

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية



الصفات العمومية التي يبرمها أشخاص القانون الخاص في التشريع الجزائري مقارنا

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق
تخصص القانون الأعمال المقارن

تحت إشراف الأستاذ
تراري ثاني مصطفى

إعداد الطالبة
بن ملوكة كوثر

أعضاء لجنة المناقشة

- أ. بلغول عباس أستاذ جامعة وهران 2 (رئيسا)
أ. تراري ثاني مصطفى أستاذ جامعة وهران 2 (مشرفا)
أ. داودي ابراهيم أستاذ محاضر أ جامعة وهران 2 (مشرفا مساعدا)
أ. لونيس عبد الوهاب أستاذ جامعة وهران 2 (مناقشا)
أ. غراس عبد الحكيم أستاذ جامعة سيدي بلعباس (مناقشا)
أ. صافي مزبود أستاذ محاضر أ جامعة مستغانم (مناقشا)
أ. قادية عبد الله أستاذة جامعة معسكر (مناقشا)

السنة الجامعية: 2023-2024

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الصفات العمومية التي يبرمها أشخاص القانون

الخاص في التشريع الجزائري مقارنا

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

تخصص القانون الأعمال المقارن

تحت إشراف الأستاذ

تراري ثاني مصطفى

إعداد الطالبة

بن ملوكة كوثر

أعضاء لجنة المناقشة

- أ. بلغول عباس أستاذ جامعة وهران 2 (رئيسا)
أ. تراري ثاني مصطفى أستاذ جامعة وهران 2 (مشرفا)
أ. داودي ابراهيم أستاذ محاضر أ جامعة وهران 2 ... (مشرفا مساعدا)
أ. لونيس عبد الوهاب أستاذ جامعة وهران 2 (مناقشا)
أ. غراس عبد الحكيم أستاذ جامعة سيدي بلعباس (مناقشا)
أ. صافي مزبود أستاذ محاضر أ جامعة مستغانم (مناقشا)
أ. قادية عبد الله أستاذة جامعة معسكر (مناقشا)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى والدي الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى زوجي العزيز

إلى أبنائي "أنس عبد المنعم" و "رهف أمل علياء" و "محمد بغداد"

إلى كل أفراد عائلتي.

أهدي هذا العمل المتواضع.

شكر وعرّفان

أقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل

تراري ثاني مصطفى

على قبوله تأطيري ومتابعته لي خلال كل تلك السنوات، وعلى دعمه وتشجيعه لي وعلى نصائحه المتميزة وعلى صبره.

كما أقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل

داودي ابراهيم

على قبوله المساعدة في تأطيري.

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة رسالتي وتكبدهم عناء مناقشتها وإلى كل شخص ساهم بكثير أو قليل ولو بكلمة طيبة من أجل دفعي لإتمام هذا العمل المتواضع.

قائمة لأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ب. ط.	بدون طبعة
ج.	الجزء
ج. ر.	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ص.	الصفحة
ص. ص.	الصفحات
ط.	الطبعة
ق.	قضية
ق. إ. م. إ.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
د. م. ج.	ديوان المطبوعات الجامعية

ثانياً: باللغة الفرنسية

Art.	Article
Alg.	Algérien
Bull.	Bulletin
C. com.	Code du commerce français
c/	Contre
éd.	Edition
Fr.	France, français
Ibid.	Ibidem
J. Cl.	Juris-Classeur
JORA	journal officiel de la république algérienne
JORF	journal officiel de la république française

LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n°	Numéro
Op.cit.	référence précédemment citée
p.	Page
p.p.	Pages
PUF	Presses Universitaires de France
Rapp.	Rapport
R.D.P.	Répertoire de Droit Public
Rec.	Recueil
T.	Tome
V°	Volume

المقدمة

لقد تطورت وظيفة الدولة عبر الأزمنة وتتنوعت من دولة حارسة إلى دولة متدخلة في شتى الميادين، خاصة في الميدان الاقتصادي الذي يعد معياراً لتصنيف درجة تقدم الدول، ما استدعى إنشاء مؤسسات مملوكة للدولة، أو تأميم مؤسسات خاصة، محلية أو أجنبية تحت دواعي اقتصادية لمواجهة الأزمات، وهو ما شهدته مختلف البلدان بعد الحرب العالمية الثانية¹، أو تحت دواعي سياسية إيديولوجية، وهو ما عرفته أيضاً الدول التي كانت متشعبة بإيديولوجية النظام الاشتراكي، عن طريق توسيع القطاع العام باعتباره النموذج الأمثل للتنمية.

كما أن الدولة ممثلة بالإدارات العمومية تقوم بتصرفين قانونيين هما: القرار الإداري أو ما يعرف في الاصطلاح القانوني بالتصرف الأحادي؛ وهو عمل قانوني له الطابع التنفيذي، الذي تتمتع فيه الإدارة بصلاحيات وامتيازات السلطة العامة²، كذلك هناك التصرف الثنائي أو ما يعرف بالعقد الإداري؛ هذا لوجود شخصين أو أكثر مرتبطين بعقد أساسه عدم المساواة في العلاقة التعاقدية، ذي قواعد استثنائية وغير مألوفة غايته تحقيق المصلحة العامة³، على أن يكون أحد هؤلاء الأشخاص وجوباً من الأشخاص العمومية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية⁴: (الدولة، الولاية، البلدية،...) ⁵.

وأمام كثرة حاجيات مستفيدين من خدمات مرافق عمومية، أصبح التعاقد هو آلية التي تلجأ إليها مختلف الإدارات، لدرجة أنها لم تعد قادرة على تسيير أمورها دون الاعتماد على ربط علاقات تعاقدية مع غير، بهدف خدمة الجمهور والنهوض بمتطلبات السلطة العامة، وتعتبر عقود الصفقات العمومية من أكثر صور هذه العلاقات التعاقدية استعمالاً من قبل الإدارات⁶.

¹ سليمان محمد طماوي، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، ط. منقحة، دار الفكر العربي، مصر، 2014، ص. 36.

² ابتسام قرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب البلدية الجزائر، ط. 1998، ص. 28.

³ Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 2012, p. 17-18 «Le contrat administratif est régi par des règles particulières dont les plus importantes sont caractérisées par l'inégalité des parties».

⁴ راجع المادة 50 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر. المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، العدد 78، ص. 990، المعدل والمتمم عدة مرات آخرها بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج. ر. المؤرخة في 26 يونيو 2005، العدد 44، ص. 17، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج. ر. المؤرخة في 13 ماي 2007، العدد 31، ص. 03.

⁵ راجع المادة 49 من القانون المدني، السالف ذكره.

⁶ حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص. 01.

لذلك يحظى مجال الصفقات العمومية بأهمية بالغة بالنسبة للاقتصاد الوطني، وتعود هذه الأهمية لاعتبار الصفقة العمومية الطريق القانوني الذي تستخدمه السلطة التنفيذية، ممثلة في الإدارات العمومية التابعة لها، وكذا مختلف المتعاملين من أجل انجاز المشاريع بجودة عالية، بأقل التكاليف وأجال مدروسة.

إن الأهمية الاقتصادية للصفقات العمومية ودورها في ضمان ديناميكية اقتصادية تؤدي إلى التنمية، يجعل من تنظيم الصفقات العمومية آلية مهمة لتجسيد برامج التنمية، لهذا لم تتوقف الجزائر عن إصلاح المنظومة القانونية للصفقات العمومية، بهدف تغطية النقائص والفراغات التي تضمنتها مختلف النصوص القانونية أثناء تطبيقها، ولتكيف التنظيم القانوني مع متطلبات كل مرحلة سواء من الناحية السياسية، الاجتماعية والاقتصادية¹.

يعود تمويل الصفقات العمومية للخزينة العامة للدولة، لهذا وجب توفير الحماية القانونية لهذه العملية، عن طريق إيجاد تنظيم قانوني خاص بها يحقق المصلحة العامة، ويحترم الحرية الاقتصادية، وهو ما جسده المشرع الجزائري عمليا.

حيث بدأ تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر بصدور الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967² المتضمن قانون الصفقات العمومية، الذي يعتبر أول لبنة في هذا المجال بعد

¹قُدوج حمامة، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص. 01.

²لأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتعلق بالصفقات العمومية، ج. ر. المؤرخة في 27 جوان 1967، العدد 58، ص. ص. 718-730. (الملغى)
عدّل عدت مرات بموجب الأوامر التالية:

الأمر 32-69 المؤرخ في 22 مايو 1969، ج. ر. المؤرخة في 27 مايو 1969، العدد 46، ص. 563.
الأمر 57-70 المؤرخ في 06 غشت 1970، ج. ر. المؤرخة في 18 جوان 1970، العدد 70، ص. 1032.
الأمر 84-71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، ج. ر. المؤرخة في 30 ديسمبر 1971، العدد 107، ص. ص. 1859-1858.

الأمر 12-72 المؤرخ في 18 أبريل 1972، ج. ر. المؤرخة في 21 أبريل 1972، العدد 32، ص. 468.
الأمر 09-74 المؤرخ في 30 يناير 1974، ج. ر. المؤرخة في 12 فبراير 1974، العدد 13، ص. ص. 198-203.

الأمر 11-76 المؤرخ في 20 فبراير 1976، ج. ر. المؤرخة في 09 مارس 1976، العدد 20، ص. ص. 275-276.

الاستقلال¹، فقد تم تطبيق التشريع الفرنسي بصفة مؤقتة إلا ما تعارض منه مع السيادة الوطنية، بموجب وثيقة رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962²، لكن المشرع تطرق لبعض المحاور المتعلقة بالصفقات العمومية قبل الأمر 67-90 بموجب المرسوم 64-103 المؤرخ في 26 مارس 1964، الذي يتضمن إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية، وصدر في نفس السنة المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل بتاريخ 21 نوفمبر 1964³.

كان الأمر 67-90 متشعبا بالاختيار الاشتراكي باعتباره التوجه المتبع في تلك الفترة⁴، وهو المبني على سياسة التخطيط للبرامج الاقتصادية، لهذا تم الاعتماد على الصفقات العمومية كوسيلة لتنفيذ المخططات الوطنية، وقد اعتمد في تطبيقه على المجال الإداري دون التجاري والصناعي، الذي وعد المشرع بإصدار مرسوم لاحق يبين كيفية تمديد الأمر 67-90 على المؤسسات التجارية والصناعية، غير أن هذا المرسوم لم يرى النور⁵.

ما يجدر ذكره في هذه الفترة هو اختصاص الحكومة آنذاك بتحديد السياسة العامة للصفقات العمومية بين وزير التجارة والوزير الأول أي مركزه سياسة تنظيم الصفقات، خاصة في مجال طلبات الاستيراد، باستخدام تقنية الاقتناءات المجمعمة، والتي استخدمت بموجب التعليمات PM/CAB 200 المؤرخة في 10 أبريل 1980، وإخضاع الصفقات الدولية لتأشيرة من طرف أعضاء الحكومة بموجب التعليمات PM/CAB/178 المؤرخة في أوت 1979 والتي شملت صفقات الوزارات والإدارات التابعة لها والمؤسسات العمومية⁶.

¹Kobtane Mohamed, Introduction du droit des marchés publics, Revue conseil d'état, n°03, 2003, p.28.

²وثيقة رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، العدد 02.(ملغى).

³ صدر بتاريخ 21 نوفمبر 1964 المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية، ج. ر. مؤرخة 19 يناير 1965، العدد 06، ص. ص. 47-64. الملغى بموجب مرسوم تنفيذي 21-219 مؤرخ في 20 مايو 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج. ر. مؤرخة 24 يونيو 2021، العدد 50، ص. ص. 03-63.

⁴راجع دستور 1963، ج. ر. المؤرخة في 10 سبتمبر 1963، العدد 64.(ملغى).

⁵عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسر للنشر والتوزيع الجزائر، ط. 2017، ص. 15.

⁶ عن قدوج حمامة، المرجع السابق، ص. 05.

بالغاء الأمر 67-90 صدر المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982¹ المتعلق بصفقات المتعامل العمومي، الذي جاء هو الآخر متوافقا والخيار الاشتراكي، بهدف شمولية تطبيقه على كافة المؤسسات العمومية، بغض النظر عن طبيعتها، سواء كانت مركزية أو لامركزية إدارية أو اقتصادية، اجتماعية أو ثقافية في سياق توحيد النظام القانوني لصفقات الإدارة أو المؤسسات العامة². وبعد التخلي عن النظام الاشتراكي بموجب دستور 23 فبراير 1989³، وتبني نظام اقتصاد السوق وجب إعادة تكييف النظام القانوني مع المعطيات السياسية والاقتصادية الجديدة، من خلال الأخذ بالازدواجية القانونية عن طريق التمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

وقد سايرت الجزائر نفس الركب بحيث تم الاهتمام بالميدان الاقتصادي منذ الاستقلال، ويتجلى ذلك بصورة واضحة في الإصلاحات القانونية المتعلقة بهذا المجال، إذ لمواكبة هذا التحول والتخفيف من تدخل الإدارة في المجال الاقتصادي، أصدر المشرع مجموعة من القوانين أهمها: القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية⁴، والقانون رقم 88-02 المتضمن التخطيط⁵، القانون 88-03 المتضمن صناديق المساهمة¹، القانون 88-04²

¹ المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي، ج.ر. المؤرخة في 13 أبريل 1982، العدد 15، ص. ص. 740-760. (الملغى).

عدّل عدة مرات بموجب المراسيم:

المرسوم رقم 84-51 المؤرخ في 25 فبراير 1984، ج. ر. المؤرخة في 28 فبراير 1984، العدد 02، ص. ص. 275-276.

المرسوم رقم 86-126 المؤرخ في 13 ماي 1986، ج. ر. المؤرخة في 14 ماي 1986، العدد 20، ص. 783. المرسوم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988، ج. ر. المؤرخة في 30 مارس 1988، العدد 13، ص. ص. 541-542.

² كرس بموجب المادة 05 من المرسوم 82-145، السالف ذكره.

³ راجع المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 23 فبراير 1989، ج. ر. المؤرخة في 01 مارس 1989، العدد 09، ص. 234، خاصة المادة 14 منه التي تنص: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية".

⁴ قانون 88-01 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 1988، العدد 02، ص. ص. 30-39. (الملغى) عدا المواد المتعلقة بالمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية المواد من 44 إلى 47.

⁵ قانون 88-02 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن التخطيط، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 1988، العدد 02، ص. ص. 39-44. (الملغى).

المتضمن القانون التجاري ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، وكل هذه القوانين صدرت في نفس التاريخ، ثم أُتبع بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 91-434³ المتعلق بالصفقات العمومية ليقصر تطبيقه على القطاع الإداري بالدولة دون القطاع الاقتصادي الذي أصبح خاضعا للقانون الخاص⁴، مواكبا هو الآخر سلسلة الإصلاحات السالفة الذكر.

إن الدارس لتاريخ الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر من الناحية القانونية، يستخلص أن الدولة الجزائرية قد عمدت إلى نقل مسؤولية التنمية وإدارة اقتصادها إلى القطاع العام، المتمثل عموما في المؤسسة العمومية الاقتصادية، والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بالدرجة الأولى، باعتبارهما الأداة المثلى لإنعاش الاقتصاد وللمحد من الأزمات، وهو ما يتجلى في الترسنة القانونية الضخمة التي تمخضت عن مساعي الإصلاحات، الأمر الذي جعل كلا من المؤسستين السالفتي الذكر، الوسيلة الأنجع لتنمية القطاع الاقتصادي وتكريسها كطريقة بديلة لخدمة السياسات الاقتصادية للدولة.

فعلى إثر التحول الاقتصادي الذي عرفته الجزائر في التسعينات بتخليها عن نظام الاقتصاد الموجه، وتبنيها نظام اقتصاد السوق المجسد فعليا، بصدور تنظيم المنافسة الحرة بين المتعاملين الاقتصاديين، لتدعيم هذا النص في المراجعة الدستورية عام 1996، ذلك بتكريس مبدأ حرية التجارة

¹قانون 88-03 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن صناديق المساهمة، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 1988، العدد 02، ص. ص. 44-47. (الملغى).

²قانون 88-04 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التجاري، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 1988، العدد 02، ص. ص. 47-54. (الملغى).

³المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتعلق بالصفقات العمومية، ج.ر. المؤرخة في 13 نوفمبر 1991، العدد 57، ص. ص. 2211-2228. (الملغى).

عدّل عدة مرات بموجب المراسيم التالية:

المرسوم التنفيذي 94-178 المؤرخ في 26 جوان 1994، ج.ر. المؤرخة في 29 جوان 1994، العدد 42، ص. ص. 06-07.

المرسوم التنفيذي 96-54 المؤرخ في 22 يناير 1996، ج.ر. المؤرخة في 24 يناير 1996، العدد 6، ص. ص. 13-16.

المرسوم التنفيذي 98-87 المؤرخ في 07 مارس 1998، ج.ر. المؤرخة في 11 مارس 1998، العدد 13، ص. ص. 09-13.

⁴راجع المادة 02 من المرسوم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، السالف الذكر.

والصناعة، إذ تنص المادة 37 منه على: «حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون»¹.

وبالتزامن مع المرحلة الاقتصادية الجديدة القائمة على فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين سواء الوطنيين أو الأجنبي، للمساهمة في بناء الاقتصاد الوطني وتطبيق السياسات الاقتصادية الجديدة، كل هذه المعطيات أدت إلى صدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جوان 2002² المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ثم تلتها بعض الوقائع والأحداث³ أثرت بشكل كبير على تنظيم الصفقات العمومية، وجسدتها في شكل صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010⁴ والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

¹ عرف الدستور الجزائري عدة تعديلات آخرها، ج. ر. 30 ديسمبر 2020، العدد 82، ص. ص. 04-47 بحيث أن المؤسس نص في المادة 61: " حرية التجارة والاستثمار والمقابلة مضمونة، ويحمي القانون تخصيصها".
² المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جوان 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر. المؤرخة في 28 يوليو 2002، العدد 52، ص. ص. 03-23. (الملغى).

عدّل بموجب المراسيم الرئاسية التالية:

المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج. ر. المؤرخة في 14 سبتمبر 2003، العدد 55، ص. ص. 06-09.

المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج.ر. المؤرخة في 09 نوفمبر 2008، العدد 62، ص. ص. 06-15.

³ في هذه الفترة تزايد حجم جرائم الفساد والتي مست المؤسسات الاقتصادية الكبرى في الجزائر ذات الارتباط الوثيق بمصدر العائدات المالية والتي عرفت بقضية "سوناطراك 01" و"سوناطراك 02" بالإضافة لقضية الطريق السيار شرق-غرب بحيث صدر قانون خاص بمكافحة الفساد.

⁴ المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، ج.ر. المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، العدد 58، ص. ص. 03-34. (الملغى).

وعدّل هو الآخر بموجب المراسيم الرئاسية التالية:

المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج.ر. المؤرخة في 06 مارس 2011، العدد 14، ص. ص. 14-15.

المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011، ب، ج.ر. المؤرخة في 19 يونيو 2011، العدد 34، ص. ص. 04.

المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012، ج.ر. المؤرخة في 26 يناير 2012، العدد 04، ص. ص. 04-24.

لكن شهدت سنة 2015 انخفاض مفاجئ لأسعار البترول في الأسواق العالمية، والذي يعد ركيزة الميزانية، فاضطرت الحكومة الجزائرية لوضع سياسة مالية تتلائم مع المقتضيات الجديدة، بالاعتماد على سياسة ترشيد النفقات¹، فصدر بذلك المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام².

وأهم ما ميز تنظيم الصفقات العمومية الحالي هو تضمينه لعدة إجراءات تهدف في الأساس إلى وضع معالم استراتيجية للشراء العمومي، من أولوياتها التوجه إلى قطاعات بديلة عن قطاع المحروقات، في تحقيق التنمية المنشودة عن طريق الاستثمار المنتج الذي يعمل على توفير مناصب الشغل، والتقليل من الضغوط الاجتماعية³.

يعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 ثمرة مشاور جميع الوزارات المعنية وممثلي أرباب العمل، فالتعديلات المدرجة فيه تتدرج ضمن نظرة ديناميكية وفعالة، تهدف إلى السماح لقطاع الصفقات العمومية، أن يكون له إطار قانوني يتماشى مع الواقع، وكفيلا بتكريس ميكانيزمات التنظيم والنجاعة

المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ 13 يناير 2013، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 2013، العدد 02، ص. ص. 05-07.

¹وفي هذا الإطار تم إصدار العديد من التعليمات الخاصة بترشيد النفقات من قبل الوزير الأول آنذاك وتطبيقاتها من قبل وزارة المالية والمديرية العامة للميزانية التي شملت كل من ميزانية التسيير بتحديد سقف النفقات لا يتجاوز الخمسين %50 بالمئة من الإجمالي وعملية تجميد البرامج فيما يخص ميزانية التجهيز من هذه التعليمات نجد منها:

Envoi n° 149 /DC/ P.M du 16 JUIN 2015 de monsieur le directeur de cabinet de monsieur le premier ministre.

Envoi n° 1356 /DC/ P.M du 1 AOUT 2015 de monsieur le directeur de cabinet de monsieur le premier ministre.

Envoi n°1537 /DC/P.M du 06 SEPTEMBRE 2015 monsieur le premier ministre.

Envoi n°4284/MF/DGB/DRBCD/SDR/2015 du 03 Aout 2015.

Envoi n°4947/MF/DGB/DDH/DSC/2015.

Envoi n°1823 /MDC/PM/ du 18 OCTOBRE 2015 de monsieur le premier ministre.

Envoi n° 5728/MF/DGB/DRECD/SDG/15.DU 26 Septembre 2015.

²المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر. المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، العدد 50، ص. ص. 03-48. هذا النص ألغي بموجب القانون 12-23 المؤرخ في 5 غشت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر. المؤرخة 06 غشت 2023، العدد 51، ص ص 05-18.

³رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه ل.م.د، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص. 08.

الاقتصادية، لإضفاء الشفافية على العمل الإداري والصفقات العمومية، بالأخص وضمان الاستعمال الأمثل للأموال العامة¹.

إن عقود الصفقات العمومية هي بالأساس عقود مكتوبة تبرم بمقابل من قبل المشتري العمومي، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، قصد إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، الخدمات والدراسات².

ما يميز الصفقات العمومية عن باقي العقود الأخرى هو العتبة المالية القائمة عليها، فنظرا لأهمية الأموال المنصبة على الصفقات العمومية، وصلتها الوثيقة بالمالية العامة، وما تكلفه من اعتمادات مالية ضخمة، تجعل من الضروري تحديد الأشخاص المسموح لهم بإبرام الصفقات العمومية، لأن النفقات تتدرج ضمن المال العام، والقول بعمومية الصفة يؤدي بالضرورة إلى أن محركها هم الأشخاص القانون العام، ولكن أمام تضارب التعديلات السابقة للصفقات العمومية، بإدراج أشخاص القانون الخاص تارة وإغائهم تارة أخرى، هو ما أدى إلى البحث عن الصفقات العمومية التي يبرمها أشخاص القانون الخاص في التشريع الجزائري مقارنا.

لقد بين المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الأشخاص المسموح لهم بإبرام الصفقات العمومية ضمن الفصل الأول المعنون بـ "الأحكام التمهيدية" في القسم الأول "تعريف ومجال التطبيق" المادة السادسة (06) منه، والتي حددت الأشخاص الملزمين بإبرام الصفقات العمومية لتبرير النفقات تحديدا حصريا فلا يجوز توسيع في شرح المادة لأن صياغتها جاءت بطريقة النفي.

من الملاحظ أن المادة المذكورة أعلاه نصت بأن المؤسسات العمومية التي يحكمها التشريع التجاري، تطبق تنظيم الصفقات العمومية بشرط التمويل الكلي أو الجزئي من طرف الدولة أو الأشخاص المحلية، أي أن خضوع هؤلاء الأشخاص للقانون التجاري كما جاء في نص المادة السادسة (06) لم يكفل لهم من الابتعاد عن تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، شريطة وجود تمويل من طرف الدولة أو الجماعات المحلية.

¹ لجيل مونية، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام، دار بلقيس الجزائر، ط 2017، ص. 05.

² راجع المادة 02 القانون 23-12 السالف ذكره، والتي جاءت بنوع من توسيع في معنى الصفقات العمومية باستعمال مصطلح المشتري العمومي وهو مصطلح جديد للدلالة على للمصلحة المتعاقدة بالمقارنة مع نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

فالمنظم في نص المادة السادسة (06) عمم تطبيق أحكام الصفقات العمومية على كل المؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع التجاري: ونقصد في هذا المقام كل من المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الاقتصادية.

لكن المادة التاسعة (09) من تنظيم الصفقات العمومية، أعفت المؤسسات العمومية الاقتصادية من تطبيق المرسوم الرئاسي 15-247، أي أن الموضوع يركز على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

تبرز الأهمية من دراسة موضوع الصفقات العمومية التي يبرمها أشخاص القانون الخاص في التشريع الجزائري مقارنة بأنها تحتل جانبا هاما من الإنفاق العمومي، بحيث هي مؤسسات رأس مالها ملك للدولة أو الجماعات المحلية لكنها تخضع للتشريع التجاري، لهذا يوجد نوع من التعارض بين التنظيمين فالقانون التجاري مبني على قاعدتي السرعة والائتمان، بعكس تنظيم الصفقات العمومية الذي يعد تنظيما لائحيا ويخضع للكثير من الإجراءات، فمن باب الحفاظ على المال العام تم إلزام المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية.

كما تحتل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مكانا بارزا من بين الموضوعات القانونية، باعتبارها تلعب دورا حيويا في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فهي الخلية الأساسية لتنظيم الاقتصاد الوطني لكافة أفراد المجتمع انطلاقا من الأولوية المحددة في برامج التنمية الوطنية، كما تعتبر وسيلة لإدارة المرافق العامة.

فيكتسي إذن موضوع الصفقات العمومية التي يبرمها أشخاص القانون الخاص في التشريع الجزائري مقارنا أهمية بالغة تجعله جديرا بالاهتمام والدراسة نظرا لعدة أسباب، لعل أهمها يتمحور حول:

*نقص الدراسات القانونية الدقيقة التي تناولت الموضوع، خصوصا في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

*اكتفاء بالمادة السادسة(06) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تحدد الأشخاص الملزمين بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية وإغفال كيفية التطبيق.

* عدم تحديد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للطبيعة القانونية لعقد الصفقات العمومية، لاسيما تمديد مجال تطبيقه في مؤسسات تطبق عليها قواعد القانون الخاص، ما يطرح مشكل الاختصاص القضائي بين القضاء الإداري والقضاء العادي.

* الاهتمام بمجال الصفقات العمومية والرغبة النفسية الملحة في معالجة الموضوع، وتقديم إضافة إلى مجال البحث العلمي.

تحاول هذه الدراسة الوقوف على مختلف النصوص القانونية التي تناولت موضوع إبرام الصفقات العمومية من قبل أشخاص القانون الخاص، وكذا الإشكالات القانونية التي تثيرها الصفقات العمومية باعتبارها محور مجال اقتصادي.

من هنا تجدر الإشارة إلى أن موضوع الصفقات العمومية التي يبرمها أشخاص القانون الخاص في التشريع الجزائري مقارنا يعتبر واسعا، ولهذا سيتم حصر مجال الدراسة في إبراز مكانة أشخاص القانون الخاص كمصلحة متعاقدة، والتي جاء النص الجديد بمصطلح المشتري العمومي للدلالة عليها، والطلب العمومي للدلالة على الصفقات العمومية، أما المتعامل المتعاقد فيمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى صفقة إما فرادى، وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات.

إن مختلف التعديلات التي مست تنظيم الصفقات العمومية كانت تهدف إلى الوصول إلى منهج قانوني مثالي، يؤمن شفافية تدبير الصفقات العمومية، ضمان حرية المنافسة، وفعالية النفقات العمومية لتنمية الاقتصاد الوطني، ضمان نوع من التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهو ما يفرض طرح الإشكالية التالية:

ما مدى توفيق المنظم في الموازنة بين الطبيعة الخاصة للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري والصفقات العمومية؟ من حيث الإجراءات وطرق فض المنازعات؟

للإجابة على هذه الإشكالية فقد تم إتباع المنهج القانوني التحليلي وصفي، وذلك بإجراء دراسة تحليلية لمختلف النصوص القانونية التي تناولت أشخاص القانون الخاص، وتطبيق الاجتهاد القضائي الجزائري بشأنها مع تدعيم ذلك بآراء الفقهاء كما تم الاعتماد على المنهج المقارن لكونها دراسة مقارنة، لمختلف الأنظمة القانونية نظرا لما عرفته من تطور، لاسيما القانون الوضعي الفرنسي، وكذا

الاجتهادات القضائية التي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي بغية الاستفادة منها، بالإضافة إلى التشريعات العربية منها التشريع التونسي، المغربي في بعض الأحيان، يبرز أيضا في هذا المجال ضرورة المنهج التاريخي لتعرض تنظيم الصفقات العمومية لعدة تعديلات، فكان من الواجب الرجوع من حين لآخر إلى هذا المنهج لمقارنة النصوص الحالية مع النصوص السابقة لاكتشاف التطور الحاصل.

ولأجل إعطاء صورة واضحة للموضوع فقد تم وضع تصميم يقوم على:

بيان الطبيعة القانونية لأشخاص القانون الخاص وتنظيم الصفقات العمومية في الباب الأول، بينما يتم التطرق في الباب الثاني إلى تسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة من قبلهم.

**الباب الأول: النظام القانوني
لأشخاص القانون الخاص وتنظيم
الصفات العمومية**

إن اهتمام الجزائر بتوسيع القطاع العام له أهمية بارزة في سياساتها الاقتصادية، من خلال خلق أنواع وأشكال مختلفة من الهيئات لتجسيد هذه السياسة¹، ولما كان المال العام هو محرك الاقتصاد ووجب البحث عن الوسيلة الأمثل من أجل الحفاظ عليه من التبدد، ومن أجل تجسيد برامج التنمية واقعيًا، لهذا أولى المشرع أهمية معتبرة للصفقات العمومية.

فالصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة تبرم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، ذلك من أجل القيام بالأشغال، واقتناء اللوازم، والقيام بالخدمات أو الدراسات، مع المتعاملين الاقتصاديين، لحساسية الموضوع قام المشرع بوضع تعريف خاص بالصفقات العمومية على غير العادة، التي يترك فيها مجال وضع التعاريف للفقه والقضاء، بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نص المادة الثانية (02) منه، وفحوى هذا التعريف ورد في جل القوانين والتنظيمات السابقة للصفقات العمومية في الجزائر².

إن الغالب في تطبيق أحكام تنظيم الصفقات العمومية هو شموليته على أشخاص القانون العام: أي الدولة والإدارات التابعة لها باعتبارهم يمثلون السلطة والمصلحة العامتين تلبية لحاجيات المواطنين، لكن لكل قاعدة استثناء الحالة التي تنطبق على بعض أشخاص القانون الخاص، الملزمة بتطبيق أحكام تنظيم الصفقات العمومية، في حالات محددة قانونًا، لهذا وجب تحديد اطار القانون لأشخاص القانون الخاص من خلال بيان مفهوم المؤسسة بصفة عامة والمؤسسة العمومية الخاضعة لتشريع التجاري بصفة خاصة، وهو ما سوف يتم بيانه في الفصل الأول.

ثم التطرق في الفصل الثاني لإجراءات إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها، خصوصًا أنها تعرف نوعًا من التنظيم ولارتباطها الدائم بالمال العام ولتنفيذ الصفقة على أرض الواقع، والميزة هنا هو نقطة التمويل، من قبل الدولة أو الجماعات المحلية، فالتمويل هو الفيصل في تحديد عمومية الصفقة من عدمها، بحيث جاء في نص المادة السادسة (06): "... المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليًا أو جزئيًا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية...". أما ما يعرف بالتمويل الذاتي، أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من قبل هيئاتها المؤهلة.

¹BOUSSOUMAH Mohamed, op.cit.,p p29-30.

²في ذات المعنى راجع المادة 02 من القانون 23-12، السالف ذكره.

وتكيف الاجراءات لا يعني بالضرورة التطبيق الحرفي لتنظيم الصفقات العمومية، ولكن الأخذ بالمبادئ الأساسية المنصوص عليها في التنظيم، وعدم وضع قواعد تخالف المبادئ العامة.

الفصل الأول: الإطار القانوني للمؤسسة العمومية

قبل التطرق لموضوع الصفقات العمومية والإشكالات التي تعرفها منذ الإعلان عن الصفقة لغاية تجسيدها على أرض الواقع، وجب أولاً بيان الطبيعة القانونية لأشخاص القانون الخاص الخاضعة لتشريع التجاري كما جاء في نص المادة السادسة (06) من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، باعتبارها استثناء على قاعدة القانون العام المفروضة في عقود الإدارة بصفة عامة.

ولما كانت المفاهيم القانونية انعكاس لأوضاع سياسية واقتصادية، وجب الرجوع إلى التطور التاريخي الذي يحيل بدوره لمفهوم المؤسسة العمومية كانعكاس لمفهوم أشخاص القانون الخاص، وما فرضته كل مرحلة من تطبيق لأحكام الصفقات العمومية تارة وإغائها في العديد من المرات.

لهذا سوف يتم التطرق إلى ماهية المؤسسة العمومية باعتبارها أحد الأساليب الكلاسيكية المتبعة في تسيير المرافق العامة في مبحث أول ثم التطرق إلى النظام القانوني للمؤسسة العمومية الصناعية والتجارية في مبحث ثان.

المبحث الأول: ماهية المؤسسة العمومية

تعتبر المؤسسات العمومية من المواضيع الهامة، وإن كانت بدايتها منذ القرن التاسع عشر لا يشوبها أي نوع من الغموض لغاية سنة 1856¹، وبقي للمؤسسات العمومية مفهوم تقليدي لغاية دخول الدولة في مجال الاقتصادي وتصدع المفهوم لهذا، سوف يتم بيان تعريف المؤسسة العمومية في مطلب أول، ثم بيان تأثير عامل التاريخ على بلورة مفهوم المؤسسة العمومية في مطلب ثان.

¹مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج. 1، د.م.ج، الجزائر، ط. 1995، ص. 312.

المطلب الأول: تعريف المؤسسة العمومية

لا يمكن للدولة ككيان أن تجسد كل الأمور المتعلقة بالتسيير لوحدها، لهذا أوجدت مجموعة من الهياكل التابعة لها لتسيير تعرف بالمؤسسات العمومية¹، وهي تعتبر من المواضيع الهامة والدقيقة في القانون الإداري وبيانها فيما سوف يأتي:

الفرع الأول: التعريف القانوني والفهم للمؤسسة العمومية

لتوضيح مفهوم المؤسسة وجب التعرّيج على مختلف النصوص القانونية المتضمنة لمصطلح المؤسسة العمومية، بحسب تدرج القوانين في نقطة أولى، ثم التطرق لتعريفات الفقهية في النقطة الثانية.

أولاً: التعريف القانوني

لوضع تعريف للمؤسسة العمومية يجب النظر إلى الإطار القانوني لها مع احترام تدرج القوانين.

1. دستور

وقد عرفت الجزائر ثلاث دساتير وعدة تعديلات:

أ- دستور 1963

في دستور عام 1963² لم تتم الإشارة للمصطلحات عامة ومصطلح المؤسسة العمومية بالأخص، بل جاءت صياغته بطريقة تقنية، أسلوب خاص ونظام استثنائي، منها استخدام مصطلح

¹قبل التطرق للمختلف المفاهيم وجب الرجوع للتعريف اللغوي للمؤسسة عامة في اللغة هي اسم من الفعل أسس وهي صيغة مفعول والتي تعني إنشاء، إقامة وتشديد ويقال أسس البناء وأسه أي وضع أساسه والأساس هو أصل كل شيء ومبدؤه.

ولقد عرفت المؤسسة العامة لغة بأنها منشأة تؤسس لغرض معين أو منفعة عامة ولديها من الموارد ما تمارس فيه المنفعة، وتعرف أيضا بأنها منظمة عامة ذات شخصية معنوية تباشر نشاطا له طابع الخدمة العامة راجع معجم المعاني الجامع معجم عربي عربي، اطلع عليه من موقع الإلكتروني: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D8%A4%D8%B3%D8%B3%D8%A9/> بتاريخ 14-07-2019 على الساعة 08:15.

يقصد بالمؤسسة: لغة جمعية أو معهد أو شركة أسست لغاية علمية أوخيرية أواقتصادية، يقال مؤسسة علمية، مؤسسة صناعية، المنجد في اللغة العربية، ط. الواحدة والثلاثون، دار المشرق، لبنان، 1991، ص.10.

²ج.ر. المؤرخة في 10 سبتمبر 1963، السالف الذكر. (الملغى).

المرفق العام، ولكن أشار الدستور بطريقة صريحة إلى نظامي المركزية واللامركزية الإقليمية¹، في نص المادة التاسعة (09) منه: "تتكون الجمهورية من مجموعات إدارية يتولى القانون تحديد مداها واختصاصها.

تعتبر البلدية أساس المجموعة الترابية واقتصادية واجتماعية".

ب. دستور سنة 1976

أما عن دستور 22 نوفمبر 1976²، هو الآخر لم يستعمل مصطلح المؤسسة العمومية في تنصيب المواد، لكن أشار بصورة غير مباشرة للمؤسسة العمومية في المادة 184 ف02 بقولها: "مهمة المراقبة هي التحري في الظروف التي يتم فيها استخدام وتسيير الوسائل البشرية والمادية من طرف الأجهزة الإدارية والاقتصادية للدولة..."، وهو يعود لتأثير الفلسفة الاشتراكية التي تزكي وتتنبئ منهج المفاولة الاشتراكية على حساب المؤسسة العمومية.

ج. دستور سنة 1989

يعد دستور 23 فبراير 1989³ أول نص استعمل مصطلح المؤسسة العمومية بصورة صريحة، وهذا تماشيا مع الانفتاح الذي شمل مختلف الميادين خصوصا المجال الاقتصادي، وذلك بانتهاج اقتصاد السوق، حيث نصت المادة 160 منه على مايلي: "يؤسس مجلس المحاسبة يكلف بالرقابة... والمؤسسات العمومية"، وذلك بعد أن تطرق إليها بطريقة ضمنية في نص المادة 54 ف02 عند استعمال مصطلح المرافق:

¹ يقصد بالمركزية نظام إداري يسند فيه اتخاذ القرارات إلى السلطة المركزية في دولة من الدول: -الحكومة- التي تحل محل السلطات العامة فيما يخص المبادرة وممارسة السلطة، عن ابتسام القرام، المرجع السابق، ص. 46. يقصد باللامركزية: نظام إداري يتمثل في منح سلطات اتخاذ القرار لأجهزة منفصلة عن الدولة وموظفيها بمنحهم الشخصية القانونية، السلطة، والموارد اللازمة حتى يديروا أنفسهم بنفسهم وذلك تحت رقابة الدولة، عن إبتسام القرام، المرجع أعلاه، ص. 78.

² راجع الأمر (أ) رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار الدستور، ج.ر. المؤرخة 24 نوفمبر 1976، العدد 94، ص. 1292. (الملغى).

³ راجع المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 23 فبراير 1989، ج.ر. المؤرخة في 01 مارس 1989، العدد 09، ص. 234.

" ويمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن أو في جميع المرافق أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".

د. التعديل الدستوري سنة 1996

وهو المؤرخ في 07 ديسمبر 1996¹، فقد استعمل المؤسس مصطلح المؤسسة العمومية كونه يتوافق مع النهج الليبرالي في العديد من المواد منها المادة 122 منه وهي المادة المحددة لصلاحيات البرلمان في التشريع مطة 29 -" إنشاء فئات المؤسسات".

هـ. التعديل الدستوري سنة 2020

أما عن آخر الدساتير الجزائرية²، فقد أبقى المؤسس على استعمال مصطلح المؤسسة في العديد من المناسبات، بحيث تم الإشارة إليها في ديباجة الدستور على سبيل المثال فقرة الإحدى عشر: "إن الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية والديموقراطية، وهو متمسك بسيادته واستقلاله الوطنيين، ويعتزم على أن يبني بهذا الدستور مؤسسات، أساسها مشاركة كل المواطنين والمجتمع المدني، بما فيه الجالية الجزائرية في الخارج،..."

حوصلة ما سبق، أن المؤسس الدستوري لم يعرف المؤسسة العمومية، وهو أمر طبيعي لأنه يحدد المبادئ ويترك تفصيلها للقانون، فبعدما استبعدت من دستور 1963 و1976، عاد للواجهة في كل من دستور 1989 وما تبعه من دساتير، ما يبين اهتمام المؤسس بالمرافق العمومية وبالمؤسسة العمومية التي تعد أحد أساليب التسيير، ويتفق مع التغيير الذي عرفه النظام الجزائري من الاشتراكية إلى اقتصاد السوق.

¹راجع المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر. المؤرخة في 08 نوفمبر 1996، العدد 76، ص. ص. 06-32.

² للإشارة فقط فقد عرف التعديل الدستوري لسنة 1996 عدة تعديلات آخرها سنة 2020 بموجب المرسوم الرئاسي 20-442 المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر. المؤرخة 30 ديسمبر 2020، العدد 82، ص. ص. 04-47. وجب التنبيه أن المؤسس نص على مصطلح المؤسسة في صلاحيات الممنوحة للبرلمان المادة 139 المطة 29: "إنشاء فئات المؤسسات".

2. التشريع العادي

لقد استعمل المشرع مصطلح المؤسسة العمومية في العديد من القوانين منها: القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمقاولات العمومية الاقتصادية¹، والذي يعد أول قانون تولى مهمة تحديد أصناف المؤسسات العمومية، وحدد مقومات نظمها القانونية، بحيث ميز بين المقاولات العمومية الاقتصادية والمؤسسة العمومية في نص المادة 04 ف 1: " تتميز المقاولات العمومية الاقتصادية في مفهوم هذا القانون عن:

- المؤسسات العمومية بصفتها أشخاصا معنوية خاضعة للقانون العمومي ومكلفة بتسيير المرافق العمومية ...".

وبهذا التمييز يكون المشرع قد عرف المؤسسات العمومية، فحدد معالم المؤسسة العمومية الإدارية في نص المادة (43)، المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية المواد من (44 إلى 47)، المؤسسة العمومية المحلية (48)، المؤسسة العمومية ذات التسيير الخصوصي المادة (49)، وأشار نفس القانون لمراكز البحث والتنمية في المواد من (51 إلى 54) منه.

أما القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني² نص المادة (49) المعدلة على ما يلي: " الأشخاص الاعتبارية هي: ...

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ...

- الجمعيات والمؤسسات ..."

بالتالي فقد أشار القانون المدني إلى المؤسسة العمومية في التعداد القانوني للأشخاص الاعتبارية من دون تقديم تعريف لها.

وكذا القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹: الذي استعمل مصطلح المؤسسة العمومية وهو بصدد تحديد اختصاص المحكمة الإدارية في المادة 800 ف 02 دون تقديم أي تعريف.

¹ القانون 88-01 المؤرخ في 01 جانفي 1988، السالف الذكر. (ملغى).

² راجع الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف ذكره.

كما تطرق المشرع للمؤسسة العمومية في القوانين المتعلقة بالجماعات الإقليمية حيث تنص المادة 153 من القانون رقم 11-10 المؤرخ 03 جويلية 2011 المتعلق بالبلدية²: "يمكن للبلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها".

وهو نفس الحكم يطبق في المادة 146 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية³: "يمكن المجلس الشعبي الولائي أن ينشئ مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير المرافق العمومية".

وخلاصة ما تقدم أن المشرع أشار للمؤسسات العمومية في العديد من القوانين إلا أنها لم تعرف المؤسسات العمومية تعريفا جامعاً مانعاً بل اكتفت بتعدادها.

3. النصوص التنظيمية

لقد تطرقت العديد من النصوص التنظيمية لمصطلح المؤسسات العمومية، منها المرسوم التنفيذي 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المعدل والمتمم المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، بحيث أورد تعداداً للمؤسسات العمومية التي يطبق عليها المرسوم التنفيذي من دون تقديم أي تعريف للمؤسسة العمومية في نص المادة الثانية (02) والمادة الثانية (02) مكرر⁴.

¹ قانون رقم 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. المؤرخة في 23 أبريل 2008، العدد 21، ص. ص. 03-95، المعدل بموجب القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، ج.ر. المؤرخة 17 يوليو 2022، العدد 48، ص. ص. 03-11.

² قانون رقم 11-10 المؤرخ في 03 جويلية 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر. المؤرخة في 03 جويلية 2011، العدد 37، ص. ص. 04-36.

³ قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر. المؤرخة في 29 فبراير 2012، العدد 12، ص. ص. 05-24.

⁴ المرسوم التنفيذي 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج.ر. المؤرخة 15 نوفمبر 1992، العدد 82، ص. ص. 2101-2104، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، ج.ر. المؤرخة في 19 نوفمبر 2009، العدد 67، ص. ص. 03-07.

تنص المادة 02 ف 01 من المرسوم التنفيذي 92-414، السالف الذكر: "تطبق الرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، على ميزانيات المؤسسات والإدارات التابعة للدولة، والميزانيات الملحقة، وعلى الحسابات الخاصة بالخرينة، وميزانيات الولايات، وميزانية البلديات، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المماثلة".

ذات الأمر ينطبق على المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى حيث تنص المادة الثانية (02) على أصناف المؤسسة العمومية التي تطبق التنظيم من دون تعريفها.

نتيجة لما سبق بالرغم من ذكر مصطلح المؤسسة العمومية في العديد من التنظيمات إلا أنها اكتفت بمجرد الذكر من دون تقديم أي تعريف لهذا وجب الرجوع للآراء الفقهية من أجل تحديد تعريف لها.

ثانيا: التعريف الفقهي

لقد وردت عدة محاولات من طرف الفقهاء لتعريف المؤسسة العمومية منها: تعريف الأستاذ دو سو تو: "شخص اداري مستقل عن الدولة والجماعات المحلية يتولى تسيير مرفق عمومي أو مجموعة من المرافق العمومية من ذات الطبيعة"¹، ويشاطره نفس الرأي الأستاذ جورج فوديل: «لقد عرفت المؤسسة العمومية بشكل استقر عليها الفقه بأنها مرفق عام منح الشخصية المعنوية، إلا أن هذا التعريف لا يصور الواقع لأنها لا يشمل كل المؤسسات العمومية وبالأخص الجمعيات النقابية للملاك ، وبالتالي يبقى التعريف السلبي للمؤسسة العمومية صحيحا أي المؤسسة العمومية هي كل شخص من غير الدولة أو الأشخاص الإقليمية»².

كما يعرفها الأستاذ ماجد راغب الطلو بأنها: «شخص معنوي عام ينشأ لإدارة مرفق عام»³. أما الأستاذ أحمد محيو: «شخص اعتباري إداري ضمن نموذج التأسيسي، الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق للدولة أو للولاية أو للبلدية أو لشخص عام آخر من النموذج التجمعي»⁴.

تنص المادة 02 مكرر ف 01 من المرسوم التنفيذي 92-414، السالف الذكر: "تطبق رقابة النفقات التي يلتزم بها، في شكلها اللاحق، على ميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني وعلى ميزانيات مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة من ميزانية الدولة".

¹J DE SOTO, Grands services publics et entreprises nationales, Montchrestien, Paris- France, éd 1971, p. 78.

² VEDEL Georges, Droit administratif, P.U.F, 6ème éd., 3é trimestre, Paris, 1976, p. 730.

³ماجيد راغب الطلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، ط. 2008، ص. 372.

⁴ أحمد محيو، محاضرات المؤسسات الإدارية (ترجمة عرب صاصيلا)، ط. 4، د. م.ج، الجزائر، 2006، ص. 443.

الأستاذ رياض عيسى: «تنظيم إداري يقوم بإدارة أموال الدولة على وجه الاستقلال النسبي، وفقا للأهداف التي يحددها التنظيم القانوني وذلك تحت رقابة الدولة»¹.

ويعرفها الأستاذ عمار عوابدي: "المؤسسة العامة هي منظمة إدارية عامة تتمتع بالشخصية القانونية وبالاستقلال المالي والإداري ترتبط بالسلطات الإدارية المركزية المختصة بعلاقة التبعية والخضوع للرقابة الإدارية الوصائية، وتدار وتسير بالأسلوب الإداري للامركزية لتحقيق أهداف محددة في نظامها القانوني"².

يعرف الأستاذ حماد محمد الشطا بأنها: «جزء أو حصة من المال خصصتها الدولة لتمويل نشاط معين بقصد إشباع حاجة جماعية، يدار بطريقة الإدارة المباشرة مفوضة الاختصاص»³.

ما يستنتج من التعاريف السابقة الربط الكبير بين المؤسسة وبين المرفق الذي تتولى تسييره؛ فلا يمكن الحديث عن مؤسسة في غياب المرفق الذي تتولى إدارته والعكس غير صحيح؛ أي ليس كل مرفق عمومي مؤسسة بدليل وجود العديد من المرافق العمومية لا ينطبق عليها وصف المؤسسة العمومية، كما هو حال مرفق الدفاع والقضاء التي تدار بطريقة الإدارة المباشرة، وهناك من يربط بين تعريف المؤسسة العمومية بالنشاط الذي تمارسه أو من خلال الربط بين التنظيم، الاختصاص والمال المسير به، لهذا وجد تضارب في التعاريف الفقهية ضرورة بيان أصناف المؤسسة العمومية .

الفرع الثاني: أصناف المؤسسات العمومية

إن تعدد وتنوع نشاطات الدولة أدى إلى تنوع المؤسسات العمومية حيث يمكن تصنيفها انطلاقا من عدة معايير أهمها:

أولا: المؤسسات العمومية بحسب مجال اختصاصها

أساس هذا التصنيف هو المجال الإقليمي الذي تمارس فيه المؤسسات العمومية نشاطاتها المختلفة فهي تصنف إلى مؤسسات عمومية وطنية ومؤسسات عمومية محلية.

¹ رياض عيسى، النظام القانوني للمؤسسات الاقتصادية الاشتراكية في الجزائر، د.م.ج، الجزائر، 1987، ص. 20.

² عمار عوابدي، القانون الإداري، ط. 3، ج 1، د. م. ج، الجزائر، 2005، ص. 307.

³ حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، نظرية المؤسسات العامة، ط 2، الكتاب الثاني، د.م.ج. الجزائر، 1984، ص.

1. المؤسسات العمومية الوطنية

هي مؤسسات عمومية لها القدرة على ممارسة نشاطاتها في كامل الإقليم الوطني، حيث تتمتع باختصاص وطني، ويستفيد الجميع أو معظم سكان الدولة من الخدمات التي تقدمها، حتى ولو كانت قائمة في منطقة إقليمية معينة، وتعود صلاحية إنشائها للسلطة التنفيذية؛ أي رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي أو الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة¹ بموجب مرسوم تنفيذي.

إن الدستور لم يحدد نطاق اختصاص السلطة التنفيذية، الأمر الذي يجعل من اختصاصها إنشاء المؤسسة العمومية، إذ تنص المادة 139 من الدستور: والتي تتعلق بمجال الذي يشرع فيه البرلمان من بين اختصاصاته: "إنشاء فئات المؤسسات"، غير أن هذه العبارة محل نقاش لدى الفقهاء وعليه فإن صلاحية إنشاء المؤسسة العمومية الوطنية، تتقاسمه كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية، تبعا لذلك فإنها تخضع لإشراف ورقابة السلطة المركزية.

2. المؤسسات العمومية المحلية

وهي المؤسسات العمومية التي يقتصر مجال نشاطها في حدود دائرة إقليمية معينة، وقد أقر القانون لكل من المجالس الشعبية الولائية، والمجالس الشعبية البلدية، سلطة إنشاء هذا النوع من المؤسسات العمومية، سواء أكانت ذات الطابع الإداري أو ذات الطابع الصناعي والتجاري، لتتولى تسيير المرافق العمومية المحلية²، والتي يحدد مجال اختصاصها في حدود إقليم الولاية أو البلدية التي أنشأتها.

لقد أولى المشرع الجزائري عناية هامة بأسلوب المؤسسة العمومية كطريق لتسيير المرافق العمومية المحلية ويظهر ذلك من خلال عدة نصوص قانونية ذات طابع تشريعي وأخرى ذات طابع تنظيمي منها:

- القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية

لقد تطرق القانون 88-01 للمؤسسة العمومية المحلية في مادة واحدة، وذلك بمناسبة تحديده لمختلف أصناف المؤسسات العمومية، ويتعلق الأمر بالمادة 48 التي تنص: "... يمكن المجالس

¹راجع الفصل الثاني من الدستور المواد من 103 إلى 113، السالف ذكره.

²راجع المادة 48 من القانون 88-01، السالف الذكر، والمادة 153 من القانون 11-10 المتعلق بالبلدية والمادة 146 من قانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية، السالفي الذكر.

الشعبية الولائية والمجالس الشعبية البلدية إنشاء مؤسسات عمومية ذات طابع إداري أو صناعي وتجاري ووفقا للإجراءات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

- القانون 10-11 المتعلق بالبلدية

هو الآخر تطرق للمؤسسة العمومية البلدية في المادتين 153 و154¹ والتي يمكن أن تكون إما ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي وتجاري، بحيث نصت المادة 153:

" يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مرافقها".

