دعوى الإلغاء يشترط أن يكون صادرا بإرادة المنفردة للإدارة في حين أن العقد الإداري هو من الأعمال الثنائية التي تتلاقى فيها إرادتين هما إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها³.

لكن في مقابل ذلك فقد أجاز القضاء الإداري الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد بعض القرارات التي تصدرها الإدارة في إطار العقد الإداري وهو ما أطلق عليه بنظرية القرارات القابلة للانفصال.

وإلى جانب هذه الدعاوى الموضوعية توجد الدعوى التي لا تمس بأصل الحق، ويتعلق الأمر بالدعاوى الاستعجالية، هذه الأخيرة عرفت تغييرا جذريا بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المطلب الأول)

في مقابل ذلك هناك هيئات أخرى تتمتع بسلطات مستقلة في مجالات معينة يطلق عليها سلطات الضبط، تلعب دورا مهما في العملية التعاقدية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الدعوى القضائية

تنقسم إلى الدعوى التي تمس بأصل الحق (الفرع الأول) والدعوى التي يتخللها عنصر الاستعجال والتي من شروطها عدم المساس بأصل الحق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدعوى الموضوعية

على خلاف العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم والتي يحكمها مبدأ الرضائية، فإن العقود التي تبرمها الإدارة تخضع لمجموعة من الإجراءات والقيود بداية من الإعلان عنها، والهدف من ذلك يكمن على الخصوص في حماية المال العام.

1- حمدي ياسين عكاشة، "العقود الإدارية في التطبيق العملي: المبادئ والأسس العامة"، موسوعة العقود الإدارية والدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.98.

2- Gustave Peiser, Contentieux administratif, 16 éme édition, Dalloz, Paris, 2014,P.233.

3- علي الدين زيدان ومحمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإداري: معلقا عليها بأحدث آراء الفقه والقضاء الإداري وأحكام المحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ص.900.

ومن بين هذه القيود إخضاع عملية إبرام العقود الإدارية إلى رقابة القاضي، حيث يملك الأشخاص الذي تضرروا من تصرفات الإدارة اللجوء إلى القضاء الموضوعي سواء كانوا مترشحين أو حتى من الغير، فهو لاء اقر لهم القضاء إمكانية رفع دعوى إلغاء¹. أما المترشحون فيملكون حق رفع دعوى أمام القضاء الكامل (ثانياً).

أولاً: دعوى الإلغاء

من المسلم به في القانون الإداري أنه لا يجوز رفع دعوى إلغاء ضد العقد الإداري فالقاضي الإداري لا يقبل الطعن بالإلغاء ضد الأعمال ذات الطابع التعاقدية، والسبب راجع إلى محل دعوى تجاوز السلطة، حيث يجب أن يكون من أعمال الإدارة التي تتخذها بإرادتها المنفردة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن وجود طعن موازي أمام قاضي العقود من شأنه أن يشكل مانعاً في قبول دعوى تجاوز السلطة ضد هذا النوع من الأعمال، بل وقد ذهب في رفضه إلى مبدأ الحقوق المكتسبة، وذلك بان اعتبر بأنه بمجرد إبرام العقد يتولد عنه حقوق مكتسبة، فلا يمكن إذن الطعن في أي قرار من القرارات التي تتخذ في إطار هذا العقد، لأن إلغائها من شأنه المساس بهذه الحقوق²

ولا زال القضاء الإداري متمسكاً بهذا المنحى إلى غاية اليوم، لكن في مقابل ذلك فقد تم إقرار استثناء على هذه القاعدة ويتعلق الأمر بجواز الطعن بالإلغاء في بعض القرارات التي تتخذها الإدارة في إطار العقد، وهو ما يعرف بنظرية القرارات المنفصلة.

فإذا كان من غير الممكن الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري غير أن هناك من القرارات المرتبطة بهذا العقد يقبل الطعن فيها بالإلغاء، عرفت هذه القرارات بالقرارات القابلة للانفصال، لكن ماذا نقصد وهل أخذت بها معظم الأنظمة القضائية بما فيها الجزائر من هم الأشخاص الذين يملكون حق رفع هذه الدعوى وماهي الآثار المترتبة عنها وماهي أنواعها؟

1-تعريف القرارات القابلة للانفصال

نالت نظرية القرارات القابلة للانفصال الحظ الوافر من اهتمام الفقه والقضاء:

¹- Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, Op.cit., P.21.

²- جورجى شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.83.

1.1-التعريف الفقهي

عرف الدكتور سليمان الطماوي القرارات المنفصلة بأنها: " هي التي تقوم الإدارة بإصدارها وهي في سبيلها للتعاقد تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه، وهذه القرارات ليست غاية بذاتها ولكنها تندمج في عملية التعاقد".¹

أما الفقه الفرنسي فقد عرف القرار المنفصل بأنه ذلك القرار المستقل عن العقد ويعتبر منفصلا عنه لأنه لا يدخل ضمن الاتفاق التعاقدي فهو من جهة لا يعد شرطا تعاقديا ومن جهة أخرى فهو يقع في ما بين بداية العقد ونهايته، وبالتالي فهو يظهر بمثابة قرار انفرادي قد يكون سابقا على العقد فيساهم في تكوينه ويؤدي إلى إبرامه وقد يكون لاحقا يسمح للإدارة بتنفيذ العقد أو تعديله أو إنهائه.²

وقد عرفه الفقيه لوران ريشار Laurent Richer بأنها تعتبر قرارات انفرادية تلحق أذى وذلك بالنظر لطابعها التحضيري.³

لكن في مقابل ذلك فقد أكد الفقه في فرنسا بأنه لا يوجد معايير يتم من خلالها تحديد ما إذا كان القرار منفصلا عن العقد أم لا ويرجع تحديد ذلك إلى القاضي الإداري.⁴

وفي الجزائر: فقد عرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها: " هي القرارات التي لا تصدر قائمة بذاتها ومستقلة عن عمل قانوني آخر، بل تصدر مرتبطة ومصاحبة لأعمال إدارية أخرى فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر مرتبط به".⁵

2.1-التعريف القضائي

عرفت المحكمة الإدارية العليا القرارات الإدارية المنفصلة بمقتضى الحكم الصادر عنها بتاريخ 05 أبريل 1975، وذلك بأنه: " ينبغي التمييز في مقام التكييف بين ما إذا كانت القرارات مكونة للعقد أو تهيئ لميلاده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنيا أو إداريا فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.208.

2 - Wilfried Kloepfer, « Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle », AJDA, 2003, P.585.

3 - Laurent Richer, Op.cit., P.179.

4 -IBID.

5- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 1999، ص.93.

من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحا عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقا لمصلحة عامة يبتغيها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تساهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا أو إداريا وتتفصل عنه، ومن ثم يجوز لدى الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا، ويكون الإختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقودا لمحاكم مجلس الدولة¹.

2- تطبيقات نظرية القرارات القابلة للانفصال

بمقتضى قرار مارتن Martin الشهير، الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 04 أوت 1905²، غير القاضي الإداري رأى بأن قبل دعوى تجاوز السلطة ضد القرارات المنفصلة للعقد بطريقة ضمنية، اعتمادا على ما اقترحه مفوض الحكومة السيد روميو Romieu، حيث التمس هذا الأخير قبول الدعاوى المرفوعة من طرف الغير ضد القرارات المنفصلة عن العقد.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن فتح باب دعوى تجاوز السلطة أمام القرارات المنفصلة عن العقد اقتصر فقط على القرارات التي تسبق إبرام العقد، وفي هذا الصدد قال مفوض الحكومة روميو Romieu: "بمجرد أن يصبح العقد نهائيا عن طريق موافقة السلطة العليا ويدخل حيز التنفيذ، فإن القرارات تصبح جزءا منه ولا يمكن فصلها عنه"³.

وقد عرف القضاء المغربي بدوره تطبيقا لنظرية القرارات القابلة للانفصال، وهو ما نستشفه من خلال العديد من قراراته، نذكر من بينها القرار الصادر بتاريخ 21 فيفري 2001، عن المحكمة الإدارية للدار البيضاء: "وحيث أنه إذا كان العمل القضائي الإداري قد سمح لغير المتعاقد بالطعن بدعوى الإلغاء في بعض القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية وهي قرارات تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو الحيلولة دون إبرامه وهي ما يصطلح عليها بالقرارات الإدارية المنفصلة « Actes détachables »، وهذه القرارات ليست بغاية في ذاتها ولكنها تندمج في

¹ - علي الدين زيدان ومحمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإداري: معلقا عليها بأحدث آراء الفقه والقضاء الإداري وأحكام المحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ص.905.

² - GAJA, 19 éme édition, Dalloz, Paris, 2013, P.89

³ - Bertrand Dacosta, « De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », RFDA, 2014, P.425.

عملية التعاقد فإنه على الجانب الآخر ليس للمتعاقد مع الإدارة من سبيل سوى دعوى القضاء الشامل أمام قاضي العقد وهذا هو الاتجاه الذي تبناه مجلس الدولة المصري أول الأمر حين يقول: ((ومن حيث أنه مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا له جانبان: أحدهما تعاقدية بحيث تختص به المحكمة المدنية والآخر إداري بحيث يجب أن تسير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإداري المقرر لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص المقررات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده وتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح وذلك دون أن يكون لإلغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائما بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعة المتعلقة به)) - حكم مجلس الدولة في 1947/11/25، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة 02، ص.104¹.

أما النظام القضائي الجزائي فقد عرف منذ بدايته تطبيقا لنظرية القرارات القابلة للانفصال، وهو ما نجده في القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 18 أبريل 1969، في قضية شركة اتحاد النقل والمشاركة، حيث اعتبرت بأن القرار الإداري المركب الصادر عن السلطة الإدارية الوصائية والمتضمن رفض مداولة صادرة من مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز مرفق عام، قرار إداري منفصل، ومن ثم قبلت دعوى الإلغاء المرفوعة من الشركة ضده².

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 28 نوفمبر 1969، في قضية Sr.Grain، طبقت أيضا الغرفة الإدارية للمحكمة العليا نظرية القرارات القابلة للانفصال، حيث اعتبرت بأن قرار إرساء المناقصة على طرف أجنبي لمناقصة عامة لإحدى البلديات قرارا منفصلا عن العقد.

في مقابل ذلك فقد رفض القضاء الإداري في الجزائر دعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات المتخذة بعد إبرام العقد أي في مرحلة التنفيذ واعتبرها من قبيل القرارات المتصلة التي لا تقبل الطعن بالإلغاء، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 29 نوفمبر

¹- قرار صادر عن المحكمة الإدارية للدار البيضاء، بتاريخ 2001/02/21، قضية شركة بيونيت ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 86، ص.203.

²- قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 1969/04/28، قضية شركة اتحاد النقل والمشاركة، أشار إليه: عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء 02، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص.464.

1968، في قضية شركة المعادن لسيدى معروف، ويتعلق الأمر بدعوى إلغاء ضد قرار سحب عقد الإمتياز من الشركة، حيث اعتبرت المحكمة العليا هذا القرار متصلاً بعقد الإمتياز وليس منفصلاً عنه ذلك لأنه من إجراءات تنفيذ العقد، ومن ثمة فقد رفضت الدعوى¹.

وبالتالي نلاحظ بأن القضاء الإداري في الجزائر قد سمح رفع دعوى إلغاء ضد القرارات السابقة على إبرام العقد أما القرارات اللاحقة أي تلك التي تتخذ أثناء تنفيذ العقد فاعتبرها من قبيل القرارات المتصلة بالعقد والتي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

ومؤخراً صدر قرار لمجلس الدولة، اعتبر من خلاله أن قرار إلغاء المنح المؤقت لا يعد من قبيل القرارات الإدارية التي تقبل الطعن بالإلغاء وذلك في قراره الصادر بتاريخ 04 جوان 2015، في قضية ولاية الشلف ضد مؤسسة أشغال البناء (ش.ب)²، وتتخلص وقائع وإجراءات القضية فيما يلي:

قامت ولاية الشلف بالإعلان عن صفقة موضوعها إنجاز مقر الدائرة بالإضافة إلى سكن بالكرمية بولاية الشلف، وبتاريخ 17 نوفمبر 2011، تم الإعلان عن المنح المؤقت بجريدة النهار لفائدة مؤسسة أشغال البناء (ش.ب)، غير أنه بتاريخ 01 فيفري 2012، تم نشر إعلان بنفس الجريدة، يتضمن إلغاء المنح المؤقت واستبدال المؤسسة بمقاول آخر، فقامت المؤسسة على إثر ذلك بالطعن بالإلغاء ضد القرار المتضمن الإعلان عن إلغاء المنح المؤقت أمام المحكم الإدارية للشلف، فاستجاب قاضي أول درجة لطلبها وذلك بموجب قراره الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2012، فقامت الولاية باستئناف الحكم أمام مجلس الدولة بتاريخ 21 جانفي 2013، غير أن مجلس الدولة اعتبر بأن الإعلان عن إلغاء المنح المؤقت لا يعد بمثابة القرار الإداري الذي يشترط لقبول دعوى الإلغاء، وجاء تبريره كالآتي: "...إنه من المقرر فقها وقضاء أن دعوى الإلغاء أو فحص المشروعية أو الدعوى التفسيرية تكون ضد القرارات الإدارية التي تعتبر عملاً قانونياً انفرادياً قائماً بذاته صادراً بإرادة السلطة الإدارية ويحدث آثاراً قانونية.

¹ - المرجع نفسه.

² - قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2015/06/04، قضية ولاية الشلف ضد مؤسسة أشغال البناء (ش.ب)، قرار غير منشور.

حيث أن قرارات فسخ الصفقة العمومية مهما كان أسبابها لا تعتبر قرارات إدارية بالمفهوم المشار إليه أعلاه لأنها قرارات ناتجة عن عقد بين الإدارة والمتعامل معها أي ناشئة عن اتفاق إدارتين وترتب عن ذلك نزاع حول هذا العقد وإن ذلك لا علاقة له بمخالفة مبدأ المشروعية كما هو الشأن في دعوى الإلغاء وبالتالي فهي منازعة تدخل في دعوى القضاء الكامل ومن جهة أخرى فإن الإدارة وبناء على مبدأ حرية التصرف لها الحق في فسخ الصفقة بسبب أو بدون سبب لأن ذلك يعتبر من مظاهر السلطة العامة في تسيير المرفق العام وبالتالي فالقاضي ينحصر دوره في مدى احترام الإدارة للقانون وشروط العقد ولا يبقى للمتعامل معها إلا حق طلب التعويض في الحالة التي يثبت فيها أنه لم يكن مسؤولاً عن الفسخ...".

نلاحظ من خلال استقراء الحل الذي توصل إليه مجلس الدولة هو الخلط بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام في مادة العقود الإدارية، فالعقد الإداري كما قلنا سابقاً يحتوي على شروط غير مألوفة في القانون الخاص ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخضع لقاعدة العقد سريعة المتعاقدين، ظف إلى ذلك نلاحظ عدم تطبيق لنظرية القرارات القابلة للإنفصال بل وقد أنكرها بصفة كلية عندما قال أنها تدخل فقط ضمن القضاء الكامل، وهذا قصور من جانب القاضي الإداري الجزائري، لأن القرار محل هذا النزاع هو قرار يتمتع بكافة عناصر القرار الإداري وقد تم إصداره قبل تنفيذ العقد وبالتالي كان عليه تطبيق النظرية والبحث عما إذا كان هناك وجه من أوجه إلغاء القرار الإداري، كما نلاحظ عدم إمام القاضي بمفهوم القضاء الكامل وجعله قاصراً على التعويض .

3- الأشخاص الذي لهم الحق في رفع دعوى الإلغاء ضد القرار القابل للإنفصال

قضت محكمة القضاء الإداري بمصر بمقتضى الحكم الصادر عنها بتاريخ 18 نوفمبر 1956 أنه لا يجوز للأجنبي عن العقد أن يطعن بالإلغاء لأنه ليس للعقد أي قوة إلزامية في مواجهته.¹

1- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص.464.

لكن في فرنسا فقد قبل القضاء الإداري دعوى الإلغاء المرفوعة من طرف الغير بشرط أن لا تؤسس الدعوى على الحقوق الشخصية المتولدة عن العقد بل على أساس مخالفة القرار للقانون ومخاصمته موضوعيا.¹

وفيمايلي سنتطرق إلى دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير ومن المتعاقد .

1.3-الغير

الأصل أن الغير لا يمكنه رفع دعوى أمام قاضي العقود في نطاق القضاء الكامل، وهو ما نتج عنه فتح مجال الإلغاء أما الغير² بموجب قرار مارتن .

غير أن القضاء الإداري الفرنسي، عرف عدة تطورات في هذا المجال، حيث أنه وبموجب قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 04 أبريل 2014، أعاد القضاء الإداري الفرنسي غلق باب الإلغاء أمام الغير³.

وذلك بعد أن تقرر فتح مجال القضاء الكامل أمام الغير بموجب قرار تروبيكTropic، الشهير الصادر بتاريخ 16 جولية 2007⁴.

ولا يقصد بالغير فقط المترشحين الذين تم استبعادهم بل يمتد معناه إلى كل أجنبي لديه مصلحة، وهو ما أكده محافظ الدولة السيد روميو Romieu، في قضية مارتن⁵.

لكن إثبات المصلحة لدى الغير ليس بالأمر بالسهل، حيث أنه يتوجب على القاضي أن يتفحص بشكل دقيق هذا الشرط، لإذ يتوجب عليه أن يتوقف عنده قبل أن ينتقل إلى إلغاء القرار الإداري المنفصل، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي، بمقتضى القرار الصادر عنه بتاريخ 06 ديسمبر 1995، في قضية محافظة لافيرونL'Aveyron وشركة جون كلود ديكوJean-Claude Decaux،

1- جورجى شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.ص.86-87.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.171.

3 - CE, 04 Avril 2014, N°358994, Département du Tarn et Garonne.

4- Frédéric Rolin, « L'action en contestation de la validité du contrat », Revue des contrats, 01 Avril 2008, N°02, P.465.

5-Frédéric Rolin, **Ibid.**

حيث قام القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري المنفصل دون التأكد إذا كانت المدعية تملك مصلحة لرفع الدعوى أم لا¹، وتتلخص وقائع القضية فيما يلي:

قامت محافظة لافيرون بالإعلان عن طلب عروض محدود لصفقة لوازم وخدمات، فتقدمت عدة شركات بالترشح، وبتاريخ 13 جويلية 1990، تم اعلام البعض منها بقبول عروضها، ومن بين هذه الشركات تم قبول شركة جان كلود ديكو وشركة أوبات Aubettes، لكن هذه الأخيرة تراجعت عن ترشحها، وتم منح الصفة لشركة جان كلود ديكو، وذلك بتاريخ 22 أكتوبر 1990.

ونتيجة لذلك قامت شركة أوبات، برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية لتولوز Toulouse، طلبت من خلالها إلغاء القرار الصادر عن رئيس المجلس العام للمحافظة المتضمن إبرام الصفقة، فاستجابت المحكمة لطلبها وقامت بإلغاء قرار الإبرام على أساس مخالفة أحكام قانون الصفقات العمومية.

على إثر ذلك قامت المحافظة والشركة التي فازت بالصفقة بالطعن بالنقض ضد الحكم أمام مجلس الدولة.

فوجد مجلس الدولة نفسه أمام أمرين، فمن ناحية وتطبيقا لإجتهااد مارتن، فإنه يمكن لأي شخص رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة، لكن ومن ناحية أخرى هناك اجتهااد آخر يتضمن بأن المقاول الذي تراجع عن ترشحه ليست له أي مصلحة لرفع دعوى ضد قرار إبرام الصفقة وذلك بمقتضى القرار الصادر عنه بتاريخ 22 جوان 1906 في قضية الشركة الفرنسية للملاحة Compagnie Française de navigation².

ولا يتم قبول المؤسسة التي لم تترشح للصفقة إذا ثبت بأن عدم ترشحها كان نتيجة لمنع الإدارة لها من تقديم عرضها وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره الصادر بتاريخ 19 جانفي 1938، في قضية شركة La céramique française et société des aciens établissements Anconetti.

1-Jacques-Henri Stahl Didier Chauvaux, « Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte de passation d'un marché public et formé par une entreprise n'ayant pas soumissionné », AJDA, 1996, P.120.

2- Jacques Henri Stahl, **Ibid.**

وهذا الاستثناء لا يتم تطبيقه إلا إذا ظهر بأن الإدارة قد جعلت الشركة في استحالة المشاركة في المناقصة وهو ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 19 جانفي 1938، في قضية الشركة العامة لـ Société général de Fonderie، وأن تصرفاتها غير مشروعة مثل عدم قيامها بالإعلان عن المناقصة .

غير أنه بالنسبة للأشخاص الذي تم استبعادهم بصفة قانونية مثل (الأشخاص المحرومين من المشاركة في الصفقات العمومية)، فإنهم لا يتمتعون بالصفة لمخاصمة المناقصة، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 02 جانفي 1935، في قضية أستاي Astay.

وبعد استعراض جميع هذه الحالات توصل مجلس الدولة في الأخير إلى قبول دعوى شركة أوبات، معتبرا أنها تملك المصلحة من أجل طلب إلغاء قرار الإبرام، واعتمد في هذا الحل على التماسات محافظ الدولة فريكاسي Fricassi، الذي استدل على القضاء الاستعجالي قبل التعاقد وعلى طبيعة طلب العروض المحدود الذي يمر بمرحلتين¹.

وفي مقابل ذلك فإنه لا يدخل في نطاق الغير:

* أعضاء المجالس المنتخبة (هيئات المداولة)، وذلك في حالة الطعن المرفوع ضد المداولة.

المنتفعين من خدمات المرفق في حالة اتفاقية تفويض مرفق عام.

* أو الحائز السابق للعقد في حالة ما إذا كان طعنه موجها ضد قرار رفض تجديد العقد مجلس الدولة 20 سبتمبر 1999 (قضية شركة الآبال)².

2.3- المتعاقد

رأينا بأن دعوى إلغاء القرار المنفصل المرفوعة من قبل الغير قد مرت بعدة تطورات، فما بين فتح وغلق لباب هذه الدعوى أمام الغير، والنتيجة المترتبة عنها إلى حد اعتبارها أنها الحلقة الأضعف في دائرة الدعاوى التعاقدية، لكن وبالرغم من كل ذلك فإنها تبقى أكبر ملجأ للغير .

¹ - Jacques Henri Stahl, Ibid.

² - Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, Op.cit., P.181.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: إذا كانت دعوى الإلغاء قد جاءت لحماية الغير فهل هذا معناه بأنه لا يمكن للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء من أجل مخاصمة قرار إداري منفصل؟ اتجه معظم الفقه إلى أن المتعاقد، لا يمكنه اللجوء إلى قاضي الإلغاء لأنه يملك إمكانية اللجوء إلى قاضي العقود في إطار القضاء الكامل¹.

4- الآثار المترتبة عن دعوى الإلغاء في مجال إبرام العقود الإدارية

وستنظر فيمالي إلى الآثار الناجمة عن إلغاء القرار الإداري المنفصل من عدة جوانب .

1.4- في مواجهة العقد

الأصل أن إلغاء القرار الإداري المنفصل ليس له أي أثر في مواجهة العقد، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية مارتين، بل وذهب محافظ الدولة روميو إلى حد إعطائه الوصف الأفلاطوني للدلالة على مجرد الحكم المتضمن إلغاء القرار الإداري المنفصل من أي تأثير على العقد، معتبرا بأن الفائدة منه تكمن في تطبيق القانون بالإضافة إلى عدم غلق الباب أمام المواطنين وكذا معاقبة عدم المشروعية، كما اعتبره طريقا إنارة الرأي العان والوقاية من العودة إلى الممارسات المعاقب عليها².

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن إلغاء القرار الإداري المنفصل ليس له أي أثر في مواجهة العقد، منطلقا من قاعدة عامة مفادها ان العقد شريعة المتعاقدين³.

وعليه نخلص في الأخير بأن دعوى الإلغاء التي يتم رفعها ضد القرار الإداري المنفصل ليس لها أي نتيجة سوى إلغاء القرار⁴.

وهذا أمر طبيعي لأنه مرتبط بالنتائج المترتبة عن دعوى الإلغاء، لأن سلطة قاضي الإلغاء محدودة جدا مقارنة بسلطاته في إطار القضاء الكامل.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.178.

2- Frédéric Rolin, Op.cit.

3- Catherine Bergeal- Frédéric Lénica, Op.cit., P.40.

4- Wilfried Kloepfler, « Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle », AJDA, N°12, 31Mars2003, P.585.