- القانون 07-12 المتعلق بالولاية

خص المؤسسة العمومية الولائية بثلاث مواد وهي المواد 146 و147 و148 فتتص المادة 146:

" يمكن المجلس الشعبي الولائي أن تنشئ مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير المرافق العمومية".

أما المادة 147 منه فقد نصت: " تأخذ المؤسسة العمومية الولائية شكل مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حسب الهدف المرجو منها".

ومما سبق يلاحظ أن هذه القوانين قد تكفلت بتبيان صلاحية المجالس الشعبية المحلية في إنشاء المؤسسات العمومية، وكفلت لها أيضا حق تحديد أصناف هذه المؤسسات، والتي تتخذ شكل مؤسسات، وأحالت مسألة تنظيمها وسيرها إلى قواعد التنظيمية ويتعلق الأمر بـ:

- المرسوم رقم 83-200 المؤرخ في 19 مارس 1983 المتضمن شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وسيرها²:

¹ تتص المادة 154 ف1 من القانون 10-11، السالف ذكره: "تكون المؤسسات العمومية البلدية ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي وتجاري ويجب على المؤسسة العمومية البلدية ذات الطابع الصناعي والتجاري أن توازن بين إيراداتها ونفقاتها"

² المرسوم رقم 83-200 المؤرخ في 19 مارس 1983 المتضمن شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وسيرها، ج.ر. المؤرخة في 22 مارس 1983، العدد 12، ص. ص. 801-805.

تولى هذا النص تحديد القواعد المتعلقة بالمؤسسات العمومية المحلية بصفة بالمفصلة، من خلال (32) مادة، بحيث تم بتحديد مقومات المؤسسة العمومية المحلية، من خلال البدء بالإطار الإقليمي الذي يحكمها، ثم تحديد الهيئات التي تنشئها، وتحديد أشكالها، والاجراءات المتعلقة بإنشائها، كما تم التطرق لمسألة خضوعها لرقابة وإشراف سلطات الوصاية، تنظيمها وسيرها، تحديد نظامها الإداري والمالي والمهام المنوطة بها، إلى إلغائها ووضع حد لوجودها، لذلك تعتبر بمثابة نص قانوني الأساسي للمؤسسة العمومية المحلية نتيجة لتمتعه بطابع من الشمولية.

-المرسوم 85-117 المؤرخ في 07 ماي 1985 المحدد لشروط إنشاء المؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات وتنظيمها وعملها¹:

يبين هذا المرسوم معالم المؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات، وذلك في إطار التعاون بين البلديات والذي يتخذ عدة أشكال، ومن بينها المؤسسة العمومية المشتركة تنص المادة 215 ف02 من قانون البلدية:

" يسمح التعاون المشترك بين البلديات للبلديات بتعاقد وسائلها وإنشاء مرافق ومؤسسات عمومية مشتركة"، كما تنص المادة الأولى من المرسوم 85-117 السالف ذكر على مايلي: " يمكن لبلديتين أو عدة بلديات أن تشترك معا وتحدث مؤسسات مشتركة بين عدة بلديات تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وذلك من أجل تسيير مرافق عمومية ذات فائدة مشتركة بين البلديات".

من خلال المادتين تظهر الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري لمسألة التعاون بين البلديات في إطار المؤسسة العمومية المشتركة، والتي تركز على أساس تجميع الامكانيات، والموارد المتاحة للبلديات، وتبادل الخبرات، ذلك أن التسيير الجوارى يقتضي انجاز مرافق عمومية مشتركة خاصة بالنسبة للبلديات، التي تتمتع بظروف متشابهة، تجسيدا لديمقراطية تشاركية محلية وتحقيقا للتنمية، هذا ما يمكن من استثمار امكانيات كل بلدية من البلديات المتشاركة، والتي قد تختلف من بلدية لأخرى.

من أجل الحصول على منفعة مشتركة فقد تساهم البعض منها بإمكانيات بشرية وفنية، وأخرى بإمكانيات مادية خاصة في ظل العجز المالي، الذي تعانيه الكثير من البلديات، والتي قد لا تتمكن

¹المرسوم رقم 85-117 المؤرخ في 07 ماي 1985 المحدد لشروط إنشاء المؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات وتنظيمها وعملها، ج.ر. المؤرخة 15 ماي 1985، العدد 21، ص.ص. 663-666.

من تسيير وتجهيز مرافقها وحدها، وهذا الأمر يمكنها من تسيير مرافقها بإمكانيات بشرية وبأقل تكلفة، وقد تطرق المرسوم في المادة 34 منه إلى كل ما يتعلق بالمؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات شأنه شأن المرسوم رقم 83-200 السالف ذكره.

وعليه فالمؤسسة العمومية المحلية تحظى بنظام قانوني خاص بها يوضح معالمها بشكل تفصيلي، ويحدد بدقة جملة القواعد التي تخضع لها، لكن وجب التذكير بأن كل من المرسومين رقم 83-200 ورقم 85-117 اللذان حددا بصفة دقيقة وشاملة كل ما يخص المؤسسة العمومية المحلية قد اتخذتا في إطار الأمر رقم 67-24¹ المتعلق بالبلدية والأمر 69-38² المتعلق بالولاية، والذي تم إلغاؤهما بموجب القانونين 90-08³ المتعلق بالبلدية، و90-09⁴ المتعلق بالولاية، الملغيان بدورهما على التوالي إلا أن هذين المرسومين لم يتم إلغاؤهما.

من النصوص القانونية السابقة تتضح مقومات المؤسسة المحلية، بأنها وسيلة لإدارة المرفق العام المحلي، يتم إنشاؤها من قبل الإدارة المحلية، وبالتالي خضوعها لرقابة وإشراف السلطة الوصية، وهي شخص عام، يتمتع بالاستقلال المالي والإداري، تتولى ممارسة نشاط معين والمتمثل في تحقيق أهداف المرفق الذي تسييره.

غير أنه بالرغم من القوانين السالفة الذكر قد تطرقت بصفة صريحة إلى مقومات المؤسسة العمومية المحلية، إلا أنه بالمقابل من ذلك تبين محدوديتها وقصورها في تكريس استقلالية المؤسسة على أكثر من صعيد؛ حيث تظهر بعض مواطن التضييق من تلك الاستقلالية، ذلك أن النصوص القانونية لم تسع إلى تفعيلها مع الإشارة إلى أن اللامركزية في حد ذاتها إقليمية كانت أم مرفقية تقوم على أساس مبدأ الاستقلالية عن السلطة الوصية، كما أنه وبالرغم من تبني جملة من الإصلاحات

¹ الأمر 67-24 المؤرخ 18 يناير 1967، المتعلق بالبلدية، ج.ر. المؤرخة في 18 يناير 1967، العدد 06، ص. ص. 90-112 (ملغى).

² الأمر 69-38 المؤرخ في 22 ماي 1969، المتعلق بالولاية، ج.ر. المؤرخة في 23 ماي 1969، العدد 44، ص. ص. 510-532. (الملغى).

³ قانون 90-08 المؤرخ في 09 أبريل 1990، المتعلق بالبلدية، ج.ر. المؤرخة في 11 أبريل 1990، العدد 15، ص. ص. 488-503. (الملغى).

⁴ قانون 90-09 المؤرخ في 09 أبريل 1990، المتعلق بالولاية، ج.ر. المؤرخة في 11 أبريل 1990، العدد 15، ص. ص. 504-516. (الملغى).

على كل من قانوني البلدية والولاية إلا أنه لا تزال تظهر إشكالية تفعيل مبادئ اللامركزية المرفقية، طالما أنه لم يتم رفع اليد عن المؤسسات العمومية التي لا تزال بعيدة عن الحرية والاستقلالية.

وبالرجوع إلى تعريف القوانين السالفة الذكر للمؤسسة العمومية؛ بأنها شخص معنوي عمومي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والتي تتولى تسيير المرافق العمومية مع الخضوع لرقابة السلطة الوصية، هذا التعريف بالرغم من بساطته فإنه يحتوي على المبادئ التي تقوم عليها اللامركزية المرفقية: من الشخصية المعنوية وما يترتب عنها من آثار قانونية، خصوصا فيما يتعلق بالتنظيم الإداري والمالي المتعلق بها، إلى ممارسة اختصاصاتها الموكلة لها قانونا، وأخيرا خضوعها لرقابة الجهات الوصية من أجل ضمان احترامها للقوانين دون المساس بمبدأ حرية التصرف كمبدأ عام.

وعليه يستخلص توفر آثار اللامركزية في المؤسسة العمومية المحلية، إلا أن هذه القوانين قد أخرجت اللامركزية المرفقية عن هذه الأسس، وذلك لما جعلت عنصر الرقابة أو الوصاية الإدارية العنصر الغالب بدلا من الاستقلالية، ويبرز من خلال شدة الرقابة الممارسة عليها، ومن خلال تواجد السلطات الوصية في كل عناصر حياة المؤسسة العمومية المحلية، بدءا من إنشائها إلى ممارسة اختصاصها، إلى تدخل السلطة الوصية في تنظيمها الإداري، حيث أن الأجهزة الإدارية على مستوى المؤسسة يغلب عليها طابع التعيين، وبالتالي غياب خيار الانتخاب والاختيار، والذي يعد مقياسا أساسيا لتكريس اللامركزية، بالإضافة إلى تدخل جهات الوصاية في التنظيم المالي للمؤسسة.

ثانيا: المؤسسات العمومية بحسب طبيعة نشاطها

يعتمد هذا التقسيم على طبيعة النشاط الذي تزاوله المؤسسة العمومية، ومن عينت القوانين التي حددت المؤسسات العمومية حسب طبيعة النشاط: نجد القانون رقم 88-01 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، وقانون الصفقات العمومية الذي عدد مجموعة من المؤسسات ويرجع وأساس هذا التقسيم لأحكام قانون الوظيف العمومي¹.

تتمثل تلك المؤسسات: في المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، المؤسسات العمومية ذات التسيير الخصوصي،

¹ الأمر 03-06 المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج. ر. المؤرخة في 16 يوليو 2006، العدد 46، ص. ص. 03-19.

المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، المؤسسات ذات الطابع العلمي والثقافي المهني، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.

1. المؤسسات العمومية الإدارية

المؤسسات العمومية الإدارية هي المؤسسات التي تمارس نشاطا ذو طبيعة إدارية محضة، حيث تتخذها الدولة والجماعات الإقليمية كوسيلة لإدارة مرافقها العمومية الإدارية¹، وقد عرف المشرع الجزائري هذه المؤسسات بالاستناد إلى القواعد المطبقة على الإدارة حيث تتمتع بنظام إداري ومالي مشابه لنظام الإدارة، ما عدا ما هو مستثنى عن طريق التنظيم بالإضافة إلى أنها تخضع لمبدأ التخصص، منها المؤسسات العمومية الاستشفائية وتتمتع بالخصائص التالية:

يعتبر نشاط المؤسسة نشاطا إداريا، وبالتالي فهي لا تستهدف منه تحقيق الربح، غير أن المشرع قد أجاز لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ولاسيما الموجهة منها للبحث والتعليم والتكوين القيام بنشاطات مريحة إضافية على مهمتها الرئيسية.

تخضع هذه المؤسسة العمومية لقواعد القانون العمومي وهذا حسب المادة 43 من قانون رقم 88-01، ومع ذلك يمكن لها في بعض الأحيان استعمال وسائل القانون الخاص، كاستعمال عقد القانون الخاص أو القيام بنشاطات مريحة، إلا أن هذا الاستعمال يبقى استثنائيا والاستثناء لا يقاس عليه.

تتمتع بامتيازات السلطة العامة، كصلاحية اتخاذ القرار وبرانم الصفقات العمومية، تعتبر أموال المؤسسات العمومية الإدارية أموال عامة، وتخضع للقواعد المقررة لحماية المال العام، والمتمثلة في عدم القابلية للتصرف في أموال الدولة أو حجزها ولا تملكها بالتقادم، تخضع حسابات هذه المؤسسات لقواعد المحاسبة العمومية طبقا لأحكام المادة 43 من القانون رقم 84-17 المؤرخ في 07 جويلية 1984 المتعلق بقوانين المالية المعدل والمتمم².

¹ Patrice CHRETIEN, Nicolas CHIFFLOT, Maxime TOURBE, Droit administratif, t. 1, Dalloz, 2016, p 349.

² القانون رقم 84-17 المؤرخ في 07 يوليو 1984، بقوانين المالية، ج.ر. مؤرخة 10 جويلية 1984، ص. ص. 1040-1049 المعدل والمتمم بـ:

القانون 88-05 المؤرخ في 12 يناير 1988، ج. ر. مؤرخة 13 يناير 1988، العدد 02، ص. 54.

القانون 89-24 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989، ج. ر. مؤرخة في 01 يناير 1990، العدد 01، ص. 01.

يعود اختصاص النظر في منازعات التي تكون المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها إلى القضاء الإداري، بحيث حددت المادة 800 و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصفة واضحة وصريحة، نوع المؤسسات العمومية التي تعود للنظر في نزاعاتها إلى المحاكم الإدارية، وبالتالي تخرج القضايا التي تكون المؤسسات العمومية ذات الطابع غير الإداري طرفا فيها من دائرة اختصاص المحاكم الإدارية كمبدأ عام.

لكن في حالة قيام المؤسسات العمومية الإدارية بممارسة نشاط ثانوي غير إداري فهنا يثور إشكال حول الاختصاص، لكن المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تؤكد إمكانية تمسك القاضي الإداري بصلاحيته النظر في النزاع بالرغم من طبيعة غير الإدارية للنشاط وهذا تطبيقا للمعيار العضوي.

2. المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

وهي مؤسسات تتولى ممارسة نشاطات مماثلة لنشاطات المقاولات الخاصة، حيث يقوم بتسيير مرافق عمومية صناعية وتجارية تابعة للدولة أو الجماعات المحلية، وقد عرفتها المادة 44 من القانون 88-01 السالف الذكر: "بأنها المؤسسة التي تتمكن من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع انتاج تجاري ينجز طبقا لتعريفه معدة مسبقا ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات وعند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين".

المرسوم التشريعي 93-01 المؤرخ في 13 يناير 1993، ج. ر. مؤرخة 20 يناير 1993، العدد 04، ص. 03.
المرسوم التشريعي 93-15 المؤرخ في 04 ديسمبر 1993، ج. ر. مؤرخة في 05 ديسمبر 1993، العدد 80، ص. 06.

المرسوم التشريعي 93-18 الموافق ل 29 ديسمبر 1993، ج. ر. مؤرخة في 30 ديسمبر 1993، العدد 88، ص. 03.

تنص المادة 43 من القانون 84-17 السالف ذكره: "تخضع لنفس القواعد المطبقة على الميزانية العامة للدولة، ما لم ينص على خلاف ذلك أحكام تشريعية، العمليات المالية والحسابية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والحزب والمجلس الشعبي الوطني ومجلس المحاسبة وكذا الميزانيات الملحقه".

لقد تم إلغاء القانون 84-17 بالقانون العضوي رقم 18-15، المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 يتعلق بقوانين المالية، ج. ر. المؤرخة 2 سبتمبر 2018، العدد 53، ص ص 9-20.

وقد نصت المادة 46 من ذات القانون على أنه يحدد الطابع الصناعي والتجاري للمؤسسة وقواعد سيرها وتنظيمها بموجب القوانين المنشئة لها¹.

3. أجهزة الضمان

لقد تم تكريس هذا النوع من المؤسسات في المادة 49 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية والتي تنص على مايلي: "تعد أجهزة الضمان الاجتماعي هيئات عمومية ذات التسيير خاص تحكمها القوانين المطبقة في هذا المجال.

يحدد التنظيم الإداري لأجهزة الضمان الاجتماعي عن طريق التنظيم"².

وتطبيقاً لأحكام هذه المادة صدر المرسوم 92-07 المؤرخ في 04 جانفي 1992 والمتضمن الوضع القانوني لصناديق الضمان الاجتماعي وتنظيمه الإداري والمالي.

حيث حدد المرسوم 85-223 المؤرخ 20 أوت 1985³ الطبيعة القانونية لأجهزة الضمان الاجتماعي، تنص المادة 02 منه: "يعد الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية وحوادث العمل والأمراض المهنية والصندوق الوطني للمعاشات مؤسستين ذات طابع إداري..."، فإن المرسوم قد سكت عن تكييف طبيعتها القانونية، وبالرجوع لنص المادة 02 ف02 من المرسوم التنفيذي 92-07 السالف الذكر نجدها تنص أن علاقة هيئات الضمان الاجتماعي مع غير تخضع للتشريع التجاري، أي أنها تتمتع بصفة التاجر، بالإضافة إلى أن حساباتها تمسك على الشكل التجاري⁴ حسب المادة 57 بعدما كانت تخضع للمحاسبة العمومية وهذا لا محالة يؤثر على طبيعتها القانونية التي لا تزال يكتنفها اللبس.

¹ سوف يتم توسيع شرح المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية في النقاط القادمة.

² وجب التنويه أن النص باللغة الفرنسية استعمل مصطلح Etablissement à gestion spécifique والتي تقابلها باللغة العربية المؤسسات العمومية ذات التسيير الخصوصي.

³ المرسوم رقم 85-223 المؤرخ في 20 أوت 1985 والمتضمن التنظيم الإداري للضمان الاجتماعي، ج.ر. المؤرخة في 21 أوت 1985، العدد 35، ص. ص. 1248-1253 وألغي بموجب المرسوم التنفيذي 92-07 المؤرخ في 04 جانفي 1992، يتعلق بالتنظيم الإداري للضمان الاجتماعي، ج.ر. المؤرخة في 08 جانفي 1992، العدد 02، ص. ص. 64-72.

⁴ القانون 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007، المتضمن النظام المحاسبي المالي، ج.ر. المؤرخة في 25 نوفمبر 2007، العدد 03، ص. ص. 03-07 المعدل والمتمم بالقانون 08-02 المؤرخ في 24 يوليو 2008، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، ج.ر.مؤرخة 27 يوليو 2008، العدد 42.

أما عن المنازعات التي تكون طرفا فيها هذه المؤسسات فإنها تؤول لاختصاص القضاء العادي القسم الاجتماعي طبقا للمادة 500 نقطة 106¹ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذا في اطار المنازعات التي تحدث بينها وبين المؤمن لهم حول تقدير منح العجز والأداءات العينية أو النقدية ...، أما بالنسبة للمنازعات التي تثور بينها وبين المؤسسات والإدارات العمومية بصفتها هيئات مستخدمة نصت المادة 16 من القانون 08-08 المؤرخ في 23 فبراير 2008² المتضمن المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي على مايلي:

" تختص الجهات القضائية الإدارية في البت في الخلافات التي تنشأ بين المؤسسات والإدارات العمومية بصفتها هيئات مستخدمة وبين هيئات الضمان الاجتماعي"; أي أن القاضي الإداري هو المختص في البت في القضايا وهو خيار الذي يتماشى والمعيار العضوي.

4. مراكز البحث والتنمية

لقد تطرق القانون 88-01 لها في المواد من (51 إلى 54)، حيث يتم إحداثها في مجال البحث العلمي والتقني حسب المادة 51، وجاءت المادة 53 منه أنه تكون قواعد سير هذه المراكز وتنظيمها مخالفة لتلك المطبقة على الإدارة، أما عن التمويل فيكون من الأموال العمومية في شكل مساهمات نهائية أو مؤقتة فهي تدرج ضمن الاعتمادات قانون المالية للسنة، وقد منحها القانون امكانية أن تكون لها شراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية أو إنشاء شركات تابعة لها تخضع لأحكام القانون التجاري لتجسيد نتائج البحث حسب المادة 54 من نفس القانون.

لكن المشرع لم يحدد طبيعتها القانونية ولا تمتعها بالشخصية المعنوية من عدمه، فهناك من يرى أنها نوع من أنواع المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية لأنها تمسك المحاسبة على الطريقة التجارية، لكن تدخل المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر

¹ تنص المادة 500 ف06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي " يختص القسم الاجتماعي اختصاصا مانعا في المواد التالية: ...

6- منازعات الضمان الاجتماعي والتقاعد".

إن وجود عبارة اختصاصا مانعا أي أن حالات عقد الاختصاص للقضاء الاجتماعي محددة على سبيل الحصر.

² القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فبراير 2008، المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي، ج.ر. المؤرخة في 02 مارس 2008، العدد 11، ص. ص. 7-14.

1999¹ المحدد لكيفيات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، بحيث تحيل للمادة 01 من المرسوم 98-11 خاصة المادة 17 منه، وهذا ما يشكل شيئاً جديداً على مستوى المؤسسات المكلفة بالبحث، التي تمسك المحاسبة وفقاً لأحكام التجارية أي القانون رقم 07-11²، بالإضافة لتمتعها بالشخصية المعنوية، والاستقلال المالي طبقاً لنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 99-256 السالف ذكره.

5. المؤسسات العلمية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي

لقد تم استحداثها بموجب القانون رقم 98-11 المؤرخ في 22 أوت 1998 المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي³، والذي منحها القانون الشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي طبقاً للمادة 17 من نفس القانون.

وتنشئ المؤسسة ذات الصبغة القطاعية أو المشتركة بين القطاعات بموجب مرسوم تنفيذي، وتتمثل مهمة المؤسسة العمومية في تنفيذ برامج البحث العلمي والتطوير التكنولوجي في الميادين المحددة لها في نص إنشائها.

بحيث تنشأ المؤسسة العمومية بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالبحث العلمي، وتتمتع المؤسسة بميزانية خاصة بها وتحدد الاعتمادات الضرورية لأداء مهامها ضمن ميزانية الدولة، فتمسك المحاسبة على الشكل التجاري بموجب المادة 39 من المرسوم التنفيذي 11-396 المؤرخ في 24 نوفمبر 2011⁴، أما محاسبة الالتزامات في مجال نفقات المستخدمين فتمسك طبقاً لقواعد المحاسبة العمومية طبقاً للمادة 40 ف 02، لذا يعتبر أعوانها موظفون عموميون وهذا تطبيقاً لأحكام القانون الوظيف العمومي.

¹ المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999، المحدد لكيفيات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، ج.ر. المؤرخة في 21 نوفمبر 1999، العدد 82، ص. ص. 03-09.

² القانون 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007، المتضمن النظام المحاسبي المالي، السالف الذكر.

³ القانون 98-11 المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، ج.ر. المؤرخة في 24 أوت 1998، العدد 62، ص. ص. 03-10 المعدل والمتم بالقرآن رقم 08-05 المؤرخ في 23 فبراير 2008، ج.ر. المؤرخة في 27 فبراير 2008، العدد 10، ص. ص. 03-06.

⁴ المرسوم التنفيذي 11-396 المؤرخ في 24 نوفمبر 2011، المتضمن القانون الأساسي للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، ج.ر. المؤرخة في 04 ديسمبر 2011، العدد 66، ص. ص. 08-12.

يتشكل التنظيم الإداري للمؤسسة إلى جانب وجود المدير ومجلس الإدارة كما هو حال مختلف المؤسسات العمومية، من مجلس علمي يتشكل من مدير المؤسسة ومديري وحدات البحث وكذا الباحثين على مستوى المؤسسة وخارجها، وأيضاً الباحثين الجزائريين المقيمين في الخارج، ويتولى المجلس أساساً تنظيم النشاطات العلمية والتكنولوجية للمؤسسة.

تخضع هذه المؤسسات لرقابة المالية البعدية طبقاً للمادة 47 من المرسوم التنفيذي 11-396 السابق الذكر مما يكرس نوعاً من المرونة على نشاطها العلمي وأدائها.

يثار إشكال حول التكييف القانوني لطبيعة المنازعات التي تكون هذه الهيئات طرفاً فيها وخاصة أن المادة 800 من ق.إ.م.إ، قد حددت الأشخاص المعنوية على سبيل الحصر.

لهذا نصت المادة 17 ف 05 من القانون رقم 98-11 على إمكانية المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي إنشاء مؤسسات فرعية ذات طابع اقتصادي والمساهمة في مؤسسات أخرى تعنى بتنفيذ نتائج البحث وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 11-396 الشكل القانوني لهذه المؤسسات والتي يمكن أن تأخذ شكل إما شركة ذات مسؤولية محدودة¹ أو شركة مساهمة²، ولهذا أقر القانون لهذه المؤسسة الفرعية إمكانية ممارسة أنشطة اقتصادية وتجارية من خلال هذه الفروع وبالتالي تطبيق أحكام القانون التجاري.

6. المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني

بالرجوع لنص المادة 32 من القانون رقم 99-05 المؤرخ في 04 أبريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي³، التي تنص على مايلي: "تعتبر المؤسسة العمومية ذات الطابع

¹راجع المواد من 564 إلى 591 من التقنين التجاري، الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 معدل ومنتتم، السالف الذكر.

²راجع المواد من 592 إلى 715 مكرر 132 من التقنين التجاري، الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 معدل ومنتتم، السالف الذكر.

³ القانون 99-05 المؤرخ في 04 أبريل 1999، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج.ر. المؤرخة في 07 أبريل 1999، العدد 24، ص. 04 والمعدل والمنتتم:

بالقانون 2000-04 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000، ج. ر. المؤرخة في 10 ديسمبر 2000، العدد 75، ص. 04. والقانون 2008-06 المؤرخ في 23 فبراير 2008، ج.ر. المؤرخة في 27 فبراير 2008، العدد 10، ص. 38.

العلمي والثقافي والمهني ... مؤسسة وطنية للتعليم العالي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي".

لقد حددت المادة 38 من القانون أعلاه أشكال هذه المؤسسة وهي الجامعات، المراكز الجامعية، المدارس، المعاهد الخارجة عن الجامعة، وانطلاقاً من تاريخ صدور هذا القانون أصبحت مؤسسات التعليم العالي على أنها ذات طابع علمي، ثقافي ومهني بعدما كانت في السابق تكيف أنها مؤسسات عمومية ذات طابع إداري، وتتمثل خصائصها فيما يلي:

يتسم نشاط هذه المؤسسة بالطابع الإداري، ذلك أنها لا تستهدف تحقيق الربح بل تنمية البحث العلمي والتكنولوجي، ورفع المستوى العلمي والثقافي للمواطن، وكذا تكوين اطارات في مختلف الميادين، تخضع هذه المؤسسات لرقابة المالية البعدية حسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 11-397 المؤرخ في 24 أبريل 2011 المحدد لقواعد الخاصة بتسيير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وذلك بما يتناسب وخصوصية مهامها طبقاً لأحكام المادة 37 من القانون 99-05.

تتمتع المؤسسة بميزانية مستقلة، وتخضع لذات الأحكام المطبقة على الميزانية العامة للدولة، وتخصص لها اعتمادات للتسيير والتجهيز للقيام بمهامها طبقاً للمادة 35، تخضع المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني لأحكام قانون المحاسبة العمومية، يعتبر أعوان موظفون عموميون طبقاً للمادة 02 من قانون الوظيف العمومي، وأكدته المادة 50 من القانون التوجيهي للتعليم العالي.

ولقد أقر المرسوم التنفيذي رقم 11-397¹ من خلال المادة 13، امكانية إنشاء هذه المؤسسة لمؤسسات فرعية ذات طابع اقتصادي، والحصول على أسهم في مقاولات اقتصادية أخرى، أو شركات تعنى بتنمين نتائج البحث، أما المادة 14 فنصت على أن المؤسسة الفرعية قد تأخذ شكل شركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة المساهمة وباعتبارها شركات تجارية وهي تتمتع بالشخصية المعنوية التي تكفل لها الاستقلال عن المؤسسة الأم وينتج عنها حق التقاضي، وإذا كانت المؤسسة الفرعية طرفاً ما في نزاع فيعقد الاختصاص للقضاء العادي، أما المؤسسة الأصلية فقد سكت المشرع عن تحديد الجهة

¹ المرسوم التنفيذي 11-397 المؤرخ في 24 أبريل 2011 يحدد القواعد الخاصة بتسيير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، ج.ر. مؤرخة في 04 ديسمبر 2011، العدد 66، ص. 14-18.

القضائية المختصة في منازعاتها، خصوصا أن المادة 800 من ق.إ.م.إ حددت اختصاص على سبيل الحصر.

المطلب الثاني: تأثير تاريخ النظام الاقتصادي على مفهوم المؤسسة العمومية

إن الحديث عن أشخاص القانون الخاص الخاضعين لتنظيم الصفقات العمومية، يتطلب النظر في التشريع الجزائري بحسب كل مرحلة من الناحية الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية، وتأثير هذه المراحل على مدلول المؤسسات العمومية، خصوصا في مرحلة الاقتصاد المقيد وهذا ما سوف يتم بيانه في الفرع أول، ثم بيان مرحلة الاقتصاد الحر الفرع الثاني.

الفرع الأول: تأثير مرحلة الاقتصاد المقيد على مفهوم المؤسسة العمومية

عرفت الجزائر تغيير جذري بعد الحصول على الاستقلال، شمل البناء الاقتصادي والاجتماعي من خلال التأميم والسيطرة على الملكية الخاصة، ما يجعل مفهوم المؤسسة العمومية يتأثر بالنظام السائد ومفاده كمايلي:

أولا: مرحلة التسيير الذاتي

شهدت الجزائر مباشرة بعد الاستقلال أزمة متعددة أوجه، خاصة بعد الترحال الجماعي للأوربيين الذي ترك شغور في معظم المؤسسات الزراعية، الصناعية والخدماتية، مع وجود جهاز إداري يكاد يخلو من الإطارات القادرة على التسيير نظرا لحدثة الاستقلال¹.

وجب التنويه أن نظام التسيير الذاتي كان مطبقا في يوغسلافيا وبعض الدول الاشتراكية الأخرى، ثم اعتمد في الجزائر رسميا بصدور مراسيم مارس 1963 وأصبحت بالتالي أحد المبادئ الأساسية للبناء الاشتراكي².

يعرف التسيير الذاتي بأنه: " تجربة اشتراكية في ميدان الإنتاج والاستغلال الجماعي للوحدات الإنتاجية والاشتراكية في ملكية وسائل واقتسام الناتج بين أفراد الجماعة³."

¹ رشيد واضح، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، ط 2002، دار هومة الجزائر، ص.87.

² ناصر لباد، المرجع السابق، ص. 233.

³ محمد السويدي، التسيير الذاتي في التجربة الجزائرية وفي التجارب العالمية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ب. ط، الجزائر، 1986، ص. 14.

لهذا في بداية الأمر كان مفهوم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يقترب من المفهوم الفرنسي خاصة مع صدور وثيقة المؤرخة في 31 ديسمبر 1962، الذي مدد في تطبيق العمل بالتشريع الفرنسي باستثناء النصوص التي تتناقض مع السيادة الوطنية، إذ نجد إضافة إلى المؤسسات الإدارية مؤسسات عمومية ذات طابع الصناعي والتجاري، التي وصل عددها تقريبا إلى عشرين (20) مؤسسة، من الفترة الممتدة من 1962 إلى 1966 مقسمة إلى قسمين: القسم الأول تدخل ضمن هياكل التسيير الذاتي للمؤسسات والتي تمارس مهام المرفق العام أو المصلحة العامة فأخذت بالتعريف الكلاسيكي للمؤسسة¹.

أما القسم الثاني فالإضافة إلى دورها في التسيير لها دور في التنمية الاقتصادية وبذلك لها طابع مزدوج لنشاطها، هناك من الفقه الجزائري أدرجها ضمن المرافق ذات الوجهين فهي مرافق صناعية وتجارية، ومرافق عامة إدارية لهذا فهي تتمتع بامتيازات السلطة العامة².

لهذا فإن المرسوم رقم 63-95 المؤرخ في 22 مارس 1963 المتضمن تنظيم وتسيير المؤسسات الصناعية والمنجمية والحرفية وكذلك المستثمرات الفلاحية الشاغرة³، هو الذي ينظم الهيكل العام للمؤسسة المسيرة ذاتيا.

إن الهيكل العام للمؤسسة المسيرة ذاتيا جاء تكريسا لمبدأ أن العمال هم الذين يسيرون المؤسسة بأنفسهم، وتجسيدا لهذا المبدأ فقد أنشأت داخل المؤسسة المسيرة ذاتيا الأجهزة التالية: **الجمعية العامة للعمال** تعد الجهاز الأعلى في المؤسسة وتتكون من مجموعة من العمال الدائمين، إلا أن سلطة تعيين أعضائها تعود للمدير، الذي يختار سنويا عدد لائق من العمال الدائمين الضروريين فنيا لإنجاز البرنامج الاقتصادي للمؤسسة، من صلاحياتها: المصادقة على مخطط تنمية المؤسسة والقانون المتعلق بتنظيم المالية، انتخاب مجلس العمال، مراقبة الأجهزة الأخرى⁴، أما **مجلس العمال**: تنتخبه الجمعية

¹ آيت وارث حمزة، الطبيعة القانونية لعقود الصفقات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في إطار قانون الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير القانون العام فرع قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص. 17.

² Mohamed Amin BOUSSOUHAH, Essai sur la notion juridique de service public, RASJEP, n°03, 1992, p. 347-348.

³ المرسوم رقم 63-95 المؤرخ في 22 مارس 1963 المتضمن تنظيم وسير المؤسسات الصناعية والمنجمية والحرفية وكذا المستثمرات الفلاحية الشاغرة، ج.ر المؤرخة في 29 مارس 1963، العدد 17، ص. 298. (ملغى).

⁴ رشيد واضح، المرجع السابق ص. 60.

العامة لمدة ثلاث سنوات، يتراوح عدد أعضائه من عشرة على الأقل، إلى مئة عضو على الأكثر، مع وجوب أن يكون ثلثي الأعضاء من العمال الذين يباشرون العمل في الإنتاج، حتى لا تهيمن الاطارات التقنية والادارية على المجلس،ومن صلاحياته انتخاب لجنة التسيير ومراقبتها قبل عرض الحسابات على الجمعية العامة نهاية كل سنة مالية¹،البت في النظام الداخلي،القروض،طرد العمال.

من أجهزة المؤسسة المسيرة ذاتيا هناك لجنة التسيير التي تعد الجهاز التنفيذي للمؤسسة تتكون من ثلاث إلى إحدى عشر عضوا،يتم انتخابهم من طرف مجلس العمال لمدة ثلاث سنوات، على أن يكون ثلث من العمال المباشرين للإنتاج،يتجدد هذا الثلث كل سنة،تتمثل مهام لجنة التسيير في انتخاب رئيسها،وضع الترتيبات المتعلقة بالعمل،توزيع المسؤوليات، توزيع والترويج للمنتوجات والخدمات².

أما عن المديرية كجهاز من أجهزة المؤسسة المسيرة ذاتيا يتميز بوجود ازدواج في قيادة التسيير بين رئيس لجنة التسيير والمدير،كون الأول عضو منتخب ، في حين أن المدير معين من طرف الوزارة الوصية على القطاع،وباقتراح من المجلس البلدي للتسيير الذاتي وهو مانصت عليه المادة 26 من المرسوم 95-63 السالف ذكره، ويعتبر المدير موظف عمومي تابع للدولة، فهو مسؤول أمامها باعتباره الممثل القانوني عنها، يعمل على الحفاظ على شرعية العمليات الاقتصادية والمالية،بحيث يتولى التسيير الإداري ويقوم بدور المراقب المالي والتقني،يوقع التعهدات ينظر في حساب آخر السنة،يحضر أموالها العقارية والمنقولة³.

يعد رئيس لجنة التسيير مكلف بالإشراف والإدارة العليا للمؤسسة طبقا للمادة 19 من المرسوم 95-63 السالف ذكره، كما يقوم باستدعاء الجمعية العامة، يرأس اجتماعات مختلفة، للهيئة المنتخبة ويوقع على محاضر مداولاتها، في حين يعد الممثل القانوني للمؤسسة أمام الجهات الإدارية أو القضائية.

تعتبر المؤسسة المسيرة ذاتيا منظمة إدارية اقتصادية لامركزية مصلحة،ترتبط بعلاقة وصائية ادارية مع السلطة المركزية،فكل عناصر ومقومات اللامركزية الإدارية المصلحية متوافرة في نظام

¹ نفس المرجع والصفحة.

² ناصر لباد، المرجع السابق، ص. 238.

³ في هذا الصدد يرجى مراجعة المرسوم 95-63، السالف ذكره.

التسيير الذاتي، حيث أن عنصرى الاستقلال المالى والإدارى عن السلطة المركزية متوفر، بحيث أن جماعة العمال فى المؤسسة يؤلفون هيئة عمالية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإدارى والمالى، استثمار مجموع الأموال التى سخرتها الدولة لهم للانتفاع بثمارها المختلفة فى نطاق المخططات الوطنية.

كما أن طبيعة العلاقة القانونية والتنظيمية التى تربط المؤسسة المسيرة ذاتيا بالسلطات الإدارية المركزية فى الدولة هى علاقة وصائية إدارية وليست علاقة سلطة رئاسية¹.

ثانيا: مرحلة التسيير الاشتراكى

لقد جاء المشرع بفكرة توحيد الأنظمة القانونية، والصيغ التنظيمية لجميع الهياكل الاقتصادية، إذ مزج بين المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، والشركات الوطنية أدخلها ضمن إطار المؤسسة الاشتراكية، مستبعدا بذلك كل التصنيفات التقليدية ودون تقديم أى تعريف إذ تنص المادة 01 من الأمر 71-74 المؤرخ فى 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكى للمؤسسات²: " تطبق أحكام هذا الأمر على تنظيم وتسيير المؤسسة العمومية الاشتراكية التى تهدف إلى القيام بنشاط اقتصادى أو اجتماعى أو ثقافى باستثناء القطاع الفلاحى المسير ذاتيا أو القطاع التعاونى".

وتتمتع هذه المؤسسات بالشخصية المعنوية والاستقلال المالى كما وضحته المادة 04 من نفس الأمر³، وتؤكد المادة 02 من الأمر 71-74 السالف ذكره بأن هذه المؤسسات هى ملك للدولة وأموالها أموال عمومية: "المؤسسة الاشتراكية التى يتكون مجموع تراثها من الأموال العامة".

يستنتج أن المشرع الجزائرى قد أدرج المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية ضمن المؤسسة الاشتراكية: وهى مكونة من الأجهزة إذ يعد مجلس العمال حجر الزاوية فى التنظيم الاشتراكى، ويشارك عن طريقه مجموع العمال فى تسيير شؤون المؤسسة، يتكون من سبعة إلى خمسة وعشرون عضوا، ينتخبون من قبل عمال المؤسسة، لمدة ثلاث سنوات، على قائمة موحدة تضعها لجنة مشكلة من

¹ وفى هذا الصدد يرجى الاطلاع على بوزيد غلابى، مفهوم المؤسسة العمومية، مذكرة ماجستير فى الحقوق تخصص قانون الإدارة العامة، جامعة العربى بن مهيدى أم البواقي، السنة الجامعية 2010-2011، ص. ص. 44-50.

² الأمر 71-74 المؤرخ فى 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكى للمؤسسات، ج. ر. المؤرخة فى 16 نوفمبر 1976، العدد 101، ص. 1736. (ملغى).

³ تنص المادة 04 من الأمر 71-74 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاشتراكية، السالف الذكر على ما يلى: "شخصية معنوية لها الشخصية المدنية والاستقلال المالى تتضمن وحدة أو عدة وحدات".

الحزب والنقابة العمالية والسلطة الوصائية، يجتمع مجلس العمال مرتين في السنة، مع امكانية عقد اجتماع في ظروف استثنائية بناء على طلب مدير المؤسسة أو بناء على طلب الأغلبية البسيطة لأعضاء المجلس، وينتخب المجلس العمالي رئيسا له لمدة سنة، يختص بتنظيم وإدارة اجتماعاته، ويتم اتخاذ قراراته بأغلبية المجتمعين، يخضع المجلس لسلطة وصائية لها حق إلغاء أو حل المجلس بناء على اقتراح النقابة أو الحزب أو السلطة الوصية¹.

أما فيما يخص عمله، يمكن للمجلس أن ينشئ من بين أعضائه لجان دائمة لتسهيل عمله، ومراقبة مختلف نشاطات المؤسسة، على ألا يتعدى في جميع الأحوال عدد هذه اللجان، الخمسة وهي: لجنة الشؤون الاقتصادية و المالية، لجنة الشؤون الاجتماعية والثقافية، لجنة المستخدمين والتكوين، لجنة التأديب، لجنة الصحة والأمن.

فيما يخص صلاحيات مجلس العمال حددتها المواد من 29 إلى 39 من الأمر رقم 71-74، ثم فصلها المرسوم 75-150 المؤرخ في 21 نوفمبر 1975 المتعلق بصلاحيات مجلس العمال في المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي²، وتتمثل في : تقديم الآراء والتوصيات حول خطة التنمية، بيان الحسابات التقديرية، بيان أساليب التشغيل وإعادة تشكيل البناء التنظيمي للمؤسسة، اتخاذ القرارات المتصلة بتحقيق الأعمال الاشتراكية ، تنظيم وإصدار اللائحة الداخلية للمؤسسة، تخصيص توزيع الدخل المادي عن تشغيل المؤسسة، تحديد حصة العمال من الدخل، ويساهم في الإعلان عن سياسة المؤسسة العمالية فيما يتعلق بالتوظيف والتكوين، ذلك بمشاركة مع مجلس الإدارة المؤسسة، بالإضافة إلى استشارته في الاجراءات المتخذة لإصلاح وضعية العمال أو تلك التي ترمي إلى إحداث تعديل هام في هياكل المؤسسة.

أما فيما يخص مجلس المديرية فهو يتشكل من مدير المؤسسة رئيسا ، إضافة إلى مساعدي المدير المباشرين ،بالإضافة إلى ممثلين يعينهما مجلس العمال من بين أعضائه، يضم من تسعة إلى إحدى عشر عضو حسب أهمية المؤسسة ،ويجتمع مجلس المديرية مرة كل أسبوع على الأقل، فهو يلعب دورا رئيسيا في تنظيم وإدارة شؤون المؤسسة، خاصة في مجالات التخطيط والتنظيم لعملية

¹ غلابي بوزيد، المرجع السابق، ص. 53.

² المرسوم رقم 75-150 المؤرخ في 21 نوفمبر 1975، المتضمن صلاحيات مجلس العمال في المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي، ج.ر. المؤرخة في 16 ديسمبر 1975، العدد 100، ص. 1300.

التشغيل وبنائها التنظيمي، وهو يقوم بالاختصاصات كما حددتها المادة 59 من الأمر 71-74 السالف ذكره: بحيث يقوم بالبت في البرنامج العام والأنشطة التي تضمنتها برامج البيع والشراء والإنتاج والتمويل، دراسة مشاريع توسيع نشاطات المؤسسة وفي نطاق هدفها إلى قطاعات جديدة، تسوية خلافات ومنازعة المؤسسة، البت في مشروع القانون الأساسي للمستخدمين وجدول الأجور، دراسة ميزانيات وحسابات الاستغلال وحسابات الخسائر والأرباح وحساب التخصيص الخاص الناتج، البت و التقرير في مساعدات المصرفية والمالية المبرمة وكذا التقرير السنوي المتعلق بنشاط السنة المالية المنصرمة.

في الأخير، إن الشكل القانوني الذي منح للمؤسسة الاشتراكية، لا يتطابق تماما مع المحتوى السياسي والاجتماعي الذي أعلن عنه في الميثاق، والذي يهدف إلى بسط سيطرة العمال على وسائل الإنتاج، بفضل إدخال تحويلات جذرية في تسيير اقتصاد وفي داخل عالم الشغل بكامله، إن هذا الخل قد أمكن ملاحظته لأنه لا يوجد استقلال حقيقي عضوي ووظيفي للمؤسسة الاشتراكية¹.

أما فيما يخص الطبيعة القانونية للمؤسسات الاشتراكية فإن الأمر 71-74 السالف ذكره، لم يبين بصورة واضحة طبيعتها القانونية، حتى صدر الأمر 75-23 المؤرخ في 29 أبريل 1975 المتضمن القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الصناعي²، حيث نصت المادة الأولى: " المؤسسة الاشتراكية تعد تاجرا في علاقتها مع الغير": أي أن المؤسسة الاشتراكية تعد تاجرة من الناحية الشكلية طبقا لأحكام القانون التجاري.

هذه القواعد تجد أساسها من المواد (01،02 ومن 19 إلى 28 من القانون التجاري)، تؤكد بدون شك الطبيعة القانونية التجارية للمؤسسة الاشتراكية، وبالتالي فهي تخضع لكل النتائج المترتبة عن الاعتراف لها بصفة التاجر، طبقا للمادة 21 من القانون التجاري.

وجب التنويه في الأخير ، بالرغم من اعتبار المؤسسة الاشتراكية تاجرة فإنها لا تخضع لكل قواعد القانون التجاري، بحيث لا يطبق عليها قواعد المتعلقة بالإفلاس وطرق التنفيذ ، أما عن العمال فإن ميثاق التنظيم الاشتراكي للمؤسسات يرفع العامل الأجير إلى مرتبة المنتج المسير وهي الوضعية

¹ راجع غلابي بوزيد، المرجع السابق، ص. 68. وفي ذات المعنى ناصر لباد، المرجع السابق، ص. 263.
² الأمر 75-23 المؤرخ في 29 أبريل 1975 المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي، ج. ر. المؤرخة في 13 ماي 1975، العدد 38، ص. 510. (ملغى).

التي حاول ترجمتها على أرض الواقع القانون رقم 78-12 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي للعامل¹.

الفرع الثاني: انعكاسات مرحلة الاقتصاد الحر على مفهوم المؤسسة العمومية

غالبية السياسات في الدول تتأثر بالوضع الاقتصادي والسياسي، وهو ما حدث في الجزائر بحيث التغييرات الاقتصادية والسياسية، التي حدثت بداية من سنة 1986، أثرت بشكل كبير على المنظومة القانونية وبيانها في مايلي:

أولاً: القانون التوجيهي الخاص بالمؤسسات العمومية الاقتصادية

تعد القوانين التوجيهية لسنة 1988 ثورة في المجال التشريعي بحيث تم بيان الهيكل التشريعي للمؤسسات العمومية وبيانها كمايلي:

1. بداية ظهور القانون التوجيهي بعد الاشتراكية

لقد جاء هذا القانون من أجل ضمان التنمية المستمرة لإنشاء الدولة، وتشرف على سير مؤسسات عمومية اقتصادية طبقاً للمبادئ العامة، وبناء على الأداء المخطط الوطني للاقتصاد²، وتعد المؤسسات العمومية مؤسسات اشتراكية تكتسي أشكال قانونية، فقد ميّز المشرع بين المؤسسة الاقتصادية واعتبرها تاجرة بصفة صريحة ضمن المادة 03 منه فقرة 04 من القانون رقم 88-01 السالف ذكره: " وتتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة".

ولا ينطبق نفس الأمر بالنسبة المؤسسة الصناعية والتجارية فقد عرفها المشرع الجزائري على أنها: " المؤسسة العمومية التي تتمكن من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئياً أو كلياً عن طريق عائد بيع انتاج تجاري يحقق طبقاً لتعريفه معدة مسبقاً ولدفتت الشروط العامة الذي يحدد الأعباء

¹ القانون 78-12 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي للعامل، ج.ر المؤرخة في 08 أوت 1978، ص.724.(ملغى).

²راجع المادة 01 من القانون 88-01، السالف الذكر. (ملغى).

والتعقيدات التي تعود على عاتق المؤسسة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين فإنها تأخذ تسمية "هيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري"¹.
وتضيف المادة 46 من قانون 01-88 السالف ذكره أن الطابع التجاري لهذه المؤسسات يظهر من خلال عقد إنشائها والقوانين الأساسية التي تنشئها².

2. مفهوم المؤسسة العمومية الاقتصادية في إطار اقتصاد السوق

جاءت هذه المرحلة استجابة لظروف عايشتها الدولة الجزائرية، فرضت عليها إعادة النظر في سياساتها الاقتصادية السابقة، وهو الأمر الذي دفعها إلى مراجعة قوانين المؤسسة العمومية الاقتصادية ، وإعادة النظر في مجال الاستثمار ومختلف القوانين المنظمة له، وهو الأمر الذي ترجم في إصدار العديد من القوانين كإطار تنظيمي لهذه الإصلاحات، كخطوة أولى في طريق التوجه نحو اقتصاد السوق، عن طريق منح استقلالية للمؤسسة العمومية بإعطائها نوعا من الحرية لإدارة شؤونها.

تعتبر استقلالية المؤسسة العمومية الاقتصادية ضرورة لزيادة كفاءتها³، رغم أنها كمبدأ لم يتم تقنينها إلا أواخر 1988، إلا أن مصدرها يعود إلى النصوص والمواثيق الأساسية للبلاد، وعلى وجه الخصوص الميثاق الوطني لسنة 1986، والذي أشار إلى ضرورة منح المزيد من استقلالية للمؤسسات العمومية قصد تحسين فعاليتها ، سواء على مستوى نموها الخاص، أو على مساهمتها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية الشاملة، خاصة عن طريق احترام معايير الإنتاج والإنتاجية، وبسط المجال للتحكم أفضل في قواعدها، أما ما جاء ت به قوانين 1988⁴، مبدأ الاستقلالية أداة لتحقيق اللامركزية بكل أبعادها ، وذلك بمنح هذه المؤسسات درجات واسعة من الحرية تجسدت في : إلغاء الوصاية القطاعية في طبيعة الخدمة العمومية ،تطبيق القواعد التجارية في تسيير أعمال المؤسسات

¹راجع المادة 44 من القانون 01-88، السالف الذكر .

²تنص المادة 46 من القانون 01-88، السالف الذكر على ما يلي: " يحدد الطابع الصناعي والتجاري للهيئة العمومية وكذا قواعد تنظيمها وسيرها بموجب عقد الإنشاء والقوانين الأساسية المتخذة وفق الشكل التنظيمي".

³ شعوبي محمد فوزي، كعاسي سي محمد الأمين، الاقتصاد الجزائري من منظور متغيرات حساب الإنتاج وحساب الاستغلال للفترة الممتدة ما بين 1989 و 1999 ، الملتقى الوطني الأول حول المؤسسة الاقتصادية الجزائرية وتحديات المناخ الاقتصادي الجديد، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 22 و 23 أبريل 2003، ص.74.

⁴ والمقصود في هذا المقام القوانين 01-88، 02-88، 03-88، 04-88 المؤرخة في 12 جانفي 1988، السالفة الذكر .

المستقلة، حرية تحديد أسعار المنتجات وأجور العمال، إمكانية تحقيق استثمارات دون المرور على الهيئة المركزية للتخطيط ، مع فرض عقوبات صارمة في حال عدم إيفائها بالتزامات المالية أمام الغير ، بحيث تصل إلى درجة حلها في حالة الإفلاس¹.

لقد جاء هذا القانون من أجل ضمان التنمية المستمرة لإنشاء الدولة ، وتشرف على سير مؤسسات عمومية اقتصادية، طبقا للمبادئ العامة وبناء على الأداء المخطط الوطني للاقتصاد²، وتعد المؤسسات العمومية مؤسسات اشتراكية تكتسي أشكال قانونية، فقد ميّز المشرع بين المؤسسة الاقتصادية واعتبرها تاجرة بصفة صريحة ضمن المادة 03 منه فقرة 04 من القانون رقم 88-01 السالف ذكره: " وتتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة".

ولا ينطبق نفس الأمر بالنسبة المؤسسة الصناعية والتجارية فقد عرفها المشرع الجزائري على أنها: " المؤسسة العمومية التي تتمكن من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع انتاج تجاري يحقق طبقا لتعريفه معدة مسبقا ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتعقيدات التي تعود على عاتق المؤسسة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين فإنها تأخذ تسمية "هيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري"³.

ثانيا: خصوصية المؤسسات العمومية الاقتصادية

ورد التعريف التشريعي للمؤسسة العمومية الاقتصادية المستقلة ، في كل من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية القانون 88-01 ، والقانون التجاري المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية القانون 88-04.

نصت المادة الثالثة من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية: " تشكل المؤسسة العمومية اقتصادية، في اطار التنمية الوسيلة المفضلة لإنتاج المواد والخدمات وتراكم رأس المال.

وتعمل هذه المؤسسة في خدمة الأمة والتنمية وفق الدور والمهام المنوطة بها

¹تنص المادة 217 من التقنين التجاري، السالف ذكره: "تخضع الشركات ذات أموال عمومية كليا أو جزئيا لأحكام هذا الباب المتعلق بالإفلاس والتسوية القضائية".

²راجع المادة 01 من القانون 88-01، السالف الذكر. (ملغى).

³راجع المادة 44 من القانون 88-01، السالف الذكر.

وتتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة"

ونكريسا لمبدأ الاستقلالية نص نفس القانون: "تتميز المؤسسة العمومية الاقتصادية في مفهوم هذا القانون عن 1- الهيئات العمومية بصفاتها أشخاصا معنوية خاضعة للقانون العام ومكلفة بتسيير الخدمات العمومية.

2- الجمعيات والتعاونيات والتجمعات الأخرى"¹.

في حين عرفها القانون التجاري: "المؤسسات العمومية الاقتصادية أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري، وتؤسس هذه المؤسسات في شكل شركة مساهمة أو في شكل شركة محدودة المسؤولية"².

كما ورد تعريف المؤسسة العمومية الاقتصادية بموجب الأمر 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها³، بموجب المادة الثانية(02): "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال مباشرة أو غير مباشرة وهي تخضع للقانون العام."

كما يمكن أن يستغني عن القرار الإداري ويعوض العقد التأسيسي في حال إبرام اتفاقية بين الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية الخاضعة لتبعات الخدمة العمومية⁴.

المبحث الثاني: المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية

أساس خضوع المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية لتنظيم الصفقات العمومية هو تمويل الدولة أو الجماعات الإقليمية للمشروع سواء بطريقة كلية أو جزئية من أجل حماية المال العام، إضافة

¹ المادة 04 من القانون 88-01، السالف الذكر. (ملغى).

² المادة 02 من القانون 88-04، السالف الذكر. (ملغى).

³ الأمر 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001، السالف الذكر.

⁴ راجع المادة 07 من الأمر 01-04، السالف الذكر.

إلى الطبيعة القانونية الخاصة لمثل هذه المؤسسات التي تعرف مزيج في نظامها بين القانون العام والخاص ما يستوجب التعرف عليها.

المطلب الأول: ماهية المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

بالرجوع لنص المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية، فهي تشير على المؤسسة العمومية الخاضعة لتشريع التجاري، واستعمل هذا المصطلح مع تعديل سنة 2015، ويقصد به المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي، لهذا وجب التعرف على تعريف هذا النوع من المؤسسات في الفرع الأول، وكيفية نشأتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

إن التعريف التقليدي للمؤسسة العمومية لا يشمل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والتي تعتبر نوعا جديدا من المؤسسات العمومية خاصة، بعد نمو الأفكار الاشتراكية في الدولة الحديثة وتغلغل الأفكار بضرورة تدخل الدولة في الجانب الاقتصادي، والتي أدت إلى تضاعف المشروعات الاقتصادية فيما بعد، نتيجة لذلك ظهرت ما يسمى بنظرية المرافق الصناعية والتجارية، التي دفعت بالفقه والقضاء منذ حكم محكمة التنازع في قضية ساحل العاج، إلى التمييز بين المرافق الإدارية والمرافق الصناعية والتجارية، التي تقوم بنشاط اقتصادي بطبيعته أو تجاري أو صناعي، والتي تتكفل بتسييرها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، هذه الأخيرة مزيج بين قواعد القانون العام والخاص¹، فإن مفهوم المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية كنمط أو وسيلة تسيير هي نتيجة تكريس رسمي لإمكانية قيام الإدارة بممارسة النشاط الاقتصادي.

ومن التعريفات للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري: "بأنها المؤسسة التي تمارس نشاطا من جنس الصناع والتجار"².

وعرفها فقه آخر: " هي تلك التي تكون وظيفتها تسيير مرفق عام صناعي وتجاري وأن تسيير هذه النشاطات تخضع بطبيعتها للنشاطات التي تسييرها الشركات الخاصة"³.

¹ راجع ناصر لباد، المرجع السابق، ص. 216 وفي ذات المعنى آيت وارت حمزة، المرجع السابق، ص. 16.

² عن آيت وارت حمزة، المرجع السابق، ص. 17.

³DUGRIP. O et SAIDJ. L, Les établissements publics nationaux, LGDJ, Paris, 1992, p. 102.

كما عرفها الدكتور محمد فؤاد مهنا: " المرافق التي يكون نشاطها تجاريا وصناعيا مماثلا للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة، وتتخذها الدولة والجماعات المحلية كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي والتجاري وهي تخضع لقواعد القانون العام والخاص"¹.

يستنتج من التعريفات الواردة آنفا أن التعريف المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية يرتكز على النشاط الممارس من قبلها، وليس على طريقة إنشائها أو الهيئة الوصية عليها.

الفرع الثاني: نشأة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

نشأة المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية لم تظهر حديثا، فلم يكن في البداية سوى فئة تتمتع بقدر من الاستقلالية نتيجة الاعتراف لها بالشخصية المعنوية لإدارة عدد من المرافق العمومية، هذه الفئة هي المؤسسة العمومية، أي شخص معنوي يخضع للقانون العام يتكفل بتسيير مرفق عمومي، ففكرة المؤسسة العمومية مرتبطة ارتباطا وثيقا بفكرة المرفق العام، هذا الأخير الذي قام في بداية الأمر على أسس الفلسفة الفردية، التي أدت إلى ازدهار النظام الرأسمالي الحر خلال القرن التاسع عشر(19)، والذي كان من نتائجه حياد إزاء أوجه النشاط الفردي واقتصار وظيفتها على النواحي الإدارية وبهذا اتسمت المرافق العامة بطابع واحد وهو الطابع الإداري، وذلك رغم امتداد بعض الأنشطة الخاصة التي يظهر من نشاطها أنها تعمل على تقديم خدمات عامة للأفراد وهذا لتمكينها من وسائل القانون العام².

على هذا الأساس فقد كانت نشاطات الإدارة تعتبر من أعمال السلطة العامة، إلا أنه في أوائل القرن التاسع عشر(19) ساد اعتقاد مفاده أنه ليست كل التصرفات التي تقوم بها الدولة يطبق عليها مظهر السلطة العامة، ونظرا للانتقادات التي وجهت لهذا المعيار بسبب عجزه عن تحقيق الهدف المرجو منه، لأنه قد ضيق من استعمال القانون الإداري كما أنه قد أفرغ الإدارة الحديثة من محتواها الحقيقي، ومن ثم اللجوء إلى الأخذ بمعيار المرفق العام، وذلك نتيجة لاجتهاد قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع والأمر الذي أدى به إلى خلق مبادئ تتلائم مع النشاط المرافق العامة، ولعل على أن ذلك السبب هو وجود ارتباط القائم بين فكرة المرفق العام والقانون الإداري، إذ ظل المرفق العام

¹ محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، مطبعة الشاعر الإسكندرية-مصر، 1970، ص. 264.

² ناصر لباد، المرجع السابق، ص. 216.

بمفهومه التقليدي واضحا لا يكتنف أي غموض إلا أنه نتيجة لتغيير الفلسفة الاجتماعية من الفردية إلى الاشتراكية، وأصبح تدخلها غير مشروط بوجود عجز لدى الأفراد عن تحقيق خدمات معينة تلبي حاجات الجمهور، الأمر الذي أدى بالدولة إلى التدخل وإنشاء مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.

وعليه شهدت بداية القرن العشرين ظهور طائفة جديدة من المرافق أصبحت تعرف باسم المرافق الصناعية والتجارية، وتمارس نشاطات شبيهة بنشاط الأفراد العاديين، أخذت هذه المرافق بالانتشار الواسع خصوصا بعد انتهاء الحربين العالميتين الأولى والثانية والأزمة الاقتصادية لسنة 1929، التي ألقت على الدولة المعاصرة تبعات ومسؤوليات إضافية جديدة، إذن بدأت الدولة في هذه المرحلة في انتهاج مجالات كانت تترك أساسا للمبادرة الفردية، لاسيما بعد الشروع تأميم بعض الشركات، خاصة في فرنسا، وهي تمثل كذلك طابع للدول الحديثة القائمة على المبادئ الاشتراكية.

مما لاشك فيه أن المرافق الصناعية والتجارية تمارس نشاطات تختلف في طبيعتها وجوهرها في النشاطات التي تمارسها وتزاولها المرافق الإدارية، فنشاطها قريب من نشاط أشخاص القانون الخاص، وبهذا ظهرت حاجة ماسة لوجود نظام قانوني جديد، ينظم ويحكم هذه المرافق الجديدة، يتلائم مع طبيعة نشاطها، ويتوافق مع هيكلها التنظيمي من الناحيتين الإدارية والمالية.

ولدت فكرة المرفق العام الصناعي والتجاري في أحضان الاجتهاد القضائي، ففي الواقع هي نظرية من النظريات التي خلقها وأصلها القضاء الإداري، فهي ذات أصل ومصدر قضائي ترجع للأحكام القضائية وتجد سندها وأساسها فيها، والحكم القضائي تضمن إشارة واضحة لفكرة المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري، هو حكم محكمة التنازع الصادر بتاريخ 22 جانفي 1921 في قضية «Bac d'eloka» المشار إليه الذي قررت فيه محكمة التنازع لأول مرة أنت هذه المرافق تخضع للقانون الخاص، وتدرج المنازعات المولودة والناجمة عن النشاط الذي تزاوله ضمن اختصاص القضاء العادي، واستندت في تبرير هذا الاجتهاد أن هذه المرافق تقدم خدمات مادية للأفراد نظير مبالغ مالية يدفعونها لقاء ذلك، تزاول نشاطها في ظل ذات الشروط والظروف التي يعمل فيها الأفراد العادية¹، وقد تبع هذا القرار مجموعة أخرى من القرارات تتعلق بالمرافق العمومية الصناعية والتجارية، وقد تعلق معظمها في تحديد كيفية التمييز بينها وبين المرافق العمومية الإدارية، ثم تحديد ما يخضع من نشاط

¹LACHAUME. J-F, BOITEAU. C, et PAULIAT. H, Droit des services publics, 3ème éd., Dalloz, Paris, 2004, p. p. 56-57.

المرافق العمومية الصناعية والتجارية للقانون العام وما يحكمه القانون الخاص، والذي نفضل فيه لاحقاً.

ومن أمثلة المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية في فرنسا نجد المؤسسة العمومية للنقل بالسكك الحديدية، غاز فرنسا، كهرباء فرنسا، ومطار باريس¹.

أما في الجزائر فمنذ الاستقلال إلى يومنا هذا عرفت ظهور عدة مؤسسات عمومية ذات طابع الصناعي وتجاري، والتي أخذت تسميات مختلفة، منها الديوان، الوكالة، المركز، الصندوق، المعهد، المكتب، المركز، الصندوق، الغرفة منها دواوين الترقية والتسيير العقاري²، الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية³، غرف التجارة والصناعة⁴.

المطلب الثاني: أركان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وطبيعتها القانونية

لتحديد شكل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وجب أولاً الوقوف على أركان هذه المؤسسة باعتبارها كيان تابع لمرفق عمومي في الفرع الأول، ثم التطرق إلى طبيعتها القانونية باعتبارها مزيج بين القانون العام والخاص في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أركان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

تقوم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على الأركان الثلاثة تجعل منها نظاماً مميزاً من حيث إدارة المرفق العام الذي يعتبر الهدف من وراء إنشائها.

¹NICINSKI, S, La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés, RFDA, N° 01, 2008, p. 35

²راجع المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 91-147 المؤرخ في 12 1991، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كفاءات تنظيمها وعملها، ج. ر. المؤرخة في 29 ماي 1991، العدد 25، ص.ص. 883-888.

³راجع المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 90-391 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية وقانونها الأساسي، ج. ر. المؤرخة في 12 ديسمبر 1990، العدد 54، ص.ص. 1711-1714.

⁴راجع المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 96-93 المؤرخ في 03 مارس 1996 المتضمن إنشاء غرف التجارة والصناعة، ج. ر. المؤرخة في 06 مارس 1996، العدد 16، ص.ص. 10-19 المعدل والمتمم بـ:

المرسوم التنفيذي رقم 2000-311 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، ج. ر. المؤرخة في 18 أكتوبر 2000، العدد 61، ص.ص. 09-11.

أولاً: إدارة مرفق عام

تعتبر المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أحد أساليب إدارة المرافق العامة، فلا وجود للمؤسسة العمومية دون المرفق العام، فالمؤسسة العمومية هي مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة، خصوصاً بعد تغير نظرة الدولة إلى المرفق العام، واتخاذها على عاتقها مهمة خوض غمار المشاريع الاقتصادية والنهوض بها، والتي كانت حكراً على المبادرة الفردية، كما تعد المؤسسة أحد الأساليب لإدارة المرفق العام¹.

وبالتالي إسقاط معادلة المرفق العام والخضوع للقانون الإداري، وعدم ارتباط تحقيق النفع العام بأشخاص القانون العام، بحيث أضحى بالإمكان تكليف أشخاص القانون الخاص بهذه المهمة، وبات القانون الواجب التطبيق سواء أكان عاماً أو خاصاً مرتبطاً بطبيعة النشاط وموضوعه².

ثانياً: التمتع بالشخصية المعنوية

تتمتع المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية بالشخصية المعنوية، فهي ركن أساسي وجوهري لقيام المؤسسة العمومية فلا يمكن للمرفق عام، أن يكتسب صفة المؤسسة العمومية إلا إذا تمتعت بالشخصية المعنوية³.

إن هدف من منح الشخصية المعنوية يكون بغرض إعطائها أكثر قدر من الاستقلالية، التي تجعل لها هامشاً من الحرية تمكنها من تحقيق أهدافها بأكثر فعالية، وباعتبار الشخصية المعنوية ركناً أساسياً من أركان المؤسسة العمومية بحيث لا يقوم إلا بتوفرها على هذا الركن، وجل القوانين الأساسية للمؤسسات العمومية تنص على هذا الشرط.

ويترتب على التمتع بالشخصية الاعتبارية جملة من النتائج كرسها المادة (50) من القانون المدني التي تنص: " يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقرها القانون.

- يكون لها خصوصاً:

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، علي محمد بدير، ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ط. منقحة، مكتبة السنهوري بغداد-العراق، 2015، ص. 268.
² آيت وارث حمزة، المرجع السابق، ص. 25.
³ راجع المادة 50 من القانون المدني، السالف ذكره.

- ذمة مالية.

- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون.

- موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها. الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الجزائري، في الجزائر.

- نائب يعبر عن إرادتها.

- حق التقاضي".

ثالثا: الاستقلالية المالية والادارية

إن تمتع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، كما سبق تبيانه بالشخصية المعنوية التي كفلها القانون، مكنها التمتع بخاصية أخرى ناجمة عنها وهي خاصية الاستقلال الإداري والمالي، والذي يضمن لها ممارسة مهامها بصفة مستقلة عن المؤسسة المنشئة، لذا سيتم التطرق تباعا للاستقلال المالي للمؤسسة العمومية.

الاستقلال المالي: ينحصر الاستقلال المالي للمؤسسة في اكتسابها ذمة مالية¹ خاصة بها، مما يجعلها تتحكم في حجم ومصدر ثرواتها بكل حرية: وفي استخدام نفقاتها على النحو الذي تراها ملائما مع أهدافها ومصالحها، حيث تتمتع بميزانية مستقلة، ويتولى الجهاز التنفيذي إعدادها ويتم التصويت عليها من قبل جهاز المداولة، وتتمتع بحرية التصرف ماليا كما تتمتع بمحاسبة خاصة، وما يؤكد الاستقلال المالي مسك المحاسبة حسب الشكل التجاري².

أما عن الاستقلال الإداري: يتمثل الاستقلال الإداري المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، في اتخاذها بكل حرية القرارات الإدارية الضرورية المتعلقة بنشاطاتها العادية، كحرية ابرام العقود وتعيين الموظفين.

¹ تعرف الذمة المالية بأنها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية، عن ابتسام القرام، المرجع السابق، ص. 211.

² راجع المادة 02 والمادة 04 من القانون 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 المتعلق بالنظام المحاسبي المالي، السالف الذكر.

إن التنظيم الإداري للمؤسسة العمومية يكرس لها أجهزة إدارية خاصة بها مستقلة عن الأجهزة الإدارية حيث يمثل الأول مجلس الإدارة والتسيير.

رغم منح الاستقلالية المالية والإدارية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إلا أنها تبقى استقلالية نسبية يظهر ذلك خاصة من خلال تكريس الوصاية الإدارية عليها، وذلك من خلال اجراءات إنشائها أو تحويل طبيعتها القانونية أو حلها، وكذلك من خلال مراقبة الأشخاص الطبيعيين العاملين فيها عن طريق عمليات التعيين والتأديب والفصل في العمل¹.

- أهليتها² للتقاضي أمام الجهات المختصة كمدعية أو مدعى عليها حيث تنص المادة 801 من ق.إ.م.إ. "على اختصاص المحكمة الإدارية للنظر في منازعات المؤسسات العمومية".

- حق البت في قبول أو رفض الهبات والوصايا المقدمة إليها.

- حق المؤسسة في إبرام العقود والصفقات العمومية.

- للمؤسسة العمومية ممثل قانوني يمثلها هو المدير.

- صلاحية المؤسسة العمومية ذات الطبيعة الإدارية في اصدار القرارات الإدارية والتي يمكن أن تكون محلا للطعن فيها أمام الجهات القضائية المختصة.

- للمؤسسة العمومية موطن قانوني³ وهو المكان الذي يوجد به مقرها.

رابعاً: مبدأ التخصص

تخصص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالشخصية المعنوية فهو يتركز على وجود غرض معين وغاية يجب تحقيقها⁴، كما يرتبط هذا المبدأ كذلك بفكرة

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، علي محمد بدير، ياسين السلامي، المرجع السابق، ص. 268.

² يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق (أهلية الوجوب) وصلاحيته لاستعمالها (أهلية الأداء) عن ابتسام القرام، المرجع السابق، ص. 43.

وبما أن المؤسسة شخص اعتباري فهي تمتلك فقط أهلية الأداء طبقاً للمادة (50) من القانون المدني.

³ يعرف الموطن عموماً بأنه: محل السكنى الرئيسي لشخص معين، فالوثائق والتصرفات القضائية المرسلة لموطنه يحتج بها عليه عن ابتسام قرام، المرجع السابق، ص. 104.

راجع المواد من 34 إلى 38 من القانون المدني.

⁴ سليمان طماوي، المرجع السابق، ص. 68.

أخرى تتعلق بارتباط المؤسسة العمومية ذات الطابع المحلي، أي تخضع المؤسسة العمومية لقيود التخصص وتمارس المؤسسة المحلية النشاط المحدد لها في المداولة المنشئة لها، دون أن تحيد عنه فلو حادت عنه أدى ذلك إلى عدم مشروعية أعمالها، ويترتب عنه مسؤوليتها في حالة وقوع أضرار لذلك تحدد قوانين المؤسسات العمومية تخصص هذه المؤسسات: أي أنها تبين المهام والمسؤوليات المنوطة بها لتلبية حاجات لأجل ذلك، فإن مهمة المؤسسة المحلية تتمثل في تنفيذ الأهداف المستندة إلى المرفق العمومي الذي تتولى تسييره، ومن خلال هذه الخاصية تتميز المؤسسة العمومية عن الجماعات الإقليمية التي تتمتع باختصاص عام في نطاقها الإقليمي.

إن الهدف من تكريس مبدأ التخصص هو البحث في فعالية الاقتصادية فالمؤسسة العمومية مهما كانت كان مجال تدخلها الجغرافي فهي تنشأ من أجل تنفيذ مهام محددة¹.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

إن البحث عن الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يستوجب دراسة النظام القانوني للمرفق العام الصناعي والتجاري، خاصة بعد إقرار الفقه الفرنسي بضرورة إخضاعها للنظام القانوني الذي يحكم هذا الأخير، والذي هو مزيج من القوانين العامة التي تتطلبها المؤسسة العمومية وقواعد التي تفرضها طبيعة النشاط الاقتصادي وباعتباره نظاما مميزا لمقارنة بالمرافق العامة الإدارية.

أولا: القانون المطبق على المستخدمين

إن المشرع الجزائري لم يستبعد تطبيق أحكام القانون الإداري على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، هذا من خلال إخضاعها للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة، إلا أن قانون الوظيفة العمومي الأمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006² نص المادة (02) منه:

" يطبق هذا القانون على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية وقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة

¹ نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس الدار البيضاء - الجزائر، 2010، ص. ص. 72-73.

² الأمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتعلق بالوظيفة العمومي، السالف الذكر.

والمصالح غير الممركزة التابعة لها، والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني للمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدميهما لأحكام هذا القانون الأساسي".

وعليه يعتبر مستخدمي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عمال يخضعون إلى قانون علاقات العمل أي القانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المعدل والمتمم¹، كما جاء في نص المادة الثانية منه:

" يعتبر عمال أجراء، في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل راتب، في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم".

إذ يتيح هذا التكييف التخلص من تبعات وشكليات المفروضة في قانون الوظيفة العمومية، حيث تصبح علاقة العمل بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ذات طابع اتفاقي وتعاقدي، وليس ذات طابع تنظيمي ولائحي، باستثناء جهاز التسيير أي المدير والمحاسبين يحتفظون بصفة الأعوان فيعين المدير بموجب مرسوم.

إن تطبيق قواعد القانون الخاص على عمال أو مستخدمي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تعرضها مقتضيات المادة 45 من القانون 88-01: "...تخضع لقواعد القانون التجاري"، هذا على خلاف المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فالمستخدمون فيها يكونون موظفون وأعوان عموميون وهذا حسب المادة 43 من القانون 88-01 تنص " تخضع الهيئات العمومية الإدارية للقواعد المطبقة على الإدارة".

ثانيا: النظام المالي والمحاسبي

يعتبر النظام المالي والمحاسبي أحد العناصر المهمة قصد إبراز خضوع هيئة ما إلى القانون العام، أي الخضوع للمحاسبة العمومية أو القانون الخاص مسك محاسبة حسب الشكل التجاري.

¹ القانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج. ر. المؤرخة في 25 أبريل 1990، العدد 17، ص. 562، المعدل والمتمم.

بالنسبة للمؤسسات العمومية تخضع للمحاسبة التجارية لأن القانون رقم 07-11 المتضمن التنظيم النظام المحاسبي المالي ينص في المادة 01 ف 02: "تطبق أحكام هذا القانون على كل شخص طبيعي أو معنوي ملزم بموجب قانوني أو تنظيمي بمسك محاسبة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بها"¹.

ما يبرز الطابع التجاري للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، هو تزويدها بمحافظ الحسابات وذلك بموجب القانون 10-01² يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، وكذا المادة 117 ف01 من الأمر 95-27: "يعين محافظ أو عدة محافظين للحسابات لدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري...، من أجل التصديق على قانونية حساباتها السنوية وصحتها وكذلك التدقيق من المعلومات التي تتضمنها تقاريرها المتعلقة بالتسيير"³.

ويتم تعيين المحافظ الحسابات من قبل وزير المالية أو الوزير الوصي في حالة عدم النص على كيفية التعيين⁴، ويقوم بإرسال الوزير الوصي أو وزير المالية، كل المعلومات التي يرونها ضرورية في إطار مهمتهم التدقيقية بالإضافة إلى التقرير السنوي كما جاء في نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 96-43 يتعلق بكيفيات تعيين محافظ الحسابات في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية وهيئات الضمان الاجتماعي والدواوين العمومية وكذا المؤسسات العمومية المستقلة.

وبالتالي بما أن المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية تطبق النظام المالي والمحاسبي الذي يطبق على التجار وبالتالي يؤكد على الطابع التجاري.

¹قانون 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 يتضمن النظام المحاسبي والمالي، السالف الذكر.
²قانون رقم 10-01 مؤرخ في 29 يوليو 2010 يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج.ر. المؤرخة في 11 يوليو 2010، العدد42، ص. ص. 04-12.

³أمر 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 يتضمن قانون المالية لسنة 1995، ج.ر. المؤرخة في 31 ديسمبر 1996، العدد 82، ص. ص. 03-96.

⁴راجع المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 96-43، يتعلق بكيفيات تعيين محافظ الحسابات في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية وهيئات الضمان الاجتماعي والدواوين العمومية وكذا المؤسسات العمومية المستقلة، المؤرخ في 03 نوفمبر 1996، ج.ر. المؤرخة في 01 ديسمبر 1996، العدد74، ص. ص. 13-14.

ثالثاً: طرق تنظيم الإدارة

بالرجوع إلى طريقة تسيير المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري نلاحظ أن المادة 46 من القانون 88-01 تنص:

" يحدد الطابع الصناعي والتجاري للهيئة العمومية وكذا قواعد تنظيمها وسيرها بموجب عقد الإنشاء والقوانين الأساسية المتخذة وفق الشكل التنظيمي".

ومن خلال بعض الأمثلة مثل ديوان الترقية والتسيير العقاري¹، مؤسسة النقل بالسكك الحديدية² فإنه يسير من قبل مجلس الإدارة ومدير في نفس الوقت بحيث جاءت المادة (05) من المرسوم التنفيذي 90-391 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالقانون الأساسي لمؤسسة النقل بسكك الحديدية:

"يدير الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية مجلس إدارة يسيره مدير عام.

ويكون المدير العام مسؤولاً أمام مجلس الإدارة"

إن مجلس الإدارة يتشكل في أغلبيته من ممثلين عن السلطة، أما من حيث التسيير المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية تختلف باختلاف أنظمتها ولوائحها، كما تختلف اختصاصات وصلاحيات مجالس الإدارة باختلاف نشاط المؤسسة، وهي مجرد اختصاصات شكلية ونظرية لأن صلاحيات تتركز في يد الجهاز التنفيذي، من بين هذه الأنشطة يتولى مجلس الإدارة النظر في سياسة التنمية للمؤسسة، هيكل المؤسسة التنظيمي، قبول الهبات والوصايا...

أما المدير فيتم تعيينه بموجب مرسوم وتتمثل صلاحياته في وضع النظام الداخلي، ويقوم بإبرام صفقاتها وكل العقود والاتفاقيات، ويرفع قراراتها إلى الجهات الوصائية، يعرض عند نهاية كل سنة مالية التقرير السنوي حول النشاط مرفقاً بالنتائج.

¹ بالرجوع للمرسوم التنفيذي 91-147 المؤرخ في 12 ماي 1991، السالف الذكر، فقد خصص الفصل الثاني منه المعنون بالتنظيم والعمل المواد (من 07 إلى 16) من أجل بيان كيفية التسيير في هذه المؤسسة من قبل المدير العام ومجلس الإدارة.

² بالرجوع للمرسوم التنفيذي 90-391 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، السالف الذكر، فقد خصص الباب الثاني المعنون بهيكل وتسيير العمل الفصل الأول منه المعنون بمجلس الإدارة المواد (من 07 إلى 12) أما الفصل الثاني فقد خصص للمدير العام المواد (من 13 إلى 14).

بالإضافة إلى القانون المطبق على المستخدمين والنظام المالي والمحاسبي وكذلك طرق التنظيم والإدارة التي تمثل النظام القانوني للمرفق العام نجد الذمة المالية المستقلة التي يتمتع بها.

الفصل الثاني: اجراءات وطرق ابرام الصفقات العمومية من قبل أشخاص

القانون الخاص

لا يمكن لأشخاص القانون الخاص الخاضعين لتنظيم الصفقات العمومية، والقول هنا يعود على المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، التذرع بهذه الصفة وما ينتج عنها من حرية في المعاملات والخضوع لشرعية التعاقدية التمسك بهذه الصفة، من أجل استبعاد تطبيق الأحكام اللائحة لقانون الصفقات العمومية.

لكن ما يميز المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عن غيرها من أشخاص المعنوية الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، هو امكانيتها ابرام الصفقات العمومية باعتبارها المتعامل الأصلي كما يمكنها ابرام الصفقات العمومية باعتبارها المتعامل الثانوي، أما عن كيفية الإبرام فلا يتضح أي اختلاف من حيث المبدأ بين الإبرام عن طريق طلب العروض أو عن طريق التفاوض. يستلزم لحماية المال العام إقرار ضوابط وقيود تستهدف عدم الإنفاق إلا إذا كان ضرورياً، وبالقدر اللازم فقط، لهذا تقتضي مشروعية عملية الإبرام استيفاء العديد من الإجراءات الشكلية اللازمة، للتأكد والتحقق من صدق عملية الشراء وضرورتها، وبالرجوع لنصوص قانون الصفقات العمومية، نجد أن المشرع حدد طرق واجراءات الإبرام من خلال المبلغ المحدد للصفقة، وهذا ما سوف يتم التطرق له في المبحث الأول.

ومن باب الحفاظ دائماً على المال العام ، وجب أن يمر الطلب العمومي بإجراءات رقابة سواء أكانت قبلية أم بعدية ، داخلية أو خارجية من أجل الحفاظ على المال العام وهو ما سوف يتم بيانه في المبحث الثاني.

المبحث الأول: طرق ابرام الصفقات العمومية من قبل أشخاص القانون الخاص

إن تحديد المشرع بدقة للأشخاص القانونية الملزمة بتطبيق قانون الصفقات العمومية، حتى تلك التي تعد استثناءً، والقول يعود على أشخاص القانون الخاص، متى كان التمويل من قبل الخزينة

العمومية، لهذا أوجب المشرع وضع اطار قانوني مفصل من أجل بيان طرق ابرام الصفقة العمومية وهو ما سوف يتم بيانه في مطلب ثان، كما أن التنظيم اللائحي الطاعي على القانون يفرض التعرض أولاً لأنواع الصفقات العمومية في مطلب أول.

المطلب الأول: أنواع الصفقات العمومية وطرق تمويلها

إن اعتماد المشرع في قانون الصفقات العمومية على التنظيم اللائحي ليس وليد الصدفة، ذلك راجع لحساسية موضوع الصفقات العمومية لارتباطه المباشر بالمال العام، لهذا سوف يتم بيان طرق تمويل من الخزينة العمومية في فرع ثان، وبيان أنواع الصفقات العمومية كما جاء التنصيص عليها في فرع أول.

الفرع الأول: أنواع الصفقات العمومية

لقد حدد المشرع الجزائري أنواع الصفقات العمومية في كل من المادة الثانية (02) والمادة 29¹ من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهي:

أولاً: صفقات الأشغال العمومية

بما أن موضوع الصفقات العمومية يمثل تجسيدا للأموال عمومية، لهذا تدخل المنظم كثيرا في تنظيم الصفقات العمومية بتقديم تعاريف بحيث تنص المادة 29 ف03، ف04: " تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول.

تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها".

أما المادة 25 من القانون 23-12، السالف ذكره فقد جاءت أكثر وضوحا بحيث تنص: " تهدف صفقة الأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية وكذا أشغال الشبكات المختلفة من طرف المتعامل اقتصادي، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المشروع.

تعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي في نتائجها وظيفة اقتصادية أو تقنية.

¹ لا يزال المشرع يحتفظ بنفس أشكال الصفقات العمومية في نص المادة 24 ف2 من القانون 23-12، السالف ذكره.

تشمل الصفقة العمومية لأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو إعادة تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها.

إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات و دراسات و/أو لوازم، و كان موضوع الصفقة يتعلق بإنجاز أشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال".

لقد جاءت المادة الجديدة بكثير من التفصيل لتوضيح صفقة الأشغال بالمقارنة مع المراسيم التنظيمية السابقة.

أما عن التعريف الفقهي للأشغال العامة فقد تطور كثيرا خصوصا في فرنسا، بحيث كان التعريف الأول ينصب على الأشغال الواردة على العقار لحساب الإدارة، وتحت إشرافها بهدف تحقيق المصلحة العامة¹.

وقد سائر بعض من الفقه نفس الأسلوب في تعريف عقد الأشغال: بأنه عقد مقاوله ينشأ بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة خاصة ، بمقتضاها يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب شخص معنوي عام وتحقيقا للمصلحة العامة بمقابل ثمن يحدد في العقد².

من خلال المفهوم المقدم في نص المادة 29 ف 3، ف4 والمادة 25 من القانون 23-12 والتعريف الفقهي يستخلص الخصائص:

- أن ينصب العقد على العقار

فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة للإدارة، حتى ولو كانت تندرج في أموال الدومين العام، لا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة حتى ولو اعتبر العقد اداريا، وهذا مهما تكن درجة ضخامة هذا المنقول³.

فمحل عقد الأشغال العامة يكون دائما عقارا، سواء عقار بطبيعته أو عقارا بالتخصيص، بعد ذلك أن يكون القصد من العقد إنشاء أو ترميم، تجديد أو صيانة، أو إعادة تأهيل أو تهيئة ، إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة، أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها، وقد

¹ أعمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 170.

² عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2003، ص. 105 .

³ سليمان طماوي، المرجع السابق، ص. 126.

استفاد المشرع الجزائري من اجتهادات القضاء الفرنسي الذي أدخل كافة الأعمال المتعلقة بصيانة العقارات وحتى نقل المواد اللازمة لتنفيذ هذه الأعمال¹.

والمادة الجديدة بينت طبيعة الأعمال التكميلية من خدمات أو دراسات أو لوازم، التي تتدرج مع صفقات الأشغال، في آخر فقرة أنها تعتبر من قبيل صفقات الأشغال إذا كان موضوع الأساسي هو الأشغال.

- يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام

وتتمثل في وجوب تنفيذ العمل لحساب شخص معنوي عام، فحسب مجلس الدولة الفرنسي يكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، ولو كان محل العقد عقارا خاصا²، ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي كذلك أن العمل لحساب الشخص المعنوي العام إذا كان لهذا الأخير إشراف مباشر ودقيق على هذه الأعمال، أو كان مآل هذا العقار في نهاية مدة معينة يعود إليه.

- يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة

ويعتبر هذا العنصر أكثر عناصر الأشغال العامة تطورا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فقد ارتبطت فكرة الأشغال في بادئ الأمر بفكرة الدومين العام، بحيث لو تمت الأشغال على العقار يدخل في نطاق الدومين الخاص لما اعتبر العقد إداريا، ولكن سرعان ما فصل القضاء الإداري بين الفكرتين³، وتوجت هذا محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 24 أكتوبر 1942 في قضية Prefef des Bouches - Rhones: "وحيث أن الضرر المدعى به يرجع إلى إهمال في صيانة دار القضاء في مدينة...، وهي مخصصة كله لمرفق العدالة، وبالتالي لتحقيق مصلحة عامة، ومن ثم فإن الدعوى تدخل في اختصاص المجلس الإقليمي باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة، دون الحاجة للبحث، فيما إذا كان المبنى يدخل في نطاق الأموال العامة أو الخاصة، لاستقلال الأشغال العامة عن الأموال العامة"⁴.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص. 37-38.

² سليمان طماوي، المرجع السابق، ص. 127.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 37.

⁴ Yves GAUDEMET, Droit Administratif des Biens, Tome 2, 12e éd., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 416.

كما ارتبطت أيضا فكرة الأشغال العامة بالمرفق العام، لكن مجلس الدولة الفرنسي فصل كذلك بين الفكرتين، واعترف بصفة الأشغال العامة لأعمال تمت على عقارات غير مخصصة لمرافق عامة¹.

وهكذا أصبح القضاء الفرنسي يشترط لإضفاء الأشغال العامة على أشغال معينة تستهدف إدارة من ورائها تحقيق مصلحة عامة، مع تحقق الشرطين : أي أن يكون موضوع العقد عقارا، وأن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، وتجدر الإشارة هنا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعتبر المصلحة المالية للإدارة من المصالح العامة، وعلى خلاف هذا فقد اعتبر أشغالا عامة، تلك التي تستهدف بناء مساكن شعبية قصد إسكان العمال أو تشييد مبنى لمعرض تجاري.²

-التوفر على العتبة المالية-

خص المشرع الجزائري عقد الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم بعتبة مالية كما جاء في نص المادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية: " كل صفقة يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون 12000000 د.ج أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم... لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفقا للأشكال الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

حتى أن القانون الجديد لم يبين الحدود المالية أخرى فتبقى الأولى سارية المفعول لغاية صدور النصوص التنظيمية الموضحة للقانون 23-12.

-حيازة المؤسسات المشاركة على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين-

فرضت المادة 01 من المرسوم التنفيذي 93-298 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993³، بأنه على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية

¹Cristophe LAJOYE, op.cit., p.29.

²محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري: المقومات- الإجراءات- الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة-مصر، 2006، ص. 543.

³راجع المرسوم التنفيذي 93-289 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993، المتعلق بالزامية الحصول على شهادة التأهيل والتصنيف المهني بالنسبة لكل المشاركة في تنفيذ الصفقات العمومية للبناء والأشغال العمومية والري، ج.ر. المؤرخة 01 ديسمبر 1993، العدد 76، ص.12.

المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 11-110 المؤرخ في 06 مارس 2011، ج.ر. المؤرخة 09 مارس 2011، العدد 15، ص. 32.

والري والأشغال الغابية، أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، كشرط لإبرام صفقات العمومية.

وقد عرفت المادة من المرسوم 93-289 المذكور أنفا المعدل والمتمم: " شهادة التخصص والتصنيف المهنيين للمؤسسات وثيقة تنظيمية بأشغال البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية. وتخول الشهادة المذكورة أعلاه المؤسسة الحائزة لها اختصاصا وطنيا في ميدان العمل المعين"، وقد حددت مدة صلاحيتها بثلاث (03) سنوات¹.

ثانيا: عقد اقتناء اللوازم

يجد عقد اقتناء اللوازم أساسه القانوني في تنظيم الصفقات العمومية المادتين 2 و 29 ف 06:" تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو ايجار 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".

وقد أضاف القانون 23-12 في نص المادة 26 منه أنه يمكن أن تشمل الصفقة العمومية للوازم مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة، تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان، في حالة اقتران الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات، أما إذا كانت الأشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة العمومية وكانت مبالغها أقل من قيمة هذه اللوازم فإن صفقة تعتبر صفقة لوازم، واحتفظت نفس المادة في صياغتها الأولى بنفس ما جاء في نص المادة 29 من تنظيم الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 15-247 عدا تصويب مصطلح من مورد إلى متعامل اقتصادي وهو لأصوب.

إن عقد التوريد الإداري هو اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو شركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام، لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين، وهو يختلف عن الاستيلاء في أن المورد في العقد الإداري يسلم المنقولات المتعاقد عليها برضائه، دون أن يكون مضطرا إلى ذلك، بينما في الاستيلاء يكون بمقتضى قرار إداري أي يسلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبرا².

¹ راجع المادة 06 من المرسوم التنفيذي 93-289 المعدل والمتمم، السالف الذكر.

² Laurent RICHER, op.cit, p.329.

كما يعرف أيضا بأنه: " اتفاق بين الإدارة وأحد أشخاص (المورد) بقصد تمويلها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات ،وهذا لقاء مقابل تلزم بدفعه وبقصد تحقيق مصلحة عامة"¹.

هذه السلطات منحت للمصلحة المتعاقدة من أجل تمكينها من المصلحة المتعاقدة وخدمة الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام.

تعود أهمية عقد اقتناء اللوازم كونه الإطار القانوني الذي اعتمد عليه القضاء المقارن لإرساء أحكام لنظرية العقد الإداري وبما يجعلها في النهاية تتميز عن العقد الإداري².

ثالثا: صفقة إنجاز الدراسات

لقد أشار تنظيم الصفقات العمومية لصفقات إنجاز الدراسات بموجب المادتين 2 و 29ف10:" تهدف الصفقات العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية.

تشمل الصفقة العمومية للدراسات عند إبرام عقد الأشغال لاسيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع.

تحتوي الصفقة العمومية للإشراف على الإنجاز في إطار إنجاز منشأة أو مشروع حضري أو مناظر طبيعية تنفيذ المهام الآتية على الخصوص:

-دراسات أولية أو التشخيصية أو الرسم المبدئي.

-دراسات مشاريع تمهيدية موجزة ومفصلة.

-دراسات المشروع.

-دراسات التنفيذ عندما يقوم بها المقاول تأشيرتها.

-مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة تنفيذ صفقة الأشغال وتنظيم وتنسيق وتوجيه

الورشة واستلام الأشغال " .

من خلال النص يبدو واضحا أن المشرع أراد من عقد الدراسات أن يكون أفضل مؤطر ومرافق لعقد الأشغال العامة، هذا الأخير الذي ينصب على العقار، بما له من خصوصية تتعلق بالمكان الذي

¹ سليمان طماوي، المرجع السابق، ص. 13.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 180.

تنوي المصلحة المتعاقدة أن تقيم المشروع وخصائصه الجيوتقنية¹، وبالتالي هذا النوع من الصفقات له دور توجيهي في إفادة المصلحة المتعاقدة بكل المعطيات التي تتعلق بالمشروع.

أما المادة 27 من القانون 12-23 تنص: " تهدف الصفقة العمومية لدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية"، أي فتحت مجال صفقات الدراسات التي كانت مرتبطة بصفقات الأشغال في التنظيمات السابقة، فكل ما يتعلق بخدمات فكرية مفهوم موسع، ويحتاج إلى توضيح في انتظار النصوص التطبيقية، المبينة لأحكام القواعد العامة للصفقات العمومية.

رابعاً: صفقة تقديم الخدمات

تنص المادة 28 من القانون 12-23 تنص: " تعتبر صفقة عمومية للخدمات عندما لا ينصب موضوعها على الأشغال أو اللوازم أو الدراسات". جاءت المادة خالية من تعبيرات أو تعريفات للخدمات بعكس ما كانت تنص عليه المادة 2 والمادة 29 في آخر فقراتها: "تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات. وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات".

تعرف صفقات الخدمات على أنها أداء خدمة على أنها خدمة من طرف شخص خاص، لمصلحة شخص من أشخاص القانون العام أو ممن سمح لهم قانون الصفقات العمومية تطبيق أحكامه، وهذه الخدمة لا تتضمن بناء أو توريد أو تصنيع شيء ما، وإنما يقوم المتعاقد هنا بإنجاز عمل أو قيام بنشاط ما يعود بالفائدة على شخص العام في سبيل تأدية وظيفته²، عادة ما يكون موضوع الخدمة محل العقد الإداري بسيط ولا يتطلب اعتمادات مالية كبيرة، وقد رخص المشرع الجزائري بإمكانية إبرام عقود خدمات حتى في حالة يكون أقل من العتبة المالية³.

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.184.

²Cristophe LAJOYE, op.cit., p.30.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. ص. 188-189.

الفرع الثاني: طرق تمويل الصفقات العمومية

تنص المادة 106¹ من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن المؤسسات التي تخضع لتشريع التجاري ويتمثل إما في الإعانات الدولة ، حسابات الخاصة للخزينة، او عن طريق الإشراف بالانتداب .

أولاً: تخصيصات ميزانية الدولة

تعتبر الإعانات أو تخصيصات ميزانية الدولة مبالغ مالية مقدمة من قبل الدولة، من أجل تمويل مشاريع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على وجه الخصوص، وتمويل ميزانية كل من المؤسسات العمومية الإدارية، ومشاريع المؤسسات العمومية الاقتصادية، لكن تختلف كيفية تقديم الإعانة في كلا من المؤسسات الثلاث، وتجتمع في تحديدها في قانون المالية، فكلما كان تمويل من قبل الدولة أو الجماعات المحلية سواء أكان كلي أو جزئي، وجب لزوماً تطبيق أحكام الصفقات العمومية عدا المؤسسات العمومية الاقتصادية المعفية من تطبيق أحكام تنظيم الصفقات العمومية كما جاء في نص المادة 09 منه، وما أكدته المادة 13 من القانون 12-23 المؤرخ في 05 غشت 2023.

قد بين المرسوم التنفيذي 21-62 المؤرخ في 08 فبراير 2021 المحدد لإجراءات التسيير الميزانياتي والمحاسبي الملائمة لميزانيات المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري والهيئات والمؤسسات العمومية الأخرى المستفيدة من تخصيصات ميزانية²، في فصله الرابع كيفية استفادة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، من تخصيصات الدولة التي تدخل في إطار تفويض من أجل تنفيذ كل أو جزء من البرامج وذلك عن طريق الإشراف بالانتداب، أو تبعات الخدمة العمومية المفروضة من طرف الدولة و/أو تغطية الأعباء الناتجة عن القيام بالخدمة العمومية³.

¹تقابلها المادة 09 من القانون 12-23 المؤرخ في 05 غشت 2023، مطة 05 : " المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية ، فيما يخص إنجاز عملية ممولة مباشرة ،كلها أو جزئيا من ميزانية الدولة أو ميزانية الجماعات المحلية".

²المرسوم التنفيذي 21-62 المؤرخ في 08 فبراير 2021 المحدد لإجراءات التسيير الميزانياتي والمحاسبي الملائمة لميزانيات المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري والهيئات والمؤسسات العمومية الأخرى المستفيدة من تخصيصات ميزانية.

³المادة 22 من المرسوم التنفيذي 21-67 السالف ذكره.

ثانيا: الحسابات الخاصة بالخرينة

بين المشرع أنه لا يمكن تخصيص الإيرادات لنفقة خاصة، ويستعمل مجموع الإيرادات لتغطية جميع نفقات الميزانية العامة للدولة، وإيرادات هي المبالغ الكلية للحواصل، من دون التقليل بينها وبين النفقات¹.

تتكون الأموال المخصصة للمساهمات من الأموال ذات الطابع غير الجبائي المدفوعة من قبل أشخاص معنويين أو طبيعيين، للمساهمة في انجاز نفقات ذات منفعة عامة تحت رقابة الدولة، كما تعتبر الأموال مساهمة من الهبات والوصايا المتنازل عليها للدولة².

يتم توقع وتقييم الإيرادات المتعلقة بالأموال المخصصة للمساهمات بموجب قانون المالية، تبين الحسابات الخاصة بالخرينة العمليات التي تدخل في مجالات خاصة مبررة بالمرونة في التسيير، وهي تتعلق بالعمليات وليس بخدمات أو هيئات³، على أن قرار فتح الحسابات الخاصة بالخرينة أو غلقها يكون بموجب قانون المالية.

بحسب نص المادة 42 ف2 من القانون العضوي 18-15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 الخاص بقوانين المالية، وتشمل الحسابات الخاصة للخرينة الفئات التالية:

- الحسابات التجارية
- حسابات التخصيص الخاص
- حسابات القروض والتسيقات
- حسابات التسوية مع الحكومات الأجنبية
- حسابات المساهمة والالتزام
- حسابات العمليات النقدية

¹ راجع المادة 38 من القانون العضوي 18-15، السالف ذكره.

² راجع المادة 39 من القانون العضوي 18-15، السالف ذكره.

³ المادة 41 من القانون العضوي 18-15، السالف ذكره.

أما عن حسابات التخصيص الخاص: تعد حسابات التخصيص الخاصة من طرق التي تلجا لها الدولة لتمويل المشاريع وهي تعد من أصناف الخاصة لحسابات الخزينة ولا يمكن إنشاؤها إلا بموجب قانون المالية¹.

تبين حسابات التخصيص الخاص العمليات الممولة إثر حكم في قانون المالية، بواسطة موارد خاصة التي تكون طبيعتها ذات علاقة مباشرة بالنفقات المعنية، كما يمكن أن تكمل الموارد الخاصة لحساب التخصيص، بتخصيص مسجل في الميزانية العامة للدولة، في حدود عشرة بالمائة من المبلغ الموارد المحصلة خلال السنة السابقة، ويربط كل حساب تخصيص بوزارة المعنية.

تكون حسابات التخصيص الخاص موضوع برنامج عمل يعد من طرف الآمرين بالصرف المعنيين، موضحا لكل حساب الأهداف المرجوة وكذا آجال تحقيقها، وتزود حسابات التخصيص بالاعتمادات المخصصة حسب البرامج الفرعية²

والحسابات التجارية: تدرج في الحسابات التجارية من حيث الإيرادات والنفقات المبالغ المخصصة لتنفيذ عمليات ذات الطابع الصناعي والتجاري تقوم بها المصالح العمومية التابعة للدولة بصفة استثنائية تكتسي تقديرات النفقات للحسابات التجارية طابعا تقييميا³.

ثالثا: الإشراف بالانتداب

في كثير من الأحيان لا يمكن للوزارات تجسيد مشاريع على أرض الواقع ، إما لنقص الخبرة أو الكفاءات، أو أنها لا يمكنها أن تدير مشروعا معينا، ومن أجل تحقيق هدف تجسيد الصفقات على أرض الواقع، فالغاية هو تحقيق متطلبات المواطنين تقوم هذه الوزارات بتوكيل لأشخاص أخرى من أجل انجاز مشاريع.

لهذا جاء المرسوم التنفيذي 14-320 المؤرخ في 20 نوفمبر 2014، المتعلق بإشراف على مشروع والإشراف المنتدب على مشروع¹، ليوضح الاطار القانوني لمثل هذه العملية التي جاء النص عليها ضمن المادة 27 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

¹راجع المادة 48 من قانون 84-17، السالف ذكره.(الملغى).

²راجع المادة 50 من القانون العضوي 18-15، السالف ذكره.

³راجع المادة 54 من القانون 84-17، السالف ذكره.(الملغى).

لقد تم تعريف الأمر بالصرف الثانوي في المادة 27 المعدلة من قانون المحاسبة العمومية بنصها: " الآمرون بالصرف الثانويون، مسؤولون عن ميزانية التسيير بصفتهم رؤساء مصالح غير ممرضة للوظائف المحددة في المادة 23 المشار إليها أعلاه"، أي العمليات الإدارية لتنفيذ النفقات والايرادات العمومية.

وحسب المادة 08 من المرسوم التنفيذي 91-313 فإن صلاحيات الأمر بالصرف الثانوي في تنفيذ الميزانية، تتحدد في اصدار حوالة الدفع لفائدة الدائنين، في حدود الاعتمادات المفوضة إليهم من قبل الأمرين بالصرف الرئيسيين، وأوامر الايرادات ضد المدينين وعلى هذا الأساس فإن الأمرين بالصرف الثانويين يكونون المسؤولين عن مصلحة غير ممرضة وغير متمتعة بالشخصية الاعتبارية تتبع اداريا لهيئة يشرف عليها أمر بالصرف رئيسي، حيث يفوض لهم اعتمادات الخاصة بهذه المصلحة وذلك مثل المديرين التنفيذيين بالنسبة للمديريات الولائية الذين يعملون تحت إشراف الوزير وباعتباره أمر بالصرف الرئيسي، وعمداء الكليات الجامعية حيث يتحدد الأمر بالصرف الرئيسي في شخص مدير الجامعة².

تنفيذا لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 27 للقانون 90-21 السالف ذكره نجد تماثل عمليات التجهيز العمومي المنفذة من قبل المؤسسات أو الهيئات العمومية والتي تتضمن الإشراف المنتدب على المشروع³، فالعمليات المفوضة للأمرين بالصرف الثانويين وتنتهي هذه الصفة بمجرد الاستلام النهائي أو الفسخ.

ويقصد بصاحب المشروع المنتدب: الهيئة أو المؤسسة العمومية التي يفوض لها المشروع أو البرنامج من قبل صاحب المشروع⁴، عن طريق اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع، بحيث تكلف

¹المرسوم التنفيذي 14-320 المؤرخ في 20 نوفمبر 2014، ج.ر.المؤرخة 23 نوفمبر 2014، العدد 68، ص 5-8 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 19-197 المؤرخ في 10 يوليو 2019، ج.ر. المؤرخة 17 يوليو 2019، العدد 45 ص ص 10-11.

²يوسف جيلالي، النظام القانوني للأمر بالصرف في التشريع الجزائري، مجلة القانون الصادرة عن المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، العدد 06، جوان 2016، ص. 82.

³وجب مراجعة المرسوم التنفيذي 14-320، السالف ذكره.

المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 19-197 المؤرخ في 10 يوليو 2019، ج. ر. المؤرخة في 17 يوليو 2019، العدد 45، ص. ص. 10-11.

⁴ تحدد المادة الثانية (02) المقصود من صاحب المشروع من المرسوم التنفيذي 14-320، السالف ذكره: كمايلي: " يقصد بصاحب المشروع في مفهوم هذا المرسوم، الدولة بصفتها شخصا معنويا خاضعا للقانون العام ببادر بمشروع

بتنفيذ و/أو بإنجاز كل أو جزء من المشروع أو البرنامج وذلك باسم ولحساب صاحب المشروع ، يجب أن يعين صاحب المشروع المنتدب مسبقا بموجب مقرر من قبل صاحب المشروع ،على أن يكون المنتدب إحدى المؤسسات التالية:

-المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري؛

-المؤسسة العمومية ذات الطابع العلم والتكنولوجي؛

-مراكز البحث والتنمية؛

-المؤسسة العمومية الاقتصادية¹.

ولقد حدد المرسوم التنفيذي في المادة 07 منه البنود الأساسية للاتفاقية وهي كمايلي: "يجب أن

تحدد اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع على الخصوص البنود الآتية:

- تحديد الكيفيات الإدارية والتقنية المتعلقة بدراسة المشروع وإنجازه.

- تسيير العملية على المستويات الإدارية والمالية والمحاسبية.

- تنظيم واختيار المشرف على الإنجاز والمتدخلين في المشروع.

- المصادقة على المشاريع التمهيدية والمشاريع المسلمة من قبل صاحب الإنجاز.

- إمضاء العقود المتعلقة بالإشراف على الإنجاز والمتدخلين الآخرين.

- تصفية ودفع أجر الإشراف على الإنجاز وكذا الأجر المتعلقة بالمتدخلين الآخرين.

- تحضير التسليم النهائي للمشروع."²

إن صاحب المشروع هو المسؤول على مدى ملائمة وجدوى المشروع أو البرنامج، وكذا

الصياغة الوظيفية للحاجات وتحديد حاجات المستعملين المستقبليين للمشروع أو البرنامج.³

ويوجب نفس المرسوم على إلزامية تحديد في اتفاقية الحقوق والواجبات المتعلقة بالأطراف منذ

تاريخ إمضاء على الاتفاقية ولغاية التسليم النهائي للمشروع.⁴

أو برنامج يهدف دراسته أو إنجازه يحدد بوضوح وتكرس الأهداف والوسائل والنتائج المرتقبة منه".

¹راجع المادة 03 من المرسوم التنفيذي 14-320، السالف الذكر.