2.4- في مواجهة دعوى التعويض

في حالة ما إذا قام القاضي بإلغاء القرار الإداري المنفصل، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يمكن لأحد أطراف العقد أن يرفع دعوى تعويض على أساس القرار الإداري المنفصل الذي تم إلغاءه من طرف القاضي الإداري، وهل يصل الحد إلى إمكانية فسخ العقد؟¹

أجاب عن هذا السؤال مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة فصله في قضية يخت نادي بورماليموز (Yatch-Club de Bormes-les-Mimosas)، حيث اعتبر أنه على القاضي أن يثير تلقائياً النتائج المترتبة عن إلغاء القرار الإداري المنفصل من طرف قاضي تجاوز السلطة اتجاه صحة العقد.²

3.4- في مواجهة القاضي العادي

يظهر هذا الأثر من خلال ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية الزوجين لوباز Lopez، بتاريخ 07 أكتوبر 1994، حيث أنه وبالرغم من أن العقد محل النزاع يدخل ضمن عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص، إلا أن القاضي الإداري لم يتوانى عن إصدار أمر للبلدية بأن ترفع دعوى أمام قاضي العقود (القاضي المدني أو التجاري) من أجل تقرير البطلان تحت طائلة الغرامة التهديدية.³

وينطبق هذا الأثر أيضاً على القاضي الإداري، ونذكر في هذا السياق حالة ما إذا كان القرار المنفصل الملغى هو القرار الصادر عن لجنة طلب العروض المتضمن منح الصفقة أو المداولة التي تتضمن الترخيص بإبرام الصفقة.⁴

4.4- في مواجهة اتفاقية تفويض المرفق العام

إن النتائج المترتبة عن إلغاء قرار إداري منفصل في مواجهة اتفاقية تفويض المرفق العام مرتبطة بصفة أساسية بعنصرين متمثلين في صفة المدعي وطبيعة القرار الذي تم إلغاؤه، فبالنسبة لهذا

¹ - Frédéric Rolin, *Op.cit.*

² - Catherine Bergeal- Frédéric Lénica, *Op.cit.*, P.41.

³ - Wilfried Kloepfler, *Op.cit.*

⁴ - Catherine Bergeal- Frédéric Lénica, *Op.cit.*, P.42.

الأخير يوجد قرارات إدارية منفصلة يؤدي إلغائها إلى فسخ الاتفاقية، وفي مقابل ذلك يوجد قرارات منفصلة لا يؤدي إلغائها إلى ترتيب أي أثر على سريان اتفاقية تفويض المرفق العام¹.

5.4- في مواجهة القرار في حد ذاته

إن إلغاء القرار الإداري المنفصل يؤدي إلى اعتباره كأن لم يكن².

5- صور القرارات الإدارية المنفصلة

نعلم أن القرار الإداري محل دعوى الإلغاء يجب أن يتمتع بكافة مقومات القرار الإداري المتمثلة في الطبيعة القانونية والإدارية والانفرادية والتقريرية، هذه الأخيرة نقصد بها أن القرار الإداري يجب أن يلحق أذى بذاته بمعنى يؤثر في المركز القانوني للمخاطب به بصفة سلبية، وهو الأمر الذي يشترط أيضا لقبول دعوى الإلغاء المرفوعة ضد القرار الإداري المنفصل عن العقد .

ولذلك رفض مجلس الدولة قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار الإعلان عن طلب العروض بصفته يفتقد للعنصر التقريري، وذلك في قضية المجلس الجهوي لنقابة المهندسين، بتاريخ 10 ماي 1996³، حيث اعتبر من خلالها أن الإعلان عن الصفقة هو وسيلة لإظهار إرادة الإدارة للتعاقد فهو يتمتع فقط بالصفة التحضيرية (التمهيدية).

وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 18 جوان 1994 قامت بلدية غينياك لا نارت -Ghgnac-La-Nerthe، بالإعلان عن طلب عروض من أجل إنشاء وإنجاز قاعة للرياضة، فقام المجلس الجهوي لنقابة المهندسين برفع دعوى إلغاء ضد الإعلان، فاعتبر مجلس الدولة بأن الإعلان هو: "وسيلة لإظهار إرادة البلدية في إبرام الصفقة وهو ذو طابع تحضيرية، وبالتالي فلا يمكن أن يعتبر إجراء يلحق أذى بذاته"⁴.

في مقابل ذلك فإنه من بين القرارات المنفصلة التي قبل القاضي الإداري إلغائها:

- المداولات الصادرة عن هيئات المداولة المحلية.

¹-Christophe Aranjo, « Les conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur la convention de délégation de service public », AJDA, 2009 , P.300.

²- Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, Op.cit., P.195.

³-Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, Op.cit,P.181.

⁴-CE, 10Mai 1996, Conseil régional de l'ordre des architectes de la région Provence-Alpes-Côte-D'azur , N°162856.

- القرار الصادر عن لجنة طلب العروض .
- القرار المتضمن الترخيص المسبق.
- القرار المتضمن رفض إبرام الصفقة¹.

ثانيا: دعوى التعويض

يمكن للمترشح الذي تم استبعاده بطريقة غير قانونية من الصفقة أن يطلب تعويضه عن الضرر اللاحق به بسبب تصرف الإدارة.²

وفي مقابل ذلك فإن المتعاقد يمكن له أيضا طلب التعويض.

1-تعويض المترشح

سعى إلى حماية المترشح الذي تم استبعاده بصفة غير مشروعة من العقد أو حتى الأشخاص الذين لم يتمكنوا من تقديم عروضهم نتيجة لتعسف من الإدارة قرر القضاء أن هؤلاء لهم الحق في الحصول على التعويض بسبب الضرر اللاحق بهم، لكن تعويض الضرر في هذه الحالة يتم وفق شروط وضعها القضاء الإداري وتتمثل في:

1.1- الخطأ

ويتمثل في مخالفة المصلحة المتعاقدة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا أحكام قانون المنافسة³.

أما عبء إثبات الخطأ فقد قضى مجلس قضاء الاتحاد الأوروبي في قراره الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 2010 في قضية Stadt Gaz بأن المترشح الذي تم استبعاده غير ملزم بإثبات الخطأ المرتكب من طرف المصلحة المتعاقدة لأن النصوص القانونية تقضي بأن كل مخالفة لقانون الصفقات العمومية تلزم التعويض بغض النظر عن طبيعة المخالفة⁴.

¹-Laurent Richer, Op.cit., P.181.

² - Florian Linditch, « Contentieux des contrats et marchés publics », Jurisclasseur Contrats et marchés publics, 05 Novembre 2017, Fasc. N°08.

³- Jean-François Brisson, « Responsabilité en matière contractuelle et quasi contractuelle »,Jurisclasseur Administratif, Fasc.854,22 Novembre 2016, N°62.

⁴ - Jean-François Brisson, « Responsabilité en matière contractuelle et quasi contractuelle », Op.Cit.

2.1-الضرر

وهو الضرر الناتج عن تفويت فرصة الفوز بالصفقة، وهنا ميز القضاء بين انعدام الفرصة والفرصة غير الجدية والفرصة الجدية ، فبالنسبة للحالة الأولى فقد قضى القضاء الإداري بأنه حتى ولو كانت عدم المشروعية محققة فلا تقوم مسؤولية الإدارة لأنها حتى لو لم تخالف القانون فإنها سوف لن تفوز بالصفقة، أما الحالة الثانية فتقوم بموجبها المسؤولية لكنها تستلزم فقط التعويض عن مصاريف الترشح وهو ما قضى به مجلس الدولة بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 23 مارس 1994، في قضية SIVU، وتلخص وقائعها في أن نقابة ما بين البلديات قامت بالإعلان عن مسابقة في إطار صفقة دراسة وإنجاز Golf de Cognac، ونص التنظيم الخاص بالمسابقة على أنه لا يمكن المشاركة في المرحلة الثانية منها إلا المترشحون الذين تم انتقائهم من طرف اللجنة، لكن بتاريخ 03 أكتوبر 1985 اختارت اللجنة ثلاثة مترشحين من أجل اجتياز المرحلة الثانية بالرغم من أنهم قد تم استبعادهم في المرحلة الأولى، وبعد ذلك تم الإعلان عن منح الصفقة لصالح إحدى الشركات التي تم استبعادها في المرحلة الأولى، وعلى إثر ذلك قامت شركة Golf-consultation، برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية لبواتي Poitiers ، طالبت من خلالها بإلغاء القرار الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1985، مع إلزام النقابة بتعويضها عن الضرر الناتج عن قرارها غير المشروع، فاستجابت المحكمة لطلباتها، فقامت النقابة باستئناف الحكم أمام مجلس الدولة، فكان على هذا الأخير أن يفصل في مسألتين، الأولى تتعلق بشرعية القرار الإداري المنفصل، أما الثانية فتتعلق بالتعويض عن الضرر، فأعتبر بأن القرار الإداري المتضمن منح الصفقة هو قرار غير شرعي وأيد ما ذهب إليه المحكمة، أما فيما يتعلق بالتعويض فقد اعتبر مجلس الدولة بأن الشركة تم قبولها في المرحلة الأولى من المسابقة وبالتالي لم يتم حرمانها بصفة كلية من فرصة الفوز بالصفقة، وعليه قضى بتعويضها فقط عن مصاريف الترشح ورفض تعويضها عن تفويت فرصة الفوز بالصفقة.¹

وبالنسبة للحالة الثالثة فتكمن في إثبات المترشح أنه كان بوضعية جيدة تمكنه من الفوز بالصفقة، وفي هذه الحالة يتم تعويض المترشح عن تفويت فرصة الفوز بالصفقة إضافة إلى الأرباح التي كان يتوقع الحصول عليها، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته نذكر منها قراره الصادر في قضية بلدية بانيول سير كاز Bagnols-sur-Céze، وتلخص وقائعها في أن البلدية

¹- Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, Op.cit., P.198.

قامت بالإعلان عن طلب عروض من أجل منح امتياز المرفق العام للجناز، فتلقت على إثر ذلك لجنة فتح العروض عرضين أحدهما تم تقديمه من طرف شركة ألفا Alpha-Ambulances، والثاني من طرف مؤسسة لآبار La berre، فأعلنت اللجنة عن منح الامتياز للمترشح الذي قدم أحسن عرض اقتصادي بالرغم من أن مؤسسة لآبار La berre، كان عرضها أعلى مقارنة بالمتنافس الآخر، وبالاتماد على الاختيار الذي توصلت إليه اللجنة، قام مجلس البلدية بإصدار مداولة تتضمن الترخيص لرئيس البلدية بإبرام اتفاقية الامتياز مع مؤسسة لآبار La berre، الأمر الذي أدى بالمتنافس الثاني إلى اللجوء إلى القضاء الإداري، فاعتبر مجلس الدولة بأن المداولة تشوبها عدم المشروعية، مما ينتج عنه قيام مسؤولية البلدية، واعتبر بأن الشركة كان لديها فرصة جدية للفوز بالعقد¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن القضاء الحديث أصبح لا يفرق بين الفرصة الجدية وغير

الجدية²

2- تعويض المتعاقد

في حالة إبطال العقد أو تنفيذ الخدمات في غياب العقد أو التأخر في إبرام العقد أو رفض إبرامه فإن هذه الحالات تمن شأنها أن تلحق ضرراً بالمتعاقد³، ومن ثمة فهو يستحق التعويض، وهو ما قضى به مجلس الدولة من خلال قراره المبدئي الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1995، قضية بلدية سان تروبي Saint-Tropez، وجاء في حيثياته حول استحقاق المتعاقد للتعويض: " في حالة بطلان العقد فإن المقاول لديه الحق في طلب رد المبالغ التي صرفها لصالح الهيئة المتعاقد معها، وفي حالة ما إذا كان البطلان ناتج عن خطأ من الإدارة، فإن المقاول يمكنه أن يطلب زيادة على ذلك تعويضه عن الضرر الناتج عن هذا الخطأ، في حالة ما إذا كان استرداد المصاريف الضرورية لا يضمن له الحصول على مبلغ أكبر من ذلك الذي كان سوف يحصل عليه لو تم تطبيق بنود العقد " .

ويمكن القول أنه من خلال الحل الذي توصل إليه مجلس الدولة، أنه قد جمع بين نظرية الإثراء

بلا سبب والمسؤولية بدون خطأ⁴ .

¹- Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, Op.cit.,P.200.

²- Ibid.,P.200.

³- Jean-François Brisson , « Responsabilité en matière contractuelle et quasi contractuelle »,Op.Cit.,N°43.

⁴-Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, Op.cit., P.201.

لقد سبق للقضاء الإداري بالجزائر بأن قبل تعويض أحد المترشحين للصفقة، الذي تم استبعاد عرضه، وذلك في القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 15 جوان 2004، قضية بلدية العلمة ضد (ع.ه)¹.

الفرع الثاني: الدعاوى الاستعجالية

استحدث المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطات جديدة للقاضي الإداري، وهي سلطات يكون محركها الرئيسي هو الاستعجال، وتتربع قائمة هذه السلطات، سلطة وقف القرار الإداري، وتليها سلطة اتخاذ كافة التدابير الأساسية من أجل المحافظة على الحريات الأساسية، إلى جانب اتخاذ التدابير التحفظية، هذه السلطات في مجال الدعاوى الاستعجالية الإدارية قد جاءت عامة، لكن يقابلها سلطات في مجالات أخرى أكثر تحديدا وهي الخاصة بالمادة الضريبية، وتلك المتعلقة بإبرام العقود الإدارية محل دراستنا.

وبما أن الدعاوى الاستعجالية العامة غير محددة بمجال معين فإنه يترتب عن ذلك أن إبرام العقود الإدارية قد تكون محلا لها، غير أن السؤال الذي يطرح هو: هل تحقق هذه الدعاوى نفس نتائج الدعاوى الاستعجالية قبل التعاقدية أم أنها تكون مكتملة لها فقط؟

هذا السؤال سنحاول الإجابة عنه من خلال التطرق لكل دعوى على حدى:

أولا: استعجال الوقف

انطلاقا من مبدأ معروف في الإجراءات الإدارية والمتمثل في الدعاوى المرفوعة ليس لها أي أقر موقف لنفاذ القرار الإداري ما عدا الحالات التي أقر المشرع فيها الوقف بقوة القانون أو عندما تأمر الجهة القضائية بايقاف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره بموجب دعوى؟

إن مبدأ الأثر غير الموقوف للطعن يأتي إلى جانب مبدأ آخر يتمثل في الطابع التنفيذي للقرارات الإدارية، الذي يعتبر قاعدة أساسية في القانون العام، يعود إلى قضية إيغلو Huglo، الصادر بتاريخ 02 جويلية 1982.

¹ - مجلس الدولة، بتاريخ 15/06/2004، رقم 14637، قضية بلدية العلمة ضد (ع.ه)، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، ص.132.

إذن وتطبيقا لهذه المبادئ فإن دعوى الإلغاء التي يتم رفعها ضد القرارات القابلة للانفصال لا يترتب عنها شل هذه القرارات.¹

ونظرا للمدة التي تستغرقها دعوى الإلغاء فإن القاضي عندما يصدر حكمه بشأنها فإن العقد محل النزاع قد يتم إبرامه، فتصبح الدعوى بدون موضوع .

نتيجة لذلك كان من اللازم وضع ميكانيزمات بهدف الحد من الآثار الخطيرة المترتبة عن الأثر غير الموقف للطعن، ومن بين هذه الميكانيزمات يوجد ما يطلق عليه باستعجال الوقف² .

وفيمايلي سنتطرق أولا إلى تعريف استعجال الوقف، ثانيا لشروط استعجال الوقف، ثم في الأخير سنحاول المقارنة بين استعجال الوقف واستعجال ما قبل التعاقد .

1-تعريف استعجال الوقف

يقصد باستعجال الوقف الدعوى التي ينتج عنها وضع حد لنفاذ القرار الإداري لفترة مؤقتة،

2-شروط استعجال الوقف

لقبول الدعوى الاستعجالية المتعلقة بوقف تنفيذ القرارات الإدارية يجب توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية محددة بموجب القانون .

فالشروط الشكلية، تتمثل في: رفع دعوى في الموضوع والقرار الإداري

أما الشروط الموضوعية، فتتمثل في شرط الاستعجال وشرط الشك الجدي حول مشروعية القرار محل الدعوى .

1.2-الشروط الشكلية

تتمثل الشروط الشكلية التي يجب توافرها في دعوى وقف تنفيذ قرار إداري أمام القاضي الاستعجالي في إلزامية رفع دعوى في الموضوع وكذا شرط القرار الإداري.

¹ - Olivier Guézou, « Recours pour excès de pouvoir-Référé suspension », Droit des marchés publics et contrats spéciaux, Tome02 , N°6261.

² - Ibid.

1.1.2- دعوى في الموضوع

يشترط المشرع من أجل قبول الدعوى الاستعجالية الرامية لوقف تنفيذ قرار إداري رفع دعوى إلغاء وفي هذه الحالة نتصور أن يتم رفع دعوى الإلغاء ضد أحد القرارات الإدارية المنفصلة، ويتم ارفاق عريضة وقف التنفيذ بعريضة دعوى الإلغاء من أجل قبول الدعوى شكلا.

2.1.2- شرط القرار الإداري

يشترط لقبول الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ القرار الإداري أن تكون مرفوعة ضد قرار إداري ولو بالرفض وهو ما نصت عليه المادة 919 ق.إ.م.إ، والقرار الإداري محل هذه الدعوى يجب أن يتمتع بكافة عناصر القرار الإداري ولو تم رفض الدعوى .

وعليه لا يمكن رفع دعوى استعجال الوقف ضد الإعلان عن طلب العروض لأنه يعد من قبيل الأعمال التحضيرية .

ومن بين القرارات التي قبل القضاء وقف تنفيذها في مجال إبرام العقود الإدارية نذكر:

*القرارات المتضمنة استبعاد ترشح أو عرض إحدى المؤسسات.

*القرار المتضمن منح إنجاز أشغال صفقة عمومية لأحدى المؤسسات بعد الفسخ التعسفي للصفقة الأصلية.¹

*القرار الصادر من طرف لجنة طلب العروض المتضمن اختيار أحد المترشحين²، لكن هذا لا ينطبق على النظام القضائي في الجزائر لأن لجنة فتح الأظرفة تصدر مجرد رأي.

لكن في مقابل ذلك هناك من القرارات التي تطرح إشكالا ويتعلق الأمر بالقرارات التي تنفذ جزئيا، حيث ان دعوى استعجال الوقف تشترط ألا يكون القرار محل طلب الوقف قد تم تنفيذه وإلا تعتبر دعوى بدون موضوع، والقضاء الإداري يعتبر أن امضاء العقد يشكل النفذ الكلي لجميع الأعمال المتخذة أثناء مرحلة إبرام العقد³.

¹- Olivier Guézou, « Recours pour excès de pouvoir-Référé suspension », Op.cit., Act.Juillet2017,N°626-2.

²-Catherine Bergeal-Frédéric Lénica ,Op.cit. , P.45.

³- Olivier Guézou, « Recours pour excès de pouvoir-Référé suspension »,Op.Cit.

2.2- الشروط الموضوعية

من استقراء نص المادة 919 من ق.إ.م.إ نجد أن الشروط الموضوعية الواجب توافرها في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري أمام القاضي الاستعجالي في شرط الاستعجال وشرط الشك الجدي حول مشروعية القرار الإداري.

1.2.2- شرط الاستعجال

حسب اجتهاد لمجلس الدولة الفرنسي فإن شرط الاستعجال يعتبر غير متوافر إذا تم إمضاء العقد ويتم رفض الدعوى¹.

2.2.2- شرط الشك الجدي حول مشروعية القرار

ويقصد به أن يتكون في ذهن القاضي من خلال فحص وثائق الدعوى المرتبطة على الخصوص بدعوى الإلغاء بأن القرار محل الدعوى غير مشروع سواء لأنه مشوب بأحد العيوب الخارجية: عدم الاختصاص، عيب الشكل والإجراءات أو العيوب الداخلية المتمثلة في عيب الانحراف بالسلطة أو عيب السبب أو عيب مخالفة القانون.

3- مقارنة استعجال الوقف واستعجال ما قبل التعاقد

يظهر الفرق بين الدعوى الاستعجالية التي يكون محلها وقف تنفيذ قرار إداري والدعوى الاستعجالية التي تسبق التعاقد في مادة إبرام العقود الإدارية من خلال مايلي:

1.3- من حيث محل الدعوى

تعتبر الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد أوسع من الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ قرار إداري لأن هذه الأخيرة لا تكون فقط إلا ضد القرارات الإدارية فلا تشمل الأعمال التحضيرية².

2.3- من حيث السلطات

تعتبر سلطات قاضي استعجال الوقف أقل من تلك التي يتمتع قاضي استعجال قبل التعاقد، فالأول يملك فقط سلطة وقف تنفيذ القرار أما الثاني فسلطته جد واسعة فهو يملك أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد ويملك إصدار أمر للإدارة للامتثال لالتزاماتها.

¹- Nicolas Cros-Xavier Boissy, **Les litiges des marchés publics**, Edition Berger-Levrault , Paris, 2010, P.88.

²- Olivier Guézou ,« Recours pour excès de pouvoir-Référé suspension »,Op.Cit.

3.3- من حيث وسائل الدفاع

في بعض الأحيان قد تحقق الدعوى المرفوعة أمام قاضي استعجال الوقف فعالية أكبر من تلك المرفوعة أمام قاضي استعجال قبل التعاقد، والسبب في ذلك يكمن في الوسائل المثارة في إطار استعجال الوقف، حيث تعتبر ذات نطاق أوسع مقارنة مع استعجال قبل التعاقد، وهي تتدرج ضمن الوجه المتعلق بالشك الجدي حول مشروعية القرار، هذا الأخير يمكن أن يثار بمناسبة: عدم اختصاص السلطة مصدرة القرار أو عدم احترام قانون المنافسة...، فهذه الوسائل لا يمكن إثارتها أمام قاضي استعجال قبل التعاقد، حيث تتحدد سلطته لمعاقبة الاخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة¹.

ثانياً: استعجال الحريات

وهي الدعوى المنصوص عليها بمقتضى المادة 920 ق.إ.م.إ، ويطلق عليها أيضاً استعجال الأوامر.²

من خلال هذه الدعوى يتدخل القاضي من أجل اتخاذ كل التدابير الضرورية لحماية الحريات الأساسية من الإنتهاك وغير المشروع الصادر من طرف الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطتها.

وتتميز هذه الدعوى بالسرعة لأن القاضي يفصل فيها في مهلة 48 ساعة من تاريخ تسجيل الطلب المتضمن وقف تنفيذ قرار إداري وحماية حرية أساسية.

غير أن صعوبة هذه الدعوى تظهر في عدم تحديد الحريات الأساسية محل تدخل القاضي بموجب نص، وعدم وجود تعريف دقيق لها، وهو ما جعل الفقه يعتبر حرية أساسية تلك التي اعترف لها القاضي بهذه الصفة³.

وفي مادة الطلبات العمومية نجد أن حرية الصناعة والتجارة من الحريات المعترف بها من طرف القاضي، حيث سبق لمجلس الدولة الجزائري أن أكد ذلك بموجب قراره الصادر بتاريخ 24 أفريل 2000، في قضية محافظ بنك الجزائر ضد يونين بنك، وجاء في حيثياته حول هذه الحرية: "إن

¹ - Catherine Bergeal-Frédéric Lénica, **Op.cit.**, P.P.45-46.

² - Yan Laidié, « Procédures d'urgence », AJDA, 2001, P.783.

³ - Juliette Gaté, « Emprise irrégulière, voie de fait et référé liberté », AJDA, 2005, P.1409.

رئيس مجلس الدولة عندما لاحظ المساس غير المسبب بالنشاط اليومي ليونين بنك قد حافظ على الحرية الأساسية للتجارة والصناعة كما ينص عليه الدستور في مادته 37 إن المساس بحرية أساسية مضمونة من طرف الدستور بقرار غير مسبب وبالتالي مخالف للمبادئ العامة".¹

إذن في حالة ما إذا تم انتهاك حرية التجارة والصناعة من طرف الأشخاص المعنوية العامة والهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص القاضي الإداري وذلك أثناء ممارسة سلطتها أي أثناء إبرام العقد الإداري انتهاكا خطيرا وغير مشروع فإن القاضي الاستعجالي يملك في إطار دعوى وقف التنفيذ التي يكون محلها أيضا حماية حرية أساسية أن يتخذ أي تدبير يراه ضروريا لحماية هذه الحرية وذلك خلال أجل 48 ساعة من تاريخ تسجيل العريضة.