²راجع التعليم رقم 006 المؤرخة في 07 سبتمبر 2018، المتعلقة بشروط وكيفيات تسيير مشاريع التجهيز العمومي الممولة من حسابات التخصيص الخاص القطاعية والمنجزة من طرف المؤسسات والهيئات العمومية في إطار الإشراف المنتدب للمشروع.

³راجع المادة 04 من المرسوم التنفيذي 14-320، السالف ذكره.

⁴راجع المادة 08 من المرسوم التنفيذي 14-320، السالف الذكر.

أما عن الطبيعة القانونية للعقد فهناك من يعتبره عقد وكالة، لأن الدولة تفوض أحد المؤسسات المذكورة سالفا من أجل متابعة انجاز مشروع معين بعوض مالي¹.

المطلب الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية

تطبيقا لأحكام المادة 39 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؛² تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي، وبالتالي فالأصل في إبرام الصفقات العمومية هو اتباع طريقة طلب العروض (الفرع أول)، ثم اللجوء إلى أسلوب التراضي أو التفاوض طريقة استثنائية (الفرع ثاني).

الفرع الأول: طلب العروض كأصل لإبرام الصفقة العمومية

يجب اتباع طرق وإجراءات شكلية في الطلبات العمومية، التي تزيد عن الحد الأدنى القانوني للصفقة، المنصوص عليه في المادة 13 التي أحالت بدورها للمادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247.

تجب الإشارة إلى أن استعمال المشرع لمصطلح طلب العروض هو المصطلح الأكثر دقة، عكس ما كان في المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، لأن العبارة المستعملة من المشرع الجزائري باللغة العربية هي المناقصة لتقابل باللغة الفرنسية عبارة "appel d'offre"، وهذا الأخير لا يترجم معنى مناقصة، فالعبارة المستعملة غير مناسبة والأنسب هو مصطلح طلب العروض أو الدعوة للمنافسة².

أولا: تعريف طلب العروض

تطرق كل تنظيمات السابقة والمتعلقة بالصفقات العمومية، إلى إجراء طلب العروض كطريقة لإبرام الصفقة العمومية، إلا المرسوم 82-145 تطرق إلى أسلوب الدعوة للمنافسة لإبرامها، وعرفت المادة 28 منه على أنها: «الدعوة للمنافسة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم عرضا أفضل».

¹راجع المادة 14 من المرسوم التنفيذي 14-320، السالف ذكره.

²ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الجزائر، 2004، ص. ص. 279-280، وكذلك عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، ط. 3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص. 137.

يعتبر هذا التعريف أكثر دقة من التعريف السابق، يستخلص من نص المادة أن الدعوة للمنافسة، تهدف إلى اختيار العرض الأفضل من جميع الجوانب، من حيث سعر الخدمات، تكلفة الاستعمال، القيمة التقنية للخدمات وأجال تنفيذها¹، وهذا يترك للإدارة الحرية في اختيار المتعامل المتعاقد مع احترام مبادئ المنافسة²، ويكون ذلك بدون تفاوض وعلى أساس معايير موضوعية³، محددة قانوناً، وعلى هذا الأساس فأسلوب طلب العروض يكرس مبدأ المنافسة الحرة والكاملة بين المترشحين، الأمر الذي يمكن المصلحة من تلقي أفضل العروض ويسمح لها بإنشاء أحسن المتعاملين الإقتصاديين، بناءً على المعايير المعلن عنها والمحددة مسبقاً، وبهذا تكون المصلحة المتعاقدة قد تحررت من مبدأ آلية الإرساء الذي يميز أسلوب المناقصة⁴.

ووفقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجده قد عرف طلب العروض على أنه: «إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء»⁵.

لقد عرفه التشريع التونسي بأنه: "الطريقة الأساسية التي يتم بمقتضاها تنظيم المنافسة لاختيار عرض أو عدة عروض على أساس معايير موضوعية يتم ضبطها مسبقاً"⁶.

ثانياً: أشكال طلب العروض

يلتزم المشتري العمومي بإتباع الأنواع التي يحددها القانون، فهي ليست حرة في أن تختار النوع الذي تريده، بل هي مقيدة موضوعياً بما تستلزمه طبيعة كل نوع من هذه الأنواع، وقد حددها المنظم

¹ أنظر المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف ذكره.

² راجع المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

³ أنظر المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.

⁴ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط. 2005، ص. 31.

⁵ أبقى المشرع في قانون 23-12 على نفس صياغة المذكورة أعلاه في المادة 38 منه.

⁶ راجع الفصل الثاني المتضمن أمر عدد 1039 لسنة 2014 مؤرخ في 13 مارس 2014 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، اطلع عليه من الموقع الإلكتروني للمرصد الوطني للصفقات العمومية التونسي، بتاريخ 16-04-2020، بتوقيت 02:06.

وجب الإشارة أن الأمر يتضمن مصطلح الفصل للدلالة على ترتيب المواد.

بموجب المادة 42 من المرسوم 15-247 أشكال طلب العروض¹، والتي تنص على ما يلي: « يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

- الطلب العروض المفتوح
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا
- طلب العروض المحدود
- المسابقة».

1- طلب العروض المفتوح

هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا، إذن فحسب هذا الإجراء تكون المشاركة مفتوحة لكل المتعاملين الراغبين في المشاركة في الصفقة، حيث يتم تكريس مبدأ المنافسة والمساواة والشفافية بينهم والتي كرسها قانون الصفقات العمومية.

والترشح يتوقف على الاستجابة للشروط والكيفيات التي تحددها الإدارة من خلال الإعلان المنشور للتنظيم الجاري به العمل، وعبارة العرض المفتوح لا يعني أبدا أن مجال المنافسة والمشاركة يفسح لكل عارض بل فقط العارض المؤهل وما ينطبق في شروط الإعلان².

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة، التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا، قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة³.

تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون مع طبيعة وتعميد وأهمية المشروع، وقد تم تحديد في الفقرة الثانية من المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247. يقصد بقدرات مهنية: الوسائل التي بحوزة المرشح والتي ستخصص لتنفيذ الصفقة، أما قدرات مالية: قد تفرض الإدارة المعنية مثلا شهادات تأهيل من نوع معين، يقتصر تقديم التعهدات على

¹ لقد احتفظ المشرع بنفس أشكال الصفقات في القانون 23-12 بموجب المادة 39 منه.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 198.

³ راجع المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

المتعاملين الاقتصاديين المؤهلين، الذين تتوفر فيهم شروط دنيا موضوعة مسبقا من طرف الإدارة، كاشتراط توفر حد أدنى من الخبرة والإمكانات المعتبرة، وذلك نظرا لأهمية الصفقة وتعقيدها.

3- طلب العروض المحدود

عرفته المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنها «طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقالية يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد». تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار مرشحين كمرحلة أولى لإجراء المنافسة فيما بينهم عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة و/أو ذات أهمية خاصة، ليتم بعدها تقديم العرض المالي.

طلب العروض المحدود هو أسلوب الاستشارة الانتقالية في المراسيم السابقة¹، فمفهوم الاستشارة الانتقالية يتحدد بمعيار يقوم على شقين: العرض الأحسن شروطا من الناحية التقنية، والعرض الأقل سعرا من الناحية المالية، ويترك هذا الأسلوب للمصلحة المتعاقدة نوعا من الحرية، بعد دراسة لجنة تقييم العروض مقترحات العروض المقدمة، تتولى المصلحة المتعاقدة دعوة العارضين الذين استوفوا الشروط الواردة في دفتر الشروط، لتقديم عروضهم التقنية النهائية والمالية، فالعرض التقني يقدم على مرحلتين أولي ونهائي، أما العرض المالي فيقدم على مرحلة واحدة².

نستخلص مما تقدم أن إجراء طلب العروض المحدود لا يقوم على معيار السعر فقط، بل المعيار التقني، وهذا الأخير يكون بالنظر إلى المشاريع التي قامت بها المؤسسة في هذا المجال، إضافة إلى ذلك هناك معيار آخر هو معيار المؤسسة التي صدقت العمل في الجزائر وكانت لها مردودية جيدة، فالمعيار المعتمد ليس دائما السعر، لأن السعر حتى ولو كان مرتفع، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تختار العارض الذي يقدم سعرا مرتفعا مع جانب تقني رفيع المستوى، وهذا الأمر يرجع للمصلحة المتعاقدة لاختياره، أو بالاستعانة بخبرة خارجية في ذلك.

4- المسابقة

عرفت المادة 47ف1 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المسابقة على أنها «المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد أخذ رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب

¹راجع المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، السالف الذكر.

²راجع المادة 46 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة، وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.»

فالمنافسة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية واقتصادية وجمالية وفنية خاصة، يدعى المترشحون في إطار المسابقة المحدودة، في مرحلة أولى إلى تقديم أظرفة ملفات ترشيحاتهم فقط بقصد ممارسة انتقاء أولي للمرشحين، بحيث لا يدعى بعد هذه المرحلة إلا المترشحون الذين جرى انتقاؤهم الأولي لتقديم أظرفة العروض التقنية والخدمات، والعروض المالية، وفي هذه الحالة يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستنتم دعوتهم لتقديم عروضهم، والذي يقدر بخمسة فقط¹.

- قد لا يتم استلام أي عرض، أو يتم الإعلان بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، وبالتالي نكون أمام عدم جدوى المسابقة طبقاً لنص المادتين 40 و48 من المرسوم الرئاسي 15-247 في هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة مباشرة، فهي غير مطلوبة بإعادة الإجراء كما كان معمولاً به في المرسوم الرئاسي 10-236 وهذا لربح الوقت وعدم تعطيل المشاريع.

من خلال ما تطرقنا إليه نجد أن تنوع أشكال طلب العروض يؤدي إلى تحقيق النجاعة والفعالية، وذلك من خلال تحقيق الخدمة العامة من جهة، ومن حيث الحفاظ على المال العام من جهة أخرى.

الفرع الثاني: تفاوض كاستثناء لإبرام الصفقة العمومية

اهتم المشرع كغيره من التشريعات المقارنة بأسلوب التفاوض، والذي كان يطلق عليه اسم التراضي كطريق استثنائي في إبرام الصفقات العمومية²، ويعرف أنه إجراء تخصيص صفقة لمعامل اقتصادي دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي إجراء التفاوض شكل التفاوض المباشر أو التفاوض بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملزمة، يسمح إجراء التفاوض للمصلحة المتعاقدة بالتفاوض بشأن الأسعار وشروط تنفيذ الصفقة العمومية.

¹راجع المادة 48 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

²أنظر المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر، وكذا المادة 37 من القانون 23-12، السالف ذكره.

لقد وسع وصوب المشرع من صياغة الطريق الاستثنائي لإبرام الصفقات العمومية، بتدراكه لمصطلح التفاوض الذي كان له مدلول في صياغة السابقة للمواد بدلا من التراضي، وأكد أن هذا النوع من طرق الإبرام يبقى استثنائيا ومحصورا بحالات محددة بقوة القانون¹.

أولا: إجراء التفاوض المباشر

حدد المشرع حالات اللجوء إلى التفاوض المباشر وهي محددة على سبيل الحصر تتمثل في²:

- عندما لا يمكن تنفيذ العمليات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو ثقافية وفنية. وتوضح العمليات المعينة بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المعني ووزير المالية.، عامل وحيد وبالتالي ما الجدوى من طول الاجراءات وفي النتيجة المتعامل شخص له الطابع الاحتكاري.

- عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة، كما هي معرفة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، مقدمة الخدمات في مجال الرقمنة والابتكار، بشرط أن تكون الحلول المقدمة فريدة ومبتكرة.

- في حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو النظام العام أو بخطر داهم يتعرض لم ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو في حالة الطوارئ المرتبطة بالأزمات الصحية أو الكوارث التكنولوجية أو الطبيعية ، لا يسعه التكيف مع آجال ابرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وأن تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها: إن حالة الاستعجال من الحالات والمبادئ المنصوص عليها في القانون، التي تبين بأنها حالة استثنائية عن الحالة العادية ، لهذا في مجال التعاقد قد تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية استعجال كون أنها لم تدخل في رباط عقدي في وقت سريع سوف ينجم عنه ضياع للأموال والاستثمار³.

- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجب هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات

¹ أنظر المواد 49، 50، 51، 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف ذكره.

² أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف ذكره.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 225.

مماثلة من طرفها: هي الحالة المتعلقة بالتمويل أي المواد أو منتوجات يطلبها الأفراد مع التأكيد في نص أنها حالة لم تكن متوقعة.

-عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، ولا يسعه التكيف مع آجال اجراءات ابرام الصفقات العمومية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماثلة من طرفها، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان المبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين 10000000000 د.ج ، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان المبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر: لا بد أن يكون هذا المشروع ذو طابع خاص وله آثار ايجابية على التراب الوطني.

-عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في ابرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10000000000 د.ج وإلى موافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف ذكره: من أجل تشجيع الإنتاج الوطني أضيفت هذه الفقرة من دون وضع حدود لهذه الفقرة.

-بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة من طرف المصالح المتعاقدة مع مؤسسة عمومية مذكورة في المادة 09 مطة الأخيرة من هذا القانون، عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي لهذه المؤسسة حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تتجز هذه المؤسسة كل نشاطاتها مع الأشخاص الخاضعة للقانون العام المذكورة في المادة 09 من هذا القانون¹: كان يتوجب على المشرع في تصويب الفقرة المذكورة آنفا، لتتماشى والمصطلحات المستعملة حتى أنه أبقى على نفس الصياغة وتغيير شمل فقط حذف مصطلح المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، وتعويضها بالمؤسسات الخاضعة للتشريع التجاري، وكان على المنظم تصويب النص في المرسوم الرئاسي 15-247 الذي عرف استعمال مصطلح المؤسسات الخاضعة للتشريع التجاري.

¹يقصد بفقرة الأخيرة من نص المادة 09 من القانون 23-12: "المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية، فيما يخص انجاز عملية ممولة مباشرة، كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة أو ميزانية الجماعات المحلية".

ثانيا: التفاوض بعد الاستشارة

يتم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالات وردت على سبيل الحصر في المادة 42 من القانون 23-12 والتي تقابلها المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247.

-عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

-في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها إلى اللجوء إلى طلب العروض.وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو الطابع السري للخدمات.

-في حالة صفقات الأشغال المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة.

-في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديد.

-وفي حالة العمليات المنجزة إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقات الثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات عندما تنص اتفاقات التمويل السالفة الذكر على ذلك.في هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى، أو البلد المقدم للأموال في حالات أخرى.

إذا كان أسلوب التفاوض يصلح في المجالات المذكورة سابقا، فإنه أثبت أيضا نجاعته في تحصيل حاجيات الدولة الحساسة بسرعة كالمواد الغذائية الأساسية التي تتأثر أسعارها بتقلبات أسعارالسوق الدولية، وحاجة الدول إليها، فيكثر التنافس عليها وتزداد أسعارها في الارتفاع، مما يتقل كاهل الدولة التي هي في حاجة ماسة إليها، لو اتبعت الإجراءات الطويلة لطلب العروض، فالتعاقد عن طريق التراضي يتعلق بأشياء ذات مواصفات خاصة، أو في حالة الضرورة والاستعجال، مما يؤكد الطابع غير العادي لهذه الأساليب، كل ذلك بعكس طلب العروض¹.

فإن كانت النصوص القانونية تعرف التفاوض بأنه الطريق "الاستثنائي" لإبرام الصفقات العمومية، حيث يتم تخصيص ومنح الصفقة لمتعامل متعاقد واحد، أو أكثر دون التقيد بالإجراءات الشكلية الطويلة لإبرام الصفقة العمومية، لكنها تقيد ذلك بحالات معينة ومذكورة على سبيل الحصر لا

¹ زيد جابر، وهيبة ديجي، إجراءات وطرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة مجاميع المعرفة، العدد 01، ص. 156.

يمكن التوسع فيها: أهمها الخطر الداهم، مثل ما هو الحال لمواجهة آثار الكوارث، وضرورة التمويل المستعجل، والأهمية الوطنية للمشروع، أو لسبب تقدم عارضين لا تتوفر فيهم الشروط اللازمة، إلا أن هذه الحالة أصبحت تطبقها الإدارة من جانبها السلبي بالتحايل على القانون، باستغلال الخيار الاستثنائي للظفر بالصفقات، وحولت هذا الخيار إلى قاعدة، كثيرا ما استعملت للتغطية على مخالفات كبيرة في تسيير المال العام، وبهذا فإن المشكل ليس في النص القانوني، لان القانون 23-12 وكذا لأن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام. هما قانونان شديدا الرقابة من جهة، ومن جهة أخرى فتحا المجال للجهات المسؤولة لاستغلال الثغرات القانونية، وهو ما أدى بطبيعة الحال إلى تفشي ظاهرة الفساد المالي في الصفقات العمومية، لهذا وجب التسريع في استصدار النصوص التنظيمية للقانون 23-12 المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية.

المبحث الثاني: إجراءات إبرام الصفقات العمومية وطرق الرقابة عليها

يعد التمويل النقطة الفاصلة بين اعتبار صفقات أشخاص القانون الخاص تندرج ضمن الصفقات للعمومية أو أنها تندرج ضمن الصفقات الخاصة، غير أن المشرع ألزم على ضرورة تكيف التنظيم الداخلي ومبادئ حرية المنافسة والمساواة وشفافية الإجراءات مع المصادقة على هذا التنظيم من قبل الهيئات المختصة في المؤسسة¹.

بما أن المشرع قد قسم طرق إبرام الصفقات العمومية بين طريق عادي والمسمى بطلب العروض وطريق استثنائي عن طريق التراضي لهذا سوف تقسم الدراسة اجراءات بين هذين الطريقتين (المطلب الأول).

ثم وجب التطرق إلى طرق الرقابة على الأموال العمومية ويقصد هنا كل من رقابة قبلية الهيئات المخولة وكذا الرقابة الخارجية على النفقات الملتزم بها من قبل المراقب الميزانياتي وكذا الصندوق الوطني للاستثمار (المطلب الثاني).

¹راجع المادة 08 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة لإبرام الصفقات العمومية

بما أن المشرع الجزائري قد نظم طرق الإبرام الصفقات العمومية في طريقتين كما تم توضيحه آنفا لهذا، فلمبدأ أن الإجراءات تختلف بين أسلوب طلب العروض الذي يعد الأصل (الفرع الأول)، وأسلوب التراضي أو التفاوض الذي يعد استثناء عن القاعدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإجراءات المتبعة في أسلوب طلب العروض

لقد خص المنظم هذا الأسلوب بمجموعة من قواعد الإجرائية، لأن الصفقات ممولة من الخزينة العمومية لهذا وجب تفعيل مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات¹، ويمكن تقسيمها إلى : مرحلة الإعداد الصفقة العمومية (أولاً) ومرحلة ظهور الصفقة للجمهور (ثانياً).

أولاً: مرحلة إعداد الصفقة العمومية

إن الصفقات العمومية بمختلف أنواعها تحتاج إلى غلاف مالي أو ما يعرف بالوعاء المالي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعاقل المتعاقد، لهذا وجب تحضير لتوفير الغلاف المالي. إن الإعلان عن إجراء إبرام الصفقات العمومية يتطلب مسبقاً تحديد التمويل ويتم إما عن طريق الترخيص بالبرنامج بالنسبة للعمليات الاستثمارات العمومية وإما عن طريق اعتمادات ميزانية إذا تعلق الأمر بميزانية التسيير.

وجب الإشارة أن الغلاف المالي يرصد على حساب الاعتماد المالي للدولة، وأحياناً يقيد ويحسب في ميزانية الإدارة المعنية أو ما يسمى بميزانية القطاع.

ثانياً: مرحلة ظهور الصفقة للجمهور

في حالة إبرام الصفقة العمومية عن طريق طلب العروض فهناك العديد من المراحل وجب اتباعها:

¹راجع المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

1-تحضير مشروع دفتر الشروط

وهو وثيقة توجه للمتشحين، ويعرف بأنه وثيقة رسمية تضعها المصالح المتعاقدة بإرادتها المنفردة، توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وفقها الصفقات العمومية¹، وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة، بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفيات اختيار المتعاقد معها، فالمصلحة المتعاقدة حين إعداد دفتر الشروط في كل صفقة عمومية، تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة وتجند اطاراتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر الشروط، ويحقق الأهداف المسطرة، ويكون خاليا من النقائص فكل نقص في دفتر الشروط يؤدي إلى مشاكل حين التطبيق الصفقة على أرض الواقع.

وقد أفرد القانون 23-12 المادة 17 من الفصل الرابع تحت عنوان دفاتر الشروط، وذات الأمر في المرسوم الرئاسي 15-247 القسم الثالث لدفاتر الشروط، وطبقا للمادة 26 منه دفاتر الشروط توضع وتحين بين الفترة والأخرى مع مراعاة المستجدات وبما يناسب كل صفقة وتتضمن أنواع ثلاث :

-دفاتر البنود الإدارية العامة والمطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات والتي تمت الموافقة عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

لقد صدر قرار بتاريخ 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ويتضمن هذا الدفتر أحكاما مختلفة تتعلق بالصفقات العمومية سواء من ناحية طرق الإبرام، أو تصنيف الصفقات، أو الأجل أو شروط المشاركة في المناقصات، والوثائق المطلوبة وأحكام المناقصة والمزايدة والتأشير على الوثائق.

عرف قرار 21 نوفمبر 1964 تعديلا لغاية سنة 2021 بموجب المرسوم التنفيذي 21-219 المؤرخ في 20 ماي 2020 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة على صفقات

¹جليل مونية، المرجع السابق، ص. 08.

الأشغال¹، دون وجود دفاتر البنود الإدارية لأنواع الصفقات الأخرى ويرجح أن الأشغال تعد من أعقد أنواع الصفقات.

-دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الخدمات، الموافق عليها بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو بقرار من الوزير المعني.

وهو وثيقة تعاقدية تحدد الأحكام التقنية المطبقة على الصفقات ذات الطبيعة الأشغال، اللوازم، الدراسات أو الخدمات يوافق عليها بقرار من الوزير المعني، دفتر التعليمات وثيقة دائمة يجب أن تحتوي على البنود المتعلقة بالجودة وبتحضير المعدات، بنمط تنفيذ الأشغال، بنمط تقييم الأعمال والمشاريع وجب التنبيه بأن دفتر المشاريع المشتركة يهم خصيصا المعماريين والمهندسين والتقنيين².

-دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

هو وثيقة تعاقدية تحدد البنود الخاصة بكل صفقة من آجال للتنفيذ -الإجراءات التقنية التي تنفذ بها مختلف المشاريع، جودة المعدات والمواد الأولية المستخدمة، شروط التسوية المالية... ويمكن حسب الحاجة أن تختلف عن دفتر البنود الإدارية العامة³، ويجسد دفتر الشروط مظهرا من مظاهر ممارسة السلطة العامة، خصوصا وأن المصلحة المتعاقدة عندما تفرض شروطا في دفتر الأعباء أو دفتر الشروط، لا يجوز للمتشرح التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها، هذه الشروط خاصة تختلف من صفقة إلى أخرى، حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة نفسها هي التي وضعتها، يتعلق بصفقة معينة فإن هذا لا يمنعها أن تعد دفترًا آخر مغايرا تماما يتعلق بصفقة أخرى، ولو كانت في نفس السنة أو متزامنة معها، لهذا جاءت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247 معترفة بالطابع الخاص لكل صفقة، واختلاف التعليمات بالنظر لخصوصية كل صفقة⁴.

¹المرسوم التنفيذي 21-219 المؤرخ في 20ماي 2021 المتعلق بالموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات العمومية للأشغال، ج.ر المؤرخة في 24 يونيو 2021، العدد 50، ص.ص 03-64.

² بن عابد مختار، تنظيم الصفقات العمومية الجديد، كتاب غير منشور.

³ نفس المرجع أعلاه.

⁴ عمار بوضياف، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 245.

وإذا كانت المصلحة المتعاقدة هي من تمتلك قانونا إعداد دفتر الشروط بإرادتها المنفردة فإن هذه الوثيقة تبدأ في الظهور تنظيميا بعد الحصول على رخصة البرنامج أو الإعانات المالية¹.

لكن المؤسسة العمومية الخاضعة لتشريع التجاري، حين تقردها بوضع دفتر الشروط بما يناسبها من أحكام وبما يحقق أهدافها التعاقدية، فإن ذلك لا يعني أن لها السلطة المطلقة فلا بد من مراعاة نص المادة 05 من القانون 12-23، فلا ينبغي أن تتخذ المؤسسة الصناعية والتجارية من دفتر الشروط وسيلة لمفاضلة مترشح بذاته أو مؤسسة بذاتها، وتعد من الأحكام الانفرادية ما يناسب مرشحا بذاته، فهذا لا شك يمثل صور التمييز بين المترشحين بما يمس مبدأ المساواة، وهو مبدأ مهم لا ينبغي المساس به في أي مرحلة من مراحل إبرام الصفقة العمومية، حتى وإن كان التمويل ذاتي للصفقة لزوما احترام مبادئ المادة 05 من حرية الوصول للطلبات العمومية، ومعاملة المرشحين بالتساوي وشفافية الاجراءات.

لما كان للصفقات العمومية وثيق الصلة بالخزينة العمومية وبالمال العام، تعين على المشرع أن يفرض في كل مراحل ابرام الصفقة جملة من الاجراءات، كما يفرض اطارا رقابيا لضمان سلامة المعاملات التعاقدية، وابعاد المصلحة المتعاقدة عن الفساد المالي، لهذا نصب المشرع لجانا للصفقات العمومية على كافة المستويات وفي جميع القطاعات والمؤسسات المعنية، فالمادة 101 من القانون 12-23 تشير بصريح العبارة أن لجان الصفقات العمومية مخولة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط، وهو ما جاءت به المادة 169 من التنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام².

2- إحالة المترشحين على التنافس

خضوعا للمبادئ الثلاث للصفقات العمومية الواردة في نص المادة 05، وجب إحالة التنافس على المتعهدين أو المترشحين: ولذلك نجد أن الصفقات العمومية تبرم عبر طلب العروض كقاعدة عامة، ليتعلق الأمر هنا باستخدام النشر الواسع للتنافس أكبر، ومنه الحصول على أكبر عدد من المتنافسين حول موضوع صفقة معينة، مما يساهم في تجنب عامل المحاباة في منح هته الأخيرة، والتمتع باستجابة، الحافز الاقتصادي الذي يسمح للمصلحة المتعاقدة بالاستفادة من سعر تنافسي

¹رخص البرامج هي الوثيقة التي تمنح التمويل المالي للصفقة وهي مندرجة ضمن برامج تنموية عادة ما تقدر مدة البرامج بخمس سنوات.

²راجع المادة 169 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره: "يخضع لدراسة لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن دفتر الشروط".

وعروض نوعية، لذلك نجد المصلحة المتعاقدة إما ترجع إلى النشر عن طريق الصحافة وهو الأصل وإما تبلغ المترشحين وثيقة تتعلق بطلب العروض.

وقد خول المشرع للمصلحة المتعاقدة حقها في إبرام العقود، كما أكد على احترام المبادئ المساواة والحرية والشفافية، بحيث تقتضي هذه المبادئ جميعها لإعلام المترشحين ومنحهم أجلا واحدا محددًا ومعروفًا، وإخضاعهم لقواعد المنافسة واحدة دون أدنى تمييز، نصت المادة 46 من القانون 12-23: " يكون اللجوء إلى الإشهار إلزاميا عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعن طريق الصحافة المكتوبة والصحافة الإلكترونية المعتمدة، بالنسبة لأشكال إبرام الصفقات العمومية المذكورة في المادتين 39 و42 من هذا القانون عند الاقتضاء.

يكون الإشهار إلزاميا أيضا عن طريق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، وفق الشروط التي تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لأشكال الإبرام المذكورة أعلاه، بما في ذلك إجراء الاستشارة المنصوص عليها في المادة 18 من هذا القانون".

ونصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي

الزاميا في الحالات التالية :

- طلب العروض المفتوح

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

- طلب العروض المحدود

- المسابقة

- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.

نتيجة لذلك فرض المشرع سواء في القانون الحالي أو التنظيمات السابقة، اللجوء للإشهار بنشر

إعلان طلب العروض بأشكاله المختلفة¹، وذلك لتفعيل المبادئ المكرسة بموجب المادة 05 .

والإعلان هو إجراء شكلي جوهري تلزم المصلحة المتعاقدة بمراعاته وبين قواعد الخاصة

بالإعلان في كل من المادتين 62 و65 من تنظيم الصفقات العمومية.

بحيث حدد في المادة 62¹ البيانات الإلزامية في إعلان طلب العروض، أما المادة 65 من

تنظيم الصفقات العمومية فقد بينت طريقة استخدام الإعلان من لغة التحرير مثلا: بحيث يكون إعلان

¹ Brahim BOULIFA, op.cit., p.103.

طلب العروض باللغة العربية وبلغه أجنبية واحدة على الأقل، أي الحالة العكسية تكون هناك مخالفة لنص المادة 65، أن ينشر على سبيل الوجوب في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي²، ويجب أن ينشر الإعلان على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين وموزعين على التراب الوطني، وإن اجراءات الطبع الورقي تأخذ أيضا وقتا من الزمن، لهذا يؤكدون على ضرورة استعمال الطريق الالكتروني خصوصا، تدخل المنظم لتتصيص على الجانب الالكتروني في كل من المرسومين 10-236 الملغى المادتين 173-174 وكذا المرسوم الرئاسي 15-247 في نص المواد 203 إلى 206، وبالتالي استعمال الطريقة الالكترونية أي البوابة المركزية واحدة تحت إشراف مشترك لكل بين وزارة المالية ووزارة تكنولوجيا الإعلام والاتصال³.

لتنص المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف ذكره: "يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،
- كيفية طلب العروض ،
- شروط تأهيل 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".

²نشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP هي نشرة دورية تعنى بالإعلانات القانونية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية لتتشر: -إعلانات طلبات العروض، الاعذارات، مقررات الفسخ، وإعلانات المنح المؤقت عن الصفقات،

-الأرقام الاستدلالية المتخذة أساسا في مراجعة أسعار الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي،
-وعند الاقتضاء، كل المعلومات أو الدراسات ذات الطابع القانوني،الاقتصادي،أو التقني التي تتعلق بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي.

يرجى مراجعة موقع: <http://www.anep.com.dz/bomop/id.php>

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 252.

لقد فرق المشرع بين الإعلانات عن طريق قيمة التقدير الإداري للصفقة، بحيث في إعلان طلب العروض الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والمتعلقة بصفقة أشغال أو اقتناء لوازم والتي يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي 100 مليون أويقل عنها، كذلك خدمات والدراسات التي يكون مبلغها التقديري بـ 50 مليون دينار أو يقل عنها، فالمشرع أجاز نشر طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، والصاق إعلان طلب العروض بمقر الولاية، وكافة البلديات الولاية، غرفة الصناعة والتجارة، غرفة الصناعة التقليدية والحرف، غرفة الفلاحة على مستوى الولاية¹.

3- ايداع العروض وفتح الأظرفة

أ- تحضير العرض

إن الغاية من اعلان عن طلب العروض في الجرائد هو تمكين المتنافسين للاطلاع على المعلومات أكثر عن المشروع المراد تنفيذه، شروط التعاقد من أجل تقديم عروضهم وفقا للشروط المطلوبة وفي الآجال المعلن عنها.

ويمكن تعريف تقديم العروض أو العطاءات: بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة، والتي تبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به، وفقا للمواصفات المطروحة، في ملف الصفقة وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه، والذي رضي على أساسه ابرام العقد، فيما لو رست عليه الصفقة².

على أن تقدم العروض في الآجال المحددة من قبل المصلحة المتعاقدة ويبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور للإعلان طلب العروض في اليوميات التي نشر فيها، على أن يسري الأجل في اليوم الموالي لإعلان نشر وفقا للقواعد العامة، وقد ترك المشرع الباب واسعا للمصلحة المتعاقدة من أجل تحديد فترة ايداع العروض، غير أنه ألزمها عند وضع الأجل مراعاة عناصر معينة، كتعقيد موضوع الصفقة، والمدة التقديرية لتحضير العروض، التمديد في حالة الظروف المستعصية، تحديد تاريخ وآخر ساعة لإيداع وتسليم العروض³.

¹ المادة 65 ف03 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف ذكره.

² خضري حمزة، المرجع السابق، ص. 269.

³ انظر المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره

بما أن المشرع لم يقيد المصلحة المتعاقدة بأجل واحد بشأن مدة تحضير العروض، وربطها بظروف ونوعية كل صفقة، بالمقابل فتح أيضا المجال للعارض في تحديد مدة صلاحية عرضه، مع العلم بأنه بيان اجباري في كل طلب العروض، وتعود أهمية مدة صلاحية العروض خاصة عند تقلبات الأسعار وأثرها على الصفقة العمومية.

ب- محتوى العرض

بينت المادة 67 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بوجود أن تشتمل العروض على ملف الترشيح، وعرض تقني، وعرض مالي، يوضع ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي في أطرفة منفصلة ومقفلة بإحكام، يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه، تتضمن عبارة "ملف الترشيح" أو عبارة "عرض تقني" أو "عرض مالي"، حسب الحالة، وتوضع هذه الأطرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغفل ويحمل عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأطرفة وتقييم العروض" طلب العروض رقم ...-موضوع طلب العروض" وهذا من أجل ضمان الشفافية.

وتوضح نفس المادة المذكورة أنفا محتوى ملف الترشيح وكذا العرضين التقني والمالي، وبيانها كمايلي:

يعد ملف الترشيح: عبارة عن وثيقة يحدد نموذجها بقرار من الوزير المكلف بالمالية¹، يجب أن يشهد بموجبها المتعهد أو المترشح بنقاط مهمة، بالنسبة لقبول ترشحه للصفقة العمومية، ناهيك عن كون ما يملؤه في هذا النموذج يكون في أقصاه معبرا عن "معايير التحديد"².

لقد جاء التنظيم من أجل الحد من البيروقراطية الإدارية، بأن تلزم فقط حائز الصفقة العمومية على تقديم الوثائق، التي تبرر المعلومات التي يحتويها التصريح بالترشيح في أجل أقصاه 10 أيام، ابتداء من تاريخ إخطاره، ومهما يكن من أمر قبل نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، ففي حالة عدم تقديم الوثائق في الآجال المطلوبة أو تبين بعد تقديمها أنها تتضمن معلومات غير مطابقة لتلك المذكورة في التصريح بالترشيح، يرفض العرض المعني وتستأنف المصلحة المتعاقدة إجراء منح الصفقة، وإذا ما تبين بعد إمضاء الصفقة أن صاحب الصفقة قدم معلومات زائفة، تأمر المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة، تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد دون سواه.

¹ لقرار عن وزارة المالية بتاريخ 19 ديسمبر 2015.

² بن عابد مختار، المرجع السابق، غير منشور.

ويتضمن تصريح بالترشح وفقا للنموذج الوزاري يشهد فيه العارض أنه غير مقصى أو ممنوع من المشاركة في الصفقات العمومية طبقا للمادتين 75 و89 من المرسوم الرئاسي 15-247، ويقصد بحالة الإقصاء كما جاء في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 لتعلن بدورها عن حالتين إقصاء مؤقت وإقصاء نهائي للمتعاملين الذين هم في وضعية من الحالات التالية:

-الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ الصفقة قبل نفاذ آجال صلاحية العروض حسب المادة 71 و74.

- الذين هم في حالة إفلاس أو تصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
-الذين كانوا محل حكم قضائي نهائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بالنزاهة المهنية.

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.

-الذين لا يستوفون اجراءات ايداع لحساب شركاتهم.

-الذين قدموا تصريحا كاذبا.

- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعد أن كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع.

- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89.

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش والمخالفات الخطيرة اتجاه التشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

-الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

- المتعاملين الأجانب الذين أخلوا بالتزاماتهم حال تنفيذ عقود وصفقات سابقة فيما خص الرزنامة الزمنية للتنفيذ والمنهجية المتبعة وهذه الحالة مبينة في نص المادة 84.

وقد صدر قرار من وزير المالية يبين كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بتاريخ 19 ديسمبر 2015 الذي بدوره صنف الإقصاء إلى نوعين: إقصاء مؤقت وإقصاء نهائي¹:

¹ القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 19 ديسمبر 2015، السالف ذكره.

وصنف الإقصاء المؤقت بدوره إلى إقصاء تلقائي، وآخر بموجب مقرر، واعترف لكل من الوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي المختص إقليميا بإصدار مقرر الإقصاء.

وفيما يخص الوثائق المرتبطة بما يمكن أن يحتويه التصريح بالترشح: منها: صحيفة السوابق القضائية: تقدم بالنسبة للمتعهد عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي، وبالنسبة للمسير أو المدير العام للمؤسسة عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي، الهدف منها إثبات أن المتعهد ليس في حالة تسوية قضائية، وأن هذه الوثيقة مسجل بها عبارة "لا شيء"، وفي خلاف ذلك، يجب أن يرفق العرض بنسخة من الحكم القضائي وصحيفة السوابق القضائية، الواجبات الجبائية والشبه جبائية: يقصد بالأولى وثيقة مستخرج جدول الضرائب (مصفى ومرزوم) ووثيقة التعريف الجبائي، أما الواجبات شبه الجبائية فيقصد بها دفع المستحقات (رزمة الدفع المقبولة) تجاه هيئات الضمان الاجتماعي و/أو الصندوق الوطني للعطل مدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري¹.

من الوثائق أيضا السجل التجاري/سجل الصناعة التقليدية والحرف: يعتبر السجل التجاري وثيقة صادرة عن المركز الوطني للسجل التجاري لصالح الشخص الطبيعي أو المعنوي، الذي يثبت مقدرته على ممارسة نشاط تجاري مع وجود بالنسبة للأشخاص المعنوية تقديم القانون الأساسي للشركة فهو عقد منشئ لها يتضمن أبعاد تحدد قواعد التسيير، أما سجل صناعة التقليدية والحرف فهو يمسك من قبل غرفة الصناعة التقليدية والحرف بالنسبة للشخص المعنوي، أما الشخص الطبيعي فيحمل بطاقة التعريف المهنية للحرفي، كما يجب ارفاق الوثائق المتضمنة لتفويضات ملزمة للمؤسسة: أي الوثائق الثبوتية تسمح لشخص أن يسير مصالح مؤسسة ما تجاه الغير وتكون ملزمة لها، والتفويض يكون من طرف صاحبها أو مسيرها الأصلي.

وجب تقديم الإيداع القانوني لحساب الشركة: ونقصد هنا للحسابات الاجتماعية، عن المركز الوطني للسجل التجاري أو أحد فروع إقليمية، ويكون ذلك نهاية سنة مالية، بحيث تلتزم كل شركة خاضعة للقانون الجزائري بنشر حساباتها الاجتماعية.

¹ الواجبات الجبائية وشبه الجبائية وثائقها مفروضة على المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية التي سبق لها العمل في الجزائر.

كما وجب تقديم التصريح بالنزاهة :بوضحه قرار من الوزير المكلف بالمالية¹، يبين فيه المتعهد أو المترشح وعند الاقتضاء كل أعضاء تجمع المؤسسات، أنه لم يكن محل متابعات قضائية بسبب الرشوة، أو محاولة رشوة موظفين عموميين، وبحالة الإيجاب أنه لن يناور بأي فعل يرمي لتفضيل عرضه، على حساب المنافسة النزيهة تحت طائلة تطبيق عقوبات.

إضافة إلى قدرات المرشحين أو المتعهدين تتمثل في قدرات مالية: نجد فيها وسائل مالية تبرر بالحصائل المالية، والمراجع المصرفية كرقم الأعمال: المبلغ الكلي لمبيعات السلع والخدمات المحققة من طرف المتعامل الاقتصادي لمدة محددة، وذلك بهدف بحث عن المصدقية المالية للمرشحين، بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تطلب مستوى أدنى من المقدرة المالية المتعلقة برقم الأعمال، والتي تحدد سلفا ويشار إليه بدفتر الشروط طلب العروض، وتجنبنا لانتهاك مبدأ المساواة في معاملة المترشحين، رقم الأعمال الأدنى الذي يمكن أن تفرضه المصلحة المتعاقدة، يجب أن يكون متناسب مع المؤهلات الضرورية لحسن تنفيذ الصفقة، ففي حالة التخصيص، وبهدف عدم إقصاء المنافسة فيما بين المتعاملين الاقتصاديين، الذين لا يودون التعهد في عدة حصص، المصلحة المتعاقدة يمكن أن تحدد ، من جهة مستوى أدنى لرقم الأعمال بافتراض أن مجمل الحصص سيتم التعهد بها، من طرف كل متعامل اقتصادي، كما أن المستويات الدنيا لأرقام بعدد الحصص المتاحة المرجح التعهد بها من طرف نفس المتعامل الاقتصادي، هناك في بعض الحالات قد تطلب المصلحة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد تقديم رقم الأعمال المتعلق بالخدمات المشار لها في الصفقة دون سواها بالإضافة إلى رقم الأعمال الإجمالي².

الحصائل الحسابية: وهي وثيقة تسرد أصول وخصوم مؤسسة في فترة معينة. أما الحصائل المالية: أو المحاسبية المعاد هيكلتها بغرض تصنيف، من جهة مناصب الأصول متسلسلة حسب السيولة متصاعدة، ومناصب الخصوم متسلسلة في آجال الاستحقاق متصاعدة، التصريحات الآنية للبنك: هي وثيقة تصدر من البنك أو هيئة مالية مؤهلة تسمح بتقدير المقدرة المالية واستظهار المصدقية المالية للمتعهد.

¹ راجع قرار الوزاري بتاريخ 19 ديسمبر 2015، السالف ذكره.

² بن عابد مختار، المرجع السابق، غير منشور.

المراجع المصرفية: تكشف كذلك المقدرة المالية للمتعهد، الهدف منها أيضا تقديم استعلامات تجارية عن المرشح متعلقة بمقدرته وملاءته المالية، سمعة المرشح، العلاقات المالية بوساطة البنك أو المؤسسة المالية الخاصة به، فالمراجع المصرفية تشير كذلك إلى كل الوثائق التي تتضمن معطيات مصرفية للحائز على الصفقة ممثلة في الحساب المصرفي، رقم الحساب المصرفي، رقم كشف التعريف البنكي.

أما العرض التقني فيتشكل من: التصريح بالاكنتاب: وهي عبارة عن وثيقة يحدد نموذجها بقرار من الوزير المكلف بالمالية¹، تحدد شكليتها الإدارة تجاه المتعهد أو المترشح، حسب الحالة، يقدم فيها معلومات نافعة بخصوص شركته (تسمية الشركة، عنوان الشركة، الشكل القانوني للشركة، مبلغ رأس مال الاجتماعي للشركة، رقم وتاريخ التسجيل في السجل التجاري، أو سجل المهن والحرف أو بطاقة الحرفي حسب الحالة، لقب واسم وجنسية وتاريخ ميلاد الممضي الذي له صفة الالتزام باسم الشركة عند إبرام الصفقة، ويحق للمصلحة المتعاقدة أن تستعمل كل الطرق القانونية لاستعلام على صحة المعطيات المقدمة من طرف المتعهد عندما ترسوا الصفقة عليه.

أما عن المذكرة التقنية التبريرية: وهي كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني طبقا للمادة 78 من تنظيم الصفقات العمومية، وهي وثيقة تطلبها المصلحة المتعاقدة من المتعهدين أو المرشحين للصفقة العمومية ليدعموا عروضهم، والتي يتم الاعتماد عليها لتحديد مبدئي لمدى أسبقية عرض عن عرض تقنيا وفق معايير يصنفها ويضبطها دفتر الشروط الخاص بطلب العروض، على أن مركباتها تتعلق بالمستوى المباشر لتنفيذ المشروع أو موضوع الصفقة²، المذكرة التقنية التبريرية تحدد مقترحات المتعهد أو المرشح التي يشكلها لتلبية حاجات ومتطلبات المصلحة المتعاقدة، وهي بهذا المعنى يجب أن تستجيب لتطلعات المصلحة المتعاقدة، وللدلالة نجدها تتضمن مايلي: المخطط، يعرف كذلك برزنامة الإنجاز، ويستعمل غالبا في الأشغال، وهو برنامج يحدد التسلسل الزمني الذي يسمح بمراقبة وضعية تقدم الأشغال تبعا وتوافقا مع آجال تنفيذ الصفقة، الوسائل البشرية: الموجهة لتنفيذ المشروع من يد عاملة لتأطير إنجاز الصفقة، وموظفوا قيادة الأشغال، الوسائل المادية: الموجهة لتنفيذ موضوع الصفقة من قائمة العتاد الكلية والتجهيزات التقنية المستعملة لتنفيذ موضوع الصفقة، معوقات تنفيذ موضوع الصفقة

¹ راجع القرار الوزاري الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 2015، السالف الذكر.

² مختار بن عابد، المرجع السابق، غير منشور، وفي ذات المعنى راجع عمار بوضياف، مرجع سابق، ج1، ص. ص. 125-119.

وتحديد ووصف للحلول التقنية لهذه المعوقات، وصف الأسعار الاختيارية: تعبر عن الخدمات التكميلية التي تمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلبها والتي يجب أن تكون متضمنة بالعرض القاعدي وهي تخضع إلى القواعد منها وجوب أن تدرج في دفتر الشروط، كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تقيم الأسعار الاختيارية وتتخذ قرار بشأن اختيارها قبل منح الصفقة.

كما يجب تقديم وصف البدائل المحتملة : تعتبر البدائل المتاحة لتعديل بعض الخصوصيات التقنية، بمبادرة المتعهدين، وبترخيص من المصلحة المتعاقدة بذلك بالنسبة للخدمات المعقدة تقنيا وفق الشروط المحددة، والمضبوطة في دفتر الشروط، ويجب أن يتم النص على كفاءات تقييم وتقديم بدائل المواصفات التقنية في دفتر الشروط كذلك، وبحسب تقييم كل البدائل المقترحة، ولا يلزم المتعهدون الذين يقترحون بدائل للمواصفات التقنية ، بتقديم عرض أصلي استنادا إلى المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

كل وثيقة أخرى تتعلق بتقييم العرض التقني :تجنبنا لتهرب بعض المصالح المتعاقدة من دمج الأساسيات المباشرة لموضوع الصفقة بالمذكرة التقنية التبريرية، وبالتالي وحتى لا يكون بإمكان هذه المصالح أن تطلب من المتعهد أو المرشح، استجابة لمحضر فتح الأظرفة، استكمال ملفه لاحقا بعد فتح العروض بوثائق تتعلق بتقييم العروض. تقديم كفالة التعهد :وهي كفالة في شكل وثيقة محررة من طرف بنك أو مؤسسة مالية للمصلحة المتعاقدة، موجهة لضمان إتمام الصفقة وتنفيذها من طرف المترشحين لصفقات الأشغال واللوازم التي يفوق مبلغ محدد¹.

نجد المتقدمين لبعض صفقات الأشغال وصفقات اللوازم ملزمون بتقديم كفالة التعهد لقبول تعهداتهم، على اعتبار أن هذه الكفالة تبنى على الأسس الموالية:

تخص صفقات الأشغال واللوازم التي تفوق مبلغها مليار دج بالنسبة للأشغال و300 مليون دج بالنسبة للوازم، كفالة تعهد المتعهدين الجزائريين تصدر من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، كفالة المتعهد الأجنبي تصدر من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، يمكن أن تكون إجمالية في حالة التجمع، نسبتها 1% من مبلغ القرض، ويجب النص على هكذا مطلب في دفتر الشروط للدعوة

¹راجع المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

للمنافسة (تعد الكفالة بالرجوع لمبلغ القرض)،تضاف إلى التعهد وتدرج بالظرف المتضمن الظرف التقني،تحدد حسب نموذج يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

إضافة إلى دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على العبارة "قرء وقبل" مكتوبة بالخط، وقد أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة أن تكيف محتوى الملف الإداري لاسيما التي تنفذ في الخارج والتي تيرم مع فنانيين أو المؤسسات المصغرة¹.

العرض المالي:ويتضمن ما يلي:رسالة التعهد:تسمى كذلك برسالة العرض²، وهي وثيقة مكتوبة يقدمها المتعهد أو المرشح استجابة لرغبته في تلبية متطلبات وحاجات المصلحة المتعاقدة عن طريق طلب العروض أو الترشح الذي يسعى له، ويكون هذا بعد اطلاعه على وثائق مشروع الصفقة، وبعد تقدير نوع الخدمات الواجب القيام بها ومدى صعوبتها تحت مسؤوليته، ويشير أنه يسلم وثائق ثبوتية مالية تفيد مبلغ ما يستحق له الدفع، بالحساب البنكي أو البريدي المذكور، بتنفيذه الخدمات المذكورة في دفتر الشروط التعليمات الخاصة، والأجال يحددها أيضا في رسالة التعهد، تحت طائلة الفسخ بقوة القانون أو وضعها تحت التسيير المباشر للإدارة على حساب شركته،إذا خالف تعهده هذا تجنب المنوعات المنصوص عليها في التشريع .

كذا جدول أسعار الوحدوية: هو وثيقة تعاقدية تتضمن تعداد مفصل لمختلف الأسعار المتعلقة بطبيعة الخدمات موضوع الصفقة ذات الأسعار الوحدوية، فكل سعر وحدوي يجب أن يتضمن وصف دقيق وواضح وكامل التحديد للخدمة، ولنمط تقييم نوع المشروع أو الخدمة الأساسية في التنفيذ، و جدول الأسعار بالوحدة يتضمن أربع أعمدة: الرقم، التعريف أو التحديد، الوحدات، الأسعار الوحدوية،سعر الخدمة يشكل حاصل ضرب السعر الوحدوي في الكميات المحققة المعبر عنها بالوحدة(متر مربع،مترمكعب،التر...)،في حالة وجود بصورة عرضية اختلاف بين الأسعار المشار لها في جدول الأسعار الوحدوية وبقية ما يمكن استعلامه عن التعهد كلية، تكون الغلبة للأخذ بجدول الأسعار بالوحدة.

أما تفصيل كمي وتقديري عبارة عن وثيقة عموما ليست تعاقدية، تستعمل في اطار الصفقات بأسعار وحدوية، تتضمن تقييم للنفقة الكلية، بعد تطبيق الأسعار الوحدوية لكشف كميات التي سيتم

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 273.

²وفق النموذج الذي صدر بموجب قرار الوزاري بتاريخ 19 ديسمبر 2015، السالف ذكره.

إنجازها في إطار الصفقة، التفصيل الكمي والتقديري يتضمن ست أعمدة: الرقم، التحديد الوحدة، الكمية، السعر الوحدوي، المبلغ.

تحليل السعر الإجمالي والجزافي: يكون في الصفقة ذات نمط السعر الإجمالي والجزافي، وهو وثيقة غير تعاقدية تحدد القيم المقدرة لمختلف مركبات السعر الإجمالي والجزافي، فهو تفصيل لمختلف الخدمات المتعلقة بالمشروع وكذا الأسعار الوحدوية المرتبطة بها، تستخدم هذه الوثيقة للمقارنة بين العروض، وتستخدم كوثيقة مرجعية أثناء تنفيذ الصفقة: لتأسيس الدفع على الحساب المؤقت، حالة مراجعة الأسعار، عند الأشغال الإضافية أو النزاعات.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة حسب موضوع الصفقة ومبلغها أن تطلب الوثائق التالية:

التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة: تعد وثيقة تعاقدية إلا إذا وجد حكم مخالف بالصفقة¹، وثيقة تبين بالنسبة لكل أسعار جدول الأسعار الوحدوية، أو فقط من بينها تلك الموضحة بدفتر التعليمات الخاصة، الكميات، كلفة المواد والمقتنيات، مصاريف تسيير العتاد، المصاريف العامة، الضرائب والرسوم الأخرى غير الرسم على قيمة المضافة...، التفصيل الفرعي للأسعار يستخدم لتقييم الملائمة لأفضل الأسعار المقترحة من طرف المرشحين، مثلاً قصد تحديد العرض المنخفض بشكل غير عادي.

التفصيل الوصفي التقديري المفصل: كشف أو تفصيل يتضمن كل المؤشرات التي تسمح بتقدير حقيقة ونمط وتنفيذ العمليات التقنية قيد الإنجاز والمتعلقة بالأشغال، اللوازم وتلبية الخدمات.

ويمكن أن تطلب المصلحة المتعاقدة من المتعهدين تدعيم عروضهم بعينات ونماذج أو تصاميم بغرض إجراء مقارنة ميدانية على أن يتم النص عليها في دفتر الشروط.

4- مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض

أ- تشكيلة اللجنة

تنص المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247: "تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض". وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم" وبنفس صياغة جاءت بها المادة 96 من القانون 12-23.

¹ بن عابد مختار، المرجع السابق.

لقد استحدثت المشرع هذه اللجنة الموحدة بعدما كانت هناك لجنتين في التنظيمات السابقة وهذا لبعث مرونة أكثر على الإجراءات¹، فيحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة فتح الأطراف وتقييم العروض وقواعد سيرها، نصابها في اطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها، وهي لجنة قارة وثابتة مع امكانية إدخال تعديلات عليها من فترة لأخرى، بموجب مقرر موقع من مسؤول المصلحة المتعاقدة.