وإن كان قاضي الحريات لا يملك إلغاء إجراءات إبرام العقد فإنه في مقابل ذلك يملك إصدار أمر يتضمن التوقيف المؤقت للإجراءات كما يملك أمر الإدارة اتخاذ أي قرار من شأنه وقف حالة التعدي.²

غير أن هذا التدبير يبقى مؤقتا وبالتالي لا يرتقي إلى الآثار الناتجة عن استعجال المنافسة، كما أنه يشترط أن يكون الانتهاك خطيرا وفي هذه الحالة يعود للقاضي تقدير درجة الجسامة التي تستدعي تدخله أما الاخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والتي تكون محلا لتدخل القاضي الاستعجالي حسب نص المادة 946 ق.إ.م.إ فإنها لا تشترط أي درجة من الجسامة أو الخطورة لوضع حد لها بل يكفي أن يكون هناك إخلال، كما أن هذا الأخير غير مرتبط بشرط رفع دعوى في الموضوع في حين أن الدعوى الاستعجالية لحماية الحريات الأساسية يشترط لقبولها دعوى في الموضوع.

وبالتالي نلاحظ أن الطريقة الأسهل والأفضل أمام المترشحين هي الدعوى الاستعجالية الخاصة بالمنافسة.

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2000/04/24، قضية محافظ بنك الجزائر ضد يونين بنك، ملف رقم 1496.

² - Samuel Couvreur, « Le référé liberté a-t-il une utilité en matière contractuelle ? », Contrats publics, N°132, Mai 2013, P.59.

ثالثا: الاستعجال التحفظي

ويطلق عليه أيضا استعجال التدابير التحفظية، منصوص عليه بموجب المادة 921 ق.إ.م: "في حالة الاستعجال القصوى يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية الأخرى دون عرقلة تنفيذ أي قرار إداري بموجب أمر على عريضة ولو في غياب القرار الإداري المسبق".

وتتعلق هذه الدعوى على الخصوص بتبليغ الوثائق الإدارية¹، إلى جانب تدابير ضرورية أخرى يمكن الأمر بها في إطار هذه الدعوى بشرط عدم المساس بالصيغة التنفيذية للقرار الإداري، وتظهر سهولة هذه الدعوى من خلال عدم اشتراطها دعوى في الموضوع من جهة ومن جهة أخرى الشكل الذي يصدر به التدبير والذي حددته المادة بأمر على عريضة.

نتيجة لذلك فإن السؤال الذي يطرح في هذا السياق هو هل يمكن لهذه الدعوى أن تحقق فائدة مرجوة في مادة إبرام العقود الإدارية؟

تظهر فائدة هذه الدعوى في أنها تكمل باقي دعاوي التي يتم رفعها في إطار العقود الإدارية بصفة عامة وفي إطار إبرامها بصفة خاصة.

فكما قلنا أعلاه أن من بين التدابير التي يتخذها القاضي في حالة الاستعجال القصوى هو تمكين المدعي من الإطلاع على الوثائق الإدارية، وبالتالي يمكن للمترشح أن يرفع طلبا بناء على المادة 921 ق.إ.م.إ، يتضمن تمكينه من المعلومات التي يكون بحاجة إليها من أجل أن يرفع الدعوى الاستعجالية التي تسبق إبرام العقد الإداري.

لكن في مقابل ذلك فإن مقام المترشح الذي تم استبعاده برفع هذه الدعوى بعد تسجيل الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية فإن القاضي ينتهي برفض دعوى التدابير التحفظية لأن التدبير المطلوب في هذه الحالة يفتقد لأهم عنصر من عناصر الاستعجال التحفظي ألا وهو عنصر الضرورة، ونفس الشيء يطبق في حالة تسجيل الدعويين في وقت واحد.²

¹ - Frédéric Colin, Marie-Laure Messe, L essentiel du contentieux administratif, 4ème édition, Gualino, Paris, 2018, P.13.

² - Maeva Guillern, « Les référés mesures utiles en matière contractuelle », Contrats Publics, N°132, Mai 2013, P.52.

المطلب الثاني: السلطات الممنوحة لهيئات الضبط الاقتصادية

يطلق عليها السلطات الإدارية المستقلة وهي هيئات وطنية تتمتع بالاستقلالية العضوية والوظيفية فهي لا تخضع للسلطتين التشريعية والتنفيذية لكنها في مقابل ذلك فهي تخضع للرقابة القضائية.¹

تتمتع هذه الهيئات بصلاحيات جد واسعة تتميز بالطابع القمعي، دورها ضبط القطاعات الحيوية في الدولة خاصة منها القطاع الاقتصادي.²

وبما أن موضوع دراستنا يتمحور حول إبرام العقود الإدارية فسنتناول في هذا المطلب السلطات الإدارية المستقلة التي تتدخل في مادة العقود الإدارية والتي تتمثل في مجلس المنافسة (الفرع الأول) والسلطة المستحدثة بموجب قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المرسوم 247/15) المتمثلة في سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مجلس المنافسة

تولد عن انفتاح الجزائر نحو اقتصاد السوق تهيئة القطاع الاقتصادي لسيادة المنافسة، الأمر الذي نتج عنه إنشاء سلطة إدارية مستقلة تسهر على تحقيق هذه السيادة، تمثلت هذه السلطة في مجلس المنافسة الذي تم إنشائه بموجب الأمر رقم 08/95 المؤرخ في 05 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة وتم تنصيبه بتاريخ 30 أوت 1995، يتمتع بسلطات جد واسعة تجعل منه الهيئة المركزية لمراقبة المنافسة.³

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هل يمكن لمجلس المنافسة أن يحقق نفس نتائج الدعوى الاستعجالية التي يتم رفع قبل إبرام العقد الإداري وهل يملك قاضي المنافسة نفس سلطات القاضي الاستعجالي الذي يتدخل أثناء إبرام العقد الإداري؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتحدد بالنظر إلى سلطات قاضي المنافسة في هذا المجال.

¹ - عيساوي عز الدين، "الهيئات الإدارية المستقلة في مواجهة الدستور"، الملتقى الوطني حول: سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 23 و 24 ماي 2007، ص.24.

² - المرجع نفسه.

³ - Dennai Abd El Majid, « Concurrence et régulation en Algérie », Acte de la journée d'étude: La concurrence et la régulation du marché, Conseil de la concurrence, Alger, 10 Mai 2018, P.05.

تتنوع وتتعدد السلطات التي يتمتع بها قاضي المنافسة في مواجهة الممارسات المنافسة للمنافسة غير أن العقوبات تبقى أهمها، وبالرجوع إلى قانون المنافسة المعدل والمتمم نجد بأن هذه العقوبات تتباين ما بين الممارسات المقيدة للمنافسة وبين عمليات التجميع¹.

غير أنه تجدر الإشارة في هذا السياق بأن مجلس المنافسة في الجزائر ومنذ تاريخ إعادة تفعيله بجانفي 2013 لم يمارس سلطته العقابية ماعدا في حالات قليلة جدا وهو ما انعكس سلبا على سلطته الضبطية.²

لكن لا يمكن أن ترقى جميع سلطات قاضي المنافسة إلى سلطات القاضي الاستعجالي لأن الأولى تصدر في مواجهة أطراف العقد أما الثانية فهي أشمل من ذلك لأنها تمس بشكل مباشر العقد الإداري.

الفرع الثاني: سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

لم تعرف هذه السلطة وجودا ضمن خانة السلطات الإدارية المستقلة إلا في 2015 تاريخ صدور التنظيم الخاص بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك بموجب المادة 213 منه، ومن خلال استقراء نص المادة يتضح بأن سلطات هذه الهيئة لا ترقى أن تكون قمعية عقابية ولا ترقى للمساس بسيرورة العقد الإداري، خاصة وأنه في الجانب الخاص بالمنازعات فإن دورها لا يظهر إلا في حالة تنفيذ الصفقة مع الأجانب أي أن مرحلة الإبرام تنفلت من رقابتها وهو ما يظهر من خلال نص المادة: "...البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب".

أما فيما يتعلق بمرحلة الإبرام فإن دورها يقتصر على التدقيق: "التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة".

¹ - بوحلايس إلهام، (الإختصاص في مجال المنافسة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2004-2005، ص.67.

2 - Mourad Medjnah, « Le rôle du conseil de la concurrence: quelles perspectives d'avenir ? », Acte du seminaire sur le programme de conformité aux regles de la concurrence, Conseil de la concurrence, Alger, 20 Decembre 2016, P.03.

وفي انتظار تنصيب هذه الهيئة وصدور التنظيمات الخاصة بها يبقى الجرم حول صلاحيتها في مجال إبرام العقود الإدارية غير نهائي.

المبحث الثاني: نطاق سلطات القاضي الاستعجالي أثناء إبرام العقود الإدارية

يتمتع القاضي الاستعجالي قبل التعاقد بسلطات جد واسعة أثناء إبرام العقود الإدارية (المطلب الأول) غير أن هذه السلطات ليست على إطلاقها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطات القاضي

يملك القاضي سلطات جد واسعة، فهو يملك سلطة أمر الشخص المعنوي العام إعادة إجراءات الإبرام إما بصفة كلية أو جزئية، إعادة إدماج المترشح المستبعد، إجراء طلب عروض جديد، سحب معيار غير مشروع تضمنته أحكام الاستشارة، إلغاء شروط العقد، إلغاء أحد إجراءات الإبرام أوجميعها، تأجيل إبرام العقد لمدة أقصاها عشرون يوما.¹

الفرع الأول: خصائص سلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقد

يتميز القاضي الاستعجالي الذي يتدخل أثناء إبرام العقود الإدارية بعدة خصائص تميزه عن باقي القضاة المشكلين للجهاز القضائي الإداري.

أولا: القاضي الاستعجالي قبل التعاقد غير مألوف

ويظهر ذلك من خلال ترسانة السلطات التي تم وضعها في يد القاضي الاستعجالي قبل التعاقد، وهي سلطات لم يسبق إقرارها، حيث أنها خلطت الموازين في كفة المنازعات القضائية الاستعجالية في المادة الإدارية بصفة خاصة، وفي إطار المنازعات القضائية الإدارية الكلاسيكية بصفة عامة، حيث أن قاضي استعجال قبل التعاقد وإن كان يملك اتخاذ التدابير المؤقتة وبالخصوص التدابير التحفظية، والتي تقتضي توجيه أوامر إلى المصلحة المتعاقدة، وهي سلطات تقليدية تشترك فيها كل الدعاوى الاستعجالية الأخرى، غير أنه في مقابل ذلك، فهو يملك اتخاذ تدابير نهائية فهو يملك سلطة وضع حد لبعض القرارات إما عن طريق الإلغاء أو حتى الحذف.²

¹ - Philippe Nugue, « Commande publique et risque contentieux en 2009-Entre ouverture et fermeture des voix de recours, Un contentieux Schizophrène », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales, N°48, 24 Novembre 2008, P.2266, N°04.

² - Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Editions Moniteur, 2015, P.97.

وهذه السلطات غير المألوفة المتمثلة في الإلغاء والحذف لم يأخذ بها المشرع الجزائري بعد فلازال القاضي الاستعجالي في الجزائر كلاسيكيا وربما الأمر يعود إلى حدائته فهو لم يتم استحداثه إلا بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية في سنة 2008، بل يمكن الجزم في هذا المقام أنه لم يمارس حتى السلطات الكلاسيكية.

ثانيا: شمولية قضاء الاستعجال قبل التعاقد

إن الرقابة التي يمارسها القاضي الاستعجالي من أجل ضمان احترام الإدارة لالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية يدخل ضمن القضاء الكامل،¹ ومن الصلاحيات التي تتدرج تحت رقابته نذكر:

- أن القاضي الاستعجالي يقرر مشروعية إجراء إبرام العقد في تاريخ النطق بالأمر وليس في تاريخ رفع الدعوى .
- أن القاضي الاستعجالي يملك اتخاذ جميع السلطات المخولة له دون التقيد بطلبات المدعي .
- أن القاضي الاستعجالي يملك سلطة اتخاذ أحد التدابير من تلقاء نفسه².
- أن القاضي يملك سلطة اتخاذ التدبير المناسب في الدعوى المعروضة أمامه دون أن يأخذ بعين الاعتبار التدبير المطلوب في عريضة المدعي³، حيث أن قاضي الاستعجال قبل التعاقد بإمكانه مخالفة قاعدة: لا يحكم القاضي بأكثر مما طلب منه، وهو ما يحدث عندما يطلب المدعي تدبير معين مثل تأجيل إمضاء العقد، ولكن القاضي في مقابل ذلك يقوم باتخاذ تدبير آخر وهو ما يعكس الحرية التي يتمتع بها القاضي الاستعجالي في مجال إبرام العقود الإدارية، وهذه السلطة يمكن إدراجها أيضا ضمن السلطات غير المألوفة التي يتمتع بها قاضي استعجال قبل التعاقد، مقارنة بالقضاء العادي، لكن يشترط في هذه الحالة اعلام الخصوم من أجل تقديم دفاعهم وملاحظاتهم

¹- Daniel Giltard, « Référé: Contrats de la commande publique », Op.cit., N°39.

²- Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.cit.,P.98.

³- Christophe Cantié, « Marchés publics: Règlement juridictionnel des litiges », JurisClasseur Collectivités territoriales, Fasc.782, 30 Septembre 2014, N°174.

تطبيقاً لمبدأ الوجاهية¹. وهذا الخروج عن القاعدة يعتبر جراً قضائية لا مثيل لها تهدف إلى تقوية مركز القاضي الاستعجالي داخل مجال الطلبات العمومية².

الفرع الثاني: تحديد سلطات القاضي

يتمتع قاضي استعجال قبل التعاقد بسلطات جد واسعة، وهي سلطة الأمر والتأجيل وقد أضاف المشرع الفرنسي سلطة أخطر وهي سلطة الإلغاء، وفي فرنسا يتم التمييز بين نوعين من السلطات منها ما هو مؤقت (الأمر بالامتنال والإرجاء) ومنها ما هو نهائي (إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد أو إلغاء أحد شروط العقد)³، أما المشرع الجزائري فقد اكتفى عند استحداثه لهذه السلطة بالأوامر ذات الطابع المؤقت، وعليه سنتناول (أولاً) الأوامر ذات الطابع المؤقت وبعدها الأوامر ذات الطابع النهائي(ثانياً).

أولاً: الأوامر ذات الطابع المؤقت

وتتمثل في الأمر بالامتنال لالتزامات الإشهار والمنافسة، والأمر المتضمن تأجيل إبرام العقد.

1-الأمر بالامتنال لالتزامات الإشهار والمنافسة

يملك القاضي الاستعجالي قبل التعاقد سلطة الأمر المتمثلة في أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة بالامتنال لالتزاماته، كما يدخل في نطاق هذه السلطة أمر الهيئة الإدارية بإعادة إجراءات الإشهار والمنافسة بل وحتى تعديل تصرفها أو محتوى العقد محل النزاع.⁴

ويتدخل قاضي استعجال قبل التعاقد في إطار سلطة الأمر التي يتمتع بها من عدة جوانب، حيث تتميز سلطاته بالتنوع فمنها ما يكون عاماً فيصدر القاضي أمراً بإعادة إجراءات الإبرام ومنها ما يكون خاصاً⁵.

¹- Stéphane Cottin, « Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique », Revue Procédure, N°11, Novembre 2009, N°10.

²-Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique, Op.cit., P.495.

³- Frédéric Dieu, « Le juge du référé précontractuel peut statuer ultra petita », Revue Le Lamy Collectivités territoriales, N°20, 01 Janvier 2007, P.22.

⁴- Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique, Op.cit., P.495.

⁵- Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.cit., P.98.

1.1-الأوامر الصادرة في مادة الإشهار وإعلام المتنافسين

يمكن للقاضي الاستعجالي أن يأمر الإدارة بأن تقوم بإعادة نشر الإعلان المتضمن الدعوة العامة للمنافسة¹. أو القيام به مثل ما قضت به المحكمة الإدارية لسترازبورغ Strasbourg، بتاريخ 23 ماي 1997، في قضية شركة (ليوناز للمياه Lyonnaise des eaux)، حيث قامت بإصدار أمر للمصلحة المتعاقدة بأن تقوم بالإشهار عن صفقة الخدمات².

في حالة ما إذا كان الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة مرتبطا بعدم الإعلام الكافي للمرشح الذي لم يتم قبوله، فإن القاضي الاستعجالي يأمر الشخص العمومي بتبليغ المترشح الذي تم استبعاده بجميع الأسباب التي أدت إلى استبعاده، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 07 نوفمبر 2014، قضية (نقابة المحافظة لمعالجة النفايات المنزلية للآزن Syndicat départemental de³ traitement des déchets ménagers de l'aisne

حيث إن قانون الصفقات العمومية يلزم المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعلام المترشحين عن أسباب رفض عروضهم، وفي حالة عدم احترام ذلك فإنه يمكن للقاضي الاستعجالي أن يأمر المصلحة المتعاقدة تمكين المترشحين من هذه المعلومات وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي، بموجب قراره الصادر بتاريخ 21 جانفي 2004، قضية شركة أكيثان للهدم Aquitaine Démolition⁴.

أو يمكنه أن يصدر أمرا للمصلحة المتعاقدة يتضمن إعلام المترشحين بالامتيازات التي يتمتع بها العرض الذي تم قبوله، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لباريس بتاريخ 18 نوفمبر 2004، قضية شركة هيتاشي Société Hitachi computers Products Europe.

بل يمكنه أن يصل إلى حد تحديد أجل تلتزم خلاله المصلحة المتعاقدة بإعلام المدعي بأسباب رفض عرضه وهو ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 06 مارس 2009، في قضية بلدية (آكس أون بروفونس)، حيث حدد أجل 15 يوما للقيام بتبليغ المدعي بأسباب رفض عرضه يبدأ احتسابها من يوم تبليغ الأمر⁵.

1 - Aldo Sevino, Op.Cit.P.124.

2- Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.cit., P.98.

3- Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique, Op.cit., P.496.

4- Christophe Cantie, Op.cit.,N° 176.

5-- Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.cit., P.99.

2.1-الأوامر المتعلقة بسير إجراءات الإبرام

كما يمكنه أن يأمر المصلحة المتعاقدة بأن تستأنف الإجراءات في مرحلة معينة وذلك بالنظر إلى طبيعة وخطورة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لليون Lyon، بتاريخ 11 جويلية 2002، قضية شركة Avenance Enseignement¹.

فمثلا قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 03 مارس 2004، في قضية بلدية (شاتودان Chateaudun)، بأن تقوم المصلحة المتعاقدة بإعادة تقييم العرض من طرف اللجنة المختصة واتخاذ كل إجراء من شأنه ضمان سير الإجراءات في ظروف تحقق المساواة الفعلية بين جميع المترشحين².

3.1-الأوامر الصادرة في مواجهة أعمال اللجنة المختصة بتقييم العروض

إن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو هل سلطة القاضي الإداري الذي يتدخل بصفة مستعجلة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية تتعدى لتصل الى مراقبة عمل لجنة تقييم العروض؟

في هذا السياق أجاب مجلس الدولة الفرنسي خلال فصله في الدعوى المرفوعة من طرف شركة عمارة أبراهام للأشغال العمومية Société Abraham Batiment Travaux Publics ، بتاريخ 28 أفريل 2006، حيث أثارت الشركة بأن القاضي الاستعجالي لا يمكنه أن يراقب عمل اللجنة الذي يتضمن قبول أو رفض أحد الترشيحات وأن في ذلك تجاوز للاختصاص، وطلبت الشركة من قاضي النقض القول بأن قاضي الاستعجال قبل التعاقد لا يمكنه إلغاء قرارات اللجنة، فأجاب مجلس الدولة بالتأكيد على السلطات الواسعة التي يتمتع بها القاضي الاستعجالي في إطار إبرام العقود الإدارية وأنه وبالنتيجة فإن القاضي بإمكانه معاقبة كل إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية وأضاف أن القاضي الاستعجالي عندما يتدخل قبل إبرام العقود الإدارية فإنه يتدخل في إطار القضاء الكامل وليس في إطار دعوى الإلغاء وبالتالي فإنه يعود له مراقبة الأساس

¹- Aldo Sevino, Op.Cit.P.124.

²- Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.cit., P.99.

القانوني للأسباب التي اعتمدت عليها اللجنة من أجل القول بأن الترشح الذي تم قبوله هل يشكل ضمانات تقنية ومالية كافية¹

وبالتالي فإنه بموجب هذا القرار، تم التأكيد على أن القاضي الاستعجالي يراقب على الخصوص الأسباب التي أدت إلى إقصاء أو قبول أحد المترشحين في إطار إجراءات إبرام الصفقة .

ومن هذا المنطلق قضى مجلس الدولة بأن الشركة لم تقدم ضمانات كافية وبالتالي فإن الهيئة قد أخلت بالتزامات الإشهار والمنافسة لأن اللجنة قد اعتبرت بأن الشركة قد قدمت ضمانات تقنية ومالية كافية من أجل تنفيذ الصفقة.²

2- سلطة التأجيل

نصت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأخيرة بأن المحكمة الإدارية بإمكانها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات لكن بشرط أن لا تتجاوز مدة التأجيل هذه عشرون يوما ابتداء من تاريخ إخطارها .

1.2- نشأة سلطة التأجيل ومبرراتها

قضت محكمة العدل الأوروبية بموجب قرارها الصادر بتاريخ 24 جوان 2004 بأن السلطات العمومية يجب أن تقوم بوضع ميكانيزم يكون دوره وضع حد لسرعة إبرام العقد وهو من شأنه إعطاء فعالية للمنازعة المتعلقة بإجراءات الإبرام. ومن هذا المنطلق منح المشرع الفرنسي لقاضي استعجال قبل التعاقد إمكانية إصدار أمر تحفظي بعدم إمضاء العقد لمدة أقصاها عشرون يوما وذلك قبل الفصل في موضوع الدعوى بل وحتى قبل اختتام التحقيق.³

ويعود الفضل في خلق هذه السلطة إلى فريق العمل التابع لمجلس الدولة الفرنسي، والذي تم إنشائه من أجل وضع اقتراحات حول الإجراءات الاستعجالية، ومن بين الاقتراحات التي تم طرحها نجد تلك المتعلقة بالاستعجال المتعلق بإبرام العقود الإدارية، حيث تم اقتراح وسيلتين بهدف تفعيل هاتاه الدعوى، ويتمثلان في إلغاء إلزامية القيام بالطعن الإداري المسبق والوسيلة الثانية تتمثل في النص على

¹ - Serge Deygas, « Les pouvoirs de contrôle du juge de référé précontractuel », Revue Procédures, N°07, Juillet 2006, Comm.170.

² - M.C Rouault, « Contrôle par le juge du référé précontractuel des motifs de la commission d'appel d'offres », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, 9 Mai 2006 , N° 19.

³ - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, **Op.cit.**, P.P.185-186.

أنه يجوز للقاضي الاستعجالي بمجرد إخطاره وقبل أي تحقيق وجاهي أن يأمر بصفة تحفظية السلطة التي تريد إبرام العقد، أن تقوم بإرجاء إمضاء العقد إلى حين الفصل في الدعوى، ولقد تم المصادقة على هذه الاقتراحات من طرف السلطة التشريعية ولكن تم تعديل الوسيلة الثانية، وذلك من خلال تحديد أجل لنفاذها¹.

ويتعرف سلطة التأجيل بسلطة الوقف، حيث يملك قاضي استعجال قبل التعاقد سلطة إيقاف إبرام العقد وتمتد سلطته الوقفية إلى كل قرار مرتبط بعملية الإبرام، ويمكنه أيضا الأمر بوقف كل إجراءات الإبرام وعلى الخصوص إلزام المصلحة المتعاقدة بوقف إمضاء العقد، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لغرونوبل Grenoble، بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 17 مارس 1993، قضية شركة بوليتك Polytec².

ويعد أمر الإرجاء أو الوقف أو التأجيل من قبيل الأوامر التي تصدر قبل الفصل في الموضوع، ويمكن للقاضي الاستعجالي من خلاله أن يأمر مباشرة بوقف توقيع العقد وذلك حتى يتمكن من الفصل في الدعوى بصفة فعالة .

والأمر المتضمن إرجاء إمضاء العقد هو ذو طابع مؤقت حيث ينتهي بمجرد فصل القاضي الاستعجالي قبل التعاقد في الدعوى أو بمجرد إنقضاء المدة المنصوص عليها في القانون وهي مدة عشرون يوما³.

وفي هذا الصدد ينبغي التفرقة بين أجل الفصل في الدعوى والأجل المتعلق بإرجاء إمضاء العقد، فبالرغم من أنهما يشتركان في المدة (20 يوما)، إلا أنهما يختلفان من حيث الطبيعة الأمرة، فالقاضي غير ملزم بالفصل في هذه المدة، حيث يمكن له أن يفصل في الدعوى المعروضة أمامه حتى بعد انقضاء هذا الأجل، أما أجل إمضاء العقد فإنه على العكس من ذلك فإنه ينتهي بقوة القانون عند انتهاء مدة عشرين يوما، وقد يحدث أن يفصل القاضي الاستعجالي في الدعوى بعد مرور هذا الأجل في حين أن الإدارة تكون قد أبرمت العقد وبالتالي نقترح أن تصبح مدة الفصل في الدعوى بدورها ذات طبيعة ملزمة، ولتجنب الوقوع في مثل هذه الحالة أعترف الإداري لنفسه سلطة الأمر بإرجاء إمضاء

¹- Ibid.

²- Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique, Op.cit.P.495.

³-Aldo Sevino, Op.cit., P.123.

العقد حتى ولو لم يطلب منه ذلك المدعي صراحة، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لنانسي Nancy بتاريخ 12 أوت 1993، قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة نوريت الفرنسية Norit France¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرجوع إلى الاقتراحات التي وضعها فريق عمل مجلس الدولة نجد بأن الأمر التحفظي يشكل في الواقع إيقاف مؤقت لسير الإجراءات التعاقدية وهو سلطة خاصة بالقاضي الإداري الاستعجالي قبل التعاقد، يمكن له الأمر به بمجرد إخطاره وذلك حتى قبل تبليغ المدعى عليه بالعريضة الافتتاحية بل وحتى إذا لم يطلب منه ذلك.

لكن هذا التدبير يخضع لسيادة القاضي، فهو وحده من يملك سلطة الأمر به².

ونتيجة لذلك نستخلص بأن الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية ليس لها أثر موقف وإنما يعود اختصاص النطق به للقاضي.

وهو الأمر الذي اقتضى التفكير إلى تقرير الأثر الموقف للدعوى الاستعجالية المرفوعة قبل إبرام العقود الإدارية، لكن هذا التفكير يصطدم بالآثار الخطيرة الناتجة عن سوء نية المدعي في تأخير عملية إبرام العقد، وبالتالي تترك الحرية لتقدير القاضي فهو وحده من يستطيع تقدير وجود سوء النية من عدمه.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي ليس من شأنها منع المدعي من طلب إرجاء توقيع العقد لكن في هذه الحالة يكون القاضي ملزم بالرد على الطلبات ومن هنا يكون أمام أمرين:

إذا قرر الاستجابة للطلب وقرر التوقيف المؤقت للإبرام فعليه إصدار أمر يتضمن ذلك ويبلغ هذا الأخير إلى المدعي والمدعى عليه. وهذا الأمر يصبح تنفيذيا ابتداء من التبليغ، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية لبيسانسون Besançon، بتاريخ 04 نوفمبر 2005، قضية شركة (سينورجانس) Synorganis، وفي هذه القضية طلبت الشركة من القاضي الاستعجالي وقف إبرام العقد إلى غاية نهاية الإجراءات واستجاب القاضي لطلبها وأمر ب:

¹-Aldo Sevino, Op.cit., P.124.

²- Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit, P.187.

*إلزام المصلحة المتعاقدة بوقف إمضاء العقد،

* وأن هذا الأمر يتم تبليغه إلى الشركة وإلى المصلحة المتعاقدة "

وفي هذه الحالة أي الأمر بإرجاء إمضاء العقد فإنه يجب على القاضي أن يشير إلى ذلك عند فصله في موضوع الدعوى، ومثال ذلك: ما قضت به المحكمة الإدارية لران Rennes بتاريخ 17 ماي 2005 قضية شركة جيود للبيئة Géode environnement، وجاء في حيثياته حول الأمر بالإرجاء:

" وبالنظر إلى الأمر الصادر في 28 أبريل 2005، والذي من خلاله قام القاضي الاستعجالي للمحكمة الإدارية بإرجاء إمضاء الصفقة محل النزاع إلى غاية الفصل في موضوع الدعوى الحالية"¹.

2.2- في حالة رفض طلب التأجيل

يتم من خلال السكوت الضمني للقاضي حول الرد عن طلبات المدعي أو الرفض الصريح للطلبات في القرار المتضمن الفصل في الدعوى، وبالتالي فإن هناك مجموعة من العناصر التي من شأنها أن تؤثر في قناعة القاضي حول الحاجة والضرورة إلى الأمر بإرجاء إمضاء العقد من عدمه.

ويعتبر العنصر الزماني أهم هذه العناصر لأنه يحمل في طياته خطورة تتمثل في إمضاء العقد قبل الفصل في الدعوى².

2.3- تاريخ بداية احتساب أجل التأجيل

يبدأ احتساب أجل عشرون (20) يوما المنصوص عليها، والمتعلقة بوقف امضاء العقد، بداية من تسجيل العريضة، وهو ما يظهر من خلال القرار الصادر عن المحكمة الادارية لسارجي بونتواز Cergy-Pontoise بتاريخ 30 جويلية 2007، في قضية شركة (سوديراك Sodorec)، وقد طلبت الشركة من خلال هذه الدعوى من القاضي أن يأمر محافظة سان سان دوني-Seine-Saint-Denis، بإرجاء امضاء الصفقة إلى غاية الفصل في الدعوى، فاستجاب القاضي لطلبها على أساس أنه لم يظهر له من خلال وثائق الدعوى بأن صفقة انجاز ثانوية جان ليرسا Jean Lurçat لسان دوني قد

¹ - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit, P.189.

²- Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit, P.190.

تم ابرامها وبالتالي أمر القاضي رئيس المجلس العام لمحافظة سان سان دونيبا إرجاء امضاء الصفقة لمدة أقصاها عشرون يوما ابتداء من تاريخ تسجيلها¹.

3.2- الطعن ضد الأمر بالتأجيل

إن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يكمن حول جواز الطعن ضد الأمر المتضمن إرجاء إمضاء العقد.

إن الإجابة عن هذا السؤال تكون بالنفي لأن الإرجاء مقرر لمدة أقصاها عشرون يوما وبالتالي لا يمكننا أن نتصور أن مجلس الدولة قد يتم إخطاره في هذه المدة وحتى وإن حدث ذلك فإنه من غير المعقول أن يفصل خلالها .

كما أنه حتى في حالة إخطار مجلس الدولة خلال هذه المدة وقام بالفصل أيضا خلالها فإنه يملك فقط مراقبة الشكل الخارجي للأمر لأن الأمر بالإرجاء يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي وبالتالي فإنه لا يخضع لرقابة النقض².

4- عدم احترام الإدارة لأمر التأجيل

إن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو ما هي النتائج المترتبة عن عدم احترام الشخص العمومي للأمر الصادر عن القاضي الاستعجالي قبل التعاقد والمتضمن شل سير العملية التعاقدية ؟ إن إمضاء العقد يؤدي حتما إلى إصدار القاضي الاستعجالي لأمر بالأول وجه للمتابعة .

إذا كان الأمر المتضمن إرجاء امضاء العقد لا يتمتع بقوة الشيء المقضي فيه غير أنه في مقابل ذلك فإنه يتمتع بالقوة التنفيذية في مواجهة أي طعن قضائي.

وفي حالة عدم تنفيذ هذا الأمر فإن الإدارة ترتكب عدم مشروعية

ومن هنا راقب قضاة الاستعجال اذا ما كانت الادارة على علم بالأمر المتضمن الارغاء وقضوا

بانعدام التوقيع الذي جاء مخالفا للأمر الأول

¹- Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.P.188-189.

²- Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit, P.191.

وهو ما قضت به المحكمة الادارية أورلانياز Orleans، بموجب قرارها الصادر بتاريخ 05 جويلية 2005، قضية شركة كوفد Coved، ضد (نقابة ما بين البلديات لجمع ومعالجة النفايات المنزلية لشاتودان SictomChateaudun)، وتتلخص وقائعها فيمايلي:

بتاريخ 21 جوان 2005، تم رفع دعوى من طرف شركة كوفد، كالتب من خلالها الأمر بإرجاء الفصل في العقد، فاستجابت المحكمة لطلبها وتم إصدار أمر متضمن بالإرجاء بتاريخ 21 جوان 2005، غير أنه وبتاريخ 22 جوان 2005 تم إمضاء العقد، فاعتبر القاضي أن إبرام العقد باطل ولا أثر له، فدفعت النقابة بأنها لم تستلم الأمر إلا بتاريخ 23 جوان 2005، غير أن القاضي اكتشف من خلال فحص وثائق الدعوى بأن النقابة استلمت الأمر يوم 21 جوان على الساعة 17:39 يحتوي على أربع صفحات ومن ضمن هذه الصفحات يوجد أمر الإرجاء، ونتيجة لذلك قضى بأن موضوع الدعوى المرفوعة من طرف الشركة لا زال قائما وبأنه لا مجال لإعمال الدفع المتعلق بانتفاء وجه الدعوى¹.

وهو نفس ما أخذت به المحكمة الإدارية (لسارجي بونتواز Sergy Pontoise)، في قرارها الصادر بتاريخ 19 فيفري 2007، في قضية شركة Revsols، وتتلخص وقائعها فيمايلي:

بتاريخ 02 فيفري 2007، تم صدور أمر متضمن تأجيل إمضاء العقد، هذا الأخير تم تبليغه إلى المصلحة المتعاقدة بتاريخ 05 فيفري 2007، وهو الأمر الثابت من خلال وصل الإشعار بالوصول، غير أنها قامت في نفس اليوم بإمضاء الصفقة محل النزاع وذلك بالرغم من أن الأمر يتمتع بالقوة التنفيذية، وأمام القاضي دفعت المصلحة المتعاقدة بأنها لم تعلم بالأمر عندما أمضت الصفقة وذلك بموجب تصريح شرفي صادر من طرف المديرية موقعا بتاريخ 16 فيفري 2007، اعتبر القاضي بأن إبرام الصفقة جاء مخالفا للأمر الصادر عنه بتاريخ 02 فيفري 2007، وبالنتيجة فهو باطل ولا أثر له، وعليه اعتبر بأن الدعوى المرفوعة من طرف الشركة ليست بدون موضوع وأن هناك وجه للفصل فيها². كما أنه تجدر الإشارة بأن القاضي لا يتقيد بالأمر الصادر عنه والمتضمن ارجاء امضاء العقد، حيث بإمكانه رفض الدعوى بالرغم من أنه قد سبق له الأمر بالإرجاء، وبالتالي فالأمر بالإرجاء مستقل عن موضوع الدعوى³

¹ -Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit,P.193.

² - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit, P.193

³ - Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.P.192-193.

ثانياً: الأوامر ذات الطابع النهائي

هذا النوع من الأوامر غير موجود في الجزائر وتم استحداثه في فرنسا تعزيزاً لدور القاضي الاستعجالي الإداري في مادة الطلبات العمومية وتمثل هذه الأوامر في سلطة الإلغاء وسلطة الحذف ويظهر من خلالها أن القاضي الاستعجالي يمس بأصل الحق.

1- سلطة الإلغاء

هذه السلطة لم يدرجها المشرع الجزائري ضمن سلطات قاضي استعجال قبل التعاقد، ومفادها أن القاضي يملك سلطة إلغاء القرارات المرتبطة بالعقد وكذا البنود أو الشروط التي تخالف التزامات الإشهار والمنافسة كما يمكن للقاضي الاستعجالي أن يلغي القرارات التي تسبق إبرام العقد مثل المداولة التي تتضمن المصادقة على إبرام العقد وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لغرونوبل Grenoble، في قضية كابور Cabourg ، أو القرار الصادر عن لجنة طلب العروض، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لبوردو Bordeaux، بتاريخ 15 مارس 2000، قضية شركة Daimler Chrysler¹ .

يمكن للقاضي الاستعجالي أن يلغي القرارات الإدارية المتعلقة بإجراءات الإبرام وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لليون Lyon بتاريخ 11 جويلية 2002، قضية شركة أفونونس للتعليم Société Avenanceenseigenemnt .

ويمكن أن تصل سلطته إلى حد إلغاء مجمل الإجراءات، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لبو Pau بتاريخ 07 مارس 1994، قضية السيد شمالتز Schmeltz .

وقد تأكدت سلطة القاضي الاستعجالي في إلغاء كل إجراءات إبرام العقد بموجب القرار الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1995، في قضية District de l'agglomération nancéienne.

بالنسبة لتفويضات المرفق العام: يمكن للقاضي الاستعجالي أن يلغي إجراءات إبرام تفويض المرفق العام حتى ولو لم يطلب منه ذلك، وهو ما قضى به في قضية بلدية اندفيل بتاريخ 20 أكتوبر 2006.²

كما أنه يمكن له إلغاء كل إجراءات الاستشارة إذا اقتضى الأمر، وهو ما قضى به مجلس الدولة بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2006، شركة كورسيكا فيري CorsicaFerriers .

¹ -Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique, Op.cit., P.495.

² -Aldo Sevino, Op.cit., P.122.

ويمكن أن يكون الإلغاء جزئياً فقط وهو ما قضى به مجلس الدولة بموجب قراره الصادر بتاريخ 05 جوان 2007 في قضية شركة كورسيكا فيري CorssicaFerriers.¹

2- سلطة الحذف

إن القاضي الإداري يتمتع بإمكانية حذف البنود أو الشروط التي قد يتضمنها العقد، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 25 جويلية 2001، قضية بلدية (غرافلين Gravelines)، بأن القاضي الاستعجالي قبل التعاقد يجوز له أن يلزم الإدارة بحذف معيار ذو طبيعة تمييزية، وفي هذا الصدد أكد مفوض الحكومة بيرجيل Bergeal بأن: " القاضي الاستعجالي قبل التعاقد مختص في حذف البنود التي يحتويها العقد مهما كان عددها أو طبيعتها أو محتواها " وذلك في قضية الهيئة الإقليمية للكورس Corse ضد ديوان النقل لكورس (مجلس الدولة 24 أكتوبر 2001)²

لكن تجدر الإشارة إلى أنه في بعض الأحيان يصدر قاضي الاستعجال قبل التعاقد أوامر من خلالها يترك الحرية للمصلحة المتعاقدة الحرية في اختيار التدبير المناسب، ويظهر ذلك من خلال الصيغة المعتمدة من طرف القاضي فتكون كالتالي:

" إذا أرادت المصلحة المتعاقدة متابعة إجراءات إبرام الصفقة، فعليها أن تعيد استئناف الإجراءات ابتداء من الإعلان عن الدعوة العامة للمنافسة " وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 2006 في قضية ANPE .

وفي قرار آخر له بتاريخ 08 أبريل 2005، قضية شركة راديوميتر Radiometer قال: " إذا أرادت المصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة فعليها أن تعيد إجراءات الإبرام مع الامتثال لالتزامات الإشهار والمنافسة"³.

¹- Christophe Cantié, Op.cit.

³- Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Op.cit., P.99.

ويجب على القاضي أن يعمل على ملأمة الأمر الذي يتخذه مع طبيعة الإخلال، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إلغاء الأمر الاستعجالي الذي قضى بأمر الإدارة بأن يتم قبول ترشح الشركة الذي تم استبعادها¹.

المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي

إذا كان القاضي الاستعجالي قبل التعاقد يستأثر بسلطات جد واسعة، بل ويشكل مركز الثقل في مادة المنازعات الخاصة بإبرام العقود الإدارية كما رأينا سابقاً، غير أن هذا المركز من شأنه أن يغيب عندما يتعلق الأمر بمقتضيات المصلحة العامة (الفرع الأول) أو بضوابط الاختصاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مقتضيات المصلحة العامة

تم تعديل التشريع الإجرائي في فرنسا بما يعمل على تحقيق المصلحة العامة، وذلك من خلال وضع القاضي الاستعجالي في ميزان المفاضلة بين المصلحة الشخصية للمدعي وبين المصلحة العامة، ومن هذا المنطلق يمكن للقاضي: "مع الأخذ بعين الاعتبار مختلف المصالح التي يمكن أن يتم الإضرار بها وخاصة تلك المتعلقة بالمصلحة العامة أن يستبعد كل التدابير التي يمكن أن يتخذها عندما تكون النتائج السلبية المترتبة عنها أكثر من الإيجابية"².

في هذه الحالة يعود للمصلحة المتعاقدة المدعى عليها أن تعمل على إقناع القاضي بأن المصلحة العامة تقتضي أن لا يتم اتخاذ التدبير المتعلق بتأجيل إمضاء العقد، وهو ما يتحقق في غالب الأحيان عند تفويض مرفق عام، حيث أن ضرورة ضمان استمرارية المرفق العام هي التي تؤدي إلى حدوث مثل هذه الانعرجات³.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: كيف يراقب القاضي تصرفات الإدارة من أجل أن يستنتج هل عنصر المصلحة موجود أم لا ؟

¹- Paul Cassia, Pratiques des référés précontractuels, Op.cit., P.195.

²-Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique, Op.cit., P.496.

³- Stéphane Cottin, « Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique », Revue Procédure, Op.cit.

بالرجوع إلى قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة داجاك Dajac بتاريخ 25 سبتمبر 2013، والتي تتلخص وقائعها حول صفقة لوازم متمثلة في آلات حاسبة لتلاميذ المدرسة، حيث قامت المصلحة المتعاقدة بإمضاء صفقة لوازم تقدر ب 23.000 آلة حاسبة لتلاميذها، في الفترة ما بين إعلان المنح المؤقت وإمضاء الصفقة، وإن كانت في الأصل لا تخضع لالتزامات الإشهار والمنافسة إلا أنها اختارت الخضوع لها، وقد اعتبر القاضي أنه في حالة ما إذا اختارت المصلحة المتعاقدة الخضوع لإجراءات معينة فيتوجب حينئذ أن تحترمها¹.

فتم رفع دعوى من طرف الشركة ضد المصلحة المتعاقدة أمام المحكمة الإدارية لمونتراي Montreuil، فدفعت المدعى عليها بأنه في حالة إلغاء العقد فإن ذلك سيؤدي إلى عرقلة سير المرفق العام للتعليم في حالة عدم تزويد التلاميذ بالآلات الحاسبة في الوقت المناسب².

لم يستجب القاضي لهذا الدفع، ولكنه قام بمناسبة فصله في هذه القضية بتحديد العناصر التي من خلالها يتم تحديد توافر مقتضيات المصلحة العامة، وتتمثل هذه العناصر في تصرف الإدارة من جهة وفي عرقلة سير المرفق العام من جهة أخرى.

تصرف الإدارة: اعتمد القاضي في هذا القرار على عنصرين من أجل فحص تصرف الإدارة ويتمثل العنصر الأول في فحص كيفية تنظيم إجراءات الإبرام: حيث أنه ظهر من خلال ملف الدعوى بأن الإدارة قامت بتعديل مدة التنفيذ التي كان منصوصا عليها في دفتر الشروط وذلك أثناء مرحلة التفاوض، فاعتبر القاضي أن هذا التعديل جوهري لأنه يتعلق بأحد المسائل الأساسية في العقد وأن هذا التعديل من شأنه إبعاد المؤسسات الأخرى من تقديم عروضها، وهذا المبدأ سبق لمجلس الدولة بأن قام بإقراره بموجب قراره الصادر بتاريخ 29 جويلية 1998، بحيث اعتبر بأنه لا يمكن لأي تعديل أن يطرأ على ملف الاستشارة باستثناء التعديلات التي تمس البيانات التكميلية فقط.

¹ - هذه القاعدة طبقها مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1994، في قضية مدينة تولوز Toulouse.

² -Maxime Seno, « L'appréciation du comportement du pouvoir adjudicateur pour caractériser un motif d'intérêt général-Quelques précisions quant au régime d'annulation des marchés par le juge du référé contractuel », La Semaine Juridique Administration et Collectivités Territoriales, N°07, 17 Décembre 2014 , P.2043.

أما العنصر الثاني فيتمثل في فحص العرض الذي تم اختياره: وفي هذه القضية اكتشف القاضي بأن العرض الذي تم اختياره يخالف الشروط المطلوبة في دفتر الشروط، وبناء على ذلك اعتبر بأنه قد تمت مخالفة مقتضيات دفتر الشروط وبالتالي ونتيجة لذلك فإن المصلحة المتعاقدة قد ارتكبت عدة إخلالات بالتزامات الإشهار والمنافسة، إذن فالقاضي يذهب إلى مراقبة العرض الذي تم قبوله، وقد سبق لمجلس الدولة أن قضى بأن هناك إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة عندما قامت لجنة طلب العروض باختيار عرض لا يتطابق مع مقتضيات دفتر الشروط. وهو ما يفيد بأن أحكام دفتر الشروط تكون إلزامية في مواجهة المصلحة المتعاقدة وأن مخالفتها يعد إخلالا بالتزامات الإشهار والمنافسة¹.

عرقلة المرفق العام لا يؤدي بالضرورة إلى المساس بالمصلحة العامة: في هذه القضية أثارت المصلحة المتعاقدة بأن إلغاء الصفقة وتنظيم إجراءات جديدة سيؤدي إلى بقاء التلاميذ دون آلات حاسبة طوال هذه الفترة وهو ما يعد عرقلة للمرفق العام وبالتالي مساس بمقتضيات المصلحة العامة.

لكن القاضي الاستعجالي لم يستجب لهذا الدفع وأخذ بعين الاعتبار بأن المصلحة المتعاقدة قد نصت في بداية الأمر بأن يتم تنفيذ الصفقة في نهاية شهر أوت حتى تتمكن من تجهيز التلاميذ بالآلات الحاسبة في بداية السنة الدراسية، غير أنها قررت بعد ذلك وأثناء مرحلة المفاوضات بتأجيل التنفيذ إلى بداية شهر نوفمبر وبالتالي اعتبر القاضي الإداري بأنه لا يوجد مساس بالمصلحة العامة لأنه قد تم تأجيل تنفيذ الصفقة ب 44 أسبوع².

نلاحظ بأن القاضي حتى يقوم باستخلاص أنه يوجد إضرار بمقتضيات المصلحة العامة أن يبحث عن عنصر الاستعجال.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأنه لا مجال لإعمال امتياز الأسبقية في مواجهة سلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقد، وذلك بالنظر إلى الأثر الموقف للدعوى الاستعجالية التي أقرها المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 551-4 من قانون القضاء الإداري " لا يمكن إمضاء العقود خلال المدة ما بين إخطار المحكمة الإدارية وإلى غاية تبليغ المصلحة المتعاقدة بالقرار القضائي"³.

¹ - Maxime Seno, Op.cit.

² - Maxime Seno, Op.cit.

³-Serge Deygas, « Pour une meilleur efficacité des recours en matière de recours de contrats publics », Revue Procédures, N°07, Juillet 2009, Comme.256.

الفرع الثاني: مقتضيات عدم تجاوز الاختصاص

تتقيد سلطة القاضي بسبب طريقة إبرام العقد وبسبب العقد في حد ذاته .

أولاً: سلطة القاضي في مواجهة الصفقات المبرمة وفق أشكال معينة

بالنسبة للصفقات المبرمة وفق الإجراءات المكيفة، فإن قاضي استعجال قبل التعاقد، لا يملك سوى مراقبة إن تم احترام التزامات الإشهار المتعلقة بإبرامها أو مخالفة التزامات المنافسة¹ .

حيث وإن كانت الصفقات العمومية تخضع لإلزامية إعلام المترشحين فإن الصفقات العمومية المبرمة وفق الإجراءات المكيفة على خلاف ذلك، لا يقع عليها أي التزام بإعلام المترشحين بأنه قد تم منح الصفقة لمترشح معين أو أنه قد تم رفض عروضهم، واعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن عدم احترام هذه الإجراءات من طرف المصلحة المتعاقدة لا يعد إخلالاً بالتزامات الإشهار والمنافسة، وذلك بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 19 جانفي 2011، في قضية شركة المرسى الكبير لهافر Havre ضد شركة فيليب لاسار Société Philippe Lassaratl².

كما أنه أكد أيضا على هذا المنحى في عدة قرارات نذكر منها قراره الصادر بتاريخ 29 ماي 2013، حيث قضى بأن عدم قيام المصلحة المتعاقدة بنشر الإعلان المتضمن منح الصفقة التي تم إبرامها وفق الإجراءات المكيفة لا يؤدي إلى الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة³ .