كما اشترط المشرع أن يكون أعضاء اللجنة ممن يتوفر فيهم عنصر الكفاءة، وأجاز التنظيم اعداد تقرير تحليل للعروض من طرف لجنة التقنية المكلفة بإعداد دفتر الشروط، وهذا لتسهيل ومساعدة لجنة فتح الأطراف لتقييم العروض².

ب- فتح الأطراف في جلسة علنية

أكدت المادة 70 من المرسوم الرئاسي 15-247 أن عملية فتح الأطراف تكون في جلسة علنية يدعى لحضورها كل المرشحين أو المتعهدين سواء من خلال إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمرشحين، على أن المنظم فرض ذكر ساعة فتح الأطراف في دفتر الشروط قبل تسليمه للمرشحين أو المتعهدين³، وبذلك يمارس المتعهدون أو المترشحون رقابة على عملية الفتح ويكون المنظم قد أضاف شفافية أكثر على العملية فتح الأطراف.

ج- مهام لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض

في الحالة العادية يتم فتح وتقييم العروض مرة واحدة من قبل أعضاء اللجنة، لكن فيما يخص طلب العروض المحدود، يتم فتح الأطراف على مرحلتين طبقاً للمادة 70 ف3، أما بالنسبة للمسابقة ما يتم فتح الأطراف عبر ثلاث مرات⁴، ولا يتم فتح أطراف الخدمات في جلسة علنية، ولا تفتح العروض

¹ يمكن لمسؤول المصلحة المتعاقدة أن تنشئ لجنة منفردة لفتح الأطراف تسمى لجنة فتح الأطراف ولجنة ثانية منفردة لتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء، وتسمى لجنة تقييم العروض على أن الحالة العادية تبقى هي إنشاء لجنة واحدة تسمى بلجنة فتح الأطراف وتقييم العروض تهتم بكل الاختصاصات السابقة، وهي تمارس بهذه الصفة عمل إداري وتقني بحت طبقاً للمادة 161 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف ذكره.

² راجع المادة 160 ف2 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

³ انظر المادة 66 ف3 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

⁴ راجع المادة 70 ف04 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

المالية إلا بعد تقييم الخدمات من قبل لجنة التحكيم¹، حمل المشرع المصلحة المتعاقدة المسؤولية كاملة فيما يخص العروض المالية ووضعها في مكان آمن كما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 70 .
لقد حددت المادة 71 من المرسوم الرئاسي مهمة لجنة فيمايلي:

- تتولى اللجنة تثبيت العروض وتسجيلها في سجل خاص فعمل هذه اللجنة يفرض التوثيق والتسجيل، وألزم المشرع بموجب المادة 162 الفقرة الأخيرة لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض بمسك سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف ويؤشر عليهما.
- تتولى اللجنة وضع قائمة العروض أو التعهدات حسب الترتيب وصولها مع توضيح وتحديد محتوى والمبالغ المقترحة في كل تعهد والتخفيضات المحتملة.
- تعد قائمة تتعلق بالوثائق التي تكون منها كل عرض.
- توقع بالحروف الأولى على وثائق الأطراف المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.
- تحرر المحضر الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين والذي يجب أن يتضمن عند الاقتضاء التحفظات المسجلة من قبل أعضاء اللجنة ساعة الفتح.
- تدعو اللجنة عند الاقتضاء المتعهدين كتابيا لاستكمال عروضهم التقنية إذا لاحظت نقصا في الوثائق والبيانات وهذا في أجل أقصاه 10 أيام ابتداء من تاريخ فتح الأطراف تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة الفتح وتقييم العروض.
- تحرر لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض عند الحاجة محضرا في شكل اقتراح يعرض على المصلحة المتعاقدة موضوعه التصريح بعدم جدوى العروض يوقعه جميع الأعضاء.
- تتولى لجنة الفتح وتقييم العروض مهمة إرجاع الأطراف التي لم يتم فتحها لأصحابها وهذا عن طريق المصلحة المتعاقدة.

د- مرحلة تقييم العروض من قبل لجنة الفتح والتقييم

تطبيقا لأحكام للمادة 72 من المرسوم الرئاسي تواصل لجنة الفتح والتقييم مهمتها بعد انتهاء المرحلة الأولى والكشف عن قائمة المتنافسين، ويتسمية التقييم تتولى اللجنة ممارسة المهام التالية²:

¹راجع المادة 48 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

² وجب التنبيه بأنه في طلب العروض المحدود يتم انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا لعدة معايير، أما عن المسابقة تقترح لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة قائمة الفائزين المعتمدين وتتولى دراسة عروضهم المالية فيما بعد لانتقاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية مع ترجيح بعض من المعايير.

- إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط.
- تتولى مهمة تحليل العروض المتبقية بعد عملية الإقصاء على أساس المعايير المحددة والمنهجية المذكورة في دفتر الشروط، فاللجنة تحتوي على العنصر البشري المؤهل، وبإمكانها استبعاد ما تراه في هذه الخانة وتقييم الباقي بالاستناد دائما للدليل والمرجع العام المتمثل في دفتر الشروط، كأحد أهم الوثائق الصفقة العمومية.
- تتولى اللجنة في مرحلة أولى من التقييم بمهمة ترتيب العروض من الناحية التقنية وهي المخولة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي، أن تقوم بإقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا المحددة في دفتر الشروط.
- تتولى اللجنة في مرحلة ثانية مهمة دراسة العروض من الناحية المالية للمتنافسين الذين تم تأهيلهم من الناحية التقنية وتراعي طبعاً التخفيضات التي تضمنتها هذه العروض.
- تتولى اللجنة مهمة انتقاء أحسن عرض بالنظر للمزايا الاقتصادية المتمثلة في:
 - الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين المختارين عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى معيار السعر المقترح في العرض دون سواه، فنقوم بالمنافسة في هذه الحالة على الاعتبار المالي أي العرض الأقل.
 - الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها السعر الذي تحصل على أعلى نقطة، استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان اختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.
- تقترح لجنة الفتح وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المرشح تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تتسبب في اختلال المنافسة مع القطاع المعني شريطة توضيح ذلك في دفتر الشروط.
- اعترف المشرع للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بأن تطلب من المتعهد عن طريق المصلحة المتعاقدة، تبريرات وتوضيحات التي تراها مناسبة فيما يخص حالة خفض الأسعار بشكل غير عادي أو الحالة العكسية، وتعلق ذلك بسعر واحد أو أكثر، لأن العرض الواحد قد يحتوي على جداول أسعار كثيرة فتستطيع اللجنة بعد تلقي الإجابة من العارض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض، إذا لم تقتنع بالرد المقدم ويتم رفض العرض بمقرر معلل والتعليل يشكل ضمانا لصاحب العرض المالي، والهدف طبعاً من هذه السلطة المعترف بها للجنة هو محاربة كل أشكال

المنافسة غير المشروعة خاصة، وأن اللجنة تحتوي على خبرات بإمكانها كشف كل الممارسات السلبية. إذا كان العرض المالي للمتعاقد الاقتصادي مبالغ فيه تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة رفض هذا العرض وبالتالي تصدر قرارا مبررا وهذا الأخير يمثل ضمانا لصاحب العرض الوحيد¹.

5- معايير التقييم وأسس اختيار المتعاقد

أ- أسس التقييم

بالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 خصوصا المواد من 76 إلى 81 التي حددت جملة من المعايير تلزم كل الأشخاص خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية بتطبيقها فإذا كان المشرع قد اعترف للمصلحة المتعاقدة المعنية بسلطة اختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة والتقييم، ويمكن المصلحة المتعاقدة إلى حد بعيد من اختيار المتعاقد معها وفق معايير محددة ، غير أنه قيدها بجملة من الضوابط محددة في نفس المرسوم، فأولى القواعد الشفافية والمنافسة النزهاء، هو وجوب توضيح اختيار المتعاقد بشكل دقيق بما توافر في دفتر الشروط الذي استلمه كل عارض وصار عالما بمضمونه وقرأ محتوياته².

علما بأن اختيار العرض الأفضل من الناحية الاقتصادية يكون استنادا لعدة معايير أو بالاعتماد على المعيار المالي وحده:

ب- معايير للانتقاء

لقد بينت المادة 78 أساس ترتيب العروض وهي مذكورة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، لهذا اعترف المشرع بالسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في إضافة ما تراه مناسبا من معايير تنافسية أخرى شريطة ذكرها في دفتر الشروط ليعلم بها كل عارض وهي :

فإذا كان التقييم يخص العرض بحد ذاته فوجب مراعاة: النوعية هنا تبرز قدرة اللجنة في المفاضلة وفي الترجيح والترتيب، آجال التنفيذ أو التسليم فالعنصر الزمني جزء أساسي في الانتقاء، السعر والكلفة الإجمالية للانتقاء والاستعمال، خدمة ما بعد البيع، القيمة التقنية، شرط التمويل عند اقتضاء وتقليص القابلة للتحويل، وهو شرط مخصص للمؤسسات الأجنبية، الطابع الجمالي والوظيفي ويبرز في صفقات عديدة خاصة عقد الأشغال العامة، النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 291.

² راجع المادة 78 ف01 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين، والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة وهذا المعيار الجزئي يتعلق بالجانب الاجتماعي، والحوكمة مع تسجيل ملاحظة أن النص لم يورد عبارة المعايير البيئية واكتفى بذكر مصطلح التنمية المستدامة.

أما التقييم على أساس المعيار المالي أشارت المادة 78 ف 02 إلى معيار السعر وهذا في حالة توافقه مع موضوع الصفقة، على أن يكون منصوصا عليه في دفتر الشروط من أجل شفافية ونزاهة الإجراءات.

6- مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت ومرحلة اعتماد الصفقة

تعد أهم مرحلة من أجل الإعلان عن الحائز للصفقة مع مراعاة مبادئ الثلاث للصفقات العمومية.

أ- مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت

ونصت المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247¹: "يُدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها الإعلان طلب العروض عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وآجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة".

وهو تجسيد للمبادئ الثلاث في الصفقات الثلاث للصفقات العمومية ويمكن تعريف المنح المؤقت: يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلامي بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي للمتعاقد ما، نظرا لحصوله على أعلى التقييم فيما يخص العرض المقدم بكل محتوياته وتفصيله وفقا للمعايير المحددة في دفتر الشروط².

وجب أن ينشر في الإعلان مجموعة من البيانات منها اسم ولقب شخص العارض، أو اسم المؤسسة أو الشركة موضوع المشروع، والسعر وآجال التنفيذ، ويفضل ذكر في إعلان عن المنح المؤقت الجهة المعنية بالتعاقد، موضوع طلب العروض، مجموع النقاط من عرض تقني وعرض مالي، والمجموع العام، واسم العرض الفائز مؤقتا أو اسم الشركة أو المؤسسة ومسيرها من العناصر الجوهرية³.

¹ تقابلها المادة 49 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، السالف الذكر.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 296.

³ مختار بن عابد، المرجع السابق،

وجب التنبيه بأنه يمكن إلغاء الصفقة لمقتضيات المصلحة العامة¹، وذلك قبل الكشف عن نتيجة العروض أو حتى إلغاء المنح المؤقت وذلك لدواعي المصلحة العامة وهي مرحلة غير موجبة لأي تعويض للمتعهدين وهو ما جاءت به المادة 49 من القانون 12-23.

ب-مرحلة اعتماد الصفقة

وجب اعتماد الصفقة رسمياً لإضفاء الطابع النهائي للصفقة، والإعلان عن إتمام إجراءاتها كما أشارت المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247: "لا تكون الصفقات العمومية صحيحة ونهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة وهي :

-مسؤول هيئة الوطنية المستقلة

-الوزير.

-الوالي.

-رئيس المجلس الشعبي البلدي.

-المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية².

وباعتماد الصفقة وتزكية الانتقاء تدخل الصفقة العمومية مرحلتها الأخيرة وتعرف بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة بذلك بمرحلة التنفيذ ما يجعل العقد نهائياً.

الفرع الثاني: إجراءات إبرام الصفقة بطريق التفاوض

يتميز أسلوب التفاوض عن أسلوب طلب عروض باختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل للمتعاقد، من دون الحاجة لإجراءات الإشهار ولكن تبقى هناك إجراءات شكلية يجب اتباعها:

أولاً: في أسلوب التفاوض المباشر

في نص المادة 40 من قانون الصفقات العمومية، كرس المشرع التعاقد بطريق التفاوض معترفاً للمصلحة المتعاقدة بعدم اتباعها وتقييدها بالإجراءات الشكلية المتعلقة بطلب العروض، ولكن المشرع أورد حالات اللجوء للتفاوض البسيط وهي حالات واردة على سبيل الحصر وفي كل حالة أورد شروط:

1-في حالة مشروع ذي أهمية وطنية

¹راجع المادة 73 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

²وينفس الصياغة جاءت المادة 10 من القانون 12-23، السالف ذكره.

لقد ورد في نص المادة 41 ف05 وهي حالة متوقفة على موافقة مجلس الوزراء¹، إذا كان مبلغ التقديري للصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين 10000000000 د.ج.

2- وجوب عرض الصفقة على السلطة التنفيذية أي مجلس الوزراء أو اجتماع الحكومة حسب الحالة عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية : ورد النص عليها في المادة 41 ف06 وهي حالة متوقفة على موافقة مجلس الوزراء إذا كان مبلغ التقديري للصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين 10000000000 د.ج.

ج- بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة من طرف مصالح المتعاقدة مع مؤسسة عمومية مذكورة في المادة 09 مطة الأخيرة ، عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي لهذه المؤسسة حقا حصريا للقيام بمهام الخدمة العمومية : لقد تم نص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 41 ، هي مقسمة إلى شطرين في الشطر الأول بالمؤسسات التي تخضع للتشريع التجاري، لقد أراد المشرع اعطاء أولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وهي مؤسسات تقدم خدمات محددة، وهناك من ينتقد هذه المادة كونها تمس بمبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من القواعد العامة المحددة للصفقات العمومية²، ولكن يمكن أن يكون المشرع يريد منح فرصة للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري، من أجل الحصول على عروض حتى لا تقع في تمويل مباشر من طرف الدولة، بل تتدعم بصفقات لتجزها وبالتالي يكون لها ربح، أما الشطر الثاني فهو متعلق بإنجاز كل نشاطات مع الهيئات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

ثانيا: في أسلوب التفاوض بعد الاستشارة

تطبيقا لأحكام المادة 42 من قانون الصفقات العمومية، تلجأ المصلحة المتعاقدة لأسلوب التفاوض بعد الاستشارة، وكسابقاتها فقد أحاطها المشرع بمجموعة من القيود، مستنتجة من الحالات التي ذكرت على سبيل الحصر:

¹ يجب عرض الصفقة على أعلى قمة السلطة التنفيذية وهذا تستلزم تحضير الملف بسائر وثائقه ومعطياته وذلك بإحاطته من قبل الوزير المعني للأمانة العامة بغرض التنسيق والجدولة.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 308.

1- في حالة عدم الجدوى طلب العروض للمرة الثانية

يقصد بحالة عدم الجدوى بحسب المادة 42 ف01 أي أن المصلحة المتعاقدة قامت بكل الإجراءات المذكورة سابقاً، لكن لم تتلق أي عرض أو أن العروض المقدمة من قبل المتعهدين لا تتوافق والطلب العمومي.

بمعنى آخر اتباع طريق طلب العروض من قبل المصلحة المتعاقدة، ولكن لم يقدم أي عرض فنكون أمام وجوبية الإعلان عن عدم الجدوى، ففي حالة تكرار العملية، ولم تتلقى المصلحة المتعاقدة أي عرض فيمكن أن تلجأ لحالة التراضي البسيط والتعليل يكون بالحالة المذكورة أنفاً، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعلق اللجوء للتراضي في حالة إثبات وضعية عدم التطابق بين العروض المقدمة ودفتر الشروط.

والنتيجة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتبع طريقة التفاوض بعد الاستشارة: كما كانت تنص عليه المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية: "تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة وبنفس دفتر الشروط، باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض ويمكن للمصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض ولا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية".

فقد حددت المادة المذكورة أعلاه بأن نطاق الاستشارة محدود بالمؤسسات المشاركة في طلب العروض، لأنهم قدموا عرض جدي لهذا وجب تقديم الرعاية والاهتمام¹، ولكن يمكن للمصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات غير تلك المشاركة في طلب العروض، فهنا طريقة العرض تختلف فوجوباً نشر الإعلان حسب الأشكال المنصوص عليها قانوناً²، مع الاحتفاظ بنفس دفتر الشروط الذي أعلن به طلب العروض.

2- بالنسبة لصفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية سيادية: وهي حالة محصورة لصفقات الأشغال دون سواها، ويتوجب هنا إعداد دفتر شروط وإحالاته على لجنة الصفقات المعنية، ووجوبية تحرير وتوجيه رسالة استشارة من جانب المصلحة المتعاقدة.³

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، القسم الأول، ص.310.

² المادة 52 ف02 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف ذكره.

³ راجع المادة 52 ف05 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

-في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب العروض الجديدة.

لقد رخص المشرع للمصلحة المتعاقدة التعاقد بطريق التفاوض بعد الاستشارة بموجب المادة 42 ف04، ولها أن تثبت ذلك عن ممارسة أي رقابة من الجهات المخولة، فتثبت حالة الفسخ أولاً وتثبت وضعية أو حالة عدم تحمل المشروع آجال جديدة، واستوجب المشرع إعداد مشروع دفتر شروط، وإحالته على لجنة الصفقات المختصة، ووجوب تحرير وتوجيه رسالة استشارة من جانب المصلحة المتعاقدة¹.

-في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية تعاون الحكومي والعلاقات الثنائية بين دولتين تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات.

وهي الحالة ابرام اتفاقات مضمونها تحويل ديون إلى مشاريع، وبالتالي وجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بحصر الاستشارة على مؤسسات البلد مقدم القرض، استلزم المشرع أيضاً إعادة تحرير مشروع دفتر الشروط، وإحالته على اللجنة المختصة، مع وجوب تحرير وتوجيه رسالة استشارة من جانب المصلحة المتعاقدة.

ه- وجوب الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة بعد أسلوب التفاوض بعد الاستشارة

لقد وسع تنظيم الصفقات العمومية من إجراء المنح المؤقت للصفقة بحيث لم يقتصر على أسلوب العروض فقط فطالما هناك منافسة، وجب ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن وحتى يتحقق ذلك تعين على المصلحة المتعاقدة، أولاً نشر إعلان المنح المؤقت حسب مقتضيات المادة 52 ف8 والتي تحليلنا لنص المادة 65.

ينتج عن نشر إعلان المنح المؤقت لصفقة أعدت بطريق التراضي بعد الاستشارة نشوء حق المتعامل المشارك في تقديم طعن أمام لجنة الصفقات المعنية.

¹ من باب المقارنة فهذه الحالة لم ينص عليها المشرع في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى بموجب المادة 44.

المطلب الثاني: الرقابة القبلية على الصفقات العمومية المبرمة من قبل أشخاص القانون

الخاص

من باب المحافظة على المال العام، وجب إخضاع الصفقات العمومية في مختلف مراحلها لمختلف أنواع الرقابة سواء الداخلية في (الفرع الأول)، أو الرقابة الخارجية القبلية على النفقات وفي مجال الصفقات العمومية المبرمة من قبل أشخاص القانون الخاص فالرقابة تكون تارة من قبل المراقب الميزانياتي في حالة الإشراف على الانتداب وكذا من قبل الصندوق الوطني للاستثمار (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الرقابة الداخلية للصفقات العمومية

تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة للرقابة، والتي تمارس على كل الصفقات العمومية مهما كان نوعها في شكل رقابة داخلية، رقابة خارجية، رقابة وصاية وهي كما يلي:

أولاً: الرقابة الداخلية

تنص المادة 96 من القانون 12-23: "في إطار الرقابة الداخلية، تحدث المصلحة المتعاقدة لجنة دائمة واحدة أو أكثر، تسمى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم"¹.

1-تشكيل اللجنة

لم تحدد المادة 92 من القانون 12-23 الجديد المسؤول عن اختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بل أشارت في ف02 منه أن تتشكل من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، في حين أن المرسوم الرئاسي 15-247 حدد طبقاً للمادة 160 ، أن مسؤول المصلحة المتعاقدة هو المسؤول عن تحديد تشكيلة لجنة بواسطة مقرر ، كما يحدد وقواعد سيرها ونصابها لأنها لجنة دائمة.

2-مهام اللجنة

بما أن القانون 12-23 لم يحدد مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، لهذا وجب الرجوع للمادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي بينت مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على النحو التالي:

¹ وجب التنبيه بأن المرسوم الرئاسي 10-236 كان يعرف نوعين من اللجان الداخلية فهناك لجنة دائمة لفتح الأظرفة، و لجنة دائمة لتقييم العروض ، أما كل من المرسوم الرئاسي 15-247 والقانون 12-23 يعرف لجنة واحدة .

- تثبت صحة تسجيل العروض.

- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أطرفة ملفات ترشحهم أو عروض مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.

- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.

- توقع بالحروف الأولى على وثائق الأطرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.

- تحرر محضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء.

- تدعو المرشحين أو المتعهدين، عند الاقتضاء كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة، إلى استكمال عروضهم التقنية، تحت طائلة رفض عروضهم، بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التبريرية، في أجل أقصاه عشرة أيام ابتداء من تاريخ فتح الأطرفة، ومهما يكن من أمر تستثنى من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض.

- تقترح على المصلحة المتعاقدة، عند الاقتضاء، في المحضر، إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من المرسوم.

- ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأطرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، عند الاقتضاء، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.

ثانيا: الرقابة الخارجية القبلية

أوجبت المادة 97 من القانون 23-12 أن تمارس الرقابة الخارجية من قبل هيئة الرقابة تسمى لجنة الصفقات العمومية¹، التي تقوم بدور الرقابة القبلية على الصفقات العمومية، وتتمثل غايتها في التحقق من صحة ومطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بهما، كما تهدف على التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

¹راجع المادة 165 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

تخضع الملفات التي تدخل ضمن اختصاص لجان الصفقات للرقابة البعدية، طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، على أن اختصاص لجنة الصفقات العمومية يكون عن طريق المعيار العضوي أي عتبة المالية وهي محددة كمايلي:

-اللجنة الجهوية للصفقات

-لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

-لجنة الصفقات الولائية

-لجنة الصفقات البلدية

-لجنة الصفقات الخاصة بالمؤسسات العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة الوطنية ذات الطابع الإداري.

أما عن مهام لجنة الصفقات العمومية: فهي مركز اتخاذ القرار بخصوص مراقبة الصفقات العمومية المندرجة ضمن اختصاصها، وبهذه الصفة يمكنها منح التأشير أو رفضها، وفي حالة الرفض وجب أن يكون معللاً.

تفرض التأشير التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية، على المصلحة المتعاقدة والمراقب الميزانياتي، والمحاسب المكلف، إلا في حالة معاينة عدم مطابقة ذلك للأحكام التشريعية ، وفي هذه الحالة، فإنه يجب على المراقب الميزانياتي والمحاسب المكلف فقط، أن يعلموا كتابياً هيئة الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية المعنية.

يترتب على رفض لجنة الصفقات العمومية أو المجلس الوطني للصفقات العمومية منح تأشير، إمكانية تجاوزه بمقرر معلل يتخذ حسب الكيفيات والإجراءات المحددة.

على لجنة الصفقات العمومية أن تصادق على النظام الداخلي نموذجي المطبق على هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية بموجب مرسوم تنفيذي باقتراح من وزير المالية، وأن تكيف نظامها الداخلي مع النظام النموذجي¹.

¹راجع المادة 99 من القانون 23-12، السالف ذكره.

ثالثاً: الرقابة الوصاية

تتمثل رقابة الوصاية في تحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، لأهداف الفعالية والاقتصاد والتأكد من كون العملية موضوع الصفقة، تدخل فعلا في اطار البرامج والأولويات المرسومة للقطاع.

لهذا على المصلحة المتعاقدة الخاضعة لرقابة الوصاية أن تضع ذات السلطة مخططا نموذجيا، يتضمن تنظيم ومهام الرقابة على الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة تحت الوصاية¹.

الفرع الثاني: دور المراقب الميزانياتي وكذا صندوق الوطني للاستثمار على صفقات العمومية

أولاً: المراقب الميزانياتي

يتعلق الأمر بالمراقبة المالية على النفقات فهي الهيئة المكلفة بعملية الرقابة على كل نفقات الدولة سواء من حيث ميزانية التسيير أو التجهيز -الاستثمار- لهذا سوف يتم التطرق إلى المركز القانوني للمراقب الميزانياتي(1) ثم تحديد مجال تدخل المراقبة الميزانياتية(2).

1- المركز القانوني للمراقب الميزانياتي.

تعهد مهمة الرقابة المالية للنفقات الملتزم بها للمراقب الميزانياتي، الذي يتم تعيينه بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية²، ويسري على المراقب الميزانياتي والمراقب الميزانياتي المساعد القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية³، وتعتبر وظيفته من المناصب العليا.

وجب التذكير بأن تسمية المراقب الميزانياتي جاءت مواكبة للإصلاحات التي جاء بها القانون العضوي 15-18 المتعلق بقوانين المالية، وأن النص القانوني المنظم لمهام المراقب الميزانياتي تحمل التسمية السابقة والمعروفة بالمراقب المالي.

¹راجع المادة 103 من القانون 23-12، السالف ذكره.

²راجع المادة 60 من القانون رقم 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية، السابق ذكره، المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المتعلق بالرقابة للنفقات التي يلتزم بها، السالف ذكره.

³المرسوم التنفيذي رقم 90-334 المؤرخ في 8 ربيع الثاني عام 1411 الموافق 27 أكتوبر سنة 1990 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية، المعدل والمتمم، ج.ر. مؤرخة في 31 أكتوبر 1990، العدد46، ص. 1465.

بالرغم من أن وزير المالية له السلطة التقديرية في تعيين المراقب الميزانياتي ، إلا أنه مقيد بمجموعة من الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في المرشح لتولي مهام الرقابة السابقة، حيث يقتصر التوظيف في هذا المنصب على الموظفين الذي يعملون بإدارة الميزانية دون سواها، وقد فصلت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 11-381 المتعلق بمصالح المراقبة المالية تصنيفات الموظفين الذي يمكنهم الترشح لمنصب المراقب الميزانياتي، وبالنظر لهذه الشروط نجد أن القانون الجزائري أخذ بعين الاعتبار الخبرة والكفاءة المهنية، وكذا التخصص كعناصر أساسية وضرورية للمرشح لمنصب المراقب الميزانياتي¹، هذه الشروط التي تعتبر كضمانة لتفعيل الرقابة المالية على المال العام.

ويضطلع المراقب الميزانياتي بعدة مهام تدخل ضمن اختصاصاته المنصوص عليها في القانون، حيث يتولى نوعين من المهام، مهام ذات طابع تقني رقابي ومهام ذات طابع استشاري.

أ- المهام ذات الطابع التقني والرقابي

فيتولى المراقب الميزانياتي ضمن الصنف الأول من المهام عملية الرقابة على مختلف مشاريع القرارات المتضمنة التزاما بالنفقات، والتي حددتها المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات الملتمزم بها والتمثلة فيما يلي:

- مشاريع قرارات التعيين والترسيم والقرارات التي تخص الحياة المهنية ومستوى المرتبات للمستخدمين باستثناء الترقية في الدرجة،

- مشاريع الجداول الاسمية التي تعد عند قفل كل سنة مالية،

- مشاريع الجداول الأصلية الأولية التي تعد عند فتح الاعتمادات وكذا الجداول الأصلية المعدلة خلال السنة المالية،

- مشاريع الصفقات العمومية والملاحق.

وبالتالي فإن فحص الالتزامات ومطابقتها للقوانين والتشريعات السارية المفعول، يتطلب معرفة واسعة واضطلاعاً عميقاً، على كافة النظام القانوني الذي يسير مختلف المجالات الخاضعة للرقابة

¹المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 11-381 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1432 الموافق 21 نوفمبر سنة 2011، المتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج.ر. المؤرخة في 27 نوفمبر 2011، العدد 64، ص. 19.

،وما يستجد عليه من تعديلات وهو ما يستلزم مستوى تأطير عال، كما يتولى المراقب الميزانياتي عملية مسك سجلات النفقات الملتمزم بها التي يقوم برقابتها، وهو بذلك يلعب دور المحاسب العمومي .
أما عن دور الذي يلعبه مع الإصلاحات التي جاءت في قانون العضوي للمالية 18-15 الذي وسع من صلاحيات ودور المراقبين الميزانياتين، بحيث له دور رقابي على وثائق البرمجة الميزانياتية، بحيث بعد صدور قانون المالية ومراسيم توزيع الاعتمادات، تبدأ عملية البرمجة الميزانياتية حيث يقوم مسؤول البرنامج بالتنسيق مع مسؤول الوظيفة المالية بتقديم وثيقة البرمجة الأولية للاعتمادات المالية، للمراقب الميزانياتي المركزي على مستوى كل وزارة، ويتمثل دوره في منح تأشيرة المسبقة على هذه الوثيقة ، ليتأكد من التغطية المالية ووجب تقديم التأشيرة في حدود 05 أيام، ابتداء من تاريخ نشر مراسيم توزيع الاعتمادات المالية. وفي حالة العكسية أي عدم تقديم وثيقة البرمجة في آجال المحددة ، يقوم المراقب الميزانياتي بإعلام الوزير المكلف بالميزانية بكل الطرق¹.

كما أصبح له ابداء رأي برمجة النشاط وهو اجراء مخصص للمراقب الميزانياتي الإقليمي ، بحيث يبدي رأيه حول وثيقة البرمجة في أجل أقصاه عشر أيام من تاريخ استيلائها، ويكون رأيه إما بالموافقة ، أو موافقة مع تحفظات تعلق تأشيرة، وأصبح له أيضا دور في مجال العمليات الخاصة الاعتمادات المالية، من تحويل ونقل².

ب- المهام الإستشارية

أما فيما يخص المهام الاستشارية للمراقب المالي فحسب نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 11-381 المتعلق بمصالح المراقبة المالية، يقوم المراقب الميزانياتي بإعداد تقارير سنوية عن النشاطات وعرض عن الأحوال الدورية الوافية يقدمها لوزير المالية، كما يشارك في دراسة وتحليل النصوص التشريعية والتنظيمية المبادر بها من المديرية العامة للميزانية، والتي لها علاقة بميزانية الدولة والجماعات المحلية وكذا الهيئات العمومية، ويقوم المراقب الميزانياتي بإبداء النصائح للآمرين بالصرف في المجال المالي قصد ضمان فعالية النفقات العمومية³.

¹في هذا الصدد وجب مراجعة منشور 8162 المؤرخ في 02-11-2022 المتعلق ببرمجة الميزانية وكذا القانون العضوي 18-15، السالف ذكره.

² في هذا المعنى وجب مراجعة المنشور 5658 المؤرخ في 15-12-2022 المتعلق بكيفيات ممارسة الرقابة الميزانياتية بعنوان نفقات ميزانية الدولة.

³ المادة 58 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية، السالف الذكر.

كما يمثل المراقب الميزانياتي وزير المالية لدى لجان الصفقات العمومية ولدى المجالس الإدارية ومجالس توجيه المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات الأخرى¹. وبالتالي يضطلع المراقب الميزانياتي بصلاحيات متعددة ومختلفة، تجعله في مركز يمكن معه التصدي لمختلف التجاوزات التي يمكن أن تمس النفقة العمومية الملتزم بها، ومنه المحافظة على المال العام وترشيد النفقات في إطار ما ينص عليه التشريع والتنظيم القانوني المتعلقة بالرقابة الميزانية.

2- مجال الرقابة السابقة للنفقات الملتزم بها

نظم المشرع عمل المراقب المالي بموجب المواد 58- 59- 60 من قانون المحاسبة العمومية القانون 90-21²، والتي صدر تطبيقا لها المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المعدل والمتمم، بحيث عند صدور المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 اقتصر نطاق اختصاص المراقبة المالية حسب المادة 02 منه على رقابة النفقات التي يلتزم بها على ميزانية المؤسسات الإدارية التابعة للدولة والميزانيات الملحقة وعلى الحسابات الخاصة للخزينة وميزانيات الولايات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ويتم استثناء ميزانيتها المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة اللتان بقيتا خاضعتين للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليهما. فبالنسبة للبلدية كانت النفقات المتعلقة بالصفقات التي تبرمها تخضع لرقابة المشروعية والمطابقة من طرف القابض البلدي الذي يسمى حاليا أمين خزينة البلدية بصفته محاسب عمومي وهذا عند قيامه بدفع النفقة في آخر مرحلة، دون أن يمنع ذلك أمين الخزينة من القيام برقابة الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة مع التشريع والتنظيم المعمول بهما باعتباره عضوا في اللجنة البلدية للصفقات وذلك بمناسبة دراسة اللجنة لملف الصفقة بغرض منحها التأشير، وبالتالي فهو ليس مراقب مالي على البلدية، لأن هذه الأخيرة تجسد اللامركزية التي يفترض فيها الاستقلالية المالية.

ومع ذلك تخلى المشرع منذ سنة 2009 وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 92-414 السابق ذكره في مادته الثانية عندما وسع نطاق اختصاص المراقب المالي ليشمل ميزانية المؤسسات والإدارات التابعة للدولة، والميزانيات الملحقة، وعلى الحسابات

¹ المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 11-381 المتعلق بمصالح المراقبة المالية، السالف الذكر.

² لقد عرف قانون المحاسبة تعديل بموجب القانون 23-07 المؤرخ في 21 يونيو 2023، ج.ر المؤرخة 25 يونيو 2023، العدد 42، ص 4-13، الذي أشار بدوره للمراقبة المراقب الميزانياتي في المادة 103 و 111 منه.

الخاصة للخزينة وميزانيات الولايات وميزانية البلديات، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وميزانيات المؤسسات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المماثلة، على أن يتم تنفيذ توسيع الرقابة السابقة على البلديات تدريجيا وفقا لبرنامجة تحدد من طرف الوزيرين المكلفين بالميزانية و الجماعات المحلية.

وتم إضافة المادة 2 مكرر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-347 التي وسعت أيضا نطاق اختصاص عمل المراقب المالي إلى ميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، على ميزانيات مراكز البحث والتنمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة من ميزانية الدولة ولكن تطبق هنا الرقابة اللاحقة.

يستنتج من توسيع نطاق اختصاص عمل المراقب الميزانياتي أن هذا الأخير أصبح مختصا بمراقبة الصفقات التي كانت تبرمها كل الهيئات الخاضعة إلى تنظيم الصفقات العمومية والمنصوص عليها في المادة 09 منه¹، بعدما كان اختصاصه وفي ظل صدور المرسوم التنفيذي رقم 92-414 مقتصرًا على الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية التابعة للدولة، وتلك التي تبرمها الولايات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وذلك رغبة من المشرع في إضفاء رقابة صارمة على النفقات العمومية مهما كان مستخدمها، وهو ما يستنتج من إخضاع المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية لرقابة المراقب المالي في حالة ما إذا كانت النفقات ممولة من ميزانية الدولة .

لكن وجب الإشارة أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد قلص من التعداد الوارد في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى بحيث أصبحت المادة 06 منه تنص على مايلي: " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل النفقات:

-الدولة،

-الجماعات الإقليمية،

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

¹ وهو متوافق وتعديلات الصادرة على تنظيم الصفقات العمومية لهذا كان لابد من إدراج المؤسسات العمومية الصناعية ضمن الهيئات الخاضعة للرقابة المراقب المالي.

-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة،كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية".

وجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في اختصاص المراقب المالي خصوصا مع التعارض الواضح حول المادة 02 مكرر من المرسوم التنفيذي 92-414 المعدل والمتمم الذي يعتبر تمويل المؤسسات الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الاقتصادية من قبيل الرقابة اللاحقة للأعمال ثم يحدد الهيئات المكلفة بالصفقات العمومية في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 بأن المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري ويقصد بها المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تمول من طرف الدولة على أن هذه الأخيرة أي المؤسسات العمومية الاقتصادية لا تخضع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 09 منه.

وإن أخذنا بمبدأ توازي الأشكال فإن المرسوم الرئاسي أعلى مرتبة من حيث القوة من المرسوم التنفيذي "الهيئة المصدرة" وبالنتيجة وجب عرض صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على رقابة السابقة إذا كان التمويل من طرف الدولة.

3- الرقابة الممارسة من طرف المراقب الميزانياتي على الصفقات العمومية

أ- إجراءات الرقابة الممارسة من طرف المراقب الميزانياتي على الصفقة العمومية

يجب على المراقب الميزانياتي قبل التأشير على الصفقة العمومية التأكد من بعض الجوانب الشكلية والموضوعية في الصفقة العمومية، فيعد الأمر بالصرف استمارة الالتزام القانونية المتضمنة الصفقة العمومية وفق الشكليات المنصوص عليها في القانون مرفقة بجميع الأوراق الثبوتية، ويتولى المراقب المالي عملية الرقابة المالية السابقة حسب ما تضمنته المادة 09 من المرسوم التنفيذي 92-414 فإن المراقب المالي يتأكد من العناصر التالية:

-صفة الأمر بالصرف:

فالأمر بالصرف هو كل شخص مؤهل لتنفيذ عملية الإثبات، تصفية الإيرادات، إثبات نشوء الدين عن طريق الالتزام، وكذا عملية التصفية¹، لذلك يلزم الأمر بالصرف إرسال قرار تعيينه إلى المراقب العمومي للتأكد من هويته تفاديا لأي تجاوزات.

¹راجع المادة 23 من القانون 90-21، السالف الذكر.

-المطابقة التامة للقوانين والتنظيمات المعمول بهما

وهذا ما يتطلب إمام ودراية تامة بالقوانين المتعلقة بالصفقة العمومية، بحيث يجب أن تبرم الصفقة العمومية طبقا للقانون رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، عبر مختلف مراحلها وحسب الكيفيات والإجراءات المنصوص عليها.

-التخصيص القانوني للنفقة

بحيث لا تخرج عن نطاق المخصص لها قانونا، فكل اعتماد خصص لتغطية نفقة معينة لا يغطي نفقة أخرى.

-توفر الاعتمادات أو المناصب المالية

الاعتماد المالي مرتبط بالترخيص القانوني الذي يمكن السلطة المختصة بتنفيذ النفقة.

-مطابقة مبلغ الالتزام للعناصر المبينة في الوثيقة المرفقة

أي مشروع الصفقة العمومية، حيث أن الأمر بالصرف كما سبق الذكر يرفق بطاقة الالتزام بالأوراق الثبوتية التي تثبت مبلغ الالتزام وفيما يخص الصفقة العمومية ترفق كل من رسالة التعهد، التصريح بالاكتتاب، جدول الأسعار بالوحدة، تفصيل كمي وتقديري، تحليل السعر الإجمالي والجزافي¹، كشف تقييمي عند الاقتضاء، هذه الوثائق التي من شأنها إثبات مبلغ الالتزام.

-وجود التأشيرات أو الآراء المسبقة التي سلمتها السلطة الإدارية المؤهلة لهذا الغرض، عندما تكون مثل هذه التأشيرة قد نص عليها التنظيم الجاري به العمل: وفي هذا الإطار تعتبر التأشيرة الممنوحة من قبل لجنة الصفقات العمومية المختصة في إطار الرقابة السابقة لمشاريع الصفقات العمومية إلزامية على المراقب المالي، غير أنه يجوز لهذا الأخير في حالة ما إذا لاحظ نقائص بعد التأشيرة على مشروع الصفقة أن يبلغ كل من الوزير المكلف بالميزانية ورئيس لجنة الصفقات العمومية المختصة والأمر بالصرف المعني عن طريق إشعار²، وفي نفس السياق نجد أن نص المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية فرض على لجنة الصفقات العمومية سحب تأشيرتها مهما يكن من أمر قبل تبليغ الصفقة للمتعهد المختار في حالة ما

¹راجع المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

²راجع المادة 10 من المرسوم التنفيذي 92-414 معدل ومتمم، السابق ذكره.

إذا عاين المراقب المالي أو المحاسب العمومي عدم مطابقة الصنفقة لأحكام تشريعية وذلك عن طريق رسالة كتابية.

وتطبيقاً لنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي 09-374 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها فإن المراقب المالي مجبر على دراسة وفحص ملفات الالتزام المقدمة من طرف الأمر بالصرف في أجل أقصاه 10 أيام دون تمديد على عكس ما كان منصوص عليه في نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 والتي تنص على إمكانية تمديد الأجل إلى عشرين يوماً في حالة دراسة الملفات المعقدة التي تحتاج إلى دراسة معمقة .

ويتم بدأ حساب الأجل الممنوح للمراقب المالي لدراسات الملفات من تاريخ استلام مصالح الرقابة المالية لبطاقة الالتزام، غير أنه في حالة الرفض المؤقت الصريح والمعلل يتم إيقاف الأجل كما جاء في نص المادة 15 من المرسوم التنفيذي 92-414 المعدل والمتمم.

ب- نتائج الرقابة الممارسة من طرف المراقب الميزانياتي على الصفقات العمومية

تختتم الرقابة المالية السابقة الممارسة من قبل المراقب المالي على الصفقات العمومية، إما بالتأشير على الالتزام بالنفقة في حالة ما إذا كانت مطابقة للتشريع المعمول به، وإما بعدم التأشير عليها في الحالة العكسية.

-مطابقة الالتزام للتشريع والتنظيم المعمول بهما

في حالة مطابقة الالتزام بالنفقة للأحكام المنصوص عليها في المادة 09 من المرسوم التنفيذي 92-414 المذكورة آنفاً فإن المراقب المالي يمنح التأشير، هذه الأخيرة التي تعد الوسيلة القانونية للمراقب المالي والتي يتدخل بواسطتها بصفة إجبارية قبل صرف النفقة، هذه الوسيلة هامة للغاية وتعتبر بمثابة سلطة تمكن المراقب المالي من التدخل وإيقاف أي نفقة يعتبرها غير شرعية لمخالفتها القواعد الخاصة بصرف النفقة العمومية.

وبعد أن يتم منح التأشير للصفقة العمومية تودع المصلحة المتعاقدة نسخة من مقرر التأشير على الصنفقة وجوباً مقابل وصل استلام لدى المصالح المختصة إقليمياً في الإدارة الجبائية، والضمان

الاجتماعي التي تتبعها المصلحة المتعاقدة وذلك في أجل لا يتعدى 15 يوما الموالية لإصدار مقرر التأشير¹.

- عدم مطابقة الالتزام للشروط القانونية

أما في حالة ما إذا تبين للمراقب المالي أن الالتزام بالنفقة غير قانوني فإننا نكون بصدد إما الرفض المؤقت أو الرفض النهائي لمشروع الصفقة، وبالتالي فإن رفض تأشير المراقب المالي ليس جامدا أو نهائيا في كل الأحوال حيث يعطي للأمر بالصرف فرصة لتدارك الأخطاء والتجاوزات القابلة للتصحيح.

وقد حددت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 92-414 المتضمن الرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها الحالات التي يكون فيها الرفض مؤقتا على سبيل الحصر لا على سبيل المثال وهي:

- اقتراح التزام مشوب بمخالفات للتنظيم قابلة للتصحيح؛

- انعدام أو نقصان الوثائق الثبوتية المطلوبة؛

- نسيان بيان هام في الوثائق المرفقة.

وبالتالي في حالة ورود إحدى هذه التجاوزات يمكن للأمر بالصرف اتخاذ جميع التدابير لتصحيح الأوضاع، والالتزام بالقوانين والتنظيمات وهذا ما تؤكدته المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها.

أما الرفض النهائي للتأشير على الالتزام بالنفقة يكون في الوضعيات المحددة بموجب المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 وهي :

- عدم مطابقة اقتراح الالتزام للقوانين والتنظيمات المعمول بها،

- عدم توفر الاعتمادات أو المناصب المالية،

- عدم احترام الأمر بالصرف للملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت، وهو ما يحول

الرفض المؤقت إلى رفض نهائي في حالة عدم أخذه بعين الاعتبار من طرف الأمر بالصرف، وهو ما يعرقل سير الرقابة المالية بشكل سريع ومنتظم ودون تكرار.

¹راجع المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

ويلاحظ في نص المادة أن التجاوزات المتعلقة بالالتزام بالنفقة غير قابلة للتصحيح وذلك لأنها تمس عناصر جوهرية لا يمكن تداركها.

وفي جميع حالات الرفض فإن المراقب المالي مجبر بتحرير مذكرة رفض كتابية تتضمن جميع الملاحظات التي عاينها بالإضافة إلى المراجع والنصوص القانونية التي اعتمد عليها لرفض التأشير في إطار الملف الموضوع تحت رقابته، وبالتالي فإن المذكرة التي يحررها المراقب المالي تلعب دورا هاما في التدبير المالي مستقبلا إذ يعتمد عليها الآمرون بالصرف وتعتبر سندا فعليا وسابقا في عملية الالتزام والجدير بالذكر أنه في حالة الرفض النهائي لا بد على المراقب المالي من أن يرسل نسخة من الملف بالإضافة إلى تقرير مفصل إلى الوزير المكلف بالميزانية، هذا الأخير الذي يقوم بدراسة الملف وقد ينتج عن هذه الدراسة إعادة النظر في الرفض النهائي إذا ما رأى الوزير أن العناصر المبني عليها الرفض غير مؤسسة كما جاء في نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 92-414 المعدل والمتمم .

وتجدر الإشارة أن القانون المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها منح للأمر بالصرف في حالة رفض نهائي للالتزام وسيلة يمكن معها الحصول على تأشيرة للالتزام بالنفقة محل الرفض وهي " سلطة التناضي "، وهو الإجراء الذي يقوم به الأمر بالصرف وبموجبه لا يوقف الرفض النهائي للمراقب المالي مسار صرف النفقة، على أن يتحمل الأمر بالصرف المسؤولية كاملة¹، ومع ذلك فإن سلطة التناضي الممنوحة للأمر بالصرف مقيدة بشروط وذلك حفاظا للمال العام حيث لا يمكن طلب استعمال هذا الإجراء الاستثنائي، في الحالات التي يبدر فيها المراقب المالي الرفض النهائي بسبب صفة الأمر بالصرف، أو عدم توفر الاعتمادات أو انعدامها، أو انعدام التأشيرات أو الآراء المسبقة، أو انعدام الوثائق الثبوتية المتعلقة بالالتزام، أو التخصيص غير القانوني للالتزام، بهدف إخفاء إما تجاوزا للاعتمادات وإما تعديلا لها أو تجاوزا لمساعدات مالية في الميزانية.

أما فيما يتعلق بإجراءات التناضي فإن الأمر بالصرف يرسل الالتزام مرفقا بمقرر التناضي المرقم والمؤرخ إلى المراقب المالي قصد وضع تأشيرة الأخذ بالحسبان، ويرسل المراقب المالي نسخة من الملف مرفقا بتقرير مفصل إلى الوزير المكلف بالميزانية، هذا الأخير يرسل نسخة من الملف إلى المؤسسات المتخصصة في رقابة النفقات العمومية كما جاء في نص المادة 18 من المرسوم التنفيذي 92-414.

¹راجع المادة 18 من المرسوم التنفيذي 92-414 المعدل والمتمم، السالف الذكر .

ثانيا: الصندوق الوطني للاستثمار

أنشئ الصندوق الوطني للاستثمار على أنقاض البنك الجزائري للتنمية الذي كان يقوم بالتسيير المالي لعمليات التجهيز العمومي لميزانية الدولة، وتسيير القروض الخارجية في اطار الاتفاقيات الدولية.

1- ماهية الصندوق الوطني للاستثمار

لقد أنشأت السلطات العمومية الصندوق الوطني للاستثمار عن طريق إعادة الهيكلة لبنك الجزائري للتنمية سنة 2009 بموجب قانون المالية التكميلي المؤرخ في 22 يوليو 2009¹، من خلال النص المادتين 55 و56 برأس مال قدره 150 مليار دينار جزائري مع الحفاظ بصفة مؤقتة على القانون الأساسي للبنك الجزائري للتنمية، وقد تم إنشاء هذا الصندوق السيادي بغرض تعزيز دور الدولة في تمويل التنمية الاقتصادية.

ويهدف الصندوق إلى القيام بتمويل تنمية الاقتصاد الوطني من خلال تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر وكذا تعزيز تمويل البنوك المحلية للمشاريع الكبرى، ويتمثل الدور الرئيسي للصندوق في دعم تحقيق سياسة تنموية وتوفير تمويل استثماري مستقر، إذ يعتبر الصندوق أداة مالية من الأدوات التمويلية للدولة فهو مسؤول عن²:

*إدارة أموال الخزينة وتوجيهها نحو القطاع الإنتاجي،

*باعتبارها مؤسسة مسؤولة عن التمويل من مواردها الخاصة من خلال إنشاء وتنمية مؤسسات في القطاع العام أو الخاص مع احترام الربحية وإدارة المخاطر مع مراعاة المصلحة العامة فيما يتعلق بالسياسة العامة للحكومة،

*إدارة المسابقات النهائية التي تمنحها الدولة لتمويل عمليات تجهيزات العامة.

¹الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي، ج.ر. المؤرخة في 26 يوليو 2009، العدد 44، ص. 13.

²الموقع الرسمي للصندوق الوطني للاستثمار www.fni.dz

يقوم الصندوق باستثمار الأصول من خلال المعرفة الحقيقية للمتغيرات الاقتصادية، بالإضافة إلى تعبئة الموارد محليا كما يقوم بالإشراف على جميع المشاريع التي تقرها الحكومة، بالإضافة إلى المشاريع المشتركة بين القطاع العام والخاص التي تسعى للحلول محل الواردات من سلع وخدمات¹. ويعتمد الصندوق في تمويله على حقوق ملكيته من جهة وكذا أموال الخزينة العمومية المخصصة للمشاريع الاستثمارية من جهة أخرى، وبالتالي فإن سياسة الصندوق تختلف عن سياسة الاستثمار التي تتبعها البنوك التجارية من مراعاة الربحية، كما تختلف أيضا عن الهيئات الحكومية للاستثمارات ذات المنفعة العامة التي لا تهدف للربح².

2- مهام الصندوق الوطني للاستثمار

تتمثل مهام الصندوق الوطني للاستثمار خصوصا:

أ- تمويل المشاريع الاستثمارية الاقتصادية

الشراكة مع المؤسسات القطاع العام والمستثمرين الأجانب لإنجاز مشاريع التنمية تعزيز تمويل البنوك المحلية اللازم للمشاريع الكبرى، توفير الضمانات. يكون تدخل الصندوق الوطني للاستثمار في شكل قروض مباشرة والتمويل المشترك مع المصارف أو من خلال المشاركة في رأس مال.

وتتمثل أحد أهداف الصندوق الوطني للاستثمار في توفير التمويل للمؤسسات على المدى الطويل بشرط مواتية لتمكينها من تخفيض عبء تمويل المشاريع وزيادة مردوديتها.

ب- تمويل مشاريع التجهيز العمومي

يتصرف الصندوق الوطني للاستثمار بوصفه المحاسب المكلف والمراقب المالي. ويتم تمويل هذه المشاريع المدرجة في ميزانية الدولة من خلال المساهمات النهائية أو التي يغطيها تمويل مشترك.

¹الموقع الرسمي للصندوق الوطني للاستثمار.

² مريم بوكابوس، الدور التنموي لصناديق الثروة السيادية: دراسة حالة الجزائر، مجلة دراسات العدد الاقتصادي، المجلد 04، العدد02، جامعة الأغواط، 2013، ص. 253.

خاتمة الباب الأول

حتى تستطيع الدولة التحكم في مواردها واستثماراتها، وجب عليها اتباع طريق الصفقات العمومية، الطريقة القانونية المخولة لضبط الأموال الخزينة العمومية، وبالتالي فالصفقات العمومية تطبق على أشخاص القانون العام، أي الدولة ومؤسساتها كمنطلق نظرا لاستعمال الأموال العمومية. لكن مفهوم المؤسسة العمومية يجمع بين نوعين من أشخاص القانون؛ أي أشخاص القانون الخاص وكذا أشخاص القانون العام، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية كل نوع من حيث النظام القانوني.

وبما أن الجزائر عرفت عدم استقرار من حيث أنظمة التشريعية والاقتصادية، الأمر الذي أثر على مفهوم المؤسسة العمومية، خصوصا تدخل الدولة في القطاع الاقتصادي والتجاري، ما يجعلها تتخلى عن الصفة الأمرة، وتقوم بنشاطات موازية لنشاطات التي يقوم بها الأفراد العاديين والمدرة للربح.

لهذا نجد أن مشرع قد أدرج أشخاص القانون الخاص، في تعداد الأشخاص المخول لهم إبرام الصفقات في مرات وأغفلهم في مرات، وذلك راجع لتأثير العوامل التاريخية والاقتصادية على وجه الخصوص.

ويقصد بأشخاص القانون الخاص كل من المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية كأصل عام عندما يكون التمويل من قبل الخزينة العمومية، وهو الشرط الأساسي والضروري لتطبيق أحكام الصفقات العمومية، مع استبعاد المؤسسة العمومية الاقتصادية من التطبيق بصريح عبارة في نص المادة 09 من تنظيم الصفقات العمومية الحالي وكذا القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية.