ثانياً: مقتضيات طبيعة العقد

يملك القاضي الاستعجالي في مجال إبرام العقود الإداري سلطات جد واسعة في مواجهة الإدارة عندما يتعلق الأمر بإبرام اتفاقية تفويض مرفق عام، حيث أنه يملك سلطة أمر السلطة المفوضة بإعادة إجراءات الإبرام من مرحلة معينة .

غير أنه في مقابل ذلك فإنه لا يملك سلطة التدخل في اختيار الشخص المفوض له، وهو ما نستشفه من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 09 جويلية 2003، حيث قضى بأن

¹ - Serge Deygas, « Les limites des pouvoirs du juge des référés contractuels en matière de marché à procédure adaptée », Revue Procédure, N°03, Mars 2011, Comm.123.

² - Serge Deygas, « Les limites des pouvoirs du juge des référés contractuels en matière de marché à procédure adaptée », Op.cit.

³ - « L'absence de publication de l'avis d'attribution ne peut faire annuler le marché », Recueil Lebon, Dalloz, 2013.

القاضي الإداري وإن كان يملك سلطة أمر الشخص المعنوي العام باستئناف إجراءات الإبرام في مرحلة معينة من مراحل إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام فإنه لا يمكن له أن يأمر السلطة المفوضة بأن تقبل بعرض الشركة المدعية¹.

¹-RozenNoguellou, « Passation d'une délégation de service public: Pouvoirs du juge du référé précontractuel », La Semaine Juridique Administration et Collectivités Territoriales, N°39, 22 Sptembre 2003 , Act.1854.

الختمة

في نهاية هذه الأطروحة يمكننا القول أن تدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية يعد من أبرز المستجدات التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث خصنا إلى أن حماية الطلبات العمومية قد أخذت موقعها لأول مرة ضمن الجهاز القضائي الإداري في الجزائر، وهو الأمر الذي من شأنه أن يثير الإعجاب لدى المتقاضي والحيرة لدى القاضي، فهذا الأخير يمر بمخاض عسير، ويجد نفسه مجبرا على تحقيق فاعليته في دائرة مكافحة الفساد، هذه الفعالية مرتبطة بسلطات وإجراءات جديدة لم تتضح معالمها أمامه بعد، خاصة أمام اكتفاء المشرع بمادتين فقط، وترك العنان للوظيفة الانشائية والإبداعية التي يتميز بها القاضي الإداري، فهو في حد ذاته يجهل كيفية تطبيق المادتين وهو ما يجعلنا لا نعلم على وجه اليقين هل سيلعب القاضي الإداري الاستعجالي دورا إيجابيا في درء الفساد وحماية المال العام ونجاعة الطلبات العمومية عندما يتدخل أثناء إبرام العقود الإدارية أم لا .

هذه الحيرة ارتئينا أن نتوغلها ونحاول تبديدها عن طريق النتائج والتوصيات التالية:

من أهم المتغيرات التي طرأت على القانون الإجرائي في المادة الإدارية هو استحداث سلطات من نوع جديد لصالح القاضي الاستعجالي ويتعلق الأمر بـ " العقود الإدارية والصفقات العمومية "، غير أن هذا التركيب ليس له أي فائدة فالصفقات العمومية هي أحد أنواع العقود الإدارية فيجب تغيير ذلك وفق ما يتناسب مع مقتضيات القانون الإداري.

لقد اكتفى المشرع بذكر عبارة " العقود الإدارية والصفقات العمومية "، وهو من شأنه أن يصعب الأمر أمام القاضي، فيجد نفسه تحت طائلة إلزامية تكييف العقد محل النزاع المطروح أمامه وقد يؤدي به الأمر إلى النطق بعدم الاختصاص، وعليه نقترح أن يتم ضبط قائمة للعقود الإدارية محل تدخل القاضي الاستعجالي من طرف المشرع تفاديا لأي اشكال قد يطرح .

توصلنا إلى أن المشرع قد استحدث في آخر تعديل لتشريع الصفقات العمومية (قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)، طائفة أخرى من العقود الإدارية وصنفها ضمن تفويضات المرفق العام ويتعلق الأمر بالامتياز والإيجار والوكالة المحفزة والتسيير وهي طرق جديدة لإدارة المرافق العامة، وعليه يجب تعديل القانون الإجرائي بما يتوافق والتعديل الحاصل على قانون الصفقات العمومية، بأن يتم التنصيص صراحة على خضوع عملية إبرام هذا النوع من العقود لرقابة القاضي الاستعجالي .

كما لاحظنا أن الجزائر قد عرفت قبل التعديل الذي طال تشريع الصفقات العمومية من خلال إضافة عقود تفويضات المرفق العام بعض أنواع هذه العقود المتمثلة في عقود الإمتياز التي تعرف انتشارا واسعا سواء من ناحية النصوص القانونية المخصصة له والمجالات التي طبق فيها وحتى على أرض الواقع، من جهة وعقود التسيير من جهة أخرى، غير أنه من خلال التطرق لمفهوم هذه العقود نجدتها بعيدة كل البعد عن مضمونها، خاصة وأنها تخضع للطابع الإنفرادي لإرادة الإدارة، وعليه ندعو أن يتم صياغة الأنظمة القانونية الخاصة بهذه العقود مع ما يتمشى وطبيعتها والهدف المرجو منها وذلك بإخضاعها لمبادئ الطلبات العمومية، حتى يستطيع القاضي الاستعجالي أن يمارس رقابته عليها .

إضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري قد استثنى من مجال تطبيق تشريع الصفقات العمومية بعض العقود، ومهما يكن من مبرر فنحن لا نحبذ انفلات بعض العقود التي تصل إلى درجة من الأهمية خاصة من الناحية الاقتصادية من مجال رقابة القاضي الاستعجالي، فخضوع التعاقد الإداري لمبادئ الطلبات العمومية، الهدف منه هو الاستعمال الحسن للمال العام ونجاعة الطلبات العمومية، وبالتالي فإن عدم خضوع فئة من العقود التي تبرمها الإدارة لأحكام قانون الصفقات العمومية من شأنه أن يؤثر سلبا على المال العام، خاصة وأن الهدف من فرض سياق إجرائي معين على كيفية الإبرام هدفه الأساسي هو اختيار أحسن العروض وبالتالي فقد يشكل هذا الاستثناء تعطيلا للتنمية الاقتصادية.

ومن خلال التوقف عند التطور التاريخي الذي مر به خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام الصفقات العمومية، لمسنا تذبذبا فتارة تدخل في مجال تطبيقه وتارة أخرى تخرج من دائرته، إن هذا التردد في وضع صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية تحت طائلة أحكام الصفقات العمومية قد خلق نوعا من انعدام الأمن القانوني لهذه العقود، بل وبالتشكيك بإirdاة الدولة الجديدة في مكافحة الفساد هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن النص على أن هذه المؤسسات يجب عليها أن تقوم بإعداد صفقاتها في ظل احترام مبادئ الطلبات العمومية يتناقض مع إجراءات إبرام العقود في ظل قواعد القانون الخاص التي تتميز بالسرعة والائتمان، وعليه فعلى المشرع إما أن يخضعها بصفة مطلقة لأحكام قانون الصفقات العمومية وبالتالي لرقابة القاضي الاستعجالي وإما أن يترك تعاقدها يخضع لمبدأ سلطان الإرادة .

وبالنسبة للتغيير الذي طرأ على قانون الصفقات العمومية بخصوص المصالح المتعاقدة والذي من خلاله اعتبر من بين المصالح المتعاقدة المؤسسات العمومية الخاضعة للنشاط الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة نهائية أو مؤقتة من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، فإن من شأنه أن يجد صعوبة من حيث التطبيق خاصة وأن المؤسسات العمومية الاقتصادية تدخل في هذا التصنيف لأنها بدورها تخضع في نشاطها للقانون التجاري، كما أنه ومن جهة أخرى فإن المشرع ومن خلال النص على أن هذه المؤسسات يجب أن تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية عندما تقوم بإبرام شأنه أن يخلق عدة إشكالات من الناحية العملية خاصة عند عرض نزاع بخصوصها أمام القاضي العادي، فهذا الأخير يطبق قواعد القانون الخاص، فعلى المشرع أن يتجنب هذا التناقض وأن يفصل في عمليّة إبرام عقود هذه المؤسسات .

وفيما يتعلق بسبب تدخل قاضي الاستعجال الإداري المتمثل في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، نستحضر في هذا الصدد ما قاله أحد القضاة الإداريين بفرنسا: "إن تحديد تدخل القاضي الاستعجالي قبل التعاقد بالتزامات

الإشهار والمنافسة يعد تقييدا لسلطته فهناك العديد من الخروقات التي قد تعرفها مرحلة الإبرام"، فعلى المشرع أن يربط تدخل القاضي الاستعجالي الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية بحماية مبادئ الطلبات العمومية من أجل الاستعمال الحسن للمال العام ونجاعة الطلبات العمومية .

أما عن ارتباط قانون المنافسة بمجال الصفقات العمومية، والذي من شأنه أن يحقق ضمانا كبرى لنجاعة الطلبات العمومية، غير أنه لا يؤدي إلى تحقيق نتائج جد ايجابية بسبب محدودية تطبيقه، وبالتالي نقترح على المشرع توسيع مجال تطبيق قانون المنافسة ليشمل المرحلة التحضيرية ونقترح أيضا ألا يقتصر على الصفقات العمومية بل عليه أن يطبق أيضا على كل عقود القانون العام.

كما توصلنا في دراستنا إلى أن المشرع الجزائري قد حاول إحاطة عملية إبرام العقود الإدارية بضوابط جد واسعة خاصة في مجال الصفقات العمومية، غير أن هذه الضمانات لا يمكن أن ترقى إلى درجة الفعالية المرجوة نظرا لمحدودية اللجوء إلى الطرق الحديثة والتي يطلق عليها في بعض الدول الحكومة الذكية أي الطريق الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، خصوصا مع الانتشار الواسع لمواقع التواصل الاجتماعي، فعلى الإدارات أن تقوم بفتح مواقع خاصة بها وتقوم بنشر جميع إعلاناتها وهو ما يتحقق معه فوائد الإعلان والنشر.

من جانب آخر توصلنا إلى أن المشرع الجزائري قد تبنى على خطى المشرع الفرنسي صيغة الإجراءات المكيفة، هذه الأخيرة وإن كان الهدف منها الموازنة بين مقتضيات سيرورة المرفق العام ومبادئ الطلبات العمومية إلا أنها قد تفتح الباب على مصراعيه أمام لجوء الإدارات إلى تجزئة الصفقات والتعاقد عن طريق سندات الطلب، وبالتالي على القاضي الاستعجالي الإداري أن يتشدد في مراقبة هذا النوع من العقود.

وفيما يتعلق بأسلوب التراضي كطريقة استثنائية للتعاقد، فقد توصلنا إلى أنه وبالرغم من مساعي المشرع الجزائري من التضييق من حالات اللجوء إليه غير أنها تبقى واسعة مقارنة مع الأنظمة المقارنة، وعليه نقترح التخلي بصفة كلية عن هذا الأسلوب نظرا لأنه يعد بحق مجالا خصبا للفساد.

رأينا بأن المشرع الفرنسي يحدد أجلا من خلاله تشل عملية إبرام العقد الإداري، على عكس المشرع الجزائري، وبالتالي تقترح أن يتم تحديد أجل معين تمنع من خلاله الإدارة من إمضاء العقد.

وقد لاحظنا من جهة أخرى بأن المرحلة التي تسبق الإعلان عن الصفقة لا تخضع لرقابة القاضي الاستعجالي فالإدارة حرة في اختيار طريقة التعاقد التي تراها مناسبة، ويعد ذلك أخطر سلطة تمنح للإدارة، وعليه نقترح تعديل قانون المنافسة بما يسمح بتطبيق نصوصه على هذه المرحلة وليس فقط بداية من الإعلان وحتى لا يتذرع القاضي بعدم الاختصاص وبأن هذه المرحلة تدخل ضمن الإجراءات التحضيرية فقط لأنها لا تعدو مجرد إجراءات تحضيرية فهي مصيرية بالنسبة لمستقبل العقد .

إضافة إلى ذلك فقد توصلنا إلى أن دفتر الشروط أيضا هو من صلاحيات الإدارة، وفي ذلك مساس بمبدأ المشروعية الذي يقتضي أن كل أعمال الإدارة يجب أن تخضع للقانون، وبالتالي يجب على القاضي أن يتدخل بماله من سلطات لمراقبة جل دفاتر الشروط .

أمام حيث شروط وإجراءات تدخل القاضي الاستعجالي أثناء إبرام العقود الإدارية فقد خلصنا إلى: إن نجاح أي مبادرة للإصلاح مرهون بمدى استيعاب القاضي والمتقاضى للقواعد الإجرائية وقد رأينا أنه من خلال السياق الإصلاحي الذي عرفه القانون الإجرائي المطبق أمام الجهات القضائية الإدارية، محاولة المشرع لضبط الإجراءات المتبعة أمام هذه الجهات، ونحن نعلم أن أي تطبيق منحرف لهاته الإجراءات أو الشروط سيترتب عنه عجز جميع الآليات المستحدثة، فتدخل القاضي الاستعجالي الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها أي دعوى إدارية وللقواعد الخاصة التي تخضع لها الدعوى الاستعجالية، وبالخصوص الإجراءات الكتابية التي تميز الدعوى الإدارية، فهذه الأخيرة أصبحت تهدد مبدأ الوجاهية وتمس بحقوق الأطراف بشكل خطير وأصبح هم القاضي الأكبر ليس تحقيق العدالة بل التطبيق الحرفي للنص

وعدم وجود أي محاولة لإنشاء قواعد قانونية جديدة وإفراغ دور القاضي الإداري من وظيفته الإنشائية.

وقد توصلنا إلى أن التحقيق يلعب دورا مهما في الدعوى الإدارية وبأن المشرع وبالرغم من أن القضايا الاستعجالية تحتاج إلى السرعة في الفصل إلا أنه حرص على أن يجرى التحقيق بل وقد يصل في بعض الأحيان إلى إجراءه بالجلسة، والواقع العملي يظهر الانعدام التام لدور القاضي المقرر، فالقاضي يكتفي بقراءة العرائض والمذكرات المطروحة أمامه ومن خلالها يبني قراره وهو أمر يتنافى مع سلطة القاضي الإدارية التفتيشية والتي تشبه دور قاضي التحقيق في المادة الجزائية، وأصبحنا أمام قاضي مدني مقيد بطلبات الأطراف، فهذا يجعل من تدخل القاضي الاستعجالي أثناء إبرام العقود الإدارية سلبيا .

ومن جهة أخرى فقد سجلنا بأن التناقض بين القانون الإجرائي وقانون الصفقات العمومية قد خلق مشاكل عملية مرتبطة بالاختصاص النوعي، فبالرغم من أن المشرع الجزائي قد أخذ بالمعيار العضوي إلا أن الإ اعتماد على المعيار الموضوعي قد خلق تنازع في الاختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي وبين جهات القضاء الإداري في حد ذاتها، وهو الأمر الذي يرهق المتقاضين خاصة وأن الدعوى الإدارية كما هو معلوم تستغرق وقتا طويلا للفصل فيها وما بين هذا وذاك يقع القاضي في إهدار حقوق الطرف الضعيف في هذه المعادلة الصعبة.

كما توصلنا إلى أن المشرع قد نص على أن القاضي بإمكانه أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة أقصاها عشرون يوما، وهي نفس المدة التي يفصل فيها القاضي الاستعجالي في الدعوى، غير أن أجل الفصل في الدعوى غير مقترن بالصيغة الإلزامية، وبالتالي قد تطول المدة وهو ما ينتج عنه إمكانية صدور أمر استعجالي بعد إمضاء العقد فيصبح بدون فائدة، وعليه نقترح أن يتم إقرار الصيغة الإلزامية لأجل الفصل في الدعوى حتى تحقق فاعلية أكبر ولا تصبح دعوى بدون موضوع.

زيادة على ذلك فقد رأينا بأن المشرع الجزائري قد نص على أنه " يجوز الفصل في الدعوى قبل إبرام العقد"، وهو ما فتح جدلا حول إمكانية رفعها بعد إبرامه، غير أن القاضي الإداري وكما رأينا قد فصل في هذا الجدل وذلك بأن أكد على إخطار القاضي الاستعجالي في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة قبل إبرام العقد، غير أن ذلك سيقابله إسراع من طرف الهيئات الإدارية للإمضاء العقد فيصبح تدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقد بدون جدوى، وعليه نقترح أن يتم تعديل المادة 946 من ق.إ.م.إ، وفتح الباب أمام تدخل القاضي الاستعجالي الإداري بعد إبرام العقد الإداري.

أما من حيث سلطات القاضي الاستعجالي الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية توصلنا إلى أنه ومن خلال مقارنة سلطات القاضي الاستعجالي الذي يتدخل أثناء إبرام العقود الإدارية مع سلطات القاضي في دعاوى أخرى سواء الموضوعية أو الاستعجالية، فهي أوسع لأنه يتدخل ضمن القضاء الكامل، غير أن سلطاته المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبقى جد محدودة، وعليه نقترح أن يضاف إليها سلطات أخرى أهمها سلطة الإلغاء وسلطة الحذف .

في نهاية المطاف يمكننا القول أن نسخ التجارب المقارنة هو أمر يجب تفاديه الوقوع فيه مستقبلا حيث أن بقاء في موقف الرهينة للتجارب المقارنة سيؤدي إلى الفشل، فكل دولة لديها مؤشرات اقتصادية وثقافية مختلفة عن الأخرى، فليس العيب أن نبحث في التجارب المقارنة والاستفادة من إيجابيتها لكن العيب هو الاستنساخ، فالدولة الجزائرية وكما رأينا في بداية هذه الأطروحة تتموقع أكثر الدول فسادا في العالم، فهي بحاجة إلى فرض أطر رقابية أكثر فعالية وأكثر تعزيزا لدور القاضي الإداري .

المراجع

قائمة المراجع

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولاً: التشريع

1-الدساتير

- 1) دستور الجزائر لسنة 1996.
- 2) التعديل الدستوري لسنة 2016

2-القوانين العضوية:

- 3) القانون العضوي رقم 03/98، المؤرخ في 03 جوان 1998، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج.ر، عدد 39، مؤرخة في 1998/06/07.

3-القوانين العادية:

- 4) القانون رقم 166/64 المؤرخ في 1964/07/08 المتعلق بالمصالح الجوية .
- 5) القانون رقم 19/87، مؤرخ في 1987/12/08، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج.ر، عدد 50، مؤرخة في 1987/12/09.
- 6) القانون رقم 01/88، المؤرخ في 12 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، ج.ر، عدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 1988 .
- 7) القانون رقم 07/90، المؤرخ في 03 أفريل 1990، المتعلق بالإعلام، ج.ر، عدد 14 .
- 8) القانون رقم 10/90، المؤرخ في 14 أفريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، عدد 16 ن المؤرخة في 18 أفريل 1990 .
- 9) القانون رقم 30/90، المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج. ر، عدد 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990 .

قائمة المراجع

- 10) القانون رقم 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر، عدد 64، مؤرخة في 1993/10/10.
- 11) القانون رقم 05/98، المؤرخ في 25 جوان 1998، المعدل والمتمم للأمر رقم 80/67 المؤرخ في 23 أكتوبر 1967، المتضمن القانون البحري، ج.ر، عدد 47، مؤرخة في 27 جوان 1998 .
- 12) القانون رقم 06/98، المؤرخ في 27 جوان 1998، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر، عدد 48، مؤرخة في 28 جوان 1998 .
- 13) القانون رقم 11/98 المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002، ج.ر، عدد 62، المؤرخة في 24 أوت 1998
- 14) القانون رقم 03/2000، المؤرخ في 05 أوت 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر، عدد 48، مؤرخة في 2000/08/06.
- 15) القانون رقم 06/2000، المتضمن قانون المالية لسنة 2001، ج.ر، عدد 80، مؤرخة في 2000/12/24.
- 16) القانون رقم 01/02، المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر، عدد 08، مؤرخة في 06 فيفري 2002 .
- 17) القانون رقم 08/02، المؤرخ في 08 ماي 2002، المتضمن شروط إنشاء المدن الجديدة وتهيئتها، ج.ر، عدد 34، مؤرخة في 14 ماي 2002 .
- 18) القانون رقم 09/01، المؤرخ في 26 جوان 2001، المعدل والمتمم للأمر 156/66، المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر، عدد 34، المؤرخة في 27 جوان 2001 .
- 19) القانون رقم 03/03، المؤرخ في 17 فيفري 2003، المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية، ج.ر، عدد 11، مؤرخة في 2003/02/19.
- 20) القانون رقم 10/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بالتربية البدنية والرياضة، ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 18 أوت 2004 .

- (21) القانون رقم 12/05، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتضمن قانون المياه، ج.ر، عدد 60، مؤرخة في 04 سبتمبر 2005 .
- (22) القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر، عدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006 .
- (23) القانون رقم 23/06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، عدد 84، مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.
- (24) القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ج.ر، عدد 44، مؤرخة في 03 أوت 2008 .
- (25) القانون رقم 03/10، المؤرخ في 15 أوت 2010، المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج.ر، عدد 46، مؤرخة في 18 أوت 2010 .
- (26) القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03 المتضمن قانون المنافسة، ج.ر، عدد 46، مؤرخة في 18/08/2010.
- (27) القانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر، عدد 37، مؤرخة في 03/07/2011.
- (28) القانون رقم 11/11 المؤرخ في 18 جويلية 2011، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج.ر، عدد 40، مؤرخة في 20 جويلية 2011 .
- (29) القانون رقم 07/12، المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر، عدد 12، مؤرخة في 29/02/2012 .
- (30) قانون رقم 12/12، المؤرخ في 26 ديسمبر 2012، المتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر، عدد 72، مؤرخة في 30 ديسمبر 2012 .
- (31) قانون رقم 01/15، المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج.ر، عدد 40، مؤرخة في 23/07/2015.
- (32) القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016 .

33) القانون رقم 09/16، المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمارات، ج.ر، عدد 46، مؤرخة في 2016/08/03.

4-الأوامر

34) الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52، المؤرخة في 27 جوان 1967 .

35) الأمر رقم 553/68، المؤرخ في 30 ديسمبر 1968، المتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة، ج.ر، عدد 15، مؤرخة في 15/02/1969.

36) الأمر رقم 72/70 المؤرخ في 23 نوفمبر 1970، المتضمن احداث الشركة الوطنية لتوزيع مياه الشرب والمياه الصناعية (سوناد)، ج.ر، عدد 101، مؤرخة في 04 ديسمبر 1970 .

37) الأمر رقم 73/71، المؤرخ في 08 فيفري 1971، المتضمن الثورة الزراعية، ج.ر، عدد 97، مؤرخة في 30 نوفمبر 1971.

38) الأمر رقم 31/96 المؤرخ في 30 أكتوبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج.ر، عدد 85، مؤرخة في 31/12/1996.

39) الأمر رقم 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، عدد 47، مؤرخة في 22/02/2001.

40) الأمر رقم 04/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتضمن تنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر، عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001

41) الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2009، المتضمن قانون المنافسة، ج.ر، عدد 43، مؤرخة في 20 جويلية 2003 .

42) الأمر رقم 11/03، المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 27 أوت 2003 .

43) الأمر رقم 11/06، المؤرخ في 30 أوت 2006، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر، عدد 53، مؤرخة في 30/08/2006.

- 44) الأمر رقم 04/08، المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر، عدد 49، مؤرخة في 2008/09/03.
- 45) الأمر رقم 01/15، المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج.ر، عدد 40، مؤرخة في 23 جويلية 2015 .

5-المراسيم الرئاسية

- 46) المرسوم رقم 59/69 المؤرخ في 28 جويلية 1969، المتضمن حل مؤسسة كهرباء وغاز الجزائر وإحداث الشركة الوطنية للكهرباء والغاز ج.ر، عدد 65، مؤرخة في 01 أوت 1969 .
- 47) المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر، عدد 15، المؤرخة في 13 أبريل 1982 .
- 48) المرسوم رقم 51/84، المؤرخ في 1984/02/25، المعدل والمتمم للمرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 1982/04/10، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر، عدد 09، مؤرخة في 1984/02/28.
- 49) المرسوم الرئاسي رقم 252/93، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، المتعلق بالمجلس الأعلى للإعلام، ج.ر، عدد 69، المؤرخة في 27 أكتوبر 1993 .
- 50) المرسوم الرئاسي رقم 195/02، المؤرخ في 01 جوان 2002، المتضمن القانون الأساسي للشركة الجزائرية للكهرباء والغاز المسماة سونلغاز (ش.ذ.أ)، ج.ر، عدد 39، مؤرخة في 02 جوان 2002.
- 51) المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52، المؤرخة في 28 جويلية 2002 .
- 52) المرسوم الرئاسي رقم 128/04، المؤرخ في 19 أبريل 2004، المتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ج.ر، عدد 26، المؤرخة في 25 أبريل 2004 .

- 53) المرسوم الرئاسي رقم 338/08، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 250/02، المؤرخ في 24/07/2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 62، مؤرخة في 09/11/2008 .
- 54) المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، مؤرخة في 07 أكتوبر 2010.
- 55) المرسوم الرئاسي رقم 212/11، المؤرخ في 02 جوان 2011، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 195/02، ج.ر، عدد 32، مؤرخة في 08 جوان 2011 .
- 56) المرسوم الرئاسي رقم 03/13، المؤرخ في 13 جانفي 2013، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 2013 .
- 57) المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

6- المراسيم التنفيذية

- 58) المرسوم التنفيذي 147 /76، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن والتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري، ج.ر، عدد 12، مؤرخة في 09 فيفري 1977 .
- 59) المرسوم التنفيذي رقم 01/89، المؤرخ في 18 جانفي 1989، والمتعلق بضبط كفاءات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر، عدد 03، مؤرخة في 18/01/1989.
- 60) المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ج.ر - عدد 05، مؤرخة في 31/01/1990.
- 61) المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 57، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991 .
- 62) المرسوم التنفيذي رقم 41/94، المؤرخ في 29 جانفي 1994، المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستغلالها، ج.ر، عدد 07، مؤرخة في 06 فيفري 1994 .

- 63) المرسوم التنفيذي رقم 322/94، المؤرخ في 17 أكتوبر 1994، المتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار ج.ر، عدد 67، مؤرخة في 19/10/1994.
- 64) المرسوم التنفيذي رقم 54/96، المؤرخ في 22 جانفي 1996، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 06، مؤرخة في 24 جانفي 1996.
- 65) المرسوم التنفيذي رقم 308/96، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج.ر، عدد 55، مؤرخة في 25 سبتمبر 1996 .
- 66) المرسوم التنفيذي رقم 483/97، المؤرخ في 15 ديسمبر 1997، المحدد لكيفيات منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، ج.ر، عدد 83، مؤرخة في 15 ديسمبر 1997 .
- 67) المرسوم التنفيذي رقم 70/98، المؤرخ في 21 فيفري 1998، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة وتحديد قانونها الأساسي، ج.ر، عدد 11، مؤرخة في 01 مارس 1998 .
- 68) المرسوم التنفيذي رقم 87/98، مؤرخ في 07 مارس 1998، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 9 /11/ 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 13، مؤرخة في 11/03/1998.
- 69) المرسوم التنفيذي رقم 81/2000، المؤرخ في 09 أبريل 2000، المتضمن شرط استغلال خدمات النقل البحري، ج.ر، عدد 21، مؤرخة في 12 أبريل 2000 .
- 70) المرسوم التنفيذي رقم 101/01، المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 22 أبريل 2001 .
- 71) المرسوم التنفيذي رقم 102/01، المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير، ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 22 أبريل 2001 .
- 72) المرسوم التنفيذي رقم 02/03، المؤرخ في 17 فيفري 2003، المحدد للقواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ، ج.ر، عدد 11، مؤرخة في 19 فيفري 2003 .

- (73) المرسوم التنفيذي رقم 274/04، المؤرخ في 05 سبتمبر 2004، المحدد لشروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة، ج.ر، عدد 56، مؤرخة في 05 سبتمبر 2004 .
- (74) المرسوم التنفيذي رقم 392/04، المؤرخ في 2004/12/01، المتعلق برخصة شبكة الطرق، ج.ر، عدد 78، مؤرخة في 2004/12/05.
- (75) المرسوم التنفيذي رقم 405/05 المؤرخ في 17 أكتوبر 2005، المحدد لكيفيات تنظيم الاتحاديات الرياضية الوطنية وسيرها وشروط الاعتراف لها بالمنفعة العمومية والصالح العام، ج.ر، عدد 70، مؤرخة في 19 أكتوبر 2005 .
- (76) المرسوم التنفيذي رقم 23/07، المؤرخ في 28 جانفي 2007، المحدد لكيفيات إعادة بيع الأراضي الواقعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية أو منح حق الامتياز عليها، ج.ر، عدد 08، مؤرخة في 2007/01/31.
- (77) المرسوم التنفيذي رقم 69/07، المؤرخ في 19 فيفري 2007، المحدد لشروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية ج.ر، عدد 13، مؤرخة في 21 فيفري 2007 .
- (78) المرسوم التنفيذي رقم 140/07 المؤرخ في 19 ماي 2007 المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج.ر، عدد 33، مؤرخة في 20 ماي 2007 .
- (79) المرسوم التنفيذي رقم 57/08، المؤرخ في 13 فيفري 2008، المتضمن شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج.ر، عدد 09، مؤرخة في 24 فيفري 2008 .
- (80) المرسوم التنفيذي رقم 114/08، المؤرخ في 09 أفريل 2008، المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ج.ر، عدد 20، مؤرخة في 13 أفريل 2008 .
- (81) المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المؤرخ في 02 ماي 2009، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر، عدد 27، مؤرخة في 2009/05/06 .
- (82) المرسوم التنفيذي رقم 110/11، المؤرخ في 6 مارس 2011، المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 289-93، المؤرخ في 14 جمادى الثانية 1414 الموافق ل 28 نوفمبر 1993.

83) المرسوم التنفيذي رقم 427/12، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، المتعلق بشروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، ج.ر، عدد 69، مؤرخة في 2012/12/19.

7-القرارات الوزارية:

84) القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ديسمبر 1986، المتضمن الموافقة على دفتر الشروط المتعلقة بمنح الدولة للبلديات والمؤسسات العمومية المكلفة بالسياحة حق استغلال الشواطئ التابعة للأملاك العمومية البحرية، ج.ر، عدد 13، مؤرخة في 25 مارس 1987 .

85) القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 5 أبريل 2003، المحدد لشروط التنازل عن العقارات المبنية أو غير المبنية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والمخصصة لإنجاز عمليات تعمير أو بناء، ج.ر، عدد 35، مؤرخة في 25 ماي 2003 .

86) القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 11 جويلية 2005، المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على عقود التموين والربط بالغاز والكهرباء ، ج.ر، عدد 65، مؤرخة في 21 سبتمبر 2005 .

87) القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 ماي 2006 المحدد لنماذج الاتفاقية ودفتر الشروط المتعلقة بامتياز الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة، المتضمن نموذج اتفاقية الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة، ج.ر، عدد 70، مؤرخة في 05 نوفمبر 2006 .

88) قرار وزاري مشترك بتاريخ 28 مارس 2011، المتضمن تحديد كيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 20 افريل 2011.

89) قرار عن وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011، متعلق بكيفية تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 20 أفريل 2011.

90) القرار الوزاري، المؤرخ في 11 نوفمبر 2012، المحدد لكيفية إعلان الترشيح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ج.ر، عدد 44، مؤرخة في 15 سبتمبر 2013 .

91) القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 نوفمبر 2013 المتعلق بتطبيق الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب، ج.ر، عدد 21، مؤرخة في 09 أفريل 2014.

- 92) أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري: العقود التجارية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1981.
- 93) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2006.
- 94) أعرم يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، 2004.
- 95) أنس جعفر، العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود ال B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- 96) بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية: دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 97) بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري: تنظيم عمل واختصاص، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 98) بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية - دراسة تشريعية فقهية وقضائية -، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 99) جابر جاد نصار، المناقصات العامة: دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونسترال)، الطبعة 02، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 100) جبار جميلة، دروس في القانون الإداري -مدعمة بأحدث النصوص القانونية والقرارات القضائية -، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014.
- 101) جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 102) حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.

- 103) حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2008.
- 104) حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية: في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 105) حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية: العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998.
- 106) خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية: تنظيم واختصاص القضاء الإداري، دم.ج، الجزائر، 2004.
- 107) سعيد نحيلي، القانون الإداري: المبادئ العامة، الجزء الأول، منشورات جامعة البعث، سوريا، 2013.
- 108) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة 5، 1991.
- 109) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- 110) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، ط.06، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012.
- 111) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، 1967، ص.651.
- 112) شربل طانيوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقہ والاجتهاد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 1998.
- 113) ضريفينادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- 114) عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016.
- 115) عبدالحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقہ-القضاء-التشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.

- 116) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرافعات الإدارية: إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 117) عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة 03، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- 118) عبد العالي سمير، الصفقات العمومية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2010.
- 119) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 120) عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 121) عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 122) عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخصخصة، دار الخلدونية، الجزائر، د.ت.ن.
- 123) عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثانية، منشورات المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 124) علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، د.ت.ن.
- 125) علي الدين زيدان ومحمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإداري: معلقا عليها بأحدث آراء الفقه والقضاء الإداري وأحكام المحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، المكتب الفني للإصدارات القانونية.
- 126) علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.262.
- 127) علي عبد الفتاح، الوجيز في القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 128) علي محمد علي قاسم، عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

- 129) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 130) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية له)، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011.
- 131) عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 132) عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء: دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر، فرنسا، تونس، مصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 133) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، الجزء 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 134) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء 02، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 135) عمار عوابدي، القانون الإداري: النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 136) عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 1999، ص.93.
- 137) عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، الطبعة 11، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 138) عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية: في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، موسوعة، الجزائر، د.ت.ن.
- 139) عياد أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د.د.ن، د.ب.ن، 1983.
- 140) عياض بن عاشور، القضاء الإداري وفق المرافعات في تونس، مركز النشر الجامعي، الطبعة 02، تونس، 1998.

- 141) فهد مبارك الهاجري، العقود الإدارية عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- 142) كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، د.ت.ن.
- 143) كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2012.
- 144) لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 145) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء محكمة التنازع ومجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 146) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985.
- 147) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، طبعة دار المطبوعات والمعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 148) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- 149) مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013.
- 150) مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري: الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 151) محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري: دعوى الإلغاء، دار العلوم، الجزائر، 2012.
- 152) محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر: ترجمة رحال بن اعمر ورحال مولاي إدريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ت ن.
- 153) محمد أنور حماده، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 154) محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، الأردن، 2011.
- 155) محمد جمال الذنبيات، العقد الإداري: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الأردن، 2003.

- 156) محمد رضا جنيح، القانون الإداري، الطبعة 02، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008.
- 157) محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 158) محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1992.
- 159) محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية: دراسة تحليلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- 160) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 161) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني " عقد المقاوله "، المجلد التاسع، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007.
- 162) محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ت.ن.
- 163) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.
- 164) محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- 165) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء 01، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 166) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء 02، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 167) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية: نظرية الاختصاص، الجزء 03، الطبعة 03، دم.ج، الجزائر، 2005.
- 168) مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ت.ن.
- 169) مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري: مقدمة الأعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية والشركات التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993.

- (170) مصلح الصرايرة، "الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية الخاضعة لنظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986".
- (171) مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- (172) مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات: حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- (173) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري -دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- (174) الموسوعة الإدارية الحديثة " مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة"، الجزء 35.
- (175) موسوعة القانون الجزائري، دار بيرتي للنشر، الجزائر، 2013.
- (176) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، منشورات لباد، 2006.
- (177) النشرة القضائية للمحكمة الإدارية بالرباط، 2011.
- (178) نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.
- (179) هاني عبد الرحمن اسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- (180) هبة هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016.
- (181) الياس ناصيف، عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002.
- (182) يس محمد يحي، عقد الصلح، دار الفكر العربي، (د.ب.ن)، 1978.
- ثالثا: الأطروحات والمذكرات**
- (183) بشير محمد، (إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة)، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، د.ت.ن.

- 184) تيابنادية، (آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.
- 185) جليل مونية، (المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر)، أطروحة دكتوراه، القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015.
- 186) حنان ميساوي، (آليات حماية الأملاك الوطنية)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015 .
- 187) خضري حمزة، (آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية)، أطروحة دكتوراه، قانون عام، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.
- 188) زكي النجار، (نظرية البطلان في العقود الإدارية)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1981.
- 189) كريمة علة، (جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية)، أطروحة دكتوراه، القانون العام، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012-2013.
- 190) أكلي نعيمة، (النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر)، مذكرة ماجستير، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2003.
- 191) أوكال حسين، (المرفق العام للمياه في الجزائر)، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009-2010.
- 192) بجاوي بشيرة، (الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على مستوى المحلي)، مذكرة ماجستير، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2012.
- 193) بوحلايس إلهام، (الاختصاص في مجال المنافسة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2004.
- 194) بوهاالينوال، (الجزائرية للمياه - مرفق عام -)، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.
- 195) بودراف مصطفى، (التسيير المفوض والتجربة الجزائرية في مجال المياه)، مذكرة ماجستير، تخصص قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.

- 196) بحري إسماعيل، (الضمانات في مجال الصفقات العمومية)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008.
- 197) بن بشير وسيلة، (ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري)، مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 198) توفيق زيداني، (التنظيم القانوني لعقد المقاوله على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2010-2009.
- 199) ديش سورية، (العقوبات الإدارية على المتعامل الاقتصادي في الصفقات العمومية والعون الاقتصادي في قانون المنافسة -دراسة مقارنة -)، مذكرة ماجستير، جامعة الجليلي اليابسيدي بلعباس، 2014.
- 200) سميرة حصايم، (عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية)، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001.
- 201) سعيدي مصطفى (مكانة عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات)، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، د.ت.ن.
- 202) صالح زمال، (المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري)، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.
- 203) عمراني فيصل، (عقود الشراكة العمومية الخاصة -دراسة مقارنة-)، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2010.
- 204) فرقان فاطمة الزهراء، (رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر)، مذكرة ماجستير، قانون عام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2007.
- 205) لحول كمال، (اختيار المشاريع العمومية: دراسة مشروع الطريق السيار "شرق غرب")، مذكرة ماجستير، تخصص تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان، 2014-2013.
- 206) معطى الله مصطفى، (عقد الامتياز في العقار الصناعي)، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2015-2014.

207) هدى بنحليلس، (مبدأ عدم التمييز في القانون العام الاقتصادي الجزائري)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.

رابعاً: المقالات

208) أحسن غربي، "نسبة الاستقلالية الوظيفية للسلطات الإدارية المستقلة"، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد 11، 2015.

209) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 2006.

210) احمديات محمد، "الامتياز في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.

211) الشيهابي إبراهيم الشرقاوي ومصطفى أبو العينين، "الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم والمسؤولية المدنية الناشئة عنها"، مجلة العلوم القانونية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة، جانفي 2013.

212) العيساوي حسين، "التحكيم وحصانة الدولة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سبتمبر 2011.

213) بسام الكراي، "مبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقات العمومية"، مجلة دراسات قانونية: عدد خاص النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية، كلية الحقوق بصفاقس، تونس، 2007.

214) بلكعبيات مراد، "دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، جوان 2012.

215) بلوافي محمد، يماني ليلي، "أداة الإنفاق الحكومي في السياسة المالية بالجزائر 1992-2011"، مجلة الإستراتيجية والتنمية، العدد 05، كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جويلية 2013.

216) بن حملة سامي، "مظاهر الحماية القانونية للموارد المائية على ضوء تشريع المياه في الجزائر"، مجلة القانون والمجتمع، العدد 01، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، أفريل 2013.

- (217) بن سهلة ثاني بن علي، نعيمة فوزي، "تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، الجزائر، 2008.
- (218) بوحفص جلاب نعاة، "النظام القانوني للعقار الاقتصادي في الجزائر"، مجلة الفكر البرلماني، العدد 22، الجزائر، مارس 2009.
- (219) بودريوة عبد الكريم، "حاضر ومستقبل المادة 7 من ق.إ.م في ظل نظام الازدواجية القضائية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، العدد 01، الجزائر، 2004.
- (220) ربحي أمحمد، "النظام القانوني لعقد التسيير"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، مارس 2016.
- (221) زناتي مصطفى، "ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة (حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي)"، <http://dspace.univ-msila.dz>
- (222) سلامي ميلود، "الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جوان 2015.
- (223) سهير الفراتي، "الشفافية في الصفقات العمومية"، مجلة دراسات قانونية: عدد خاص النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية، كلية الحقوق بصفافس، تونس، 2007.
- (224) سيهوب سليم، "الشراكة بين القطاع الخاص والقطاع العام في مجال المياه والتطهير"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، أكتوبر 2015.
- (225) شايب باشا كريمة، "عقد الامتياز ودوره كآلية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائر"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، جوان 2012.
- (226) صالح حمليل، "الوقاية من الفساد شرط لإرساء قواعد الحكم الراشد في الجزائر"، مؤلف جماعي تحت عنوان: الحكم الراشد الرقابة والمسؤولية، مخبر القانون والمجتمع والسلطة، 2013.
- (227) عبد الحميد الاحدب، "قانون التحكيم الجزائري الجديد"، مجلة التحكيم، العدد 02، أفريل 2009.

- 228) عبد الرحيم أضاوي، "صفقات الجماعات الترابية في ظل القوانين التنظيمية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 137، نوفمبر-ديسمبر 2017.
- 229) عجابي إلياس "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.
- 230) عجة الجيلالي، "الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 04، جوان 2006.
- 231) عدلي محمد عبد الكريم، "خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.
- 232) عمار بوضياف، "المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس، جوان 2011.
- 233) غناي رمضان، "سلطات إدارية من نوع جديد: سلطات الضبط الإقتصادي"، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2007.
- 234) غوتي مكاشة، "الشراكة المائية وعقد امتياز المياه في الجزائر"، مجلة الفكر البرلماني، العدد 25، الجزائر، أبريل 2010.
- 235) فوناس سهيلة خباش، "عقود تفويض المرفق العام -دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي -"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة 05، المجلد 10، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014.
- 236) قبايلطيب، "تحويل حق الانتفاع الدائم إلى امتياز في مجال استغلال العقار الفلاحي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 08، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013.
- 237) لمطاعي نور الدين، "تمثيل الدولة أمام القضاء العادي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، جوان 2012.

- 238) محمد الزياتي، "القاضي الإداري والصفقات العمومية بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 79-78، جانفي-أفريل 2008.
- 239) محمد الشريف كتو، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، الجزائر، 2010.
- 240) مخلوف لكحل، "الاستقرار القانوني ودوره في تعزيز الاستثمار في العقار الصناعي"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 08، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، جانفي 2016.
- 241) مزياني فريدة، "الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 02، جوان 2014.
- 242) منصور زين، "واقع وآفاق سياسة الاستثمار في الجزائر"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 02، مخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر.
- 243) موالك ب، "التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول)"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، العدد 01، الجزائر، 2004.
- 244) ناصر لباد، "العقود الإدارية ومكانة الصفقات العمومية منها في القانون الإداري الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سبتمبر 2013.
- 245) وائل طيارة، "الاتفاق على التحكيم في ظل قواعد اليونسترال الوصوره وأشكاله، الرضا به، محله"، مجلة التحكيم، ملحق للعدد 08، 2010.
- 246) الياقوت أكرون، "الأمر رقم 04/08 المتعلق بالامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة: أداة لترقية الاستثمار"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء 03، 2010.

خامسا: المداخلات

- 247) إبراهيم حسن الملا، "قضاء التحكيم في اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة، دور المحكمة الاتحادية العليا في تطوير الفكر القضائي الإماراتي"، مجموعة أوراق بحثية أعدت بمناسبة الاحتفال بمرور أربعين عاما على إنشاء المحكمة، أبو ظبي، 2013.

- 248) أحمد جبوري، "خوصصة المرفق العمومي عن طريق امتياز الأملاك الوطنية العقارية"، الملتقى الدولي الأول حول: "المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن -دراسة قانونية وعملية -"، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، يومي 13 و14 ماي 2015.
- 249) أحمد دغيش، "قيد التعسف في استعمال الملكية العقارية الفلاحية الخاصة"، الملتقى الوطني حول: الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، يومي 25 و26 سبتمبر 2013.
- 250) الواشنيمرم، "مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، 20 ماي 2013.
- 251) حطاطش عبد الحكيم -زيتوني هند، "مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014"، مؤتمر دولي حول: تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014، جامعة سطيف 1، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2013.
- 252) خيرة مقطف، "المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، 20 ماي 2013.
- 253) زعموش فوزية، "دور عقدا الامتياز للعقار الصناعي في تشجيع الاستثمار الأجنبي"، ملتقى وطني حول: الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، يومي 18 و19 نوفمبر 2015.
- 254) سفيان موري، "مدى فاعلية أساليب الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية -دراسة مقارنة مع المشرع الفرنسي والتونسي-" الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، 20 ماي 2013.
- 255) سليمان السعيد، "الخدمة العمومية المحلية بين النص والواقع"، يوم دراسي حول الخدمة العمومية في الجزائر: واقع وآفاق، قسم العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2015.

- 256) عبد الحميد الأحذب، " قانون التحكيم الجزائري الجديد "، يومين دراسيين حول: الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، المحكمة العليا، يومي 15 و16 جوان 2008، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، 2009.
- 257) عبد الغني حسونة، " نظام عقد امتياز استغلال العقار الصناعي كأرضية للاستثمار الأجنبي "، ملتقى وطني حول: الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، يومي 18 و19 نوفمبر 2015.
- 258) عمار بوضياف، " دور عقد الإمتياز في تطوير الشراكة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص"، ملتقى دولي حول: الشراكة بين الإدارة العمومية والقطاع الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 23-24 جوان 2009.
- 259) كسال سامية، " عقد التسيير المفوض أسلوب لتسيير الخدمة العمومية للمياه في الجزائر"، الملتقى الدولي الأول حول: " المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن-دراسة قانونية وعملية - "، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، يومي 13 و14 ماي 2015.
- 260) لعور بدر، " الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري "، يوم دراسي حول: "التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 17 ديسمبر 2015.
- 261) محمد الروبي، " التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T "، المؤتمر السنوي 16 حول: التحكيم التجاري الدولي : أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، جامعات الإمارات العربية المتحدة، 28 و30 أبريل 2008.
- 262) الأحكام الجديدة للمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مقارنة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم -دراسة مقارنة "، يوم دراسي حول قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ولاية بومرداس، 10 فيفري 2016.

263) 1-قرارات مجلس الدولة:

264) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1999/02/20، رقم 013334، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003.

265) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2000/02/14، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002، ص. 107 .

266) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2000/02/14، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002.

267) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2000/04/24، قضية محافظ بنك الجزائر ضد يونين بنك، ملف رقم 1496.

268) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2001/05/07، رقم 002254، قرار غير منشور، أشار إليه: عيساناي علي، (التظلم والصلح في المنازعات الإدارية)، مذكرة ماجستير، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008.

269) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001/05/14، قضية رقم 001519، بلدية بوزريعة ضد مقاوله، قرار غير منشور.

270) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2001/10/08، قضية رقم 00470، قرار غير منشور، أشار إليه: خالد خوخي، (التسوية الودية للنزاعات الإدارية)، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.

271) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/12/03، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2002.

272) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2002/12/17، رقم 6215، فهرس 873، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة، قرار غير منشور، أشار إليه: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

273) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2003/04/15، رقم 004842، الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري ضد (أ.ج)، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، 2003.

274) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2004/01/20، رقم 013401، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2007.

- (275) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ بتاريخ 9 مارس 2004، قضية شركة نقل المسافرين " سريع جنوب " ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لوهرا، رقم 11950، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004.
- (276) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 15/06/2004، رقم 14637، قضية بلدية العلمة ضد (ه.ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد 05.
- (277) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 07/06/2005، رقم 21173، رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية تنس ضد (ق.ط)، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005.
- (278) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 17/07/2005، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، 2006.
- (279) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 12/01/2012، رقم 065350، رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدي لابي خالد (ولاية تلمسان) ضد ب.ع، قرار غير منشور.
- (280) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 15/03/2012، رقم 066178، البنك الوطني الجزائري ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري، قرار غير منشور .
- (281) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 21/06/2012، قضية ولاية البيض ضد السيد (أ.ع.م)، قرار غير منشور.
- (282) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 11/10/2012 ، غير منشور، لحسن بن شيخ آث ملويا، المنقّى في قضاء محكمة التنازع ومجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2014.
- (283) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 11/10/2012، أشار إليه: لحسن بن شيخ آث ملويا، المنقّى في قضاء محكمة التنازع ومجلس الدولة، دار هومة، 2014، الجزائر.
- (284) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 04/06/2015، قضية ولاية الشلف ضد مؤسسة أشغال البناء (ش.ب)، قرار غير منشور.
- (285) قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 17/12/2015، قضية مؤسسة الأشغال العمومية والبناء ضد بلدية واد تليلات، قرار غير منشور.