لكن نقطة التمويل سواء من قبل خزينة الدولة أو الجماعات المحلية تبقى طريقة واحدة وهي تقديم إعانة أو عن طريق الإشراف بالانتداب وكلها تضي الطابع العام وتطبيق الأصيل لتنظيم للصفقات العمومية

أما من حيث الإجراءات فلا تختلف من حيث المبدأ بين إبرام الصفقات العمومية من قبل أشخاص القانون العام أو أشخاص الخاص طالما أن التمويل يكون من قبل الخزينة العمومية.

لهذا فعند ابرام للصفقات العمومية قد يحدث الكثير من الإشكالات والمنازعات، ما يهم هو كيفية تسوية هذه المنازعات من أجل تجسيد المشاريع في أرض الواقع هذا ما سوف سيتم التطرق إليه في الباب الثاني.

**الباب الثاني: تسوية منازعات
الصفقات العمومية المبرمة من قبل
أشخاص القانون الخاص**

انطلاقاً من أن العلاقات التعاقدية بين الأفراد يسودها مبدأ الرضائية؛ أي بمجرد توافق الإيجاب والقبول ينشأ العقد ويولد آثاره كاملة فالعقد شريعة المتعاقدين¹، يجوز لهم الاتفاق على تغييره أو تعديله في أي وقت ما دام هناك تراض صحيح بين أطراف العلاقة.

لكن عندما يقوم أشخاص القانون الخاص بعملية باسم ولحساب شخص معنوي عام، فالمعادلة تتغير من الرضائية إلى وجوب احترام مبدأ المشروعية أو ما يعرف بسمو القانون كما عبر عنه الدستور الجزائري في ديباجته²؛ بمعنى يفرض على الإدارة مطابقة تصرفاتها مع القواعد القانونية التي تحكمها³، فكل تصرف إداري مخالف لهذه القواعد يعتبر غير مشروع، ويحق لكل طرف في العلاقة القانونية المطالبة بإلغائه والتعويض عن الضرر المتسبب فيه أمام الجهة القضائية المختصة.

لهذا فإن إبرام العقود في مجال الصفقات العمومية يوجب على المصلحة المتعاقدة اتباع مبادئ الشرعية وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، بحيث أن اتباع هذه المبادئ يحد من تجاوزات الإدارة العامة⁴. لكن أي علاقة قانونية قد يحدث وأن يشوبها نزاع معين وهو الحال في عقود الصفقات العمومية فقد يحدث نزاع في أية مرحلة من مراحل إبرام أو تنفيذ صفقة معينة، ولحساسية موضوع الصفقات لارتباطه بالمال العام خص المشرع تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بطرق ودية للحد من المنازعة وفي حال عدم جدوها يمكن اتباع الطرق العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما سوف يتم بيانه في الفصل الأول.

وفي حال عدم جدوى الطرق الودية وجب اللجوء إلى القضاء الوسيلة العادية والمكرسة دستورياً⁵ لحل المنازعات، بحيث أصبح لجهاز القضاء أهمية جد خاصة في مجال الصفقات العمومية، ذلك لأن الصفقات العمومية في الجزائر لم تحدد طبيعتها القانونية عبر مختلف التنظيمات الخاصة بها، كما لم

¹ راجع المادة 106 من القانون المدني الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، السالف ذكره.

² راجع ف12 من الدستور الجزائري بنصها: 'فالدستور يجسم عبقرية الشعب الخاصة، ومرآته الصافية التي تعكس تطلعاته، وثمره إصراره، ونتاج التحولات العميقة التي أحدثتها وبموافقته عليه يؤكد عزمه وتقدير أكثر من أي وقت مضى سمو القانون'.

³ عدو عبد القادر، المنازعات الإدارية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط. 2013، ص. 13، كما يعرف هذا المبدأ بعدة مسميات منها سيادة القانون والتطابق مع القانون.

⁴ راجع المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

⁵ راجع الفصل الرابع المعنون بالقضاء من الدستور الجزائري المواد من 163 إلى 183، السابق ذكره.

تحدد أيضا الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاعات المتعلقة بها، لهذا وجب التطرق أولا إلى تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في نزاعات الصفقات العمومية المبرمة من طرف أشخاص القانون الخاص، ثم بيان الإجراءات القضائية للبت فيها وهذا في الفصل الثاني .

الفصل الأول: الطرق البديلة لحل منازعات الصفقات العمومية المبرمة من قبل أشخاص القانون الخاص

قد ينتج عن أي عقد خلل إما في الانعقاد أو التنفيذ ما يجعله مستحيل التحقيق على أرض الواقع، بالتالي يتم اللجوء إلى القضاء الطريقة العادية للمطالبة بالحقوق، ولكن هذه الطريقة من عيوبها طول الاجراءات والوقت، ما يجعل البحث عن ايجاد طرق ودية حتمية لتحقيق أي عقد، خصوصا لو كان هذا العقد مجسدا لمشاريع التنمية على أرض الواقع.

فقد اعتنى المشرع بمسألة ايجاد الحلول الودية في القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية، كما كان عليه الحال في التنظيمات السابقة، بتخصيص قسم خاص معنون ب: "التسوية الودية للنزاعات"، على أنه يمكن تحديد حلول في القوانين العامة ومقصود هنا بقانون المنافسة¹ في مرحلة الابرام، كما أن نفس القانون حدد طرقا لتسوية منازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ، وهذا ما سوف يتم التطرق له في المبحث الأول.

غير أن هذه الطرق يمكن ألا تنتج ثمارها وتبوء بالفشل، فمحاولة للإبقاء على نفس الموضوع، سوف يتم التطرق إلى الحلول البديلة التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري²، ولأن المشرع في نص المادة 87 من القانون 23-12 أحال على تطبيق "في اطار أحكام القانون الجزائري"

¹راجع المادة 02 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر المؤرخة في 20 يوليو 2003، العدد 43، ص ص 25-33 المعدل والمتمم:

بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الثانية 1429 الموافق ل 25 يونيو 2008، ج.ر المؤرخة في 02 يوليو 2008، العدد 36، ص. ص. 11-13.

القانون 05-10 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق ل 15 غشت 2010، ج.ر المؤرخة 18 غشت 2010، العدد 46، ص. ص. 10-11.

² راجع القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية معدل، والسالف ذكره.

في تسوية المنازعات؛ والمقصود هنا بالتحكيم والصلح و الوساطة هو ماسوف يتم بيانه في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الآليات الإدارية لتسوية الصفقات العمومية المبرمة من قبل أشخاص القانون الخاص

للصفقات العمومية مرحلتان أساسيتان: الأولى تعرف بمرحلة الإبرام وجب فيها احترام المنافسة الشريفة، شفافية الإجراءات، والمساواة¹، ففي حالة وقوع خلل أو إشكال في المرحلة الأولية، وجب رفع تظلم لدى الهيئة المختصة قبل اللجوء إلى القضاء، أو اتباع الطرق المنصوص عليها في قانون المنافسة، حالة وقوع الأفعال المنافسة للمنافسة ومرتبطة بالصفقات العمومية هذا ما سوف يتم بيانه في المطلب الأول.

أما المرحلة الثانية أي مرحلة التنفيذ فقد حددت المادة 87 ف2 الحالات التي يجوز فيها ايجاد الحل الودي متمثلة في الملحق ومراجعة الأسعار كطرق أولى للتسوية الودية، أما في حالة عدم التوصل للحل يتم اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة بالمبحث عن حل ودي وفقا لقانون الصفقات العمومية الساري المفعول، هذا ما سوف يتم بيانه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام

المبدأ في تسوية أي نزاع يقتضي في المقام الأول اللجوء للمبحث عن الحلول الودية وفي حالة فشلها تسوى بالطريق القضائي، لكن المشرع في الصفقات العمومية قد تدخل في هذا المجال من أجل التقليل من المنازعات، وتفعيل وتيرة التنمية وتجسيد المشاريع على أرض الواقع، ويكون ذلك باتباع طريق الطعن الإداري هو ما سوف يتم بيانه في الفرع الأول.

لكن حالة وقوع الأفعال المنافسة للمنافسة والمرتبطة بالصفقات العمومية وجب تطبيق قانون المنافسة، وقد حدد هذا الأخير تدخله من فترة الإعلان عن طلب العروض لغاية المنح النهائي أي مرحلة الإبرام، مستبعدا بذلك تطبيقه في مرحلة التنفيذ وهو ما سوف يتم تفصيله في الفرع الثاني.

¹راجع المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

الفرع الأول: الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية المختصة

لقد تعرضت جل تنظيمات الصفقات العمومية إلى التسوية الإدارية لمنازعاتها، كما تم النص عليها في القانون 12-23 المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية، بسبب الخصوصيات التي تتميز بها، لاسيما حسمها لنزاع في بدايته، وسرعة الإجراءات مقارنة بمختلف طرق التسوية الأخرى، ولكن اختلفت التنظيمات المتعاقبة في طريقة التسوية.

أولاً: ماهية التظلم الإداري في مادة الصفقات العمومية

لقد خص المشرع بموجب المادة 56 من القانون 12-23 السالف ذكره ، في القسم الخامس المعنون بـ"الطعون"، إسوة بما كان عليه في المرسوم الرئاسي 15-247 المادة 82، امكانية لجوء المتعهد للطعن أمام اللجان المختصة، في حين أن الطعن يعد إجراء قانونياً يمارس أمام الجهات القضائية ضد مقرر قضائي، لطرق الطعن وسائل وضعت تحت تصرف المتقاضين من أجل تمكينهم من الحصول على إعادة النظر في نزاعاتهم أو لتصحيح الأخطاء المرتكبة أثناء سير الإجراءات¹.

كان من المستحسن استعمال مصطلح التظلم كونه إجراء يقوم به الشخص أمام جهة إدارية سواء المصدرة للقرار أو رئاستها يتضمن رغبته في سحب الإدارة لقرار معين لعدم مشروعيته أوإلغاءه²، وهو ما يتوافق مع لجنة الصفقات العمومية التي تعد جهة إدارية.

أسندت المادة 56 من القانون 12-23 السالف ذكره، ومثيلتها المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، للمتعهد ممارسة حق التظلم أمام لجان الصفقات العمومية، ولكنه يبقى إجراء جوازي على أساس صياغة المادة بـ"يمكن للمتعهد"؛ أي أن للمتعهد كامل الحرية في اختيار إما الطعن الإداري المسبق، أو اللجوء إلى القضاء لمقاضاة شخص القانون الخاص، باعتبار العملية ممولة كلياً أو جزئياً من قبل الدولة .

وجب التنبيه أن التظلم في مواد الصفقات العمومية كان إلزامياً بموجب الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 الملغى إذ تنص المادة 152 فقرة 02 منه: "تشكل في كل وزارة بقرار لجنة

¹ قرام ابتسام، المرجع السابق، ص. 275.

² بوضياف عمار، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص. 159.

استشارية تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية من عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية.

وأن الإجراءات أمام هذه اللجنة هو واجب يسبق كل دعوى قضائية ."

وهناك من الفقه يرى نقطة مهمة تتعلق بمدى تطبيق المادة 152 من الأمر 67-90 على نزاعات الإبرام، بأنه لا يمكن تعميم مصطلحات المادة السابقة على جميع الحالات، ويبرر هذا بالمادة 155 من نفس الأمر، أعطت الحق بممارسة هذا النوع من الطعن لصاحب الصفقة، المتعهدين الثانويين والموصيين الثانويين فقط، ويرى نفس الأستاذ أن القانون الجزائري قد أهمل لفترات طويلة النزاعات المتعلقة بمرحلة الإبرام¹.

لكن بصدور المرسوم الرئاسي 02-250 بتاريخ 24 جويلية 2002 الملغى أصبح التظلم في مواد الصفقات العمومية جازيا بحيث نصت المادة 101 منه بقولها: " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن المتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في اطار إعلان مناقصة، أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ المحددة في المادتين 121، 130... " وجاءت تقريبا بنفس الصياغة في المرسوم الرئاسي 10-236 بموجب المادة 114.

وحوصلة لما سبق أن المشرع أكد على جوازية التظلم في الصفقات العمومية بالموازاة مع ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث أصبح التظلم غير إلزامي في المنازعات ذات الصبغة الإدارية بجميع أنواعها²، فعدم قيام المتعهد بالطعن الإداري لا يؤدي إلى عدم قبول الدعوى الإدارية، لأن التظلم ليس شرطا من شروطها³، على عكس ما كان ينص عليه الأمر 66-154 المؤرخ في 08

¹BENNADJI Chérif, Des comités de règlement amiable au médiateur des marches publics, les annales, université d'Alger 01, N °3, 2014, p. 284.

² راجع المادة 830 ف 01 من قانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في أجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه".

³ راجع المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بشروط رفع الدعوى المعدلة.

جوان 1966 المعدل والمتمم عدة مرات والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية - الملغى - إذ اعتبر التظلم شرطاً لقبول الدعوى.

وفي الحالة العكسية وجب على المتعهد التقيد بشروطه، والتي أهمها شرط الميعاد والذي يمكن تعريفه: أنه تلك الفترة الزمنية المحددة قانوناً لرفع الطعن الإداري، وقبوله من قبل الجهة الإدارية المختصة، وهذه الفترة الزمنية المحددة قانوناً، هي تلك المدة الواجب مراعاتها لحماية المراكز القانونية واستقرار الأوضاع¹.

يختلف انطلاق الأجل لحساب ميعاد الطعن بحسب طبيعة القرار الإداري محل الطعن ففي القرارات الإدارية المتعلقة بالمنح المؤقت للصفقة، يبدأ حساب الآجال من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في بوابة الصفقات العمومية، أو في الصحافة ويمدد أجل الطعن إذا تزامن اليوم العاشر (10) مع يوم راحة قانونية أو عطلة إلى اليوم الموالي، فبعد انقضاء هذا الأجل لا يجوز للشخص اللجوء إلى التظلم كما جاء في فحوى المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247².

أما فيما يخص القرارات الإدارية المتعلقة بإلغاء المنح المؤقت للصفقة، إعلان عدم الجدوى، أو إلغاء الإجراء، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام المرشحين أو المتعهدين بقراراتها، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على مبررات هذا القرار، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام، ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه لتبليغهم هذه النتائج كتابياً، ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين أو المتعهدين³.

خلاصة القول أن المرسوم الرئاسي 15-247 جاء بتسهيلات في مجال الطعن وهذا بمقارنته بالمرسوم الرئاسي 10-236، بحيث في حالة إرسال طعن إلى لجنة الصفقات عن طريق الخطأ،

¹ رحماني راضية، المرجع السابق، ص. 52.

² راجع المادة 82 ف 03 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، السابق ذكره.

³ راجع المادة 82 ف 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

فيجب على رئيس هذه اللجنة أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، ويخبر المتعهد المعني بذلك ويأخذ بعين الاعتبار عند دراسة الطعن تاريخ استلامه الأول¹.

وجب التنويه أن نفس الإجراءات السابقة الذكر يتبعها أشخاص القانون الخاص عندما يكون التمويل من طرف الدولة أو إحدى المؤسسات العمومية المحلية، وأن القانون 12-23 لم يحدد بعد طرق خاصة للطعون، بحيث تم النص عليه في مادة وحيدة، في انتظار صدور المراسيم التنفيذية.

ثانيا: تنظيم لجان الصفقات العمومية المختصة للنظر في الطعون المقدمة في مرحلة الإبرام

حتى يقبل الطعن وجب أن يقدم أمام الجهة الإدارية المختصة، لهذا أوجبت المادة 56 من القانون 12-23، السالف ذكره، أن يقدم الطعن من قبل المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة العمومية، أو إلغائه، أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التفاوض بعد الإستشارة، بعكس المادة 82 ف 02 من المرسوم 15-247، فقد أشارت إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة بدراسة الطعن في قرار المنح المؤقت للصفقة فقط، أما باقي القرارات المنفصلة والمذكورة في المادة 82 فلم تشر إلى كيفية معرفة اللجان التي تختص بالنظر في طعونها، الشيء الذي يؤدي للعودة إلى باقي أحكام تنظيم الصفقات العمومية.

لقد بينت المادة 82 ف 11 أن اختصاص لجنة الصفقات العمومية بالنسبة للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 06 يكون لدى لجان القطاعية أو البلدية أو الولائية وفق الحدود المرسومة لكل لجنة، وبالتالي يكون اختصاص اللجان في صفقات العمومية المبرمة من قبل القانون الخاص بحسب طريقة التمويل إذا كان تمويل مركزي أو من قبل مصالح الولاية أو البلدية، على أن عقود الإشراف المنتدب تكون وفقا للحدود المالية وفقا للمادتين 173 و 184 على التوالي.

تحدد لجان الصفقات العمومية المختصة بالنظر في الطعون حسب المادتين 169، 182، 172 من المرسوم في كل من اللجنة القطاعية للصفقات العمومية ولجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة.

¹ المادة 82 ف 06 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

تنص المادة 101 من القانون 23-12 المتعلق بالقواعد المحددة للصفقات العمومية بأنه: "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة، لجنة صفقات عمومية، تختص بدراسة مشاريع دفاتر الشروط، والصفقات والملاحق، ومعالجة الطعون، عند الإقتضاء حسب الكيفيات المحددة في المادة 56 من هذا القانون". فلجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة الوحيدة المخولة للنظر في الطعون المقدمة من قبل المتعامل الإقتصادي، مهما كان نوعها سواء الاحتجاج على المنح المؤقت للصفقة العمومية أو إلغائه، أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التفاوض بعد الاستشارة، بعد أن كانت لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة مؤهلة بالنظر في طعون الخاصة بالمنح المؤقت، دون باقي التي كانت من اختصاص اللجان القطاعية والمحلية حسب الحالة، ونتج عنها إشكال في عقد الاختصاص.

لهذا تعد المادة 56 من محاسن التي جاء بها المشرع، لتعداد جل أنواع الطعون التي يمكن للجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة النظر فيها.

ثالثا: النتائج المترتبة عن الطعن أمام لجان الصفقات العمومية

تعد لجنة صفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة، مركز اتخاذ القرار فيما يخص الرقابة على الصفقات العمومية، وفي سبيل ذلك تنتظر في الطعون المرفوعة إليها من قبل المتعهدين¹. وتسري أعمال هذه اللجان وفق النظام الداخلي النموذجي الذي تصادق عليه اللجنة القطاعية، ويتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي ولحد الساعة لا يوجد مرسوم تنفيذي يحدد عمل هذه اللجان في ظل تطبيق المرسوم الرئاسي 15-247.

لقد بينت المادة 112 من القانون 23-12 أنه تبقى الأحكام التي تدخل ضمن المجال التنظيمي سارية المفعول إلى غاية نشر النصوص التنظيمية الجديدة المتخذة تطبيقا لأحكام هذا القانون، بالتالي وجب الرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247، الذي بدوره لم يحدد النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، وجب الرجوع للنصوص المتخذة وفقا للمرسوم الرئاسي 10-236 تعتبر سارية المفعول إلى غاية صدور نصوص جديدة متخذة تطبيقا للمرسوم الحالي، وعليه فإن سير أعمال لجان

¹بوضياف عمار، المرجع السابق، ص.69.

الصفات تخضع للمرسوم التنفيذي 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية¹.

كما أن المادة 56 لم تحدد مهام لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة، من ناحية الإجراءات، لهذا وجب الرجوع للمادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، يحق للمتعهدين الطعن فيها خلال أجل عشرة (10) أيام من نشرها بالنسبة لقرار المنح المؤقت للصفقة، وخلال عشرة (10) أيام من تبليغها برسالة موصى عليها بالنسبة لباقي القرارات الأخرى، يتم تسجيل الطعن على مستوى الكتابة الدائمة للجنة².

تقوم اللجنة تحت سلطة رئيسها باستدعاء أعضاء اللجنة مع إرفاق هذا الاستدعاء بالمذكرة التحليلية والتقرير التقديمي، كما يتم إرسال الملفات إلى المقرر المعين من قبل رئيس اللجنة.

يتم انعقاد الاجتماع بعد ثمانية (08) أيام من إرسال الاستدعاء وفي حالة الملفات المستعجلة مثل الطعون المتعلقة بمرحلة الإبرام فيتم خفض مدة ثمانية (08) أيام إلى أقل من يومين (02)³.

تجتمع اللجنة في جلسة غير علنية وتدرس الطعون خلال مدة أقصاها خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ انقضاء عشرة (10) أيام التي يمارس فيها المتعهد حقه في الطعن⁴.

يتم المصادقة على الرأي المتعلق بملف الطعن بعد عملية التصويت التي تجري عن طريق رفع اليد، بحيث تعتمد نتيجة عملية التصويت بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين وفي حالة تعادل الأصوات يرجح صوت الرئيس، كما أن النتيجة التي يخرج بها هذا الطعن هو مجرد رأي يمكن أن تأخذ به المصلحة المتعاقدة كما يمكنها تجاهله.

ويستنتج مما سبق لجان الصفقات لها دور استشاري فقط وبالتالي ماهي الفائدة من هذا النوع من الطعون، إذا لم يلزم المصلحة المتعاقدة، ولكن المرسوم الرئاسي 15-247 قد عزز من مكانة هذه الطعون عن طريق إصدار لجان الصفقات العمومية لقرارات في أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء

¹راجع المرسوم التنفيذي 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011، ج.ر. المؤرخة في 13 مارس 2011، العدد 16، ص. ص. 17-7.

² المادة 12 من المرسوم التنفيذي 11-118، السالف ذكره.

³ المادة 37 من المرسوم التنفيذي 11-118، السالف ذكره.

⁴ المادة 16 من المرسوم التنفيذي 11-118، السالف ذكره.

من تاريخ انقضاء أجل عشرة(10) أيام المتعلقة بالطعن ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة وصاحب الطعن.

عندما تقرر لجنة الصفقات المختصة بأن طعنا ما مؤسس تأخذ المصلحة المتعاقدة في الحسبان، قرار اللجنة وتواصل تقييم العروض، في ظل احترام أحكام تنظيم الصفقات العمومية كما جاء في المادة 195 من التنظيم.

بالرغم من ايجابيات التي جاء بها القانون 23-12 وكذا المرسوم الرئاسي 15-247 بحيث تم توضيح وتفصيل حالات اللجوء إلى الطعن، وتكريس آليات المنافسة، من خلال امكانية نشر الإعلان عن المنح المؤقت في بوابة الصفقات العمومية، إلا أنه على مشرع التدخل لتوضيح شروط والاجراءات الخاصة بهذه اللجنة، ووجب أن يصبح رأي لجان له القوة الملزمة مع عدم الإضرار بالنفع العام والمصلحة العامة.

الفرع الثاني: تسوية منازعات الصفقات العمومية في ظل قانون المنافسة

بموجب التعديلات الطارئة على الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 تم توسيع من تنظيم المنافسة في الجزائر ليشمل الصفقات العمومية، هذا بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 حيث نصت المادة 2/2 منه على مايلي: " تطبق أحكام هذا الأمر على ... الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة"¹.

وهي خطوة تحسب للمشرع بتوسيعه مجال تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، فإذا كانت المصلحة المتعاقدة مجبرة باحترام مبادئ الشفافية، المساواة بين المرشحين، حرية الوصول للطلبات العمومية في حالة التمويل من قبل الخزينة العمومية²، فهي ملزمة أيضا في حالة التمويل من

¹ ووجب التنويه أن التشريع الفرنسي وسع من تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية بموجب قرار مجلس الدولة بتاريخ 03 نوفمبر 1997 .

² راجع المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره، من باب المقارنة تشريعات كثيرة تنص على الأخذ بالمبادئ المنافسة منها: التشريع الفرنسي بموجب المادة 1 ف 02 من التنظيم الصفقات العمومية التي تنص: « Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

التشريع المغربي بموجب المادة 01 من المرسوم 2.12.349 الصادر في 08 جمادى الأولى 1434 (20مارس 2013)يتعلق بالصفقات العمومية،ج.ر. المؤرخة في 04 أبريل 2013، العدد 6140، ص3023 ومايليها، التي

غير الدولة أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية¹، ولزوما عليها التحقق من عدم خلق الممارسات منافية للمنافسة.

لهذا وجب التطرق أولاً لبيان الممارسات المنافسة لصورها بالنسبة للصفقات العمومية ثم كيفية تدخل مجلس المنافسة في وضع حد لهذه الممارسات.

أولاً: صور الممارسات المنافسة للمنافسة

تنص المادة 06 من الأمر 03-03 على الممارسات المنافسة للمنافسة: "تحظر الممارسات والأعمال والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو ممارسة الأنشطة التجارية.

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.

- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين.

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.

- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافسة.

- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

تنص: "يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ التالية: حرية الولوج إلى الطلبية العمومية، المساواة في التعامل مع المتنافسين، ضمان حقوق المتنافسين، الشفافية في اختيار صاحب المشروع... من شأن هذه المبادئ أن تمكن من تأمين الفعالية في الطلبية العمومية وحسن استعمال المال العام. وتتطلب تعريفاً قسماً لحاجات الإدارة واحترام واجبات الإشهار واللجوء إلى المنافسة...". وجاءت تقريبا بنفس الصياغة في التشريع التونسي الأمر 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بموجب الفصل 06 منه.

¹راجع المادة 08 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

لقد عمد المشرع على وضع تعريف موسع يشمل كل تصرف يتضمن توافق للإرادات أيا كان الشكل القانوني الذي تظهر به، في قوله تحظر الاتفاقات مهما كان شكلها سواء صريحة أو ضمنية، إن الممارسات المخلة بالمنافسة تتخذ صورتين، إما شكل ممارسات هيكلية وممارسات سلوكية¹، وبيانها كالتالي:

1- الممارسات الهيكلية المنافسة للممارسة

تأخذ الممارسات الهيكلية إحدى الصور التالية:

أ- التجمع

تعد التجميعات الاقتصادية من ضرورات التي فرضتها الحياة الاقتصادية، بحيث تعد من الحلول لتحقيق المشاريع الصغيرة والمتوسطة على أرض الواقع، خصوصا وجود سيطرة للمؤسسات الضخمة على الأنشطة، هذا ما دفع المشرع بالنص عليها في تنظيم الصفقات العمومية²، وكذا قانون المنافسة بموجب المادة 15 منه، الذي يرى أن التجميع الاقتصادي يتحقق في حالة اندماج مؤسستين مستقلتين أو أكثر، أو في حالة الحصول على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات، وفي حالة إنشاء مؤسسة مشتركة العمومية.

وقد تأثرت المادة 81 من المرسوم الرئاسي 15-247 بمفهوم التجميع من قانون المنافسة بحيث يخضع التجميع في مجال الصفقات العمومية لشكلين يمكن للمرشحين أن يتقدموا به، إما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة، أو تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة.

في حين تنص المادة 55 من القانون 23-12 السالف ذكره: "يمكن للمرشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة."

¹ تنقسم الممارسات المنافسة للمنافسة إلى ممارسات عمودية وأخرى أفقية، يقصد بالممارسة الأفقية تلك التي تتم ما بين المؤسسات المتنافسة لنيل الصفقة العمومية، أما الممارسات العمودية فهي تلك الممارسات التي تكون ما بين المصلحة المتعاقدة والمؤسسات المتنافسة.

² تنص المادة 37 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى صفقة إما فرادى أو في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما هو محدد في المادة 81 أدناه."

يمكن للمرشحين والمتعهدين، في اطار تجمع مؤقت لمؤسسات، أن يقدموا في شكل تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة أو تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة. غير أنه إذا اقتضت طبيعة الصفقة العمومية ذلك، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلزم المرشحين والمتعهدين في دفتر الشروط أن يتأسسوا في تجمعات مؤقتة لمؤسسات متضامنة".

لقد أشار القانون الجديد لاحترام قانون المنافسة بصريح العبارة في نص القانوني، مع احتفاظ بأنواع التجمع المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 أي تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة، أو تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة من دون تقديم أي تعريف، غير أنه أضاف عبارة أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة على غير العادة ، أن تلزم المتعهدين بإنشاء تجمعات مؤقتة لمؤسسات متضامنة في دفتر الشروط وهي سابقة جديدة في نصوص الصفقات العمومية، جاءت لخلق مؤسسات فعالة من أجل تحقيق الطلب العمومي.

عرفت المادة 81 من المرسوم الرئاسي 15-247 التجمع المؤقت لمؤسسات متضامنة: أنه حالة التزام عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة، أما عن التجمع المؤقت لمؤسسات متشاركة: فيكون حينما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمات التي وضعت على عاتقه.

يظهر الجانب الايجابي للتجمع من خلال تحقيق أهداف اقتصادية مشتركة فيضمن مشاركة المؤسسات الصغيرة ومواجهتها للشركات الكبرى، كما تحمل جانبا سلبيا إذا كان الهدف من التجمع خلق وضعيات منافية للمنافسة وهذا ما أشارت إليه المادة 17 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم¹، كما أن التجميع يشكل خطرا في حالة وصلت نسبة المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة الأربعين بالمئة (40%) من الإجمالي، لهذا أوجب المشرع مراقبة التجمعات الاقتصادية من قبل مجلس المنافسة لتفادي الآثار السلبية، لينظر فيها خلال ثلاثة (03) أشهر من تقديمها.

¹تنص المادة 17 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، السالف ذكره: "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية مؤسسة على سوق ما...".

ب-تحصيل الصفقات العمومية

يمكن اللجوء إلى تحصيل الصفقات العمومية من أجل تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، وذلك حسب طبيعة وأهمية المشروع من حيث المزايا المالية، والتقنية وتخصص المتعاملين الاقتصاديين، هذا ما جاء في فحوى المادة 31 ف 02 من تنظيم الصفقات العمومية.

فالتحصيل: هو التقنية التي تسمح بتجزئة حاجات المصلحة المتعاقدة إلى مجموعة منفصلة تسمى حصص، كل حصة تعتبر وحدة مستقلة يتم تنفيذها من قبل متعامل اقتصادي واحد على الأقل، شريطة عدم وقوع اشكالات تقنية أو اقتصادية¹.

وألزم المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 أن يتم النص على التحصيل في دفتر الشروط ليتمكن كل متعهد من تقديم تعهده وحتى يعرف الحصة التي سوف ينفذها في المستقبل².

إن اللجوء إلى التحصيل يكون في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة³، بحيث تخصص الحصة الوحيدة إلى متعامل اقتصادي، وتخصص الحصص المنفصلة لمتعامل متعاقد واحد أو أكثر، فيكون على المصلحة المتعاقدة أن تقيم العروض حسب كل حصة، كما يمكنها تحديد عدد من الحصص لمتعهد واحد عندما يكون ذلك مبررا⁴، لأن التحصيل الحاجات اختصاص مطلق للمصلحة المتعاقدة، غير أنه يمكن أن تشكل يخلق وضعية هيمنة⁵ على السوق.

للحد من هذه الوضعية أوكل المنظم السلطة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بتقديم اقتراح للمصلحة المتعاقدة برفض عرض مقبول⁶، إذا ثبت أن هناك بعض الممارسات التي تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة على السوق¹، على أن يتواجد هذا الشرط في دفتر الشروط.

¹Laurent RICHER, op.cit., p.447.

²راجع المادة 31 ف 04 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره.

³راجع المادة 31 ف 01 من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق ذكر.

⁴راجع المادة 29 من القانون 12-23، السالف ذكره.

⁵ تعرف وضعية الهيمنة بحسب الأمر 03-03 المنظم للمنافسة المعدل والمتمم، السالف ذكره: "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها امكانية القيام بالتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها".

⁶راجع المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق ذكره.

ج- المناولة

تعد المناولة من أكثر الوسائل القانونية التي تساعد المتعاملين المتعاقدين، على تنفيذ الصفقات العمومية وتساهم في إنجاحها، ولهذا الغرض فإن أغلبية المتعاملين المتعاقدين يلجئون لإبرام عقود المناولة.

وتعرف بأنها رابطة عقدية بموجبها يلزم المتناول بتنفيذ جزء من الصفقة العمومية، بتكليف من المتعامل الاقتصادي، وطبقا للشروط والكيفيات المحددة في التنظيم الجاري به العمل، وتحت مسؤولية المتعامل المتعاقد².

وجب الإشارة أن المنظم استعمل مصطلح "التعامل الثانوي" تقريبا في كل التنظيمات المتعاقبة للصفقات العمومية وتم تغيير المصطلح في المرسوم الرئاسي 15-247 إلى "عقد المناولة"، ولا يزال يحتفظ بنفس التسمية في القانون الجديد القسم الثاني منه³، بموجب المادة 82 التي تنص: " يمكن للمتعاقد منح تنفيذ جزء من الصفقة العمومية لمناول بواسطة عقد المناولة، حيث لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في المائة من مبلغ الصفقة العمومية.

بالنسبة للمؤسسات الأجنبية التي تقدم تعهدات بمفردها، ما لم يكن هناك ما يبرر استحالة ذلك، يجب أن تتعاقد بموجب المناولة على ما يقل عن ثلاثين في المائة من المبلغ الأولي للصفقة مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري".

المادة الحالية لم تقدم أي تعريف للمناولة عدا أنه عقد، وأبقت على نسبة الأربعين في المائة من مبلغ الصفقة العمومية بالنسبة للتعاملات الخاضعة للقانون الجزائري ، وأضافت فقرة جديدة متمثلة في تحديد نسبة الثلاثين في المائة، بالنسبة للمؤسسات الأجنبية التي تقدم تعهدات بمفردها.

¹ وجب الإشارة أن المقصود من السوق بحسب قانون المنافسة الجزائري المادة 03 فقرة 3: " كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة، وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك متماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها، والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية".

² بوضياف عمار، المرجع السابق، ص. 60.

³ منصوص عليه في القسم الثاني من الفصل الثاني المعنون ب الملحق والمناولة .

لهذا وجب الرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 الذي وبينت مادته 144 البيانات الجوهرية لعقد المناولة والمتمثلة في :

- اسم ولقب وجنسية الشخص الذي يلزم مؤسسة المناولة.
- اسم ومقر مؤسسة المناولة عند الاقتضاء.
- موضوع ومبلغ الخدمات محل المناولة.
- الأجل ومبلغ الخدمات محل المناولة.
- طبيعة الأسعار وكيفيات الدفع وتعيين الأسعار ومراجعتها عند الاقتضاء.
- كيفيات استلام الخدمات.
- تقديم الكفالات والمسؤوليات والتأمينات.
- تسوية النزاعات.

وهي تقريبا البيانات الإلزامية الواجب توافرها في عقود الصفقات العمومية والمنصوص عليها في المادة¹ 95 من المرسوم الرئاسي 15-247.

تعد هذه الطريقة ايجابية لتوسيع ودخول المؤسسات الصغيرة المتوسطة سوق العمل، لكن عرفت انحرافا خطيرا لتصبح من السبل التي ترتكب فيها الممارسات المنافية للمنافسة، من قبل أصحاب العروض.

فصاحب العرض يمكنه تقديم عرض مغري للمصلحة المتعاقدة، وصعب منافسته من قبل المتعهدين الآخرين، ومن بين هذه العناصر السعر الذي يكون منخفضا عن السعر الحقيقي، وأمام هذا العرض لا يمكن لأي عون أن يتصدى لمنافسيه، ومن غير المنطقي أن يقوم المتعامل المتعاقد بإفلاس نفسه، بل أنه سوف يبقى لحد كبير في مأمن عن ذلك، نظرا للاستراتيجية المتوقعة منه والتي

¹راجع المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، السالف ذكره.

مفادها استرجاع ما لحقه من خسارة عن طريق عقود المناولة، التي يبرمها مع الأعوان الآخرين لتنفيذ أجزاء من الصفقة العمومية، والتي ستضمن له استرجاع مافاته أو تحمله من خسارة من جهة أخرى¹.

لهذا نص المنظم على تحديد موضوع العقد بجزء من موضوع الصفقة، ولا يمكن أن تتجاوز نسبة أربعين بالمئة (40%) من المبلغ الإجمالي للصفقة، ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة²، ويكون المتعامل هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بصفة ثانوية³، وأجبر المناول إعلان تواجده للمصلحة المتعاقدة، أما في الحالة العكسية تقوم المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعامل المتعاقد في مدة ثمان (08) أيام⁴، وإلا اتخذت تدابير ردية في حقه.

في انتظار صدور النصوص التطبيقية الموضحة للمناولة في الصفقات العمومية، تبقى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 سارية المفعول، لما تحويه من تفصيل لنقطة المناولة.

2- الممارسات السلوكية المنافية للمنافسة

تتمثل أهم الممارسات التي يرتكبها الأعوان الاقتصاديين لتقييد المنافسة في كل من تبادل المعلومات، تقديم العروض التضليلية، تقديم أسعار منخفضة.

أ- تبادل المعلومات لنيل الصفقة العمومية

يعد كل تبادل للمعلومات أثناء تقديم الترشيح من الممارسات المنافية للمنافسة، وتتجلى الصورة غالبا من طرف الموظف القائم بإبرام الصفقات، والذي يعد أهم مصدر لأية معلومة تتعلق بالمنافسين المترشحين لنيل الصفقات العمومية⁵.

¹ قايد ياسين، قانون المنافسة والأشخاص العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1999، ص. 346-347.

² راجع المادة 140 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ونفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

³ راجع المادة 141 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

⁴ راجع المادة 142، المرجع أعلاه.

⁵ رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. 95.

لهذا أولى المشرع في القانون 23-12 عناية كبيرة بموضوع النزاهة، وخصص فصلا كاملا لتفصيل كيفية تفادي طرق غير قانونية للوصول للطلب العمومي معنون بقواعد النزاهة¹، بحيث أوجب أن يصادق على مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان الاقتصاديين² وهو أمر مستحدث ضمن القواعد العامة للصفقات العمومية .

وكما كان عليه الحال في التنظيمات السابقة، بحيث اهتم المنظم بوضعية الموظف العمومي الذي تتعارض مصالحه الخاصة بالمصلحة العامة، فعليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتحى عن مهمة ابرام الصفقة العمومية، كما جاء في فحوى المادة 90 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، في حين أن النص الحالي جاء بكثير من التفصيل بحيث تنص المادة 67 منه: "عندما تتعارض المصالح الخاصة المباشرة و/أو غير المباشرة لموظف أو عون عمومي يشارك في تحضير أو ابرام أو مراقبة صفقة عمومية أو التفاوض بشأنها أو تنفيذها، مع المصلحة العامة ويكون من شأن ذلك تأثير في ممارسته لمهامه بشكل عاد، فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك، كتابيا، ويتحى عن هذه المهمة".

في نفس السياق اتخاذ تدابير وقائية منها أن العضوية في لجنة التحكيم و/أو صفة مقرر في لجنة الصفقات العمومية تتنافى مع العضوية في لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض وذلك بتعلقه بنفس الملف³.

كما تنص المادة 92 من المرسوم الرئاسي 15-247: "لا يمكن المصلحة المتعاقدة، ولمدة أربع (04) سنوات، أن تمنح صفقة عمومية بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما"⁴.

وجب الإشارة أيضا أن المتعهدين يساهمون بطريقة أو بأخرى في تبادل المعلومات حول الصفقات العمومية، لهذا ألزمت المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 على كل متعهد باكتتاب

¹راجع المواد من 65 إلى 71 من القانون 23-12، السالف ذكره.

²راجع المادة 65 من القانون 23-12، السالف ذكره.

³راجع المادة 91 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

⁴لقد أبقى المشرع على نفس الصياغة في نص المادة 69 من القانون 23-12، السالف ذكره عدا المدة التي لا يمكن للموظف سابق ان تمنح له صفقة بحيث أصبحت خمس سنوات بدلا من أربعة.

التصريح بالنزاهة¹، الذي يلتزم بمقتضاه المتعهد بعدم اللجوء إلى أي فعل أو مناورة ترمي إلى تسهيل، أو تفضيل دراسة عرضه على حساب المنافسة الشريفة، كما يلتزم بعدم اللجوء إلى كل فعل أو مناورة، من شأنها تقديم وعد لعون عمومي، بمنح مكافأة أو امتياز بمناسبة تحضير صفقة أو ابرامها أو تنفيذها².

ب- تقديم عروض تضليلية

يعد الإشهار أو الإعلان³ إلزاميا عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعن طريق الصحافة المكتوبة والصحافة الالكترونية المعتمدة، يقوم المترشحون للصفقة العمومية بإيداع عروضهم في الآجال المحددة، من أجل تقييمها لاختيار المتنافس الذي تتوفر فيه شروط تنفيذ الصفقة، وفترة الإعلان عن المنافسة يمكن أن تتخللها العروض المقيدة للمنافسة أهمها: "العروض المقنعة" و"العروض الاستكشافية" فيقصد بالأولى تلك العروض التي لا تتوفر على الشروط الفعلية للتباري من أجل نيل الصفقة، فهي تأتي لهدف إيهام المصلحة المتعاقدة بوجود المنافسة، فأيداعها ما هو إلا طريقة لتبادل المعلومات بين المؤسسات.

أما العروض الاستكشافية: فهي تلك العروض التي تودعها بعض المؤسسات، لا تهدف من خلالها للتنافس من أجل نيل الصفقة، بل تأتي من أجل التعرف على استراتيجية المشتري العمومي.

ج- تقديم أسعار منخفضة

الأصل في تحديد الأسعار حريتها اعتمادا على قواعد المنافسة⁴، غير أن هناك كثيرا من يتعمد إلى تخفيض الأسعار من أجل الاستحواذ على الصفقة العمومية.

¹ راجع المادة 66 من القانون 23-12، السالف ذكره.

² راجع القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 المحدد لنماذج رسالة التعهد، التصريح بالاكنتاب، التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح ج.ر المؤرخة في 16 مارس 2016، العدد 17، ص. ص. 15-34.

³ راجع المادة 61 من تنظيم الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 15-247، التي تبين حالات اللجوء للإشهار الصحفي الإلزامي، وفي ذات المعنى راجع المادة 46 من القانون 23-12، السالف ذكره.

⁴ راجع المادة 04 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف ذكره.

وتحظر المادة 12 من الأمر 03-03 عرض أسعار أو ممارسة بأسعار منخفضة، ويشكل تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات، تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة، أو عرقلة أحد منتوجاتها الدخول إلى السوق.

إن تحديد الأسعار المنخفضة يقوم على ثلاثة عناصر وهي: أن السعر موضوع النظر لا بد أن يكون سعر بيع المستهلك، وأن يكون مستوى سعر المنتج ليس بالحققي، بالنظر إلى تكاليف الإنتاج وتحويل والتسويق، وأن يعكس السعر إرادة تقييد المنافسة.

وجب التنويه أن المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 منحت للجنة فتح الأطراف وتقييم العروض أن تطلب من المتعامل الاقتصادي الذي قدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية والتقنية، أن يقدم تبريرات والتوضيحات في حالة تقديمه لعرض مالي منخفض بشكل غير عادي.

ثانياً: اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في التقييدات المتعلقة بالصفقات العمومية

نصت المادة 34 من القانون المنظم للمنافسة، أنه على مجلس المنافسة النظر في الممارسات والأعمال المرفوعة إليه، منها ما يدخل ضمن إطار المادة 06 التي منعت الممارسات المقيدة للمنافسة حينما تسمح بمنح صفقة عمومية بطريقة مقيدة.

1- مجال اختصاص مجلس المنافسة

إن تدخل مجلس المنافسة يكون في مرحلة الإبرام أي مرحلة طلب العروض تطبيقاً للمادة 02 من الأمر 03-03 السالف ذكره، مع عدم إعاقة هذه الممارسات لنشاط المرفق العام وأداء السلطة العامة، ومن المظاهر المكرسة للتنافس في مرحلة الإبرام نجد علانية المعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية في مختلف المراحل التي تمر بها منذ الإشهار عن المنافسة لغاية اختيار المتعامل المتعاقد¹.

¹ وجب التنكير أن عملية إبرام الصفقات العمومية تمر بالمراحل التالية : إعداد دفتر الشروط-أحالة دفتر الشروط على لجنة الصفقات العمومية المختصة للمصادقة عليه-مرحلة الإعلان في الجرائد ونشرة الصفقات العمومية -مرحلة ايداع العروض-مرحلة فتح الأطراف ودراسة العروض-الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة-الإعلان عن المنح النهائي للصفقة.

راجع الفصل الثاني من الباب الأول من الدراسة.

من المعلوم بأن مصطلح إجراء طلب العروض جاء بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 وهذا بعد أن كان المصطلح المستعمل في المرسوم الرئاسي 10-236 هو المناقصة فجاء صياغة في الأمر 03-03 كمايلي: "تطبق أحكام هذا الأمر على ...

الصفات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفحة غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحية السلطات العمومية".

فامتداد اختصاص مجلس المنافسة بنظر الممارسات المتعلقة بإجراء المناقصة، جاء في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى لذا وجب تدخل المشرع من أجل تعديل مضمون الأمر 03-03.

2-الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة لأجل النظر في الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفات العمومية

يتميز مجلس المنافسة الذي يعد هيئة إدارية مستقلة¹،بحرية اختيار أصحاب الشأن في اللجوء إلى رفع المسألة عليه، أو عرضها مباشرة على القضاء، فلا يوجد ما يجبر المتضرر على عرض إشكاله أمام مجلس المنافسة، كما جاء في نص المادة 48 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

على خلاف القانون الفرنسي الذي أنشأ سلطة منافسة بموجب قانون تجديد الاقتصاد رقم 2008-776 المؤرخ في 04 أوت 2008²، خلفا لمجلس المنافسة الذي تم إنشاؤه بالأمر 01 ديسمبر³1986.

فاختيار الشخص لرفع تظلمه أمام مجلس المنافسة وجب احترام إجراءات معينة.

أ- شرط رفع الإخطار أمام مجلس المنافسة

إن الادعاء أمام مجلس المنافسة لا يختلف عن الادعاء أمام الجهات القضائية، على الأقل من حيث جوهره، وجب توافر في المدعي الشروط العامة لرفع الدعوى أمام القضاء، خاصة الصفة والمصلحة، وبالرجوع للمادة 44 ف 01 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي تقابلها المادة

¹ راجع المادة 23 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم، السالف الذكر،والتي تقابلها المادة 1-461من القانون التجاري الفرنسي.

²La loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 04 aout 2008,J.O.R.F,n°518/608.

³ L'ordonnance n°86-1243 du 01 novembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, J.O..R.F du 9/12/1986 (abrogée).

L.462-5 من القانون التجاري الفرنسي¹، تظهر كيفية التي يتم بها الإخطار والتي تتنوع بحسب الأشخاص التي تقوم بها.

فإما أن يخطر المجلس من تلقاء نفسه ويعرف بالإخطار التلقائي، أو أن يتم من قبل الوزير المكلف بالتجارة ويعرف بالإخطار الوزاري، كما يمكن لكل مؤسسة لحقها ضرر من جراء إخلال مؤسسة أخرى بالمنافسة الحق في إخطار مجلس المنافسة، إضافة إلى الجماعات المحلية، الهيئات الاقتصادية والمالية، المؤسسات، الجمعيات المهنية النقابية، وكذا الجمعيات حماية المستهلكين²، إذا كان لها مصلحة في ذلك.

وبالتالي وجب توفر شرطين للإخطار وهما: الصفة التي تعد من الشكليات الضرورية لتحريك الإجراءات، وكذا المصلحة التي تتراوح بين المصلحة الشخصية والمصلحة العامة بحسب طبيعة الشخص المختر، وجب أن تكون المصلحة شخصية، مباشرة، وكذا مشروعة بالنسبة للمؤسسات المتضررة من الممارسات المنافسة للمنافسة، فلا يمكن لأي شخص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، أن يتقدم بإخطار أمام مجلس المنافسة محتجا بحماية مصلحة غير شخصية.

مهما كانت الهيئة المخطرة لمجلس المنافسة، فإن إخطارها لا يكتمل إن لم يستوف الاجراءات الشكلية المحددة قانونا، وإن كان قانون المنافسة لم يحدد الشكل الذي يتم فيه الإخطار، لكن تم تنظيمه بموجب المرسوم الرئاسي 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996 المحدد لنظام الداخلي لمجلس المنافسة³.

¹Art. L462-5 de code de commerce français : «I- l'autorité de la concurrence peut être saisie par le ministre chargé de l'économie de toute pratique mentionnée aux articles L420-1,L420-2 et L420-5, ou de fait susceptible de constituer une telle pratique , ainsi que des manquements pris en applications de l'article L430-7-1 ou pris en application des décisions de concentrations intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la réglementation de la concurrence.

II-Pour toute les pratiques mentionnées aux articles L.420-1, L.420-2, L.420-5, l'autorité de la concurrence peut être saisie par les entreprises, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes mentionnés au deuxième alinéa de l'article L.462-1.

III-le rapporteur général peut proposer à l'autorité de la concurrence de se saisir d'office des pratiques mentionnées aux I et II et à l'alinéa L.430-8 ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentrations intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régularisation de la concurrence. »

²المادة 44 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم تحيل لنص المادة 35 ف2 من نفس الأمر من أجل تحديد الأشخاص المخول لها حق رفع الإخطار.

³المرسوم الرئاسي 96-44 المؤرخ في 17جانفي 1996 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة،ج.ر. المؤرخة في

يتميز شكل الإخطار المقدم إلى مجلس المنافسة بشبهه الكبير للشكل الذي تقدم فيه الدعاوى الإدارية، إذ يجب أن يكون بعريضة مكتوبة¹، أن تحمل البيانات التي تحدد هوية المخاطر طبقاً للمادة 16 ف04 من المرسوم الرئاسي 96-44: "وتبين العريضة عندما يكون العارض شخصاً طبيعياً، اسمه، لقبه، مهنته وموطنه، عندما يكون العارض شخصاً معنوياً شكله ومقره والجهاز الذي يمثله".

ويجب توافر هذه البيانات أيضاً فيمن يتهم بالممارسات المناهضة للمنافسة، وتخلف هذه الشروط يؤدي لعدم قبول الإخطار، إضافة إلى عناصر أخرى منها ما نصت عليه المادة 44 ف2 من الأمر 03-03 "يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه..."

كما يمكن لمجلس المنافسة رفض الإخطار في حالة تقادم الدعوى، أما في حالة ما إذا كانت كل الشروط يصدر مجلس المنافسة القرارات المناسبة.

أما عن قرارات مجلس المنافسة فرجوعاً لنص المادة 34 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم، يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ والاقتراح وإبداء الرأي، بمبادرة منه بطلب من الوزير المكلف بالتجارة، أو كل طرف معني في أي مسألة، أو أي عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة.

ب-القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة

تتنوع القرارات صادرة عن مجلس المنافسة، بشأن الممارسات المقيدة للمنافسة، وقرارات صادرة بشأن التجمعات الاقتصادية.

- القرارات المتخذة بشأن الممارسات المقيدة للمنافسة

21جانفي 1996، العدد 05 ، ص. ص. 4-8.

¹ راجع المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 08 شعبان 1434 الموافق ل 10يوليو 2011 الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر. المؤرخة في 13 يوليو 2011، المادة 08 منه التي تنص: " يخطر مجلس المنافسة بعريضة مكتوبة ترسل إلى رئيس المجلس.

تحدد كليات إخطار المجلس بموجب نظامه الداخلي."

تختلف التصنيفات بحسب المراحل التي تمر بها الممارسات المقيدة للمنافسة¹، إما باتخاذ تدابير مؤقتة، كما جاء في نص المادة 46 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم: "يمكن لمجلس المنافسة، بطلب من المدعي أو الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة".

يستنتج من نص المادة أن لمجلس المنافسة سلطة القيام بالتحقيق في موضوع الادعاء، غير أنه وفي بعض القضايا يستوجب الأمر اتخاذ بعض التدابير المؤقتة، التي تعد حلولاً وقائية، لها طابع مؤقت لغاية الفصل في الموضوع.

أو عن طريق إصدار الأوامر تنص المادة 45 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم: "يتخذ مجلس المنافسة أوامر معلقة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعاينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من اختصاصه".

ما يستخلص من المادة المذكورة آنفاً أن مجلس المنافسة يملك صلاحية إصدار الأوامر المعلقة، بهدف وقف الممارسات المنافية للمنافسة، وهو عكس التدابير المؤقتة التي لها طابع ظرفي أي مؤقت، فالأوامر المعلقة لها طابع دائم.²

وجب التنكير أن لمجلس المنافسة سلطة توقيع العقوبات، في حالة ارتكاب أعمال منافية للمنافسة، وتنص المادة 62 مكرر 1 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم: "تقرر العقوبات المنصوص عليها في أحكام المواد من 56 إلى 62 من هذا الأمر، من قبل مجلس المنافسة على أساس معايير متعلقة، لاسيما بخطورة الممارسة المرتكبة، الضرر الذي لحق بالاقتصاد، والفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة.

ومدى تعاون المؤسسات المتهمه مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق".

¹راجع المواد 45-46 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

²رحماني راضية، المرجع السابق، ص. ص. 119-120.

كما يملك مجلس المنافسة سلطة توقيع عقوبات في حالة عدم تنفيذ الأوامر، والتدابير المؤقتة، تتمثل في الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير، إضافة إلى عقوبات مالية¹، ونشر قرار مجلس المنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة، وكذا وسائل إعلامية أخرى².

- القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة المتعلقة بالتجمعات الاقتصادية

رجوعاً لنص المادة 19 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم يجوز لمجلس المنافسة، أن يرخّص بالتجميع أو يرفضه بمقرر معلل، هذا بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني به التجميع، يتخذ قرار الرفض إذا كان من شأن التجميع المساس بالمنافسة، كما يمكن الطعن في قرار الرفض أمام مجلس الدولة³، علماً بأن المشرع أوقع عقوبات في حالة القيام بتجمعات غير مرخصة من طرف مجلس المنافسة⁴.

المطلب الثاني: تسوية منازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ

إن الهدف من إبرام الصفقات العمومية هو تجسيد المشاريع وبرامج التنمية على أرض الواقع، لكن قد تحمل رخص البرامج⁵ نقصاً في التمويل، خصوصاً إذا طال أمد المشروع لسبب أو لآخر، لهذا وجدت حلول إدارية، من أجل تحقيق الهدف الأسمى هو تفعيل الصفقة على أرض الواقع، لهذا سوف يتم التطرق إلى الملحق في فرع أول ثم إلى إعادة صياغة الأسعار في فرع ثان، ثم يتم التطرق إلى لجنة التسوية الودية.

الفرع الأول: الملحق

إن سلطة التعديل التي تتمتع بها الإدارة إزاء المتعاقد معها، تعتبر من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقد الإداري عن نظام العقد المدني، فالأخيرة تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون، كما نصت عليه المادة 106 من

¹راجع المواد 58-59 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، السالف الذكر.

²راجع المادة 49 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم، المذكور أعلاه.

³راجع المادة 19 ف 03 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم، السالف الذكر.

⁴راجع المادة 61 من الأمر 03-03، السالف الذكر.

⁵وجب الرجوع لنص المادة 31 ف 04 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتعرف رخص البرنامج بأنها اعتمادات مالية إجمالية تمثل التكلفة التقديرية لكل عملية استثمارية مدرجة ضمن ميزانية التجهيز المدونة في المخطط الاقتصادي الذي تنوي الدولة تنفيذه خلال مدة زمنية معينة غالباً ما تحدد بخمس سنوات.

القانون المدني الجزائري، بينما العقود الإدارية يجوز للإدارة أثناء تنفيذ العقد أن تعدل من مدى الالتزامات المتعاقد معها، وذلك بإجراء صادر من جانبها لوحدها.

للتعرف على هذه الوسيلة القانونية من الحلول الإدارية وجب أولاً ضبط تعريف للملحق وبيان شروطه وأنواعه وهو ما سوف يتم عرضه فيما يأتي:

أولاً: تعريف ملحق الصفقة العمومية

بما أن المنظم تدخل ووضع تعريفاً خاصاً بالملحق، لهذا سوف يتم تقديم التعريف القانوني ثم التعريف الفقهي.

1-التعريف القانوني

يعد موضوع الصفقات العمومية من المواضيع الجد حساسة لهذا تدخل المشرع، في كثير من النقاط القانونية المتعلقة به، ووضع تعاريف بالرغم من أنه مجال مخصص للفقهاء، والملحق من النقاط التي حدد لها تعريفاً في كل التنظيمات السابقة تقريباً¹، وذلك على نقيض المشرع الفرنسي الذي لم يعرف الملحق بل بين شروطه في المادة 20 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2016².

أما المشرع التونسي فعرف الملحق في الفصل 02 المطة الثالثة من تنظيم الصفقات العمومية التونسي واعتبره: "عمل تعاقدى يتم بمقتضاه تنقيح أو اتمام بعض بنود الصفقة الأصلية"³.

وقد أجمعت كل التنظيمات المتعاقبة للصفقات العمومية في التشريع الجزائري على تعريف موحد للملحق وسوف يتم تقديم أهم التعاريف التي أشارت إليها التنظيمات كمايلي:

¹لم يتطرق الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية (الملغى) والذي يعد أول قانون في الجزائر نظم موضوع الصفقات العمومية تعريفاً للملحق بل اكتفى بالإشارة إليه في بعض المواد المتعلقة باختصاص اللجنة المركزية للصفقات وهي المواد 15-16-78-123.

²Art. 20 du code des marches publics français : «**En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.**

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni changer l'objet ». Consulté le 27-06-2018 par le cite électronique: [institut français d'information juridique / droit.org](http://institut.francais.d'information.juridique/droit.org).

³ انظر الأمر 1039 المؤرخ في 13 مارس 2014 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، مطلع عليه من موقع المرصد الوطني للصفقات العمومية التونسي، بتاريخ 15-08-2018.

المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي (الملغى)¹، فقد نصت المادة 94 منه: يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية . وعلى أي حال، لا يمكن أن يعدل الملحق جوهر الصفقة.

ويمكن الخدمات التي هي موضوع الملحق أن تغطي عمليات تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي".

أما المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية² المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 والمرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008³ (الملغى) نصت المادة 90 منه على نفس التعريف الذي تضمنته المادة 94 من المرسوم 82-145 السالف ذكره والاختلاف بين التعريفين طفيف جدا باستبدال عبارة شرط أو شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية بالعبارة "بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية"، وكذا عبارة "لا يمكن أن يعدل الملحق جوهر الصفقة بالعبارة:" لا يمكن أن يعدل ملحق الصفقة جوهريا".

المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010⁴ المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية (الملغى)، فقد أشار إلى تعريف الملحق في المادة 103 منه، واحتفظ بنفس التعريف الوارد في التنظيمات السابقة في فقرتها الأولى والثانية، أما الأحكام الجديدة فقد وردت في الفقرة الثالثة من المادة بنصها الآتي: "ومهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف".

³ المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، مرجع سابق، (ملغى).

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، (ملغى).

³ راجع المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج.ر المؤرخة في 14 سبتمبر 2003، العدد 55، ص 6-9، والمرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج.ر المؤرخة في 09 نوفمبر 2008، العدد 62، ص 6-15، (الملغيان).

⁴ المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، (ملغى).

إن يعد الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفحة أبرم على إثر تعديلات تقنية أو إدارية أو مالية محدثة في الصفحة، كما يمثل الملحق اتفاق إضافي للصفحة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفحة أو زيادة خدمات أو تقليلها.

أما المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الذي يلغي المرسوم الرئاسي 10-236، فقد تم النص عليه في القسم الخامس من التنظيم بحيث تنص المادة 135 منه على جوازية اللجوء إلى إبرام الملاحق مع وجوب احترام أحكام هذا التنظيم، حيث احتفظ المنظم بنفس التعريف الوارد في النصوص السابقة، فجاءت المادة 136: "يشكل الملحق وثيقة تابعة للصفحة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها وحتى أنه يمكن تعديل بند أو عدة بنود من الصفحة".

مع تعمق المنظم في بيان حالات اللجوء للملاحق إذ تم إضافة فقرة متعلقة بالتعامل بالعملة الصعبة الذي يجب أن يكون محل شهادة إدارية من إعداد المصلحة المتعاقدة ووجوب إرسال نسخة من الشهادة إلى بنك الجزائر والبنك التجاري المعني¹.

كما أشارت الفقرة الرابعة من نفس المادة لإمكانية اللجوء إلى الأشغال الجديدة خصوصا في صفقات الأشغال وبالتالي تقديم أوامر بالخدمة إضافية بأسعار مؤقتة غالبا ما تكون موضوع مفاوضات بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة ومكتب الدراسات المكلف بعملية المتابعة ونتيجة هذه المفاوضات تقيّد في محضر.

أما فيما يخص صفقات اقتناء اللوازم أو الخدمات فقد خفضت مدة التمديد من أربعة (4) أشهر في المرسوم الرئاسي 10-236 (الملغى)² إلى ثلاث (3) أشهر وتحديد نسبة الزيادة بعشرة (10%) بالمئة.

من خلال النصوص السابقة نلاحظ أن المنظم الجزائري أكد دائما على أن الملحق عبارة عن وثيقة تعاقدية أي دائما يكون مفرغا في شكل مكتوب وهو شأن الأعمال الإدارية القانونية التي تقوم بها الأشخاص الاعتبارية الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية.

¹ راجع المادة 136 ف02 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

² راجع المادة 103 ف03 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى: "...وأن لا يكون نتيجة مماثلة من طرفها، ولا يمكن أن تتجاوز مدة التمديد 4 أشهر".

أما القانون 23-12 فقد أشار للملحق في المادة 81 منه : " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة العمومية المبرمة في إطار أحكام هذا القانون. يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة العمومية. ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق خدمات تكميلية تدخل في الموضوع الإجمالي للصفقة العمومية".

يمكن في الأخير وضع تعريف موحد للملحق بأنه: "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، وأن الدافع الجوهرى من إبرامه، هو تعديل في الالتزامات التعاقدية تعديل يحتمل الزيادة و/أو النقصان و/أو إضافة أعمال تكميلية، شريطة أن يكون لها اتصال مباشر بموضوع الصفقة، قصد إنهاء المشروع طبقا للقواعد الفنية والاقتصادية في آن واحد.

2- التعريف الفقهي

لقد اختلفت آراء الفقهاء في وضع تعريف جامع مانع للملحق، فهناك من عرفه بأنه ليس عقد فريداً أو مستقلاً بذاته، بل له وثيق الصلة بالصفقة الأصلية، ومن خلاله نعرف مجال الزيادة أو النقصان، أو البنود الجديدة أو الأعمال والخدمات الجديدة، أو ما تم التقليل منه في جانب الخدمات¹.

وهناك من عرفه بأنه: "عقد مكتوب يجسد توافق إرادة الأطراف الصفقة والذي يتضمن تعديل واحدة أو أكثر من مواد هذه الأخيرة وطبيعتها الثنائية عبارة عن مواصفات أساسية للملحق"².

هناك من يرى بأن الملحق هو عقد موضوعه تعديل عقد ساري المفعول³، والتعديل على نوعين : تعديل انفرادي وتعديل اتفاقي؛ فالتعديل الانفرادي يكون من جانب الإدارة فقط، أما التعديل الاتفاقي بتوافق إرادة الأطراف المتعاقدة، فالأصل في التعديل الاتفاقي للصفقة أنه لا يثير أي إشكال لوجود اتفاق مسبق بين الأطراف المتعاقدة، وهذا بالمقارنة مع التعديل الانفرادي من جانب الإدارة، باعتبارها سلطة مفترضة ومقررة للإدارة دون الحاجة إلى النص عليها في الصفقة.

¹ بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص. 17.

² Christophe LAJOYE, op.cit., p. 183. « Toutefois, il peut être défini comme un contrat écrit constatant l'accord de volonté des parties au marches et portant modification d'une ou plusieurs clauses de ce dernier son caractère bilatéral est une caractéristique fondamentale de l'avenant ».

³ Laurent RICHER, op.cit, p. 258. « L'avenant est un contrat qui a pour objet de modifier un contrat en cours ».

ثانيا:أنواع الملاحق

يمكن تصنيف الملاحق كمايلي:

أ-ملحق الأشغال المضافة

يمنح قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة امكانية تعديل بنود الصفقة الأولية من خلال الملحق، وتجدر الإشارة أنه من المتكرر في الصفقات العمومية قيام المتعامل بتعديلات على الأشغال دون ترخيص مسبق من المصلحة المتعاقدة، وإن لم يتضمن وتنظيم الصفقات العمومية هذه الحالة، فإن دفتر الشروط الإدارية العامة المصادق عليه في 21 نوفمبر 1964¹ ينص على أن هذه التعديلات مقبولة، ما لم تكن مخالفة لقواعد الفن والذوق السليم، وإذا كانت القياسات تحسب أساسا الاتساعات المنصوص عليها في دفاتر الشروط الخصوصية، وهذه الوضعية قد تسبب اشكالات في التنفيذ، لهذا فإنه أصبح لتنفيذ الصفقة تضمينها، بندا لا يسمح للمتعامل المتعاقد القيام بالتعديلات في الأشغال والخدمات من تلقاء نفسه، إلا إذا اتضح أنها أصبحت ضرورية ولا يمكن الاستغناء عنها.

ويمكن أن يأخذ الملحق إحدى الصور التالية:

- ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة للبنود المتضمنة في الصفقة الأولية

نص تنظيم الصفقات العمومية في المادة 136 أنه من بين حالات التي يبرم فيها الملحق إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها، بحيث تكون غالبا التوقعات التي تم على أساسها إعداد البيان الكمي والتقديري للصفقة غير مطابق للواقع، وهو راجع إما لقصور الدراسات الأولية أو خطأ في التقدير، بل وأحيانا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى تضخيم الكميات المتوقعة، من أجل الحصول على غلاف مالي، مخافة ألا يكفيها المبلغ المدون في رخص البرامج والأمر الذي يجعلها تطالب بإعادة التقييم.

ويعد هذا النوع من الملاحق إلى الأخذ في الحسبان زيادة الأشغال أو تقليلها وتكون مراجعة الأسعار في الملحق بناء على الصيغة المتضمنة في الصفقة الأصلية.

¹ دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل المصادق عليه بتاريخ 21 نوفمبر 1964، مرجع سابق، المادة 10 ف 07(ملغى).

-ملحق إدخال أشغال جديدة غير متضمنة في الصفقة الأصلية

إن هذا النوع من الأشغال تابع ومكمل لإنجاز موضوع الصفقة ،وتكون مراجعة الأسعار في هذا الملحق بناء على الصيغة المتضمنة في الصفقة الأصلية¹.

ب.الملحق التصحيحي

قد يشوب الصفقة الأصلية خطأ في التحرير سواء كان ذلك في البنود التعاقدية أو في البيان الكمي والتقديري، كأن يكتب رقم الحساب البنكي للمتعاقد بطريقة خاطئة يصعب معه دفع المستحقات، كما جاء في التوضيح القانوني من طرف قسم الصفقات العمومية لدى وزارة المالية الجزائرية بتاريخ 11-05-2015 للسيد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية مازونة ولاية غليزان: " كما في حالة وجود خطأ مادي في ملحق غلق بعد التأشير عليه من طرف لجنة الصفقات والإلتزام به لدى المراقب المالي، فيمكن تسوية الوضعية عن طريق ملحق تصحيحي بعد عرضه على لجنة الصفقات المختصة"².

ج-ملحق الاقفال النهائي للصفقة

هذا النوع من الملاحق يسمح بايقاف وقفل بصفقة نهائية الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة، بحيث تقوم الأطراف المتعاقدة بإعداد الحساب العام والنهائي (Decompte Général Definitif - DGD) والذي من خلاله يتم حساب جميع الأشغال والتموينات التي تمت على أرض الواقع، ومقارنتها بالكميات الواردة في الصفقة الأصلية، وهذا الملحق مشروع بحسب الوضعية المالية للبرنامج، وهو ما يبرر إمكانية إبرامه خارج الآجال التعاقدية، واللجوء إلى هذا النوع من الملاحق استثنائي، يجب أن يكون مبررا بعناية ومن بين مبررات ذلك التخلي عن المشروع بقرار من الإدارة ، حالة التسوية الودية للنزاع ،حالة القوة القاهرة.

ثالثا: شروط ابرام الملحق

إن عملية ابرام الملحق في الصفقة تخضع لمجموعة من الشروط والتي يمكن تلخيصها كمايلي:

¹Brahim BOULIFA, marches publics, Berti édition, 2013, Alger, p 162.

² قسم الصفقات العمومية لدى وزارة المالية.

1- وجود صفقة أصلية مكتوبة

يجب في الأصل وجود صفقة صحيحة فالملحق جزء تابع لها، إذ استعمل المشرع في تعريف الملحق بموجب المادة 81 والتي تقابلها المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 منه: "بأنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة"، فكلما تابعة تعني أن هناك شيئاً يسبق الملحق ألا وهو الصفقة، كما أنه منطقياً لا يمكن تصور وجود ملحق دون وجود صفقة صحيحة أصلية فهو يدور معها وجوداً وعدمًا. فالملحق هو موضوع اتفاق بين الشخص العمومي والمتعاقد معه، يجسد كتابة ويتوج بإمضاء الطرفين، ولا يمكن أن يكون ضمناً أو مضمراً؛ أي يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابية¹، لأن المنظم في تعريفه للصفقات العمومية بين بأنها عقود مكتوبة، فبعض الكتابية يتسنى لنا معرفة الالتزامات الجديدة ومجالها، نطاق الزيادة أو النقصان وكذا البند أو البنود التي طالها التعديل. وجب التنويه أن لا المشرع الجزائري ولا التشريع الفرنسي حددا شكلاً معيناً للملحق، بل وجب توافر شروط الملحق فترك ذلك للعرف الإداري وما جرت عليه العادة في إبرام الملاحق.

غير أن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المقام يتعلق أصلاً بالتعديلات التي تقوم بها جهة الإدارة على الصفقة العمومية وتبلغها للمتعاقد معها وتطلب منه تنفيذها شفاهة هل يعتد بها أم لا؟ أي بعبارة أخرى هل تعتبر تعديلاً للصفقة يستحق معها المتعاقد مع جهة الإدارة تعويضاً أم لا؟ للإجابة عن هذا السؤال وجدت اجتهادات للقضاء الإداري في عدد من الدول العربية قد ذهبت للقول بأن الأمر الشفوي يساوي الأمر الخطي الذي تعترف الإدارة بوجوده، ويقوم الأمر الشفوي بتعديل الأشغال مقام الأمر الخطي، إذا وافقت عليه الإدارة، فإذا وافقت الإدارة على مبدأ المطالبة بالتعويض عن الأشغال الإضافية المنفذة بناء لأوامر شفوية، وتدوين هذه الأشغال على دفاتها يعتبر عندئذ الأمر الشفوي بمثابة أمر خطي².

وقد أكدت محكمة التمييز اللبنانية في قرارها رقم 11 بتاريخ 23 فيفري 195 ن.ق. سنة 952 أوردت فيه أنه بالرغم من نص المادة 10 من المرسوم رقم 205 على أنه لا يحق للمتعهد بأي

¹ عنصر الكتابة مفروض بموجب المادة 87 من الأمر 1039 المؤرخ في 13 مارس 2014 من تنظيم الصفقات العمومية التونسية التي تنص: "لا يمكن إدخال أي تغيير يتعلق بالبنود الإدارية أو المالية أو الفنية للصفقة بعد المصادقة عليها بمقتضى ملحق كتابي...".

² بولقواس ابتسام، الضوابط القانونية لإبرام ملحق الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مداخلة لمقابلة في الملتقى الوطني ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالإقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، المنعقد في كلية الحقوق جامعة أمحمد بوقرة بومرداس يومي 20-21 نوفمبر 2017.

تعويض عن الأعمال الإضافية التي قام بها إلا إذا أبرز أمراً خطياً، ولكن لا يمكن للإدارة التمسك بهذا النص إذا هي وافقت على إجراء هذه الأعمال بالنظر لضرورتها وفائدتها¹.

ومفاد هذا الاجتهاد عدم تملص الإدارة من مسؤوليتها في حال طلبها من المتعامل المتعاقد، شفاهة إجراء تعديلات، ولكن يبقى إثبات الأمر الشفهي، في غاية الصعوبة خصوصاً حالة تلقي الأوامر من شخص مؤهل أم لا، لهذا يستحسن للمتعامل المتعاقد من أجل ضمان حقه تلقي الأوامر بصيغة كتابية.

كما يجب أن يصدر الملحق مصادقاً عليه من قبل السلطات المختصة، بمعنى لا يقبل أي طلب من المتعامل المتعاقد للتعديل بعد تلقيه وعوداً من سلطات غير مؤهلة ، والملحق تصرف قانوني مكتوب مكمل للصفقة الأصلية، التي هي نوع من العقود الإدارية، فإنه لا ينتج آثاره إلا إذا تم إمضائه من طرف الشخص المخول قانوناً، وبحسب النصوص القانونية المنظمة فالصفقات لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة²، وجب إمضاء الملحق من طرف نفس الأشخاص الذين قاموا بإمضاء الصفقة الأصلية إلا في وجود نص قانوني مخالف أو تعذر ذلك³.

2- عدم المساس الجوهرى بموضوع وتوازن الصفقة

لا يمكن للملحق أن يؤثر بصورة أساسية على موضوع الصفقة، لأنه في الحالة العكسية سوف نكون أمام صفقة جديدة وهو ما يفتح مجال الفساد المالي، فتعديل موضوع الصفقة من شأنه أن

¹ نقلاً عن بولقواس ابتسام، مرجع أعلاه.

² راجع المادة 10 من القانون 12-23، مرجع سابق وبنفس الصياغة، المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

³ ونعني في هذا المقام حالة وجود التفويض، الإنابة، الوكالة.

ينقسم التفويض إلى: تفويض في الاختصاص هو أن يحيل الحائز لسلطات معينة استعمال البعض منها أو كلها لشخص آخر حتى يمارسها مكانه.

تفويض الإمضاء : هو أن تسمح سلطة إدارية لأحد مساعديها بالتوقيع مكانها على بعض القرارات يبقى المفوض وحده مسؤولاً عن الوثيقة الممضاة.

قرام ابتسام، مرجع سابق، ص. 86.

الإنابة : هو أن يقوم شخص بالتصرف باسم ولحساب شخص آخر وتكون الإنابة في حالة غياب أو منع الأصيل من ممارسة مهامه فيعين من ينوب عنه فتحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل. نفس المرجع أعلاه، ص. 240.

الوكالة: مدة من وقت يتم خلالها إشغال وظيفة من طرف شخص آخر غير الموظف الأصلي.

المرجع أعلاه، ص. 161.

ينعكس على المشروع جملة وتفصيلا، وهو ما أكدته جل التنظيمات السابقة للصفقات العمومية، حتى أن التشريع الفرنسي يعرف نفس المبدأ بموجب المادة 20 من قانون الصفقات العمومية التي تنص: " وفي جميع الحالات الأخرى ، فالملحق أو قرار المواصلة لا يمكنه التأثير على الجانب المالي للصفقة أو تغيير موضوعها"¹.

وجب أن يخضع لنفس الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة الأصلية؛ أي عدم المساس بتوازن الصفقة بالتعديلات في الكمية والنوعية، يجب ألا تعيد بصفة لاحقة الشروط التي تمت فيها إجراءات الإشهار، والوضع في المنافسة أثناء عملية إبرام الصفقة²، فالملحق إذن معفى من إجراءات الإشهار والمنافسة .

فتطبق في ملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقا، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة على العمليات الجديدة المنصوص عليها في ملحق، فإنهما يحددان أسعارا جديدة، وهذا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة خارجة عن إرادة الأطراف.

3- إبرام الملحق في آجال التعاقدية

الأصل أن يبرم الملحق في الآجال التعاقدية أي في حدود مدة التنفيذ وهذا كما جاءت به المادة 138 في فقرتها الأولى: " لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية ...".

لآجال التنفيذ أهمية بالغة في أي مشروع من أجل منع تماطل المتعاقد، وتضييع الفرص بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، لهذا منح المنظم الحق للمصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة من جانب واحد في حالة عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وذلك بعد إعداره طبقا للمادة 149³ من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره.

¹V.art. 20 du code des marches publiques modifiées ,op.cit.

² تنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق :
وفي ذات المعنى راجع:

Laurent RICHER, op,cit,p 258-259.

³ تنص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق: " إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

كما أن إطالة مدة الإنجاز ينجم عنها تغير في الأسعار، مما يدفع بالمتعاقد لطلب تحيين الأسعار والتي تعتبر من بين الثغرات لإهدار المال العام.

إلا أنه يمكن إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية وهو الاستثناء على القاعدة في الحالات الآتية¹: وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره:

عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر غير تلك المتعلقة بآجال التنفيذ : كأن يكون موضوع الملحق يتضمن تصحيح خطأ مادي وقع في الصفقة الأصلية.

عندما يبرم الملحق في ظل تأخير في الآجال التعاقدية الأصلية، بسبب اختلال التوازن الاقتصادي للعقد مرده،أسباب استثنائية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، إن كلا من التنظيمين الجزائري والفرنسي قد اعترفا بالظروف التقنية غير المتوقعة، كسبب لإبرام الملاحق خارج آجالها التعاقدية، شريطة أن تكون هذه الأسباب خارجة عن إرادة الطرفين، فلا يجب أن تكون نتيجة إهمال أو خطأ من الأطراف، وأن تكون غير متوقعة أثناء إبرام الصفقة، وأن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد أي الإخلال بتنظيمه العادي وإخلال بتركيبته العامة، كما أن الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي يقر بأن الاختلال لا يتوقف فقط عند البنود المالية بل إلى طبيعة وتوازن العقد².

إذا لم يكن من الممكن ضبط الكميات النهائية للصفقة في الآجال التعاقدية،ويمكن إبرام الملحق حتى بعد الاستلام المؤقت للصفقة، شريطة عدم إمضاء الحساب العام والنهائي، فهذا الأخير ومن الناحية العملية يتم بين طرفي الصفقة، وهو يعرض على اللجنة المختصة خارج الآجال التعاقدية لأن هدفه غلق الصفقة بصفقة نهائية.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك بفسخ جزئي للصفقة يحدد وزير المكلف بالمالية، بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الإعدار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية".

¹وهي نفس الحالات المنصوص عليها في راجع المادة 105 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى.

²CE sect 11 juillet 2008, ville de paris BJDPC 2008,p.361,concl.boulouis ;AJDA 2008.1816 Liéber et Geoffrey par Laurent Richer , op,cit ,pp 260-261.

فهي حالات تم النص عليها على سبيل الحصر من أجل دفع باب المناورة المحتملة من أطراف العلاقة للتحايل على التشريع.

4- شرط الخضوع لرقابة لجنة الصفقات المختصة

كأصل عام يخضع الملحق لرقابة لجنة الصفقات المعنية، غير أن الملحق عديم أثر مالي لا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات المختصة، إذا كان لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات المالية والتقنية، وأجال التعاقد أو مدة إنجاز، ولم يبلغ الحد المالي المبين في المرسوم¹. وفي اجتهاد للجنة الصفقات العمومية التي ترى فيه أن تغيير رقم الحساب البنكي الذي تم به التعهد، لا يعد مساسا في الضمانات المالية، فلا يكون الملحق هنا محلا للعرض على لجنة الصفقات المختصة².

5- حالة عدم تجاوز الملحق للحدود المالية

نصت المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن الملحق لا يخضع لفحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية والمتمثلة في لجنة الصفقات المختصة، وذلك إذا كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي للملاحق زيادة أو نقصانا تجاوز نسبة عشرة (10%) بالمئة من مبلغ الصفقة الأصلي، وقد كانت هذه النسبة في التنظيم السابق محصورة فقط على الصفقات من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية³، فالحالة العكسية توجب على الإدارة المعنية عرض ملف الملحق على لجنة الصفقات العمومية المختصة.

وتختلف نسبة الزيادة أو النقصان على المبلغ الإجمالي من بلد لآخر فمثلا التشريع التونسي يحدد نسبة عشرين (20%) بالمئة⁴، وهي النسبة التي كان معمول بها في ظل المرسوم الرئاسي

¹ راجع المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالتنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر.

² قرار قسم الصفقات العمومية لدى وزارة المالية لسنة 2008.

³ راجع المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المطبوع 02 منه المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية- الملغى، السالف الذكر.

⁴ انظر المواد 84-85 من أمر 1039 المؤرخ في 13 مارس 2013 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسية، السالف الذكر.

10-236 المعدل والمتمم بالنسبة لصفقات المختصة من قبل لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة¹.

6- حالة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة

تنص المادة 138 من تنظيم الصفقات العمومية على مايلي: "تعرض الملاحق المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 أعلاه مهما تكن مبالغها على هيئة الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة".

وبالرجوع للفقرتين 2 و3 فهي تشير إلى الأسباب الاستثنائية، غير المتوقعة والخارجة عن إرادة الطرفين، لاختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وجب عرض مشروع الملحق على اللجنة المختصة، نظرا للأثر المالي الذي سوف يعرف تعديله.

7- حالة الخدمات التكميلية

قد تبرز مرحلة تنفيذ الصفقة جملة ظروف موضوعية تدفع الإدارة المعنية، لضرورة تعديل الصفقة بما يدخل بعين الاعتبار أعمالا أو خدمات تكميلية لم تنص عليها في الصفقة الأصلية ولكنها مع ذلك ذات علاقة به فوجب عرضه على اللجنة المختصة، مع عدم تجاوز نسبة عشرة (10 %) بالمئة سواء بالزيادة أو النقصان².

8- وجود الغلاف المالي

إن أولى الوثائق التي يتم تقديمها أمام اللجنة هو التغطية المالية فمن غير المعقول عرض مشروع ملحق لزيادة الأشغال ورخصة البرنامج لا تحوى على تلك الزيادة.

الفرع الثاني: إعادة صياغة الأسعار

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة³ يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل، أو خدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها في الصفقة، وبحسب نفس الموضوع، وتلتزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون¹.

¹ راجع المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم المطبة 01- الملغى-، المرجع أعلاه.

² وقد جاء تحديد احترام النسب نص المادة 136 ف7 من تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر.

³ عقود المعاوضة أو العقد بعوض هو عقد يلزم كل طرف بتقديم أو القيام بشيء ما المادة 58 من القانون المدني الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، السابق ذكره.

على أن تحديد الثمن يتم من قبل المتعامل المتعاقد حينما قدم رسالة عرضه، فإذا لقي هذا العرض القبول من طرف الإدارة يصبح لزاما عليها دفع مبلغ الصفقة. ولما كان الصفقة العمومية وثيق الصلة بالمال العام وبحقوق الخزينة العمومية وجب التأكد من حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل إجراء تحويل المال ووضعه في حساب المتعامل المتعاقد. لكن قد يحدث تغير في ظروف تعسر من اتمام المشروع بالاتفاق الأول " أي ما تعهد به المتعامل المتعاقد يوم تقديم عرضه" ما يهدد بتوقف المشروع، في حالة عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة، لهذا أوجد المنظم تقنياتي مراجعة وتعيين الأسعار كما هو محدد في تنظيمات السابقة، أما القانون 23-12 فقد خصص القسم الثاني من الباب الرابع لنقطة الأسعار.²

أولاً: تعريف تعيين الأسعار وشروطه

1-تعريف تعيين أسعار الصفقة

يقصد بتعيين سعر الصفقة إعادة النظر في السعر محل عرض المتعامل المتعاقد، وبعد أن وقع الاختيار عليه من طرف المصلحة المتعاقدة في حالتين³:

أ-إذا لم تدخل الصفقة حيز التنفيذ إلا بعد انتهاء صلاحية العرض

بحيث نصت المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 على إجبارية احتواء الإعلان طلب العروض على مدة صلاحية العروض، ولم يحدد تنظيم أجلها فهي متروكة للسلطة التقديرية للإدارة، غير أن انتهاء صلاحية العروض، يساوي بداية مدة فترة احتساب تطبيق تعيين الأسعار⁴؛ أي إذا كانت المدة التي تفصل بين تاريخ آخر أجل لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة تفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاث (03) أشهر.

تجدر الإشارة أن صفقات التراضي البسيط غير قابلة للتعيين وهذا ما جاءت به المادة 98 ف02 من تنظيم الصفقات العمومية.

¹بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص. 36.
²راجع المواد من 73 إلى 79 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية، السالف ذكره.
³ وجب التنويه أن نص المادة 97 ف2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية قد أجازت تعيين الأسعار بشرط احترام المواد 98،99،100،105 من نفس المرسوم .
⁴راجع المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

ب- في حالة تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك

في حالة تقلب الظروف الاقتصادية تؤدي عادة إلى الزيادة في أسعار الطاقة ، المواد الأولية والسلع، اليد العاملة هذا إذا تم إبرام الصفقة وفقا لطلب العروض¹.
أما في حالة إبرام الصفقة وفقا لإجراء التراضي يمكن تحيين سعر الصفقة عند انقضاء أجل صلاحية السعر المنصوص عليها في رسالة التعهد الذي يفصل بين تاريخ توقيع المتعامل المتعاقد وتاريخ التبليغ بالشروع في تقديم الخدمة.

2- شروط تحيين الأسعار

أما عن شروط تطبيق عملية تحيين الأسعار في حالة وجود بند في الصفقة يجيز ذلك وهي كالتالي:

يمكن تحديد مبلغ التحيين إما بطريقة إجمالية وجزافية وبتوافق مشترك، وإما بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار إذا نصت الصفقة على ذلك².

وجب الإشارة أن تطبيق تحيين الأسعار لا يمكن تطبيقه إلا في الفترة بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات التعاقدية.

الأرقام الاستدلالية القاعدية (10) التي يجب مراعاتها هي أرقام شهر نهاية العرض.

إلا أنه يسمح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد وتطبق نفس الأحكام على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

لا يمكن أن تكون محلا لتحيين ومراجعة الأسعار الصفقات العمومية التي تقل مبالغها عن الحدود المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 13 من هذا المرسوم، وتلك التي يقل أجلها عن ثلاثة (03) أشهر³، أي أن المنظم قد اشترط أن تكون موضوع طلب عروض، وأضاف في المادة 75 من قانون 23-12 أن تكون الفترة التي تغطيها صلاحية العرض أي منذ ايداع العرض.

¹Brahim BOULIFA, op.cit, p. 231.

²راجع المادة 95 من تنظيم الصفقات العمومية التي حددت نوعين من البيانات: البيانات الإلزامية والبيانات التكميلية فيعد بند تحيين ومراجعة الأسعار من قبيل البيانات التكميلية.

³ انظر المادة 97 ف 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

ثانيا: تعريف مراجعة الأسعار وشروطه

1-تعريف مراجعة الأسعار

يقصد بمراجعة أسعار الصفقة في تنظيم الصفقات العمومية إعادة النظر في السعر المتفق عليه في الصفقة، والذي هو في الأصل السعر الذي كان محل عرض من المتعامل المتعاقد، وإن كان المبدأ عدم قابلية العرض للتغيير أو التبديل¹، لكن ونظرا لظروف زمنية تؤدي إلى تحيين الأسعار، وظروف اقتصادية بحتة ترتب عنها مراجعة الأسعار .

أي أن السعر الأولي الناتج عن الدعوة للمنافسة، هو حصيلة توقعات في فترة معينة، ولا يمكن أن يظل قائما لفترة طويلة خاصة، في مجالات ذات التحولات، خصوصا أن اقتصاد يتسم بالتطور السريع، لهذا وجب أن يحاط بالحذر حتى لا تتحول إلى نقمة على المتعامل المتعاقد، ولهذا الغرض فإن متطلبات تحقيق العدالة المالية تقتضي تعديل السعر الأولي².

إن مراجعة السعر تعني التوفيق بين السعر المحدد في العقد، والظروف الجديدة التي حالت دون تطبيق السعر الأولي للعقد، وهي ظروف غير معروفة قبل وقوعها، لهذا لا يمكن تنظيمها مسبقا، فالأمر يتعلق بتكييف الثمن وفقا لتطور ظروف محددة في العقد³.

تمتاز صيغة المراجعة بطابعها الإتفاقي؛ أي أن عدم تضمين عقد الصفقة بند صريح ينص على إمكانية تطبيق صيغة المراجعة، سوف يؤدي إلى عدم قبول طلبات المراجعة، حتى ولو تغيرت الظروف الاقتصادية، وقد أكدت على هذا الشرط المادة 101 فقرة 03 من تنظيم الصفقات العمومية: "الصفقات التي لا يمكن أن تتضمن صيغا لمراجعة الأسعار هي الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة".

2-شروط اللجوء إلى مراجعة الأسعار

يتوقف تطبيق المراجعة على شرطين :

¹ Brahim BOULIFA, op, cit, p. 231.

²أكروور ميريام ، الأجر في الصفقة العمومية ، مذكرة ماجستير، فرع دولة ومؤسسات عمومية، جامعة الجزائر 01، سنة 2010، ص. 105.

³ رحمانى راضية، مرجع سابق، ص. 103.

أ-اتصال مراجعة الأسعار بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

إن مراجعة الأسعار تنصب فقط على الجزء المنفذ من الصفقة في ظل ظروف جديدة نتيجة لطوارئ وتغيرات اقتصادية؛ بمفهوم المخالفة فالخدمات والأشغال التي لم تنفذ بعد لا يمكن أن تكون محلا للمراجعة.

استنادا لنص المادة 101 ف 02 من المرسوم الرئاسي 15-247: " لا يمكن العمل ببند المراجعة إلا بعنوان الخدمات المنفذة فعلا دون سواها حسب شروط الصفقة " .

ب-ألا يندرج ضمن الحالات التي تمنع إعمال بند المراجعة

حددت المادة 101 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري الحالات التي لا يمكن الإعمال ببند مراجعة الأسعار هي :

-في الفترة التي تغطيها صلاحية العرض.

-في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار عند الاقتضاء.

-أكثر من مرة واحدة كل ثلاث(03) أشهر .

ج-صيغ مراجعة الأسعار

إن الدارس لموضوع مراجعة الأسعار يلاحظ عليه التعقيد، هذا من أجل وضع حد لصيغ المراجعة المنافسة للمنافسة والمشجعة للتضخم¹، فقد حدد تنظيم الصفقات العمومية أحكاما تضبط العمل بصيغ المراجعة في نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 15-247: " فإنه يجب أن تراعى في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد والأجور والعتاد.

وتتمثل المعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار فيما يأتي :

-المعاملات المحددة مسبقا والواردة في الوثائق المتعلقة باستشارة المؤسسات،

باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي.

-المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة عندما يتعلق الأمر بصفقة

عمومية مبرمة حسب إجراء التراضي البسيط."

¹أكروور ميريام، مرجع سابق،ص. 107.

يشترط تنظيم الصفقات العمومية أن تشتمل صيغ المراجعة على ما يلي:

- جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن نسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق

الجزافي، ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن خمسة عشر (15%) بالمئة.

- حد استقرار التغيير في الأجر قدره خمسة بالمئة (05%).

- الأرقام الاستدلالية، الأجر والمواد المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية¹.

كما بينت المادة 103 من المرسوم الرئاسي 15-247 أن الأرقام الاستدلالية المطبقة هي الأرقام التي تنشر في الجريدة الرسمية، وفي نشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وفي كل نشرة أخرى، مؤهلة لاستقبال الإعلانات القانونية والرسمية، وتطبق المصالح المتعاقدة هذه الأرقام الاستدلالية، ابتداء من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير المكلف بالسكن، بالنسبة لقطاع البناء والأشغال العمومية والري، أما بالنسبة للأرقام الاستدلالية الأخرى فتطبق المصالح المتعاقدة الأرقام الاستدلالية ابتداء من تاريخ التصديق، والموافقة عليها من طرف الوزير الذي تتبعه الهيئة المعنية.

الفرع الثالث: لجنة التسوية الودية للصفقات العمومية

قد يحدث عدم اتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها في إيجاد الحل بإتباع الطرق الواردة سابقا، لهذا منح القانون 23-12 في نص المادة 88 منه: "تنشأ لجنة التسوية الودية الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الوطنيين، على مستوى كل وزارة وولاية"، من دون بيان أكثر حول التشكيلة وكيفية اللجوء لهذه اللجان، في انتظار صدور النصوص التنظيمية، لهذا وجب الرجوع المرسوم الرئاسي 15-247 الذي بين إمكانية تقديم النزاع أمام لجنة التسوية الودية، والتي تعرف في التشريع التونسي باسم لجنة فض النزاعات بالحسنى، وهي لجنة استشارية أحدثت لدى رئيس الحكومة تتمثل مهمتها في البحث عن حلول، التي يمكن اعتمادها للوصول إلى فض النزاع بالطرق غير القضائية في الخلافات المتعلقة بالصفقات العمومية، وما

¹راجع المادة 102 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

يلاحظ عليها أنها هيئة استشارية حتى قراراتها لها طابع الاستشاري والسري بحيث لا يمكن للمحاكم الاستئناس بهذه القرارات¹:

أما عن التشريع الجزائري ما سوف يتم عرضه فيما يلي :

1- الطابع القانوني للطعن أمام لجان التسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية

تنص المادة 153 فقرة ثالثة من تنظيم الصفقات العمومية: " وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، بموجب أحكام المادة 154 أدناه للدراسة، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه؛ أي لكل من طرفي الصفقة العمومية الحق في عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية وذلك في حالة عدم الاتفاق على حل المقترح من المصلحة المتعاقدة.

رجوعا لنص المادة 155² من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره تبين جوازية اللجوء لطعن المقدم من طرفي العلاقة القانونية (المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد) وهذا لوجود عبارة "يمكن" في النص القانوني.

واشترط المنظم على المصلحة المتعاقدة من أجل اللجوء لهذه الطريقة، أن يتم إدراج مادة صريحة في دفتر الشروط، وهو ما جاءت به المادة 153 الفقرة الرابعة بقولها: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة".

من استقراء كل من المادة 153 ف 04 والمادة 155 ف 01 يتبين وجود تناقض في النصوص القانونية، يمكن تفسير التناقض الموجود بحسب الاطار الترتيبي الذي جاء فيه سرد المواد ؛ فالمادة 153 ف3 أحوالت إلى شروط المادة 155 حين عدم اتفاق الأطراف، فيمكنهم بحسب المادة 155 عرض النزاع على اللجنة لكن وجب التنصيص عليها صراحة في دفتر الشروط، لهذا يعد إجراء ذو طابع تعاقدية فلا بد من النص عليه في دفتر الشروط من أجل العمل به.

¹ راجع عن الهيئة العليا للطلب العمومي المرصد الوطني للصفقات العمومية، المطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني بتاريخ 07-08-2018.

² تنص المادة 155 ف01 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية : " يمكن للمتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة".

وهناك طرح آخر فالرجوع لنص المادة 153 ف4 التي تنص صراحة أن اجراء اللجوء لتسوية الودية يكون قبل اللجوء إلى السلطة القضائية، أي أن هذا الشرط يطبق في حالة تنفيذ الصفقة ، يبقى مجرد رأي لغاية إثباته من طرف القضاء فلحد الآن لا يوجد اجتهاد يبين صحة هذا الاستنتاج.

لهذا وجب الرجوع إلى النصوص السابقة لتنظيم الصفقات العمومية أولاها الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967(الملغى) والذي اعتبر الطعن اجباري لوجود عبارة " واجب يسبق" في النص القانوني بموجب المادة 152 منه : " تشكل في كل وزارة لجنة استشارية تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل ايجاد تسوية ودية، وأن الاجراءات أمام هذه اللجنة هو واجب يسبق كل دعوى قضائية "، وقد أكد المجلس الأعلى في قراره رقم 2002 على الطابع الإجباري للطعن أمام اللجنة الاستشارية بتاريخ 25 ديسمبر 1982 :

" حيث تجدر الإشارة أن المادة 152 من الأمر 67-90 الصادر في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية تنشأ بقرار في كل قسم وزاري لجنة استشارية مهمتها البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية وتقديم عناصر للحلول العادلة المحتمل اتخاذها لإيجاد تسوية بواسطة حلول ودية.

حيث أن الفقرة 2 من المادة 152 المذكورة تضيف إلى أن القيام بهذا الإجراء أمام اللجنة يكون مسبقا وجوبا قبل رفع كل دعوى في النزاع، وبما أنه لا يتبين من التحقيق أن هذا الإجراء قد اتبع مما يستتبع بمقتضاه عدم قبول الدعوى الراهنة على الوضعية الموجودة حاليا"¹.

كذا قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 1985 في قضية (ش.ذ.م.س) ضد وزير الري ووالي ولاية الجزائر الذي ورد فيه: " من المقرر قانونا أن عرض المنازعات عن تنفيذ صفقات عمومية على اللجنة الاستشارية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية من أجل ايجاد تسوية ودية لهذه المنازعات، هو إجراء يتم وجوبا قبل رفع الدعوى

¹نقلا عن رحمانى راضية، مرجع سابق، ص. 116.

القضائية، ومن ثم فإن الطعن عن طريق التدرج الرئاسي لا يحل محل إجراء عرض النزاع على هذه اللجنة، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاءً صحيحاً ومطابقاً للقانون".¹

قرار الغرفة الإدارية بتاريخ 31 ديسمبر 1988 "... أن الإجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق كل دعوى قضائية إلا في حالة تقصير السلطة الإدارية لإتخاذ ذلك الإجراء فإن العارض أمام صمت السلطة الإدارية عرض في الآجال القانونية النزاع على الجهة القضائية..."² على أن تشكيل اللجنة تم بموجب قرار وزاري بتاريخ 19 ديسمبر 1967 وقد أدخلت عليه تعديلات خصوصاً سنة 1972.

وبقي الحال حتى بموجب القانون 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 (الملغى) بموجب المادة 162 واستمر التظلم إلزامي في ظل المرسوم الرئاسي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 بموجب المواد 100 و 101 منه، بحيث أوجب على المتعاقد أن يرفع طعنه إلى كل من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وهذا بحسب نوع النفقات الواجب الالتزام بها في الصفقة، وقد مكنه القانون من مدة خمسة وستون (65) يوماً ابتداءً من رفع الطعن لإصدار المقرر.

لكن بصدور المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24-07-2002 فإن الطعن الإداري أصبح جوازيًا بموجب المادة 102 لوجود عبارة يمكن في النص القانوني، وقد حافظ المرسوم الرئاسي 10-236 على نفس الطابع الاختياري للطعن في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية بموجب المادة 115 فقرة 04³.

2- تحديد الآثار الناجمة عن اللجوء إلى لجان التسوية الودية

عند عرض النزاع سواء من طرف المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد على لجنة التسوية الودية، فهذه الأخيرة تقوم بالبحث عن العناصر المتعلقة بالقانون والوقائع، لإيجاد حل ودي منصف

¹ قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 09-11-1985 ملف رقم 43731، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1990، ص 175 وما يليها.

² قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 31-12-1988 ملف رقم 62252، المجلة القضائية، العدد 02، 1992، ص 161 وما يليها.

³ تنص المادة 115 ف 04 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم (الملغى): " يمكن للمتعاقد أن يرفع طعنه، قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات المختصة التي تصدر مقرراً في هذا الشأن خلال ثلاثين 30 يوماً ابتداءً من تاريخ الطعن".

للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات المطروحة أمامها¹، فالهدف الأساسي من هذه الطريقة هو ضمان نجاعة رقابة على الصفقات العمومية وفعاليتها، وكذا التخفيف من حدة بيروقراطية الإجراءات الرقابية.

أ- إلزامية الحل الصادر عن لجان التسوية الودية من عدمه

إن الحل الصادر عن لجان التسوية الودية عبارة عن رأي، يمكن للمصلحة المتعاقدة الأخذ به كما يمكنها تركه، وهو ما جاءت به المادة 155 في فقرتيها 6-7، فللمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في ايجاد حل للنزاع، لهذا يعد هذا الحل ذو طابع استشاري تستأنس به الإدارة.

ما يمكن ملاحظته أن المرسوم 15-247 قد تراجع عن الطابع الإلزامي للحل الذي تقدمه لجان الصفقات العمومية إسوة بالمرسومين الرئيسيين 10-236 و 02-250.

وقد ترك للمصلحة المتعاقدة الحق في إبداء سلطة تأييد الحل أو رفضه، في حين أن المرسوم التنفيذي 91-434 كان يتيح لكل من طرفي المنازعة الحق في إبداء قبولهما أو رفضهما على أن الحالة الأولى يصبح رأي اللجنة ملزما لهما.

وبالتالي ما الهدف من إنشاءها إذا كان رأيها استشاريا استثنائيا فقط، خصوصا منح الكفة للمصلحة المتعاقدة في الأخذ به أو تركه، لهذا مثل هذه المواد قد تعرقل من سير مشروع التنمية، فوجب التدخل مرة أخرى، من طرف المنظم من أجل فسح المجال لكل من طرفي العلاقة للأخذ بالرأي أو تركه من أجل تفعيل نقطة الحل الودي.

ب- التزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية

جاءت الصفقات العمومية لتنفيذ مشاريع التنمية، والتي تعد في مجملها من قبيل المرافق العامة التي من مبادئها الاستمرارية والسير بانتظام واطراد، لهذا في حالة توقف تنفيذ الصفقة، توقع جزاءات لا سيما عقوبة غرامات التأخير² وعدم الاستفادة من التعويض.

¹ المادة 153 ف5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

² راجع القسم الثامن العقوبات المالية من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

تبقى القوة القاهرة هي العارض الوحيد الذي يمكن أن يتوقف المتعاقد من خلاله ، عن تنفيذ الصفقة وهي وليدة قضية وكالة السفر البحرية والتي صدر أثناءها قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 29 يناير 1909 فقد حدد المبادئ التي تعد بالقوة القاهرة :

- أن يكون الحادث مستقلا عن إرادة المتعاقد؛

- أن يكون الحادث غير قابل للتوقع ولا للدفع؛

- أن يجعل من المستحيل استحالة مطلقة على المتعاقد الوفاء بالتزاماته.¹

وهو ما جاء في نص المادة 149 ف 05 : " وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن حدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة".

ج-إلتزام المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد

يحق للمتعامل المتعاقد الحصول على مساعدة من المصلحة المتعاقدة المتمثلة في إعادة التوازن المالي للصفقة، وذلك عن طريق تعويضه عن الأضرار التي لحقته بتنفيذ الصفقة العمومية.

3- اختصاص لجان التسوية الودية لنزاعات التنفيذ

يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في اطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية الوطنية، أما ما يخص الصفقات المبرمة مع الأجانب فهي تخضع لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.²

¹ بن شيخ آيت ملويا، مرجع سابق، ص 77.

² راجع الباب الرابع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، القسم الأول منه المادة 213: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير. وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهي هيئة وطنية لتسوية المنازعات. تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية:..."

-البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب".
يحدد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي ولغاية هذا التاريخ لم يرى هذا المرسوم النور.

أ-تشكيلة لجان التسوية الودية

حددت المادة 154 تشكيلة لجان التسوية الودية لتنفيذ الصفقات العمومية بحيث ينعقد الاختصاص بتوافر المعيار العضوي، وبما أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري منها ما هو وطني ومنها ما هو محلي (ولائية وبلدية).

فعلى مستوى الوزارة:

تتشكل اللجنة من:

-ممثل عن الوزير رئيسا؛

-ممثل عن المصلحة المتعاقدة؛

-ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع؛

-ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة وهي نفس التشكيلة فيما يخص الهيئات العمومية.

أما على مستوى الولاية:

فتتشكل اللجنة من:

-ممثلا عن الوالي رئيسا؛

-ممثلا عن المصلحة المتعاقدة؛

-ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع؛

-ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

على أن أعضاء اللجنة يعينون بموجب مقرر صادر عن الوزير أو مسؤول الهيئة الإدارية أو الوالي بحسب الحالة، كما يمكن الاستعانة بأهل الخبرة ويتولى الرئيس في هذه الحالة تعيين مقرر لها وتمتلك اللجنة أمانة تخضع لإشراف الرئيس.

ب- المهام والاجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية

بالرجوع للمادتين 153 و154 من تنظيم الصفقات العمومية، يتبين اختصاص اللجنة يكون بالمنازعات المتعلقة بالتنفيذ وبالتالي تستبعد مرحلتي الإبرام وما بعد التنفيذ.

وأن عرض النزاع يكون بعد مرحلة محاولات المصالحة المتعاقدة للبحث عن حل ودي بحسب الطرق الأولى، وأن اللجوء للجنة التسوية الودية وجوبي إذا كرس في دفتر الشروط، ويصادق عليه من طرف اللجنة المعنية، ويسجل المتعامل المتعاقد عبارة "قرئ وقبل" طبقاً للمادة 67¹ من المرسوم الرئاسي 15-247 ويدرجه ضمن مشتملات العرض التقني.

قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247 كانت الإجراءات المتبعة أمام اللجان الوطنية أو القطاعية للصفقات تخضع للمرسوم التنفيذي 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية².

أجازت المادة 155 لكل من طرفي العلاقة مكانية عرض النزاع على اللجنة، ويتولى الطرف الشاكي إرسال تقريره لأمانة اللجنة مرفقاً بالوثائق اللازمة بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام، كما يمكنه إيداعه مباشرة أمامها مقابل وصل استلام .

فيتولى رئيس اللجنة دعوة الطرف الخصم برسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام وهذا بغرض إعطاء رأيه في النزاع المعروض، على اللجنة ويلزم الخصم بإفادة رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام يضمنها رأيه في النزاع في مدة أقصاها عشر (10) أيام ابتداء من تاريخ المراسلة.

ويمكن للجنة طبقاً للفقرة 05 من المادة 155 أن تستمع لطرفي النزاع، وتطلب منهما إفادتها بكل وثيقة أو معلومة من شأنها مساعدتها للقيام بمهامها، وتفصل اللجنة في الملف المعروض عليها بموجب رأي معلل يتخذ بالأغلبية مع ترجيح صوت الرئيس في حالة تعادل الأصوات.

وحددت مدة ثلاثون (30) يوماً للجنة للقيام بالمهمة المكلفة بها ، ويبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بموجب رسالة موصى عليها مع تسليم نسخة لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المستحدثة بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247.

¹راجع المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

²المرسوم التنفيذي 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، مرجع سابق.

كما تتولى المصلحة المتعاقدة تبليغ قرارها بخصوص رأي اللجنة في أجل أقصاه ثمان (08) أيام من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام وتعلم اللجنة بذلك.