2-قرارات محكمة التنازع:

- 286) قرار صادر عن محكمة التنازع، بتاريخ 2007/12/09، رقم 45، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009.
- 287) قرار صادر عن محكمة التنازع، بتاريخ 2007/11/13، رقم 42، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009.
- 288) قرار صادر عن محكمة التنازع، بتاريخ 2007/12/09، رقم 45، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009.
- 289) قرار صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 2012/12/24، رقم 000140، قضية (ع.ق) ضد بلدية بورقيقة، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013.
- 290) قرار صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 2012/06/12، رقم 000132، قضية المؤسسة العمومية الاقتصادية لإنجاز الجسور " سابطا " ضد الوكالة الوطنية للسدود، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013.

3-قرارات المحكمة العليا:

- 291) قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 31 مارس 1996، نشرة القضاة العدد 50، سنة 1997.
- 292) قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى، بتاريخ 1989/11/04، رقم 64846، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1991 .
- 293) قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 28 جويلية 1990، رقم 76077، قضية (ب.ز) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لسيدي مبارك ومن معه، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1990.
- 294) قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 1993/09/27، رقم 109743، المجلة القضائية، العدد 01، 1994.
- 295) قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 1985/12/28، قضية رقم 44299، المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1989، العدد 03.

- 296) قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 12/06/1982، قضية رقم 28892،
المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، 1989.
- 297) قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى، بتاريخ 31/12/1982، رقم 62252،
المجلة القضائية.
- 298) القرار الصادر عن الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 06/02/2008، رقم
414667، الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء، مجلة المحكمة العليا،
العدد 02، 2008.
- 299) القرار الصادر عن الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 04/06/2008، رقم
468744، ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد مقولة أشغال البناء، مجلة المحكمة العليا، العدد 01،
2009.
- 300) القرار الصادر عن الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 06/02/2008، رقم
414667، الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء، مجلة المحكمة العليا،
العدد 02، 2008.
- 301) قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 16/07/1988، رقم 52803، قرار
غير منشور.
- 302) قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 28/04/1969، قضية شركة اتحاد
النقل والمشاركة، أشار إليه: عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي
الجزائري، الجزء 02، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

4-قرارات ابتدائية:

- 303) قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء معسكر، بتاريخ 22/11/2003، رقم
2003/418، قرار غير منشور .
- 304) قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء المسيلة، بتاريخ 10/11/2009، رقم
09/00177، الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين لولاية مسيلة ضد (م.ب)، قرار
غير منشور .

قائمة المراجع

- 305) قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء غليزان، بتاريخ 2008/02/24، رقم 07/00421، مؤسسة الأشغال والبناء ضد المديرية الولائية للبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصالات لولاية غليزان ووالي ولاية غليزان، قرار غير منشور .
- 306) قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، بتاريخ 2008/10/15، (ج.ع) ضد (ولاية الجزائر ومؤسسة ميترو الجزائر)، رقم 08/1896، غير منشور، أشار إليه لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية.
- 307) قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، بتاريخ 2009/04/01، مقالة الأشغال العمومية ضد ولاية سكيكدة، قرار غير منشور.

5-القضاء المقارن:

- 308) حكم صادر في 25 مارس 1956، مجموعة المجلس، السنة 10.
- 309) قرار صادر عن المحكمة الإدارية للدار البيضاء، بتاريخ 2001/02/21، قضية شركة بيونيت ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 86.

سابعاً: التقارير

- 310) التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 1996-1997، ج.ر، عدد 12، مؤرخة في 28 فيفري 1999.
- 311) تقرير مجلس المحاسبة لسنة 2010، جريدة الشروق اليومي، العدد 3158، 29 ديسمبر 2010

ثامناً: مواقع الانترنت.

- 312) eur-lex.europa.eu
- 313) WWW.legifrance.gouv.fr.
- 314) <http://www.conseil-concurrence.dz>
- 315) https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_201

Ouvrages:

- 316) André De Laubadère et autres ,Traité des contrats administratifs , tome1, LGDJ 1984.
- 317) Antoine Alonso , Dominique Legouge, Guide de la nomenclature des achats publics, ESF éditeur /CFMP éditions , Paris , 2002.
- 318) Bernard-Frank Macera, Les actes détachables dans le droit Français , Presse Universitaires de Limoges et du limousin , 2002.
- 319) Christophe Guettier ,Droit des contrats administratifs , 1ère édition , PUF, Paris , 2004.
- 320) Christine Bréchon Mounés, « Liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA, 1998.
- 321) Frédéric Colin, Marie-Laure Messe, L essentiel du contentieux administratif,4ème édition,Gualino, Paris, 2018.
- 322) GAJA, 19 ème édition, Dalloz, Paris, 2013.
- 323) Gilles J, Cours de droit administratif, Guglielmi, 2004.
- 324) Gilles Lebreton, Droit administratif général, Tome 02, Dalloz, Paris
- 325) Gustave Peiser, Contentieux administratif, 16 ème édition, Dalloz, Paris, 2014.
- 326) Jacqueline Morand-Deville, Droit administratif des biens, Lextenso éditions, 6ème édition, Paris, 2010.
- 327) Jean-François Brisson, Les fondements juridique du droit des marchés publics , Imprimerie National Editons , Paris , 2004.
- 328) Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 6 ème édition, LGDJ, Lextenso édition, Paris, 2008.
- 329) Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 4ème édition, LGDJ,2004,Paris.
- 330) Marie-Christine Rouault, Droit administratif, 5ème édition, Lextenso édition , Paris , 2009.
- 331) Michel Rousset , Olivier Rousset, Le contentieux administratif , 2eme édition, Presse Universitaire de Grenoble.
- 332) Nicolas Cros-Xavier Boissy, Les litiges des marchés publics, Edition Berger-Levrault , Paris, 2010

333) Olivier Guézou, Traité de contentieux de la commande publique, Editions Moniteur, 2015.

334) Olivier Le Bot, Le guide des référés administratifs, Dalloz, Paris, 2013.

335) Patrice Cassalter, Le contentieux des marchés publics, Editions territorial, France, 2009.

336) Paul Cassia, Pratique des référés précontractuels, Edition LexisNexis , Paris,2008 .

337) Paul Lewalle, Contentieux administratif, 3éme édition, Edition Larcier , Bruxelles , 2008.

338) Philippe Malinvaud, Droit de la construction 2014-2015, Dossier N°414, Stéphane Braconnier, « Marchés publics de travaux: Procédures de passation », Dalloz, Paris,2013.

339) Phillippe Yolka, Droit des contrats administratifs, LGDJ, Paris, 2013.

340) Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique, Editions du Moniteur, Paris, 2017.

341) Stéphane Braconnier, Précis du droit des marchés publics, 4éme édition, Editions le Moniteur, Paris,2012.

342) Yves Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, LGDJ, Paris, 1971.

343) Zouaimaia Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Editions Belkeise, Alger, 2012

Les articles scientifiques :

344) «Etre ou ne pas être (Un pouvoir adjudicateur), telle est la question (Posée au juge du référé précontractuel) », AJDA, 2016.(Sans auteur).

345) «Protection des candidats évincés d'une DSP», La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, N°38, 20 Septembre 2012. (Sans auteur).

346) « L'absence de publication de l'avis d'attribution ne peut faire annuler le marché », Recueil Lebon, Dalloz, 2013.(Sans auteur).

347) « Recours applicables aux contrats de commande publique », Revue Procédures, N°06, Juin 2009, Alerte 35.(Sans auteur).

348) Alain Ondoua ,« Notion de contrat administratif » ,Juris-Classeur , Contrats et marchés publics ,Fasc.10,n°12 ,2009.

- 349) Amilhat Mathias, « Passation des marchés publics », JurisClasseur Administratif, Fasc.635, 01 Avril 2015.
- 350) Antoine Tabouis, Aymeric Hourcarbie, « Notion et régime juridique de la délégation unilatérale de service public », Revue Contrats et marchés publics, Juin 2005, n°06.
- 351) Aymeric Ruellan, « Les critères de choix des offres dans le nouveau code des marchés publics », AJDA, 2004.
- 352) B. Plessix, « Contrats domaniaux », J.-Cl. propr. Publ. ; fasc.79, n°1.
- 353) Bernard Poujade, « Le référé précontractuel », RFDA, 2002.
- 354) Bernard Poujade, « Le référé précontractuel: Un premier bilan », Petites affiches, N°58, 14 Mai 1997.
- 355) Bertrand Dacosta, « De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », RFDA, 2014.
- 356) Bertrand Seiller, « Le juge du référé précontractuel exerce un contrôle restreint sur le rejet d'une offre anormalement basse », Gazette du palais, N°334
- 357) Brechon-Moulenes. CH, « Liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA, Paris, 1998.
- 358) Cathrine Bergeal, « La procédure d'attribution d'un contrat d'affermage », RFDA, 2000.
- 359) Christine Maugué, « La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages », AJDA, 2006.
- 360) Christophe Arango, « Les conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur la convention de délégation de service public », AJDA, 2009.
- 361) Christophe Cantié, « Marchés publics: Règlement juridictionnel des litiges », JurisClasseur Collectivités territoriales, Fasc.782, 30 Septembre 2014.
- 362) Christophe Cantié, « Marchés publics: Règlement juridictionnel des litiges », JurisClasseur Collectivités territoriales, Fasc.782, 30 Septembre 2014.
- 363) Cyril La Roche, « Le référé précontractuel dans les marchés de travaux », Le Moniteur, 25 Novembre 2011.
- 364) Daniel Giltard, « Référés: Contrats de la commande publique », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, Juin 2011.
- 365) Dennouni Abd El Majid, « Concurrence et régulation en Algérie », Acte de la journée d'étude: La concurrence et la régulation du marché, Conseil de la concurrence, Alger, 10 Mai 2018.

- 366) Diane Poupeau, « Contrôle du juge du référé précontractuel sur la définition des besoins », AJDA, 2013.
- 367) Diane Poupeau, « Responsabilité de l'état dérivée d'un contrat de droit allemand: le juge français est incompetent », CE, 05/07/2013, AJDA, 2013.
- 368) Didier Supplisson, « Critères d'attribution des marchés publics: Quelques changements dans la continuité », AJDA, 2006.
- 369) Edith Benguigui, « Le référé précontractuel constitue-t-il toujours une voie de recours 'efficace et rapide' », La Semaine Juridique des Administrations et Collectivités Territoriales, N°11-12, 09 Mars 2009.
- 370) Emmanuel Breen, « Compétence administrative ou judiciaire », JurisClasseur Administratif, Fasc.1045, N°48, 2004.
- 371) Emmanuel Glaser, « Référé précontractuel et non-lieu », Revue Lamy des Collectivités Territoriales, N°44 , Mars 2009.
- 372) Emmanuel Glaser, « Référé précontractuel, audience et moyen nouveau », Revue Lamy des Collectivités Territoriales, N°91, Juin 2013, P.34.
- 373) Eric Lanzarone, « Anfructuosité et marché négocié: Vers un allégement de la procédure ? », Revue Le Lamy Collectivités territoriales, N°55, 1 Mars 2010.
- 374) Etienne Fatôme, Laurent Richer, « Contrats à objet immobilier et de travaux: le critère de l'objet principal, critère seconde », AJDA, 2015.
- 375) Florian Linditch, « Contentieux des contrats et marchés publics », Jurisclasseur Contrats et marchés publics, 05 Novembre 2017.
- 376) Florian Linditch, « Contentieux, référé précontractuel, recevabilité de l'action introduite par le concurrent dissuadé de soumissionner », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, N°28,13 juillet 2015.
- 377) Florian Linditch, « Intérêt lésé-Concurrent classé troisième », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, N°14,07Avril 2014.
- 378) Florian Linditch, « Le référé précontractuel foudroyé ? », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, N°47,17Novembre2008
- 379) François Brent, « Les nouvelles bases du droit des concessions », AJDA, 2016.
- 380) François Lichére, « La passation des concessions », AJDA,2016.
- 381) François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, « À la recherche de l'objet principal du contrat », Contrats et Marchés publics ,Mars 2015 .
- 382) François Llorens, « Référé précontractuel et contenu du recours administratif préalable ».

- 383) Frédéric Dieu, « Le juge du référé précontractuel peut statuer ultra petita », Revue Le Lamy Collectivités territoriales, N°20, 01 Janvier 2007.
- 384) Frédéric Dieu, « Le respect du délai de Standstill- Une obligation essentielle pour les pouvoirs adjudicateurs, Une information primordiale pour les entreprises évincées », La Semaine Juridique des Administrations et Collectivités Territoriales, N°14, 10Avril 2012.
- 385) Frédéric Dieu, « Le respect du délai de standstill: Une obligation essentielle pour les pouvoirs adjudicateurs, une information primordiale pour les entreprises évincées », La semaine juridique Administrations et Collectivitésterritoriales, n°14, Avril 2002.
- 386) Frédéric Linditch, « La cafétéria du musée Rodin, Le moyen soulevé d'office par le juge des référés et la durée des délégations », La semaine juridique administrations et collectivités territoriales, N°31-35, 28Juillet 2018.
- 387) Frédéric Rolin, « L'action en contestation de la validité du contrat », Revue des contrats, 01 Avril 2008.
- 388) Frédéric Rolin, « L'application dans le temps des décisions juridictionnelles en matière contractuelle ou d'un effet différé l'autre », Revue des contrats, N°02, 01Avril 2008.
- 389) François Llorens, Phillippe Terneyre, «Transparence des procédures dans les marchés publics et modification du code de marchés publics », RDI, 1993.
- 390) Gabriel Eckert, « Notion et choix du contrat », EditionsJuris-Classeur, Contrats et marchés publics , Fasc.400, n°1 , 2009.
- 391) Gilles Pellisier, « De nouveaux moyens peuvent-ils être soulevés oralement lors de l'audience de référé précontractuel ? »,La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales, N°42, 14 Octobre 2013
- 392) H.Pongérard-Payet, « Le critère social exprès d'attribution: Un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus »,AJDA,2006.
- 393) Jacques-Henri Stahl Didier Chauvaux, « Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte de passation d'un marché public et formé par une entreprise n'ayant pas soumissionné », AJDA, 1996.
- 394) Jean-François Brisson, « Responsabilité en matière contractuelle et quasi contractuelle »,Jurisclasseur Administratif, Fasc.854,22 Novembre 2016.
- 395) Jean-Marc Le Gars, «Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requête-Aspects Français », La revue administrative, 52 ème année, N°07, Numéro spécial: Les transformations de la juridiction administrative en France et en Allemagne », 1999.

- 396) Jean-Marc Pastor, « Travaux publics réalisés pour le compte d'une SEM », AJDA, 19 Décembre 2016.
- 397) Jean-Marie Pontier, « La liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA, 2013.
- 398) Jean-Paul Pietri, « Personnes recevables à former un référé précontractuel », Revue Contrats et Marchés publics, N°02, Février 2012
- 399) Jean-Paul Pietri, « Un an de droit du contentieux de la commande publique », Revue Contrats et Marchés Publics, N°08 ,05 Aout 2012.
- 400) Joseph Andreani, « Absence d'intérêt à agir en référé précontractuel d'un sous-traitant présenté pour la conclusion d'un marché public », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, N°11-12,09 Mars 2009.
- 401) Juliette Gaté, « Emprise irrégulière, voie de fait et référé liberté », AJDA, 2005.
- 402) Le Lamy Logistique, N°5374, France, Mars 2016, Etude N°215-2.
- 403) Lucienne Erstein, « Candidat lésé malgré dossier incomplet », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, N°50,15 Décembre 2014.
- 404) Lucienne Erstein, « L'instruction des référés », RFDA, 2007.
- 405) M.C Rouault, « Contrôle par le juge du référé précontractuel des motifs de la commission d'appel d'offres », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, 9 Mai 2006.
- 406) Maeva Guillerm, « Référés (pré) contractuels: Quel tribunal administratif territorialement compétent ? », Contrats publics, N°163, Mars 2016
- 407) Maeva Guillern, « Les référés mesures utiles en matière contractuelle », Contrats Publics, N°132, Mai 2013, P.52.
- 408) Marc Monsebernad, « Marchés publics », Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, Avril 2013, N°346.
- 409) Marie Picard, « Concurrence », Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, Paris, 2005.
- 410) Marie-Caroline Vincent-Legoux, « Clarification dans le droit des marchés publics. La signature des marchés: précipitation et référé précontractuel », RFDA, 2005.
- 411) Marion UBAUD-BERGERON, Contrats et Marchés publics n° 3, Mars 2013.
- 412) Maxime Seno, « L'appréciation du comportement du pouvoir adjudicateur pour caractériser un motif d'intérêt général-Quelques précisions quant au régime d'annulation des marchés par le juge du référé contractuel », La Semaine

Juridique Administration et Collectivités Territoriales, N°07, 17 Décembre 2014.

413) Maxime Seno, « La réforme du code des marchés publics: Libéralisation de la commande publique et nouvelles pratiques », Gazette du Palais, N°274, 01/10/2011.

414) MekkiMessahel, Mohamed SaidBENHAFID, « Gestion Du Service Public De L'eau Potable Et De L'assainissement En Algérie », Le Journal de l'Eau et de l'Environnement - Ecole Nationale Supérieure d'Hydraulique, n°03, 2003 .

415) Michel Degoffe, « Le mieux-disant social », N'est pas un critère de choix du titulaire du marché », RDI, 2002.

416) Michel Guibal, « Codification et simplification du droit des marchés publics », AJDA, 1994.

417) Mustapha Ben Latif, « Les procédures de passation et d'exécution des marchés publics: Rapport introductif » .

418) Nelly Ach, « Le référé précontractuel: Une réforme inachevée », AJDA, 2002.

419) Olivier Dubos, «Europe, Décisions de Septembre à Octobre 2008 », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, N°36,01Septembre 2008.

420) Olivier Guézou, « Recours pour excès de pouvoir-Référé suspension », Droit des marchés publics et contrats spéciaux, Tome02 , N°6261.

421) Olivier Ortega, Pauline Maurus, « Les travaux accessoires dans les contrats publics immobiliers », Contrats publics , N°133 , Juin 2013.

422) Peilberg H., « Sous traitance » ,J.CI.Contrats et marchés publics , 08Avril 2014 .

423) Philippe Neveu, « Eviction des candidats d'une procédure d'attribution de marché public: Du bon usage des clauses relatives aux voies et délai de recours », La Semaine Juridique des Administrations et Collectivités Territoriales, N°20-21, 17Mai 2010.

424) Philippe Nugue, « Commande publique et risque contentieux en 2009- Entre ouverture et fermeture des voix de recours, Un contentieux Schizophrène », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales, N°48, 24 Novembre 2008.

425) Pierre Monnier, « Heures et malheurs d'un juge des référés précontractuels »,Revue contrats et marchés publics, N°04, JurisClasseur, Avril 2016.

426) Pierre Subra de Bieusses, « La spécificité de l'affermage », AJDA, 1996.

427) Rémy Schwartz , Myriam Kaczmarek , « La procédure contentieuse devant les juridictions administratives » , La gazette, 26 Avril 2004

428) Roland Vandermeeren, « Le référé administratif précontractuel », AJDA, 1994.

429) Rozen Noguellou, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics » ,AJDA , 2015.

430) Rozen Noguellou, « Passation d'une délégation de service public: Pouvoirs du juge du référé précontractuel », ,La Semaine Juridique Administration et Collectivités Territoriales, N°39, 22 Septembre 2003.

431) Sahim Ziani, « Jurisprudence nouvelle, Loyauté des relations contractuelles et garantie du contradictoire », La Semaine Juridique des Administrations et Collectivités Territoriales, N°36, 02 Septembre 2013.

432) Samuel Couvreur, « Le référé liberté a-t-il une utilité en matière contractuelle ? », Contrats publics, N°132, Mai 2013.

433) Serge Deygas, « Les limites des pouvoirs du juge des référés contractuels en matière de marché à procédure adaptée »,Revue Procédure, N°03, Mars 2011.

434) Serge Deygas, « Les pouvoirs de contrôle du juge de référé précontractuel », Revue Procédures, N°07, Juillet 2006.

435) Serge Deygas, « Pour une meilleur efficacité des recours en matière de recours de contrats publics », Revue Procédures, N°07, Juillet 2009.

436) Serge Deygas, « L'identification du 'Candidat lésé' », Revue Procédures, N°06, Juin 2012.

437) Serges Deygas, « Une limitation des moyens pouvant être invoqués devant le juge des référés précontractuels », Revue Procédures, N°12, Décembre 2008.

438) Sophie Roussel- Charline Nicolas, « L'allotissement des marchés publics, entre ambition et réalisme », AJDA, 2018.

439) Stéphane Cottin, « Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique », Revue Procédure, N°11, Novembre 2009.

440) Stéphane Duroy, « Le contrat d'affermage: Identification et pouvoirs du juge du contrat », RFDA, 1997.

441) Thibaut Fleury, « La liberté contractuelle des personnes publiques », RFDA, 2012.

442) Thierry Beaugé, « Comment améliorer la lutte contre la corruption dans les marchés publics »,Revue des juristes de Science Po, N°09, Juin 2015.

443) Victor Haim, « Critères d'attribution des marchés publics », AJDA, 2005.

- 444) Wilfried Kloepfer, « Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle », AJDA, N°12, 31 Mars 2003.
- 445) Yan Laidié, « Procédures d'urgence », AJDA, 2001.

Actes du Colloques:

- 446) Mourad Medjnah, « Le rôle du conseil de la concurrence: quelles perspectives d'avenir ? », Acte du séminaire sur le programme de conformité aux règles de la concurrence, Conseil de la concurrence, Alger, 20 Décembre 2016.
- 447) Nicolas Boulouis, « Les recours autour de la signature », Actes du 15e colloque de l'AFAC: Commande publique – les contentieux de la passation: comment les gérer, Paris, 27 janvier 2011
- 448) Ounissi Layachi, « La procédure de passation des marchés publics: Etude analytique et réflexions à la lumière du code des marchés publics 2015 », Journée d'étude: La nouvelle réglementation des marchés publics et délégations de service publics », Université Mohammed khider Biskra, 17/12/2015.
- 449) Pierre Delvolvé, « Introduction générale », Colloque: Les concessions: Rénovation ou révolution transposition de la directive 2014/23/UE, Institut de la gestion délégué, Paris, 24 Septembre 2015.
- 450) Pierre Ricard, « Notion de commande publique », Colloque sur: Commande publique-les contentieux de la passation: Comment les gérer, Paris, 27 Janvier 2011.

La Jurisprudence:

- 451) Tribunal des conflits, du 7 octobre 1991, 02651, publié au recueil Lebon.
- 452) Tribunal Administratif de Saint-Denis , 30 juin 2008, M.Ary Claude X.c/Chambre des Métiers de La Réunion, req. N°0800833.
- 453) Tribunal Administratif de Paris, 8 Novembre 2006, Société FORSUP Conseil c /AFCI, req. N°0615298 .
- 454) Cass. 1ere civ. , 28 Mai 2002 , CPAM vendéc/M.G. : Bull.civ., 2002, 1, n°152.
- 455) TA Toulon, 17 Décembre 2009, Hôtellerie du couvent royal, req. n°0801688, AJDA , 05 Avril 2010.
- 456) C.E, 03 Mai 2004 , Fondation Assistance aux Animaux c/Ministre de l'agriculture et de la pêche , req. n°249832, www.legifrance.gouv.fr.

- 457) CE, 13 Janvier 2010, Association Paris Jean Bouin c/Ville de Paris , req.N°329576 , AJDA , 12 Avril 2010.
- 458) CE,04 Juin 1982 , n°20079 , Ville Dreux , Rec.CE , 1982 , P.201 .
- 459) CE , 29 Avril 1987 , n° 51022 , Rec.CE ,1987 .
- 460) CE, Commune de Villefranche-de-Rouergue, 28/07/2000, req.199549.
- 461) CE, 02 Octobre 2013, Département l'Oise, req.n°368846 .
- 462) CE,26 juillet 1991, Cne de Ste Marie de la réunion ,req.n°117717.
- 463) CE, 29 Décembre 1997, Préfet de Seine-et-Marne /c OPAC de Meaux, req.160686.
- 464) CE, 05 Mars 1999, Président de l'AN, req.n°163328.
- 465) CE, 29 Janvier 1982, Martin, req.n°19923.
- 466) CE, 23 Décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles,N°328827.
- 467) CE,16 Novembre 2005, N°278646, www.legifrance.gouv.fr.
- 468) CE, 15 Juin 2001, Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-Eu-Ré,N°228856.
- 469) CE, 05 Avril 2006, Ministère de la Défense c /Sté V.Ships France, N°288441.
- 470) CE, 08 Mars 1996, Société CGC Entreprise, N°156510.
- 471) CE, 11 Mai 2007, Région Guadeloupe, N°298863.
- 472) CE, 27 juillet 2001, Société immobilière NFC,N° 233718.
- 473) CE, 19 Octobre 2007, Communauté d'agglomération de Saint Etienne, N°296192.
- 474) CE, 10Novembre 2010, N°341132, Min défense.
- 475) C.E , 16 Octobre 2000 , Compagnie Méditerranéenne d'exploitation des services d'eau ,n° 212054 , publié au recueil Lebon .
- 476) CE, 04 Avril 2014,N°358994, Département du Tarn et Garonne.
- 477) CE, 10Mai 1996, Conseil régional de l'ordre des architectes de la région Provence-Alpes-Côte-D'azur , N°162856.

الفهرس

كلمة شكر

الاهداء

قائمة المختصرات

2	مقدمة:
14	الباب الأول: العناصر الموضوعية التي يتدخل من خلالها قاضي الاستعجال الإداري
15	الفصل الأول: محل تدخل قاضي الاستعجال الإداري
16	المبحث الأول: العقود التي تدخل في اختصاص قاضي الاستعجال الإداري
17	المطلب الأول: العقود الواردة في قانون الصفقات العمومية
17	الفرع الأول: الصفقات العمومية
18	أولا: تعريف الصفقات العمومية
18	1-التعريف الاصطلاحي
18	2-التعريف التشريعي
18	1.2-التشريع الجزائري
21	2.2-التشريعات المقارنة:
24	3-التعريف القضائي:
25	4-التعريف الفقهي
25	1.4-الفقه الجزائري
26	2.4-الفقه المقارن
27	ثانيا : المعايير المعتمدة لتحديد مفهوم الصفقات العمومية
27	1-المعيار العضوي
27	1.1-المصلحة المتعاقدة
31	2.1-المتعامل المتعاقد
31	2-المعيار الموضوعي
32	3-المعيار الكتابي
32	4-المعيار المالي
33	ثالثا: أنواع الصفقات العمومية
33	1-صفقة الأشغال العامة
34	1.1-تعريف صفقة الأشغال العامة
35	2.1-عناصر صفقة الأشغال العامة
36	1.2.1-عمل عقاري
38	2.2.1-أن يتم العمل لحساب شخص عام
39	3.2.1-تحقيق المصلحة العامة
40	3.1-تداخل صفقة الأشغال مع صفقات أخرى
40	1.3.1-تداخل صفقة الأشغال مع صفقة اللوازم
41	2.3.1-تداخل صفقة الأشغال مع صفقة الخدمات
43	2-عقد إقتناء اللوازم (عقد التوريد)

44	3-صفقة الخدمات
45	4-صفقة الدراسات
46	الفرع الثاني: تفويضات المرفق العام
48	أولاً: تحديد النظام القانوني لتفويض المرفق العام
48	ثانياً: تعريف تفويض المرفق العام
50	ثالثاً: عناصر عقد تفويض المرفق العام
51	رابعاً: أنواع عقود تفويضات المرفق العام
51	1-عقد الامتياز
51	1.1-تعريف عقد الامتياز
52	1.1.1-التعريف التشريعي
56	2.1.1-التعريف القضائي
58	3.1.1-التعريف الفقهي
59	2.1-طبيعة عقد الامتياز
59	3.1-أركان عقد الامتياز
60	2-عقد الإيجار
61	3-الوكالة المحفزة
62	1.3-تعريف الوكالة المحفزة
62	1.1.3-التعريف التشريعي
62	2.1.3-التعريف الفقهي
63	3.1.3-التعريف القضائي
64	2.3- الفرق بين الوكالة المحفزة وباقي عقود تفويضات المرفق العام
64	4-عقد التسيير
64	1.4-تعريف عقد التسيير
64	1.1.4-التعريف التشريعي
66	2.1.4-التعريف الفقهي
67	2.4-التجربة الجزائرية في مجال عقود التسيير
72	المطلب الثاني: العقود الأخرى
72	الفرع الأول: عقود التنازل
73	الفرع الثاني: عقود بيع وإيجار الأملاك العامة
75	أولاً: عقود البيع
76	ثانياً: عقود الإيجار
77	الفرع الثالث: عقود قسمة العقارات المشاعة بين الدولة والخواص
78	المبحث الثاني: العقود التي تخرج عن اختصاص القاضي الاستعجال الإداري
78	المطلب الأول: العقود التي تخرج من اختصاص القاضي الاستعجالي بموجب نص
80	الفرع الأول: عقود إدارية مستثناة من الخضوع للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية
80	أولاً: عقود الشراكة بين القطاع العام والعام
81	1-تحديد المقصود بالهيئات والإدارات العمومية
82	2-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع الخاص
82	ثانياً: العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تزاو نشاطاً غير خاضع للمنافسة

83	ثالثا: العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع .
84	رابعا: العقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات .
84	1- عقود الاقتناء:
84	2- عقود التأجير
85	خامسا: العقود المبرمة مع بنك الجزائر .
85	سادسا: العقود الدولية
86	سابعا: العقود المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم
86	1- الصلح
87	2- التحكيم
91	ثامنا: عقود الخدمات القانونية
92	1- الأشخاص المعنوية المعفاة من ضرورة التمثيل بمحامي
93	2- الممثل القانوني
94	3- المرحلة القضائية المعنية بالإعفاء
94	4- حالات اللجوء إلى التعاقد مع محامي
94	5- مشروعية استثناء عقود الخدمات القانونية من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية
95	تاسعا: العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء
95	الفرع الثاني: إشكالية خضوع صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية
96	المطلب الثاني: العقود التي تخرج عن اختصاص قاضي الاستعجال بحكم طبيعتها
96	الفرع الأول: عقد القرض العام
96	أولا: تعريف عقد القرض العام
97	ثانيا: السبب من وراء عدم خضوع عقود القرض العام لاختصاص قاضي استعجال العقود
98	الفرع الثاني: عقود التبادل
101	الفصل الثاني: سبب تدخل قاضي الاستعجال الإداري
102	المبحث الأول: الإخلال بالتزامات الإشهار
102	المطلب الأول: التحديد التشريعي لالتزامات الإشهار التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية
104	الفرع الأول: التزامات الإشهار الخاصة بالصفقات العمومية
104	أولا: أنواع الإشهار
104	1- الإشهار التقليدي
105	1.1- الإشهار الورقي
105	1.1.1- نشر إعلان طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP
105	2.1.1- الإشهار الوطني
106	3.1.1- الإشهار المحلي
107	2.1- الإشهار الإلكتروني
109	2- الإشهار الملائم
111	ثانيا: لغة الإشهار
111	ثالثا: محتوى الإشهار
112	الفرع الثاني: التزامات الإشهار الخاصة بتفويضات المرفق العام والعقود الأخرى
112	أولا: التزامات الإشهار الخاصة بتفويضات المرفق العام
115	المطلب الثاني: مظاهر الإخلال بالتزامات الإشهار
115	الفرع الأول: الإخلال بشكليات الإشهار

115	أولاً: انعدام الإشهار.....
116	ثانياً: الإخلال المتعلق بوسيلة الإعلان.....
116	الفرع الثاني: الإخلال بمضمون الإشهار.....
116	أولاً: نقص البيانات.....
116	ثانياً: انعدام الآجال.....
116	1-تاريخ الإعلان عن الصفقة.....
117	2-أجل تحضير العروض.....
118	3-تمديد أجل تحضير العروض.....
118	ثالثاً: تغيير مضمون الإشهار.....
119	الفرع الثالث: خروج بعض الشكليات عن رقابة القاضي.....
120	المبحث الثاني : الإخلال بالتزامات المنافسة
120	المطلب الأول: تحديد التزامات المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية
120	الفرع الأول: التزامات المنافسة المحددة في القانون الخاص.....
121	أولاً: قانون المنافسة والصفقات العمومية.....
123	1-المرحلة التحضيرية وإشكالية تطبيق أحكام قانون المنافسة.....
126	2-مرحلة الإعلان عن الصفقة إلى غاية الإرساء النهائي.....
126	1.2-دراسة العروض.....
127	2.2-الإرساء(المنح) النهائي.....
128	الفرع الثاني: التزامات المنافسة في القانون العام.....
130	أولاً: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.....
131	1-تطبيقات مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية:.....
131	1.1-عدم التمييز.....
131	1.1.1-عدم التمييز بين المتعامل الأجنبي والوطني.....
132	2.1.1-عدم التمييز بين المتعامل العمومي والمتعامل الخاص.....
132	3.1.1-عدم التمييز بالنظر إلى الموطن.....
133	2.1-قائمة المستندات.....
133	2-الاستثناءات الواردة على المبدأ.....
134	1.2-هامش الأفضلية.....
135	2.2-حق الأسبقية.....
135	3.2-المنع من المشاركة في الصفقات العمومية.....
137	ثانياً: مبدأ المساواة في معاملة المترشحين
137	1-طلب العروض الوجه الحقيقي لمبدأ المساواة.....
138	1.1-طلب العروض في التشريعات المقارنة.....
139	2.1-طلب العروض في التشريع الجزائري.....
140	1.2.1-أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.....
144	2.2.1-معيار السعر.....
144	3.2.1-تخصيص الصفقة دون مفاوضات.....
145	4.2.1-إعداد معايير اختيار موضوعية بصفة قبلية.....
145	3.1-احترام مبدأ المساواة في طلب العروض المحدود.....
146	2-الاستثناءات الواردة على المبدأ.....

146	1-2-مراعاة المصلحة العامة
146	2.2-بنص القانون (التراضي)
147	1.2.2-تعريف التراضي
150	2.2.2-أنواع التراضي
154	1.2.2.2-التراضي البسيط في ظل المرسوم الرئاسي 247/15
156	2.2.2.2-التراضي بعد الاستشارة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15
157	3.2-كيفية التراضي
158	الفرع الثالث: خضوع تفويضات المرفق العام لالتزامات الإشهار والمنافسة
161	المطلب الثاني: مظاهر الإخلال بالتزامات المنافسة
161	الفرع الأول: الإخلال بقواعد قانون المنافسة
161	أولاً: الاتفاقات المحظورة
163	ثانياً: التعسف في وضعية الهيمنة
163	الفرع الثاني: الإخلال بأحكام قانون الصفقات العمومية
163	أولاً: قبل إيداع العروض
164	1-المرحلة التحضيرية
169	2-مرحلة الإعلان عن الصفقة
169	ثانياً: بعد إيداع العروض
169	1-مرحلة تلقي العروض
170	2-مرحلة إرساء الصفقة
174	الباب الثاني: تنظيم تدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية
177	الفصل الأول: من حيث الجانب الإجرائي للدعوى
177	المبحث الأول: الإطار الإجرائي لسير الدعوى
177	المطلب الأول: المبادئ التي تحكم سير دعوى استعجال العقود
177	الفرع الأول: المبادئ العامة
178	أولاً: مبدأ عدم المساس بأصل الحق
178	ثانياً: مبدأ الوجاهية
181	1-تعريف المبدأ
181	2-النتائج المترتبة عن إعمال مبدأ الوجاهية
181	1.2-علم الأطراف بالدعوى
181	2.2-الإحاطة علماً بملف الدعوى
182	3-تطبيق مبدأ الوجاهية أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد
183	1.3-تقصير الآجال
183	2.3-من حيث التبليغ
183	1.2.3-التبليغ قبل الجلسة
184	2.2.3-عدم التبليغ تماماً
184	ثالثاً: مبدأ العلانية
184	1-ظهور مبدأ العلانية
187	2-تعريف مبدأ العلانية
187	3-الإجراءات المتبعة تحقيقاً لمبدأ العلانية
187	1.3-الإشارة إلى إعمال المبدأ في الأمر

188	2.3-الإشارة إلى الوسائل المثارة أثناء جلسة المرافعات
188	4- الاستثناءات الواردة على مبدأ العلانية
189	الفرع الثاني: المبادئ الخاصة
189	أولاً: مبدأ الشفوية
192	ثانياً: مبدأ إثارة الأوجه الخاصة بالنظام العام
192	1-المبدأ في التشريع الإجرائي الجزائي
193	2- التطور التاريخي لمبدأ إثارة الوسائل المتعلقة بالنظام العام
193	3- أعمال المبدأ أمام القاضي الاستعجالي
194	4- أهم المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي يمكن إثارتها من طرف القاضي
194	5- حالات إعفاء القاضي من إلزامية إخبار الخصوم بالوسائل المتعلقة بالنظام العام
195	المطلب الثاني: إجراءات سير الدعوى
195	الفرع الأول: أجل رفع الدعوى
196	أولاً: الأجل الصحيح لرفع الدعوى
197	ثانياً: حالات انتفاء وجه الدعوى
197	1-حالة إمضاء العقد أثناء سير الدعوى
200	2-حالة التراجع عن إبرام العقد
200	3-حالة الإعلان عن طلب عروض جديد
200	ثالثاً: الفصل في الدعوى وعدم التقيد بإمضاء العقد
202	رابعاً: الإشارة إلى أجل الطعن
207	خامساً: أجل رفع الدعوى الخاصة بإبرام عقود تفويضات المرفق العام
207	سادساً: الآثار المترتبة عن إمضاء العقد
208	1-إذا تم إمضاء العقد قبل رفع الدعوى
208	2-إذا تم إمضاء العقد أثناء سير الدعوى
208	سابعاً: أجل رفع الدعوى من طرف ممثل الهيئة الإقليمية
209	الفرع الثاني: أجل الفصل في الدعوى
210	المبحث الثاني: شروط قبول الدعوى
210	المطلب الأول: الشروط العامة
210	الفرع الأول: شروط خاصة بالجهة الفاصلة في الدعوى
210	أولاً: الاختصاص النوعي
211	1-المعيار العضوي
211	1.1-تنازع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي
212	1.1.1- المعيار التشريعي
212	2.1.1- المعيار القضائي
213	1.2.1.1-أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً: (المعيار العضوي)
217	2.2.1.1- أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام (الموضوعي)
217	3.2.1.1-أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص. (المعيار اللائحي)
218	2-1-اختصاص القاضي الاستعجالي
218	3-1-اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الإبرام
219	4-1-اختصاص الفصل في نزاع حول عقد مبرم بين الإدارة وشخص أجنبي
219	5-1-اشكالية خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

219	6-1- عقود المناولة وإشكالية تحديد الاختصاص القضائي
219	2-المعيار الموضوعي
220	1-2- التصريح باختصاص القضاء الإداري
227	2-2- التصريح بعدم اختصاص القضاء الإداري
229	ثانيا: الاختصاص المحلي
229	1- معايير تحديد الاختصاص الإقليمي
230	2- طبيعة الاختصاص الإقليمي
231	3- الأثر المترتب عن الدعوى المرفوعة قبل إبرام العقد على الاختصاص الإقليمي
232	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى
232	أولا: الشروط العامة
232	1- الصفة
232	1.1- توافر الصفة
233	2.1- انعدام الصفة
234	3.1- الصفة لدى المتعامل الثانوي
235	2- المصلحة
235	1.2- حالات توافر المصلحة
235	1.1.2- المترشحون
239	2.1.2- حائز الصفقة أو الفائز بها
241	3.1.2- المصلحة المبررة بالتخصص
242	4.1.2- ممثل الدولة
242	2.2- انعدام المصلحة
244	ثانيا: الشروط الإجرائية
244	1- الأهلية
244	2- التفويض بالنسبة لممثل الشخص المعنوي
245	المطلب الثاني: الشروط الخاصة
245	الفرع الأول: الاستعجال
246	الفرع الثاني: التظلم المسبق
246	أولا: تعريف التظلم
248	ثانيا: أنواع التظلم
248	1- من حيث الجهة المتظلم لديها
249	2- من حيث إجبارية التظلم
250	ثالثا: شكل التظلم
250	رابعا: التظلم في القوانين الخاصة
250	1- في مادة الصفقات العمومية
250	1.1- التظلم في مادة الصفقات العمومية بين الإجبارية والجوازية في التشريعات المقارنة:
251	2.1- التظلم في الصفقات العمومية بين الطابع الإجباري والجوازي في التشريع الجزائري
251	1.2.1- الطابع الإجباري للتظلم
252	2.2.1- غموض النصوص القانونية بين الإجبارية والجوازية
254	3.2.1- الانتقال الصريح نحو الطابع الاختياري للتظلم
259	ثانيا: في مجال أملاك الدولة

259	1-إجبارية التظلم.....
261	2- التراجع عن الطابع الإجباري للتظلم في منازعات أملاك الدولة
262	ثالثا: في مجال الاستثمار
262	1-من حيث الطابع الجوزاي للتظلم.....
263	2-من حيث أجل الطعن
263	3-من حيث أثر التظلم
263	4-من حيث أجل الفصل في التظلم.....
263	5-من حيث الجهة المتظلم لديها
263	6- من حيث شكل التظلم
266	الفصل الثاني: من حيث سلطات القاضي الاستعجالي في الدعوى.....
266	المبحث الأول: مقارنة سلطات قاضي استعجال العقود الإدارية مع الدعاوى الأخرى.....
267	المطلب الأول: الدعاوى القضائية.....
267	الفرع الأول: الدعاوى الموضوعية.....
268	أولا: دعوى الإلغاء
268	1-تعريف القرارات القابلة للانفصال.....
269	1.1-التعريف الفقهي.....
269	2.1-التعريف القضائي.....
270	2- تطبيقات نظرية القرارات القابلة للانفصال.....
273	3-الأشخاص الذي لهم الحق في رفع دعوى الإلغاء ضد القرار القابل للإنفصال.....
274	1.3-الغير
276	2.3-المتعاقد
277	4-الآثار المترتبة عن دعوى الإلغاء في مجال إبرام العقود الإدارية.....
277	1.4-في مواجهة العقد
278	2.4-في مواجهة دعوى التعويض
278	3.4-في مواجهة القاضي العادي.....
278	4.4-في مواجهة اتفاقية تفويض المرفق العام.....
279	5.4-في مواجهة القرار في حد ذاته
279	5- صور القرارات الإدارية المنفصلة
280	ثانيا: دعوى التعويض
280	1-تعويض المترشح.....
280	1.1- الخطأ
281	2.1-الضرر
282	2- تعويض المتعاقد.....
283	الفرع الثاني: الدعاوى الاستعجالية.....
283	أولا: استعجال الوقف
284	1-تعريف استعجال الوقف
284	2-شروط استعجال الوقف
284	1.2-الشروط الشكلية.....
285	1.1.2-دعوى في الموضوع
285	2.1.2-شروط القرار الإداري

286	2-2-الشروط الموضوعية
286	1.2.2-شرط الاستعجال
286	2.2.2-شرط الشك الجدي حول مشروعية القرار
286	3-مقارنة استعجال الوقف واستعجال ما قبل التعاقد
286	1.3-من حيث محل الدعوى
286	2.3-من حيث السلطات
287	3.3-من حيث وسائل الدفاع
287	ثانيا: استعجال الحريات
289	ثالثا: الاستعجال التحفظي
290	المطلب الثاني: السلطات الممنوحة لهيئات الضبط الاقتصادية
290	الفرع الأول: مجلس المنافسة
291	الفرع الثاني: سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
293	المبحث الثاني: نطاق سلطات القاضي الاستعجالي أثناء إبرام العقود الإدارية
293	المطلب الأول: سلطات القاضي
293	الفرع الأول: خصائص سلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقد
293	أولا: القاضي الاستعجالي قبل التعاقد غير مألوف
294	ثانيا: شمولية قضاء الاستعجال قبل التعاقد
295	الفرع الثاني: تحديد سلطات القاضي
295	أولا: الأوامر ذات الطابع المؤقت
295	1-الأمر بالامتنال للالتزامات الإشهار والمنافسة
296	1.1-الأوامر الصادرة في مادة الإشهار وإعلام المتنافسين
297	2.1-الأوامر المتعلقة بسير إجراءات الإبرام
297	3.1-الأوامر الصادرة في مواجهة أعمال اللجنة المختصة بتقييم العروض
298	2- سلطة التأجيل
298	1.2- نشأة سلطة التأجيل ومبرراتها
301	2.2-في حالة رفض طلب التأجيل
301	3.2-تاريخ بداية احتساب أجل التأجيل
302	3.2-الطعن ضد الأمر بالتأجيل
302	4-عدم احترام الإدارة لأمر التأجيل
304	ثانيا: الأوامر ذات الطابع النهائي
304	1- سلطة الإلغاء
305	2- سلطة الحذف
306	المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي
306	الفرع الأول: مقتضيات المصلحة العامة
309	الفرع الثاني: مقتضيات عدم تجاوز الاختصاص
309	أولا: سلطة القاضي في مواجهة الصفقات المبرمة وفق أشكال معينة
309	ثانيا: مقتضيات طبيعة العقد
312	الخاتمة
320	قائمة المراجع

«L'intervention du juge de référé administratif pendant la passation des contrats administratifs »

Résumé :

En Algérie un nouvel instrument procédural a été intégré dans le monde du contentieux des contrats administratifs, il s'agit de la première étape de la vie de celles-ci qui est la passation, cette phase a constitué un terrain fertile pour la corruption et d'ententes illégales notamment au cours des dernières années vue l'énorme budget voué au marchés publics.

Cela a mené le législateur Algérien d'introduire dans la loi numéro 08/09 du 25 Février 2008 ,portant code de procédure civil et administratif , un moyen efficace et rapide pour préserver les deniers publics ainsi leur bon usage en donnant au juge administratif saisi, le pouvoir de sanctionner les manquements au règles de publicité et de mise en concurrence commis par le pouvoir adjudicateur lors de la passation des contrats administratifs y compris les marchés publics.

Ce recours veille à ce que les principes de la commande publique soient respectés et il permet ainsi aux candidats évincés de saisir le tribunal administratif compétent avant même que le contrat soit conclu.

Mots clés : Contrats administratifs ; Juge de référé ; Commande publique.

« The intervention of the Judge of Administrative referred during the conclusion of administrative contracts »

Abstract :

Procedural mechanisms have been developed in Algeria, in the world of administrative contract disputes. This is the first stage that brought these kind of contracts to life. This stage has become a fertile ground for corruption and illegal agreements, especially in recent years due to the large budget allocated to fund public contracts.

This is what made the Algerian legislator, in Act No. 08/09 of 25 February 2008, including the Code of Civil and Administrative Procedures, an effective and quick means, in order to protect public funds and make good use of them by granting the Administrative Judge in case of notification, the authority to punish the breach of the contracting interest by the obligation of publicity and competition during the conclusion of administrative contracts, including public transactions.

This action ensures respect for the principles of public applications and also allows candidates who have been excluded to notify the competent administrative court even before the contract is concluded.

Key words : Administrative contract; l . Referred Judje; Public command .

”تدخل قاضي الاستعجال الإداري أثناء إبرام العقود الإدارية“

ملخص:

قامت الجزائر باستحداث آلية إجرائية في عالم منازعات العقود الإدارية ، تتعلق بالمرحلة الأولى من حياة هذه العقود المتمثلة في مرحلة الإبرام، حيث أن هذه الأخيرة أصبحت تشكل مجالا خصبا للفساد و الاتفاقات غير المشروعة خاصة في السنوات الأخيرة نظرا للميزانية الكبيرة المخصصة للصفقات العمومية.

وهو ما أدى إلى إقرار وسيلة فعالة و سريعة من طرف المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و الهدف في ذلك يمكن في حماية المال العام و استعماله استعمالا حسنا و ذلك من خلال منح القاضي الاستعجالي الإداري في حالة إخطاره، سلطة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار و المنافسة أثناء إبرام العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية .

تسهر هذه الدعوى على احترام مبادئ الطلبات العمومية كما أنها تسمح للمترشحين الذين تم استبعادهم من إخطار المحكمة الإدارية المختصة حتى قبل أن يتم إبرام العقد .

مفتاحية كلمات: العقود الإدارية، القاضي الاستعجالي، الطلبات العمومية .