من حيث المبدأ اللجوء للجان لتسوية الودية يقلل من عرض المنازعات على القضاء لطول الاجراءات، والمدة الزمنية ولكن بعدم منح المتعامل المتعاقد حق إبداء رأيه حول رأي اللجنة مغالطة، وفيها نوع من الإجحاف خصوصا إذا كان هو الطرف المتضرر، لكنها من الطرق المقللة لعرض المنازعة على القضاء.

المبحث الثاني: طرق التسوية البديلة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

تنص المادة 87 من القانون 12-23: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في اطار أحكام القانون الجزائري..."، يعني أن مسألة تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية تخضع للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، حيث أطلق المشرع تسمية الطرق البديلة لحل النزاعات ويقصد بها كل النزاعات بما فيها التي تنشأ عند تنفيذ الصفقات العمومية، وأهم هذه الوسائل التحكيم الذي سوف يتم بيانه في المطلب الأول ثم بيان الصلح في مطلب ثان.

المطلب الأول: التحكيم

يعتبر التحكيم من أهم الطرق أو الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أيا كانت وخصوصا في ميدان الصفقات العمومية، حيث يساعد على إيجاد تسوية سريعة للنزاع من دون ضرورة اللجوء إلى القضاء¹، والتحكيم نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من غير، يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع.

فهو يبتدئ بوجود اتفاق التحكيم وهذا الأخير ككل عقد أو اتفاق يجب أن ينشأ صحيحا أي مستوفيا لشروطه الموضوعية والشكلية من تراض، محل، سبب وكتابة تحت طائلة البطلان²، ويحتوي

¹ عامرة حسان، التحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه العلوم جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص. 01.

² تراري ثاني مصطفى، أشخاص القانون العام والتحكيم الدولي، أشغال الملتقى الوطني التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يومي 20-21 جانفي 2009، كلية الحقوق جامعة وهران، ص. 86.

على مجموعة من الإجراءات تتوج بإصدار حكم تحكيمي، غير أن أهم عنصر في هذه العناصر الثلاثة يبقى الاتفاق حيث يستمد التحكيم شرعيته منه، وهو مؤسس له والخطوة الأولى لإعمال قواعده كوسيلة لتسوية المنازعات¹.

لهذا سوف يتم التطرق لتحديد تعريف للتحكيم وبيان مميزاته، ثم التطرق إلى رؤية المشرع الجزائري لهذا الموضوع، وفي الأخير بيان الإجراءات التعامل بهذه الطريقة، ثم طرق الطعن مع المرور ببيان كل من التحكيم الدولي والتحكيم الوطني كما يلي.

أولاً: تعريف التحكيم ومميزاته

حظي موضوع التحكيم باهتمام بالغ لم يسبق له مثيل على كافة المستويات سواء من ناحية التشريعية أو الفقهية.

1- تعريف باتفاق التحكيم وآثاره

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف التحكيم سواء في قانون الإجراءات المدنية السابق²، أو المرسوم التشريعي رقم 93-09 ويمكن القول بأن المشرع الجزائري يأخذ بالاتجاه الذي يرى بأن تحديد المفاهيم من اختصاص الفقه، على خلاف التشريع الفرنسي الذي عرف التحكيم في قانون الاجراءات المدنية المعدل بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ 14 ماي 1980 وذلك من خلال المادتين 1442-1447، وإن كانتا تتعلقان بصورتي التحكيم شرط³ والمشاركة.

أما عن رأي الفقه فقد استأثر موضوع التحكيم باهتمام العديد من الفقهاء من أجل ذلك تعددت التعريفات، منها تعريف الفقيه الفرنسي جون رويار: "يقصد بالتحكيم تأسيس قضاء خاص تسند بمقتضاه مهمة الفصل في المنازعات من جهات القضاء المعتادة"⁴.

¹ آيت وارت حمزة، المرجع السابق، ص. 98.

² الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، السالف الذكر، الملغى.

³ Art. 1442 du code procédure civil français : « la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compris.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties a un ou plusieurs contrats s'engage a soumettre a l'arbitrage les litiges qui pourraient naitre relativement a ce ou a ces contrats ».

⁴ Jean ROBERT, l'arbitrage droit interne droit international privé, Dalloz 6 édition, 1993, p.3. « On entend par l'arbitrage l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger ».

وهناك من يعرفه بأنه الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر، ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة، وذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطا كان أو مشاركة¹.

أما فقه آخر عرفه بأنه عبارة عن تصرف قانوني يتخذ شكلا مكتوبا يبين عزم الأطراف على الاتجاه إلى التحكيم، لفض كل أو بعض النزاعات الواقعة أو المحتملة الوقوع، والعزوف عن اللجوء إلى القضاء الوطني المختص².

ويستنتج من آخر التعريف أن اتفاق التحكيم يتضمن عقد التحكيم وشرط التحكيم فالأول عبارة عن اتفاق الطرفين على عرض نزاع نشأ بينهم على التحكيم، أما الثاني هو التزام الأطراف على إسناد مهمة الفصل في النزاع الممكن نشؤه بينهم مستقبلا لمحكمين³.

إن ما يميز التحكيم هو ارتكازه على أساسين هما إرادة الخصوم وإجازة المشرع، فلا بد من أن يتفق الأطراف على اللجوء للفصل في منازعاتهم بدلا من القضاء الذي توفره الدولة عن طريق محاكمها، فالأصل في التحكيم أنه اختياري يتم بمحض إرادة أطراف النزاع.

أما عن إجازة المشرع فالقانون الذي يجيز التحكيم هو وحده الذي يمثل الأساس القانوني للتحكيم، وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم إلا شرطا، استلزمه القانون لجواز عرض النزاع اتفق على تحكيم المحكمين بدلا من المحاكم الوطنية.

2- مميزات التحكيم

يتميز التحكيم باعتباره وسيلة لفض المنازعات بالمميزات التالية:

أ- قيام التحكيم على أساس مبدأ سلطان الإرادة

إن التحكيم قوامه مبدأ الرضاية أي إرادة الأطراف واتفاقهم، إذ تهيمن هذه الإرادة على نظام التحكيم في كل جوانبه من حيث اختيار المحكمين وتحديد عددهم واختصاصاتهم، تحديد الإجراءات التي تتبع لحل النزاع والقانون الواجب التطبيق، كما يتم تحديد الجهة التي تتولى الإشراف على التحكيم.

¹ أبو الوفا أحمد، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية-مصر، ط 1987، ص. 15.

² خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر، 2005، ص. 18.

³ راجع المادة 1007 من قانون 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

ب-سرعة وبساطة الإجراءات

من المتفق عليه أن طول إجراءات التقاضي وعدم فعالية الأحكام من الظواهر التي تهددان العدالة، لهذا يمتاز التحكيم بالبساطة وسهولة اللجوء إليه، لأنه غير مقيد بشكليات معينة كما يمتاز بقدر كبير من المرونة غالبا ما يحددها الأطراف.

ج-السرية

تعتبر العلانية من المبادئ الدستورية في أداء مهمة القضاء¹، وتعني أن يتم التحقيق في الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية يسمح فيها بالحضور لكل شخص كما أن الأحكام تسرد بطريقة علنية طبقا للمبدأ الدستوري.

بخلاف التحكيم الذي من خصوصياته السرية والتي تعد من الضمانات الهامة للشركات التجارية، المتنازعة وذات السمعة العالمية والشهرة بحيث أن الثقة من مبادئ التي تعتمد عليها الشركات، فجلسات التحكيم تجرى سرا لا يحضرها إلا الأطراف، ونتائجها لا تعلن للجمهور ولا تنشر في وسائل الإعلام .

لهذا يعطي لأطراف العلاقة قدرا كبيرا من الحرية في تحديد المحكمين، الذين سوف ينظرون في النزاع ولا يشترط فيهم أن يكونوا قضاة، كما للطرفين في التحكيم أن يتفقوا على تحويل هيئة الفصل وفقا لقواعد العدل والإنصاف، وعندئذ لا تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق القانون بل تفصل في النزاع وفقا لما تقرره قواعد العدالة².

ثانيا: مدى مشروعية التحكيم

عرف موقف المشرع الجزائري إزاء التحكيم مع الأشخاص المعنوية مرحلتين، تميزت الأولى بتذبذب النظام القانوني المتعلق في مواجهة التحكيم الأشخاص الاعتبارية ليشهد بعد ذلك حسما في تحديد موقفه من تحكيم المتعلق بالصفقات العمومية.

1- مرحلة عدم استقرار في النظام القانوني

كانت النزاعات المثارة بشأن الصفقات المبرمة من قبل الحكومة مع الشركات الأجنبية تخضع لقانون البترول الصحراوي لسنة 1958 بموجب الأمر 58-1111 الصادر بتاريخ 22

¹راجع المادة 162 من الدستور الجزائري.

²آيت وارث حمزة، المرجع السابق، ص. 101.

نوفمبر 1958، وذلك بنص المادة 41 منه على إخضاع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمنفعة به إلى مجلس الدولة الفرنسي ابتدائيا ونهائيا¹.

يستند نص المادة 41 من هذا الأمر على أساس نص المادتين 83 و 1004 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي²، بحيث تنص المادة 1004: " يمنع الاتفاق على التحكيم في القضايا التي تخضع لإبلاغ النيابة العامة بشأنها، وتضيف المادة 83 " القضايا التي يتطلب فيها إخطار النيابة العامة هي القضايا التي تخص الدولة والأملاك العامة والبلديات والمؤسسات العامة"، الذي يحظر على أشخاص القانون العام الاعتبارية اللجوء للتحكيم وكذا المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي³ التي نصت على مايلي: " يحظر الاتفاق على التحكيم في مسائل الطلاق والانفصال الجسماني، وفي المنازعات المتعلقة بوحدة الإدارة العامة أو بالمؤسسات العامة وبوجه عام جميع المسائل التي تمس النظام العام".

وأضافت المادة في فقرتها الأخيرة على أنه: " لبعض فئات المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي أو التجاري إمكانية اللجوء إلى اتفاق على التحكيم وذلك بمرسوم خاص يرخص لهم ذلك". وإن كان المرسوم الذي ينص عليه القانون المدني لتحديد فئات المؤسسات العامة الاقتصادية "الصناعية والتجارية"، التي يمكن أن تلجأ إلى التحكيم في عقودها لم يصدر، إلا أن هناك كثيرا من القوانين المتعلقة ببعض المشروعات العامة، سمحت لها بالاتفاق على التحكيم، منها المادة 25 من القانون الصادر في 30 ديسمبر 1982، الخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية، وكذا المادة 27 من القانون الصادر في 02 جويلية 1990 والخاص بهيئة البريد والاتصال الفرنسية⁴.

كانت الجزائر تعتقد أنها بعد الاستقلال تحال هذه النزاعات على القضاء الجزائري، لتحل محل مجلس الدولة الفرنسي، لكن فرنسا والمتعاملين رفضوا عرض نزاعاتهم على القضاء الجزائري⁵، مما

¹ رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. 131.

² Art. 83 du l'ancien code procédure civil français: « les causes concernant les communes les établissements publics ».

Art 1004 du l'ancien code procédure civil français: « il est interdit de compromettre dans les affaires sujettes à communication au ministère publics ».

³ Art 2060 du code civil français : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes sur celles relatives ou divorce et à la séparation de corps sur les constatations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressant l'ordre public.

Toutefois des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

⁴ عمامرة حسان، المرجع السابق، ص. 67.

⁵ TRARI TANI Mostefa, droit algérien de l'arbitrage commercial international, 1^{er} éd, Berti, 2007, p. 17.

دفع بالمفاوضيين في اتفاقية ايفيان وبالتحديد بالنظام الخاص بالمنازعات: " تحل فرنسا والجزائر المنازعات التي تحدث بينهما بالطرق السلمية سواء بالصلح أو التحكيم وتستطيع كل من الدولتين اللجوء فورا إلى محكمة العدل الدولية إذا لم يتم الاتفاق على إجراءات هذه المحاكمات".

أما اتفاق 29 جويلية 1965 المتعلق بالتعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية ، فقد اشتمل على نظام التوفيق والتحكيم¹.

بالإضافة إلى المناخ الاقتصادي الذي كرس في تلك الفترة لقواعد الاشتراكية أي تحفيز التحكيم الإلزامي على التحكيم الاختياري²، وكرس المشرع الجزائري في الكتاب الثامن من قانون الإجراءات المدنية الصادر في 08 جوان 1966 بموجب الأمر 66-154 متبعا في ذلك قواعد التحكيم المتبعة في القانون الفرنسي ، فالمادة 442 منه تضع قاعدة بمقتضاها يمكن لكل شخص أن يطلب التحكيم دون قيد سواء تعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاضعة للقانون الخاص مع وضع استثناء صريح فيما يخص منع الأشخاص المعنوية من اتباع طريق التحكيم³.

لقد وجد المشرع الجزائري بأن التحكيم الدولي، يختلف عن التحكيم الداخلي وأنه لا بد من أحكام قانونية تراعي التحكيم الدولي خاصة بعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية منذ سنة 1989، وهذا كان من ضرورة للانخراط في النظام التجاري العالمي الحالي والقبول به، بل أكثر من ذلك تقديمه للمستثمر الأجنبي كمحفز وضمان⁴.

وقد تبنى المنظم في أول قانون ينظم الصفقات العمومية أي الأمر 67-90 المؤرخ 17 جوان 1967، في حيث أشارت المواد 152، 155، 159 إلى حل المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية بالطرق الودية، أمام لجان الصفقات كأصل عام قبل عرض النزاع على القضاء.

¹قذوج حمامة، المرجع السابق،ص. 210.

⁴ TRARI TANI Mostefa, op.cit., p. 17.

³المادة 442 من الأمر 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 الملغى: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.

ولايجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولايجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

⁴Mostefa .TRARI-TANI, Les pays en développement face à l'ordre arbitrage international, approche historique dans le droit et la pratique des pays du magreb.Revue marocaine des contentieux,2005,p.4.

ثم تدخل المشرع لتعديل قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 والذي جعل التحكيم حكرا على النزاعات الناتجة عن العلاقات فيما بين المؤسسات العمومية، ثم بعدها صدر الأمر 75-44 المؤرخ في 17 جويلية 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري بين المؤسسات العمومية¹.

لكن بصدور المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 نصت المادة 104 منه على تسوية الخلافات التي تطرأ أثناء التنفيذ الصفة في اطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

وبالرجوع إلى الأحكام التشريعية نجد نص المادة 442 ف3 من قانون الإجراءات المدنية، الذي يمنع الأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم كأصل عام، لكن المرسوم 82-145 في المادة 55 فقرة 01 "التي تنص يجب أن ينص في كل صفة على التشريع المعمول به وعلى هذا المرسوم ... كما يجب أن تحتوي الصفة فضلا عن ذلك ان اقتضى الأمر البيانات التكميلية التالية ... القانون المطبق وشروط تسوية المنازعات". ما يسمح بالقول بإمكانية اللجوء للتحكيم.

ومع صدور القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جاء نص المادة 20 بأن أموال وأملك المؤسسات العمومية الاقتصادية، يجوز أن تكون محل مصالح أي يجوز التنازل عنها وهي قابلة للحجز.

ثم جاء المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وعلى هذا النحو جاءت المادة 51 منه في نفس النسق الذي جاء به المرسوم 82-145 بالنص على إلزامية تبيان القانون الواجب التطبيق، وشروط تسوية الخلافات في نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية.

ثم صدر المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966² الذي ألغى المادة 442 ف3، وهذا تماشيا مع موقف المشرع الفرنسي الذي أخذ بالمعيار الاقتصادي في نص المادة 1492 .

¹ الأمر 75-44 المؤرخ في 17 يونيو 1975، ج.ر. المؤرخة في 04 يوليو 1975، العدد 53، ص. 742، (الملغى).
² المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر 66-154، ج.ر. المؤرخة في 27 أبريل 1993، العدد 27، ص. 3، (الملغى).

فالمشرع فتح المجال أمام الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم فيما يخص علاقاتها الخارجية، ثم جاءت المادة 50 من المرسوم الرئاسي 02-250 متجانسة مع المرسوم التنفيذي 91-434 التي نصت على ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على مستوى كل صفقة.

2- مرحلة الاستقرار

لقد فتح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الباب للجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الخاضعة للقانون العام:

أ- مشروعية لجوء الأشخاص المعنوية للتحكيم

نصت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 ، أعلاه أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية." عند تحليل المادة نستنتج الملاحظات التالية:

-الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم تمثلت في الأشخاص الواردة في المادة 800 والمتمثلة في كل من الدولة والولاية البلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، لهذا الأشخاص الاعتبارية المعنية بالتحكيم هي ذات الصبغة الإدارية. -وقد اعترفت نفس المادة بعدم جواز لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم إلا في نقطتين وهما:

في ما يخص الاتفاقيات الدولية بحيث أن هذا النوع من التحكيم إلزامي وليس ناشئا عن إرادة الأطراف، بل منشؤه هو مصادقة الدولة للاتفاقية الدولية المتضمنة لشرط اللجوء للتحكيم في حالة نشوب نزاع، لهذا وفي حالة الإغفال تكون الدولة قد أخلت بالتزام دولي، فتتحمل مسؤوليتها طبقا لقواعد المسؤولية الدولية.

ب- جوازية التحكيم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة

حددت المادة 975 امكانية الأشخاص الاعتبارية العامة للجوء للتحكيم في مادة الصفقات العمومية وحددت المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية مجال تطبيقه بتحديد تقريبا نفس الأشخاص الاعتبارية العامة المذكورة في المادة 800.

نتيجة لذلك يجوز أن تلجأ للتحكيم سواء تعلق الأمر بالصفقات الوطنية أو الدولية وهذا ما تجسده المادة 38 من تنظيم الصفقات العمومية، بالتالي اللجوء إلى التحكيم يعد مستقلاً في حد ذاته وغير تابع للاتفاقيات المصادق عليها.

وقد حددت المادة 976 الأشخاص الذين يمكنهم تمثيل الأشخاص الاعتبارية العامة: تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية. عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة يتم اللجوء إلى الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، أما عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي، وفي حالة تعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية أو ذات طابع صناعي وتجاري، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثليها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها.

ثالثاً: تنظيم المشرع لاتفاق التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

تكمن صور اتفاقيات التحكيم في كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم من أجل معرفة كيفية تنظيم المشرع لاتفاقيات التحكيم، في منازعات الصفقات العمومية يقتضي الأمر إلى عرض، صور اتفاقيات التحكيم وشروط صحتها.

1- تعريف صور اتفاقيات التحكيم

نصت المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

تتعد اتفاقيات التحكيم بإحدى الصورتين: شرط التحكيم أو باتفاق التحكيم.

أ- شرط التحكيم

تنص المادة 1007 من قانون الاجراءات الإدارية على مايلي: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

لقد وردت عدة تعريفات لشرط التحكيم فهناك من يعرفه على أنه اتفاق باللجوء إلى التحكيم بشأن ما قد ينشأ مستقبلاً بين الأطراف من منازعات، ويكون في صورة بند أو شرط ضمن بنود عقد معين، وهذا الاتفاق يتم عند إبرام العقد الأصلي وقبل حدوث النزاع فلا ينتظر أطراف العلاقة التعاقدية

نشوب النزاع وإنما يسبقون الحوادث فينتفون على التحكيم مقدما في العقد الذي يبرمونه أو باتفاق مستقل قد يكون لاحقا للعقد ولكن في كل الحالات السابق على قيام النزاع.

نصت المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها". لهذا وجب أن يكون شرط التحكيم ضمن بنود الصفقة المبرمة والموقع عليها، كما يمكن تحريره في وثيقة لاحقة ولكنها تابعة للصفقة.

ولما كانت الصفقات العمومية عقود مكتوبة فإن شرط التحكيم يندرج ضمن نفس الطابع الكتابي، وما يؤكد هذا الشرط المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تحدد البيانات الواجب توافرها في عقد الصفقة بحيث تنص: " يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ...

ويجب أن تتضمن الصفقة العمومية فضلا عن ذلك البيانات التكميلية الآتية:
...القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات".

ب- اتفاق التحكيم

يعرف اتفاق التحكيم بحسب نص المادة 1011 على أنه: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم "

كما عرفه بعض من الفقه: " اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع قائم فعلا بصدد هذا العقد."

فاتفاق التحكيم هو اتفاق إرادة الأطراف عقد الصفقة العمومية على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع نشأ بينهم بالفعل، وبآتي كاتفاق مستقل عن العقد الأصلي، وبالتالي فهو اتفاق يواجه مشاكل وقعت بالفعل لذلك، فهو يتميز عن شرط التحكيم الذي يقتصر دوره على الالتجاء إلى التحكيم، لحسم ما يقع من منازعات في المستقبل بين الأطراف.

2- شروط صحة اتفاقيات التحكيم

يشترط لصحة اتفاقات التحكيم شروط شكلية، أخرى موضوعية بيانها كمايلي:

أ-الشروط الشكلية

لقد ميز المشرع الجزائري بشأن الشكل الذي تظهر فيه اتفاقيات التحكيم بين ما إذا كان التحكيم داخليا أو دوليا، فالتحكيم الداخلي يشترط الكتابة بمفهوم المادة 1008 أما اتفاق التحكيم هو أيضا وجب أن يكون كتابيا طبقا للمادة 1012، طبقا للمادتين السابقتين وجب على أطراف التحكيم أن يثبتوا اتفاقهم على اختيار التحكيم كتابة، وأن يدرج في الاتفاق الرئيسي أو في وثيقة أشار إليها هذا الاتفاق، باعتباره وسيلة حل المنازعات التي تنشأ بينهم، فلا يجوز إثبات التحكيم بالوسائل المعروفة في الإثبات¹.

بينما في التحكيم الدولي الأمر يختلف حيث تشترط المادة 1040 الكتابة أو أي وسيلة تجيز الإثبات بالكتابة، ولا بد أن تترجم وثيقة التحكيم في وثيقة مكتوبة أو بأي شكلية أخرى، من شأنها أن تقبل الإثبات بالكتابة، وأي خروج على هذه الشكلية أو عدم احترامها يرتب عنه البطلان. غير أن الإشكال يثار حول المقصود بوسائل الاتصال القابلة للإثبات بالكتابة، خاصة وأن المشرع لم يحدد نوع هذه الوسائل، رغم أن بعض من التشريعات وعلى رأسها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المادة 02، والتشريع السويسري في المادة 178، قد حددتها على سبيل المثال في الخطابات المتبادلة والبرقيات والتيلكس.

وقد ألزم المشرع أن تتضمن الاتفاقيات التحكيمية مجموعة من البيانات الرئيسية، حيث نصت المادة 1008 ف02: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحدد كيفية تعيينهم.

وفي حال اعتراض أي صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف، أو بمناسبة تنفيذ اجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، فإن طبقا للمادة 1009 يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل ابرام العقد أو محل تنفيذه. أقرت المادة 1012 ف 02 على ضرورة تضمين عدد من البيانات: " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم".

فلا بد أن يلتزم الأطراف شرط التحكيم بتعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم، أما اتفاق التحكيم وزيادة على تعيين المحكمين، لا بد أن يتضمن موضوع النزاع، ويعود ذلك إن شرط التحكيم

¹ فيما يخص الإثبات راجع الباب السادس من التقنين المدني الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم وهي كمايلي: الإثبات بالكتابة، الإثبات بالبينة، القرائن، الإقرار، اليمين.

يتعلق بمنازعة مستقبلية غير معروفة، إذ يمكن أن يحدث هذا النزاع أو لا يحدث لعدم نشوئه ومعرفته، في حين أن اتفاق التحكيم يحدث بمجرد نشوء النزاع ما يجعل هذا الأخير معروفاً.

أما التحكيم الدولي فلم يرق المشرع باشتراط بيانات معينة لأجل تضمينها اتفاقيات التحكيم، إذ لا توجد مادة تجبر الأطراف على ضرورة تضمينها اتفاقيات التحكيم لبيانات معينة ما عدا شرط الكتابة.

يتضح ذلك أكثر من خلال نص المادة 1041: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

وفي غياب تعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

*رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

*رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

ب-الشروط الموضوعية

تتمثل في الرضا والمحل والأهلية.

-الرضا

لابد من توافر رضا الطرفين لذا يجب أن لا تشوب إرادة الأطراف عيوب الرضا، يتم اللجوء إلى التحكيم باتفاق الطرفين إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، فالأساس القانوني للتحكيم هو اتفاق الأطراف وحريرتهم في الاتفاق على التحكيم تمتد إلى اختيار المحكمين.

ويمكن للأطراف رد المحكمين بحسب ما جاء في المادة 1015 " إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم .

وبالرجوع للتحكيم الدولي تترسخ فكرة الرضا بين الأطراف فتتص المادة 1040: " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً".

-المحل

إن محل التحكيم هو موضوع النزاع، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام والآداب العامة، إلا اعتبرت باطلة والحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في مسائل المتعلقة

بالنظام العام، لاعتبارها تخضع لرقابة السلطة العامة وإشرافها، وقد جاءت المادة 1006 ف 02 صريحة في هذا المجال: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام".

-الأهلية-

باعتبار التحكيم اتفاق بين طرفين وجوباً توافر الأهلية اللازمة للتعبير عن الإرادة، فتنص المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ".

إن الأهلية التي يشترطها القانون لإبرام عقد التحكيم هي أهلية التصرف، في الحقوق أي أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، ذلك أن اتفاقية التحكيم تعني التنازل عن رفع النزاع إلى القضاء، وهو ما قد يعرض الحق المتنازع فيه للخطر.

وأهلية ممنوحة للأشخاص الاعتبارية للجوء إلى التحكيم بموجب المادة 975 أما المادة 1006، فقد منحت لباقي الأشخاص المعنوية الأهلية لطلب التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية.

رابعاً: التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

1-الاجراءات التحكيمية أمام هيئة التحكيم

يعتبر التحكيم وسيلة قانونية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة من قبل هيئة التحكيم، والتي تستمد مصدرها من اتفاق الأطراف على التحكيم، فتتشكل هذه الهيئة بمجرد نشوء النزاع ، بحيث يقوم الأطراف بإتباع جملة من الأعمال الإجرائية وهي كمايلي:

أ-تحريك إجراءات التحكيم

تنقسم إجراءات التي تتم بها عملية التحكيم وفقاً للإجراءات التالية:

-بالنسبة للتحكيم الداخلي

تخضع إجراءات التحكيم الداخلي إلى عدد من القواعد، وفي هذا الاطار نصت المادة 1019 على مايلي: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على ذلك".

حوصلة المادة أن أصل تنظيم إجراءات التحكيم يعود للأطراف أي إخضاعها لمبدأ سلطان الإرادة.

لهذا وبالرجوع لنص المادة 976 التي تحيل إلى الأوضاع المقررة أمام القضاء الإداري.

-بالنسبة التحكيم الدولي-

يستند تحريك إجراءات التحكيم الدولي للمادة 1043: " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم ، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"، يتحدد مكان التحكيم هو أيضا ما جاء في الاتفاق.

ب-تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الداخلي

نصت المادة 1008 على تعيين المحكمين في شرط التحكيم بحيث لا بد من أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم.

خامسا: ممارسة طرق الطعن في أحكام التحكيم

بما أن الصفقات العمومية تعرف نوعين من طرق الإبرام، عندما يكون المتعامل المتعاقد شخص وطني، وعندما يكون المتعامل المتعاقد شخص أجنبي لهذا فرق قانون الاجراءات المدنية والإدارية في طرق الطعن بين المنازعات أحكام التحكيم الداخلي "الوطني" وأحكام التحكيم الخارجي "الدولي".

1-فيما يخص طرق الطعن في التحكيم الداخلي

وقد تم النص عليها بموجب المادتين 977 و1019 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية تنص المادة 977: " تطبق مقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية".

أما المادة 1019: " تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

يستنتج من المادتين السابقتين أن لأحكام التحكيم طريقتين للطعن: الطعن العادي والطعن غير العادي.

أ-الطعن العادي بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلي

بالرجوع للمادتين السالفتين فإن طرق الطعن العادية هي المعارضة والاستئناف:

- المعارضة

إن الغاية من المعارضة هو مراجعة الحكم الغيابي، وذلك للفصل من جديد من حيث الوقائع والقانون ويصبح الحكم المعارض فيه كأن لم يكن¹، فجاءت المادة من نفس القانون 328 لا اعتبار الحكم الغيابي يكون قابلاً للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته.

بتطبيق هذه الأحكام على التحكيم الداخلي فإنه لا يقبل المعارضة على أساس اعتماده على الطابع الاتفاقي لأطراف الخصومة، إضافة أنه على المحكم التخلي على الخصومة فور الفصل فيه²، أي خروج النزاع من محكمة التحكيم بمجرد الفصل فيه ما عدا ما تعلق بتصحيح الأخطاء المادية، وإغفالات التي تشوبه وكذا بتفسيره.

إضافة أن لما جاءت به المادة 1031 أن الأحكام التحكيمية تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها، وما يؤكد التحليل السابق نص المادة 1032 فقرة أولى التي تنص بصريح العبارة على عدم قابلية أحكام التحكيم للمعارضة.

- الاستئناف

بالرجوع للمادتين 1033 و 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحق في استئناف حكم التحكيم في نزاع يتعلق بصفقة عمومية، بحيث يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد، من تاريخ النطق به، ويكون ذلك أمام المجلس القضائي الذي صدرت في دائرته اختصاصه³. إلا أن هذه المادة تثير إشكال قانوني فبتبني الجزائر ازدواجية الهرم القضائي، لم يعد هناك وجود للغرفة الإدارية على مستوى المجالس القضائية فهي تندرج ضمن القضاء العادي.

لكن بالعودة للمادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على تطبيق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية لهذا يستنتج أن أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية تستأنف أمام مجلس الدولة.

ب- طرق الطعن غير العادية في أحكام التحكيم الداخلي

بتطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تتمثل طرق الطعن غير العادية في الطعن بالنقض، واعتراض غير الخارج عن الخصومة.

¹ راجع المادة 327 من قانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

² راجع المادة 1030 من قانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

³ راجع المادة 1033 من قانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

- بالنسبة لاعتراض غير الخارج عن الخصومة

بتطبيق أحكام المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير، إلا أنه قد يحدث وأن يسبب حكم التحكيم ضرر للغير، وبالتالي يمكن الطعن بهذه الطريقة أمام المحكمة الإدارية المختصة شريطة أن يتم ذلك قبل عرض النزاع على التحكيم.

- الطعن بالنقض

جاءت المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، صريحة في هذا المجال بإمكانية انتهاج هذه الطريقة تنص: " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً لأحكام المنصوص عليها في هذا القانون". وتطبق نفس الأحكام المتعلقة بالطعن بالنقض الخاصة بالمادة الإدارية¹.

2- طرق الطعن في أحكام التحكيم الخارجي

نص المشرع الجزائري على ثلاث أنواع من طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي وهي كمايلي:

أ- الطعن بالاستئناف

يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة الإدارية، ولا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم، أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.

- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكماً أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي.

¹ راجع الفصل الأول من هذا الباب.

ب-الطعن بالبطلان

يشمل الطعن بالبطلان أحكام التحكيم الصادرة في الجزائر، بنفس الحالات التي يتم بها استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ ، إلا أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر لا يقبل أي طعن ، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ، أو التخلي المحكمة الإدارية عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم الفصل فيه.

يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم أمام مجلس الدولة، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم، غير أن هذا الطعن بالبطلان لا يكون مقبولا بعد شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ¹، وجب التنويه أن كل الطعن بالنقض أو الاستئناف، وأجل ممارستها يوقفان تنفيذ أحكام التحكيم.

ج-الطعن بالنقض

إن القرارات الصادرة عن مجلس الدولة نتيجة الطعون المذكورة أعلاه قابلة للطعن بالنقض، وهي القرارات الصادرة بعد استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض تنفيذ حكم التحكيم، وحتى الصادرة عن الطعن بالبطلان في حكم محكمة التحكيم، وهي الطعون المنصوص عليها بالمواد 1055 و1056، 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: الصلح

لقد اعتبر المشرع الجزائري الصلح وسيلة قانونية هامة لتسوية النزاعات بطرق الودية وأجاز اللجوء إليه في جميع النزاعات، وهذا ما نصت عليه المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن للقاضي بإجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت"، وفي هذا الصدد فإن من النزاعات التي يشملها النص القانوني منازعات الصفقات العمومية.

ولتأكيد ما سبق فإن المشرع حدد الاطار القانوني للصلح في المواد الإدارية في موضعين الأول المواد من 970 إلى 974، أما النقطة الثانية فهي المواد من 993 إلى 999 وهي نصوص متكاملة أحيانا ومتكررة أحيانا أخرى.

¹ راجع المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر .

وتجدر الإشارة أن الصلح قد يتم بمسعى من الخصوم أثناء سير الخصومة، وخارجها بسعي من القاضي الذي عرض عليه النزاع¹.

إن الصلح من الاجراءات الآلية الوقائية لأنه ينهي النزاع من أساسه وحتى في حالة اللجوء للقضاء وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى يؤدي إلى انقضاء الدعوى.

أولا: تعريف الصلح

يعرف الصلح بأنه تلك الطريقة الودية لتسوية مختلف الإشكالات والخلافات القائمة بين الطرفين أو أكثر²، كما عرفه القانون المدني الجزائري في نص المادة 459: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يستوفي إليه نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل حقه.

وقد عرف القانون الفرنسي الصلح: بأنه عقد ينهي الفريق نزاعا قائما أو محتمل الوقوع.

وعرفه القانون المصري: عقد يحسم الفريق أن النزاع القائم بينهما أو يمنعان حصوله بالتساهل المتبادل³

وتجدر الإشارة أن جميع التشريعات التي تناولته تشير إلى أن المنازعة تنتهي بالمصالحة وعليه انعدام المنازعة ينعدم الصلح⁴.

والأساس القانوني لإجراء الصلح يستند إلى قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، فهو من الطرق البديلة لتسوية المنازعة ويتم اللجوء إليه في سبيل وضع حد للخصومة أو النزاع الناتج عن الصفقة، والتسوية عن طريق الصلح تتم بمبادرة أطراف النزاع تجسيدا لرغبتهم للجوء إليه أو من قبل القاضي، وهذا بعد موافقة الأطراف المتنازعة، و المشرع الجزائري أثناء تعرضه لإجراء الصلح جعله أمرا جازيا.

¹بشير محمد، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، حوليات جامعة الجزائر، العدد25، رقم 01، ص. 60.

² بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ط3، منشورات بغداددي، ط2011، ص511.

³بشير محمد، المرجع السابق، ص. 58.

⁴ بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة فقهية ، تشريعية، قضائية) الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، ط2009، ص. 93.

ثانيا :آثار الصلح

أما ما جاء عن آثار الصلح في القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتمثل الأثر الأول للصلح في مبادرة القاضي وقبوله من طرف الخصوم، فيقوم الرئيس بتحرير محضر يتضمن ما تم الاتفاق عليه، ويأمر بتسوية النزاع استنادا إلى محضر الصلح الذي يعد مكتسبا لقوة الشيء المقضي فيه وغير قابل لأي طعن كونه من السندات التنفيذية¹.

ويتمثل الأثر الثاني في غلق الملف وعدم إثارة النزاع مدة أخرى من طرف نفس الخصوم وبخصوص نفس الخلاف أمام القضاء الإداري.

أما إذا تم الصلح بسعي من الخصوم وحصل الصلح يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضرا ، يبين فيه ما تم الاتفاق عليه، ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف يكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن كما نصت عليه المادة 973 منه²، وبالنسبة إلى أثر الصلح بسعي من الخصوم خارج الخصومة فإنه يطبق ماتم الاتفاق عليه من طرف الأطراف بطريقتين:

وينتج أيضا عن الصلح اثار قانونية تختلف باختلاف أنواع الصلح، فكل نوع ينتج آثار معينة وهنا وجب التمييز بين حالتين:

الصلح الذي يتم بسعي من الخصوم بإرادتهم، ففي أي نزاع يخص تطبيقه يجوز للقاضي الإداري المختص نوعيا وإقليميا أن ينظر عن طريق دعوى القضاء الكامل³.

أما عن حالة توجه الخصوم بمحض إرادتهم بعد اتفاق القاضي الإداري المختص وطلب منه المصادقة على الاتفاق كضمان قضائي علة هذا الاتفاق في حالة مخالفة القواعد القانونية أو مخالفة للنظام العام، ويكون الرفض من خلال إصدار مقرر قضائي برفض المصادقة قابل للطعن فيه من طرف الخصوم.

ثالثا:موقف المشرع الجزائري من اجراء الصلح

لقد أورد المشرع الجزائري عقد الصلح في الباب التاسع من القانون المدني بحيث افرد المواد من 459 إلى 466، وهذا ليس معناه الصلح ناقل للملكية بل لان في الصلح يتنازل الطرف عن جزء من

¹ راجع المادة 600 مطة 08 من قانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² تنص المادة 973 منق.إ.م.إ.:" إذا حصل صلح، يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضرا يبين فيه ما تم الاتفاق عليه، ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن" .

³ بشير محمد، مرجع سابق، ص. 68.

ادعاءاته لصالح طرف آخر لهذا كان من الأجدر إدراج الصلح ضمن الباب الخامس في مجال انقضاء الالتزام خاصة بعد رفع محاضر الصلح إلى درجة الأحكام القضائية كسندات تنفيذية ، فضلا أن عقد الصلح كاشف لما اشتمل عليه من حقوق عملا بالمادة 463 من القانون المدني الجزائري¹. وفي الأخير نستنتج أن الصلح يعد من الآليات الودية لتسوية منازعات الصفقات العمومية لما يتمتع به من مزايا من ربح للوقت وتخفيف من عدد القضايا وبالتالي له قيمة قانونية كبيرة. غير أن التطبيقات المتعلقة بالصلح في مجال الصفقات العمومية ما زالت لم تر النور .

الفصل الثاني: الاختصاص القضائي لتسوية منازعات الصفقات العمومية

المبرمة من طرف أشخاص القانون الخاص

بعد أن توضحت فكرة النظام القضائي الجزائري بموجب دستور 1996 الذي كرس ازدواجية القضاء وفصل المنازعات الإدارية، عن المنازعات العادية بصورة صريحة بموجب المادة 152 ف2 وف204²، حيث أقر تأسيس كل من مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية³،

¹تنص المادة 463 من القانون المدني الجزائري: " للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها".
²نصت المادة 152 من دستور 1996 السالف ذكره: " تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية.
تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون. تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري".
وجب الإشارة أن نص المادة 152 قد عرف تعديلا بموجب المادة 171 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المعدل والمتمم لدستور 1996 بحيث تم حذف عبارة "تؤسس" من ف 02 وف04 من المادة 152 وتعويضها بعبارة "يمثل" و"تفصل" على التوالي بعد إنشاء كل من مجلس الدولة ومحكمة التنازع على أرض الواقع فلا حاجة لبقاء عبارة "تؤسس".

³القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر. المؤرخة 01 يونيو 1998، العدد 37، ص. ص. 3-9 المعدل والمتمم بالقانونين: القانون 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج. ر. المؤرخة في 03 أوت 2011، العدد 43، ص. ص. 7-10. قانون العضوي 18-02 المؤرخ في 16 جمادى الثانية 1439 الموافق ل04 مارس 2018، ج.ر. المؤرخة 07 مارس 2018، العدد 15، ص. ص. 06-08.

ومحكمة التنازع¹ للفصل في حالات التنازع في الاختصاص بين الهرمين القضائيين العادي والإداري، إن سادت ولفترة طويلة مرحلة وحدة الهيكل القضائي من حيث الشكل، وازدواجية من حيث الموضوع².

وبما أن السلطة القضائية والقاضي ممثلا عنها مستقلان، يمارسان مهامهما في إطار الاحترام التام القانون³، وجب طرح مسألة مدى أهلية الجهة القضائية للفصل في النزاع المطروح أمامها طبقا للقواعد القانونية، فمن بين أهم الإشكالات التي تطرح في إطار النظر في نزاع مرتبط بصفة عمومية لأشخاص القانون الخاص الممولين من طرف الخزينة الدولة وللصفقات العمومية في حد ذاتها يتمثل في تحديد ماهي الجهة القضائية المطروح عليها النزاع المختصة للنظر فيه أم لا؟

يجد هذا الإشكال أساسه في أن المشرع الجزائري لم يسند لأي من القضائيين العادي أو الإداري الاختصاص للنظر في المنازعات الناشئة عن عقود الصفقات العمومية، وامتنع كذلك عن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الصفقة في إطار تنظيم الصفقات العمومية، وبالتالي فإن حسم الإشكال المرتبط بالاختصاص يقتضي في مقام أول التطرق إلى مدى صلاحية كل من القضائيين العادي والإداري بالفصل في منازعات الصفقات العمومية المبرمة من طرف أشخاص ينتمون للقانون الخاص، وهذا ما سوف يتم عرضه في المبحث الأول.

وبعد تحديد الهيئة القضائية المختصة في النظر في منازعات الصفقات العمومية المبرمة من طرف أشخاص القانون الخاص، يجدر التساؤل عن كيفية توزيع الاختصاص الجهة النازرة في النزاع أي في الهرم القضائي الواحد؟ وماهي أهم المنازعات التي يمكنها أن تكون موضوعا للصفقات العمومية؟ هذا ما سوف يتم دراسته في المبحث الثاني من الدراسة.

¹ القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج.ر. المؤرخة في 07 يونيو 1998، العدد 39، ص. 03.

² خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية تنظيم واختصاص القضاء الإداري، دم.ج، الجزائر، ط. 2005، ص. ص. 60-57.

عرفت الجزائر من الفترة الممتدة منذ 1965 لغاية 1996 نظام وحدة القضاء وذلك وبموجب القانون 65-278 المؤرخ في 16 نوفمبر 1965 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج. ر. المؤرخة في 23 نوفمبر 1965، العدد 96، ص. 1965.

³ راجع المادتين 156 و165 من الدستور 1996 المعدل والمتمم المكرستين للمبدئين.

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات صفقات أشخاص

القانون الخاص

يعد وضع التعاريف الاختصاص الأصيل للفقهاء، لكن لحساسية وخصوصية موضوع الصفقات العمومية، قام المشرع في جل التنظيمات المتعاقبة بوضع تعريف للصفقة العمومية، وأجمع في كل التنظيمات على اعتبارها عقدا، هذا ما اتفقت عليه جل التشريعات سواء العربية أو الغربية في تصنيفها لعقد الصفقة¹.

باعتبار الصفقات العمومية عقود وجب تحديد الجهة القضائية الفاصلة في منازعات الناشئة عنها، لأن المبدأ القانوني يقضي: " بأن كل حق يقابله التزام " فهناك فرضية الإخلال بالالتزامات، ما يلاحظ أن المشرع لم يحدد بصورة صريحة الجهة القضائية الناظرة في منازعات الصفقات العمومية، بل يحيلنا إلى الأحكام العامة.

لهذا ماهي الجهة التي خول لها القانون سلطة النظر في منازعات الصفقات العمومية؟ وكيف يتم تحديدها؟ وبما أن موضوع الدراسة هو صفقات العمومية المبرمة من طرف أشخاص القانون الخاص فأبي جهة أوكل لها القانون سلطة الفصل في منازعات الصفقات المبرمة من أشخاص يخضعون للقانون الخاص؟(المطلب الأول).

¹أعلى سبيل المثال التشريع الفرنسي

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics français, JORA 27 mars 2016, p. p. 28-68. Art. 01 du 03 le champ d'application l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics article 03 : "Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit publics sont des contrats administratifs", art. 04 : « les marchés sont des contrats conclus à titre onéreux par ... » site électronique www.legifrance.gouv.fr consulté le 30/05/2018.

أما القانون المغربي ف جاء بنفس تعريف القانون الفرنسي: بموجب المرسوم رقم 2.12.349 مؤرخ في 20 مارس 2013 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر. المؤرخة في 04 أبريل 2013، العدد 6140، ص. 3023-3100، في المادة 04 نقطة 13: " الصفقات عقود بعوض واعتبر مابين صاحب المشروع من جهة وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى... "اطلع عليه من الموقع الإلكتروني لأمانة الحكومة المغربية بتاريخ 2018/05/30. www.sgg.gov.ma وبالرجوع للقانون التونسي أمر 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13 مارس 2014 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر. المؤرخة في 18 مارس 2014، العدد 22، ص. 664-629. في الفصل الثالث منه ينص: " الصفقات العمومية عقود كتابية تبرم قبل المشتريين العموميين بمقابل ...". اطلع عليه من الموقع الإلكتروني بتاريخ 2018/05/30. www.legislation.tn

وبعد تحديد الجهة القضائية الباتة في المنازعات الصفقات العمومية المؤداة من طرف أشخاص خاصين، يؤدي بالضرورة إلى إلزامية تحديد القانون الاجراءات المطبقة للفصل في هذا النوع من المنازعات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق اختصاص القضائي

إن النظام القضائي الموحد لا يعرف اشكالية توزيع الاختصاص، بحيث يوجد هرم قضائي واحد هو القضاء العادي الذي يكفل البت في المنازعات المتعلقة بالإدارة، بالموازاة مع اختصاصه بالفصل في قضايا أشخاص القانون الخاص؛ أي أن هناك تساو بين الإدارة العامة والأفراد العاديين أمام المحاكم، وقد تبنت الدول الأنجلوساكسونية هذا النظام منها: إنجلترا التي سلمت بفكرة السيادة في القانون والمساواة أمامه، يعني لا تفترض تخصيص قاض خاص بالمنازعات الإدارية، وقانون متميز عن القانون العام، بل يطبق قانون واحد وقاض واحد، في جميع النزاعات فالمساواة تكون على مستوى القانون والقضاء معا¹.

بعكس نظام ازدواجية القضاء الذي يعرف هرمين قضائيين أحدهما خاص بالمنازعات الإدارية وهو القضاء الإداري، وآخر خاص بمنازعات الأفراد وهو القضاء العادي، ويتسم هذا النوع من الأنظمة باستقلالية الهيئات القضائية العادية عن الإدارية، فاستقلالية القواعد تشكل أرضية لنشاط وأعمال الإدارة²، وهذا الازدواج في الهيئات يتبعه في الإجراءات والقوانين المطبقة.

لهذا لتحديد اختصاص كل من الجهتين القضائيتين عمد الفقه والقضاء الإداري خصوصا الفرنسي منه لإيجاد مجموعة من القرارات تعد اجتهادات قضائية كانت الفيصل في تحديد الاختصاص لأن القانون الإداري قضائي النشأة.

وبما أن الصفقات العمومية تندرج ضمن العقود الإدارية، ما يحيلنا لرجوع للمعايير القضائية من أجل تحديد مجال اختصاص كل من القضاء الإداري والقضاء العادي، وهذه المعايير وليدة ظروف زمنية معينة.

¹شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول الهيئات والإجراءات، د.م.ج، الجزائر، ط 2009، ص. 32-33.

²قمراوي عز الدين، استقلالية النزاع الإداري عن قواعد القانون الخاص، مجلة حوليات كلية الحقوق، جامعة وهران الجزائر، العدد 03، سنة 2011، ص. 198.

الفرع الأول: المعيار العضوي

بحسب هذا المعيار يعتبر النزاع إداريا، كل نزاع يكون شخص عمومي طرف فيه، ويظهر هذا المعيار بسهولته الكبيرة في تحديد الطبيعة الإدارية لنزاع ما، بحيث يكفي أن يكون شخص من أشخاص العمومية الإدارية، طرفا فيه حتى يصبح النزاع إداريا، يعود الفصل فيه للقضاء الإداري¹.

لقد عمل القضاء الفرنسي بهذا المعيار لتحديد مجال اختصاص انطلاقا من مبادئ الثورة الفرنسية لسنة 1789 وأحكام القانون 16-24 أوت 1790، الذي قرر الفصل واستقلال الوظيفة القضائية عن الأعمال الإدارية، بالإضافة إلى عدم تدخل القضاء العادي أو تصريف من الجبهة الإدارية، وإلا اعتبر القضاء مرتكبا لجريمة الخيانة العظمى²، فقد أكد القانون على ضرورة الفصل بين السلطات الإدارية، والسلطات القضائية الشيء الذي أوكل لاختصاص القضاء الإداري، كلما كانت سلطة الإدارية طرفا في النزاع.

وإن كان هذا المعيار هو أساس في تحديد الاختصاص لكنه أثبت عدم فاعليته عندما أصبحت الدولة تتدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، خصوصا بعد الحرب العالمية الأولى بحيث قامت الدولة بإنشاء مشاريع كثيرة ذات طابع تجاري واقتصادي، تلجأ في إدارتها بصفة أساسية إلى أساليب القانون الخاص، وهو ما نتج عنه أزمة المرفق العام³ خصوصا في قضية الشركة التجارية لغرب إفريقيا "باك دي لوكا" محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 22 جانفي سنة 1921⁴.

بالرجوع لموضوع الصفقات العمومية فالعقد لا يكتسب السمة الإدارية، إذا كان طرفاه من أشخاص القانون الخاص، فوجود الشخص المعنوي العام كطرف في العقد سينال الصفة الإدارية، لها أن تضيء هذه الصفة إذا كان طرفا العقد كلاهما من الأشخاص المعنوية العامة.

إن العقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة في الدولة التي أخذت بتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، والأخذ بالمعيار العضوي في تصنيف العقود الإدارية يعد من أقوى الدعائم لتحديد

¹خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص. 326.

²عوايدي عمار، القانون الإداري، ج. 1: النظام الإداري، د.م. ج، الجزائر، ط 2008، ص. 133.

³البرزنجي عصام عبد الوهاب، بدير علي محمد، السلادي ياسين، المرجع السابق، ص. 64.

⁴M.LONG ,P.WEIL , G.BRAIBANT, P.DELVOLVÉ,B.GENEVOIS, op.cit., , p. p. 207-215.

اختصاص القضاء الإداري¹، لذلك يكون من البديهي أن يشترط عند إضافة الصفة الإدارية على العقود أن تكون الإدارة طرفاً فيها، وذلك على أساس أن القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاطات السلطات الإدارية دون نشاط الأفراد الذي يحكمه قانون خاص، بالعودة إلى أحكام المادة السادسة (06) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا المادة 09 من القانون 23-12، فيلاحظ قيامها بتحديد مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية على العقود التي يكون أحد أطرافها مايلي: "الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري"؛ أي أن أحد أطراف الصفقة شخص من أشخاص القانون العام، وهو ما يضيف الطابع الإداري على عقد الصفقة العمومية.

إلا أن التطورات المعاصرة مع ازدياد مهام الأشخاص المعنوية العامة، أدت بهذه الأخيرة إلى تفويض العديد من الاختصاصات المتعلقة بمهام المرفق العام إلى الأشخاص المعنوية الخاصة، بما فيها إبرام الصفقات العمومية، وهو ما يضيف على العقد الصبغة الإدارية بالرغم من أن القائم به هو شخص معنوي خاص، إذ من المقرر قضاء أنه متى ظهر أن تعاقد الفرد أو الهيئات الخاصة، كان في الحقيقة لحساب الشخص المعنوي العام ولمصلحته، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري²، وهو ما يستتف من خلال ما أضافته المادة السادسة خلافاً للأشخاص المعنوية العامة التقليدية، فزيادة على ذلك تدرج ضمن تطبيقها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري، عندما تكفل بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، فسبب إدراج هذه المؤسسات يعود إلى أن إبرام الصفقة العمومية كان لحساب الدولة، وأن خزانة الدولة هي من قامت بتمويل المشروع، أما إذا كان التمويل من قبل المؤسسة نفسها ولحسابها فهي تخرج من دائرة العقود الإدارية³.

على خلاف العقد الإداري الذي يكتفي بأن يكون إحدى طرفي العقد شخصاً عاماً أو كلا طرفي العلاقة التعاقدية من الأشخاص العامة، فإن الصفقة العمومية تخرج العقود المبرمة بين إدارتين من مجال تطبيقها، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ عمار بوضياف الذي جاء رأيه متوافقاً مع المرسوم

¹F.LICHERE, L'évolution du critère organique du contrat administratif, R.F.D.A France, éd mars- avril 2002, p.341. « Le critère organique du contrat administratif prend place traditionnellement parmi les plus solides règles de répartitions des compétences contentieuses ».

²F.LICHERE, op.cit., p.342.

³راجع المادة 08 و 09 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، السابق ذكره.

الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010¹-الملغى- بأن سبب استبعاد تنظيم الصفقات العمومية، تعاقد الإدارات فيما بينها من مجال تطبيقها يعود إلى أن الإدارات العمومية لا تثير إشكالية الفساد المالي، إذا جمع العقد بين هيئتين عموميتين، لكنه في نفس الوقت يثير إشكالية تتعلق بحدود تفسير عبارة إدارة عمومية فهل تقتصر بذلك على أشخاص القانون العام التقليدية، أم أنها تمتد لباقي المؤسسات الأخرى الواردة بالمادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الأمر الذي يستدعي ضبط وتدقيق بشأن تفسير النص؟².

لقد قام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بتدارك الإشكال الذي كان متعلقا بحدود تطبيق مصطلح "الإدارات العمومية" في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى نصت المادة 02 فقرة 02 منه: "لا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم" فقد جاءت العبارة واسعة وتحتل العديد من التأويلات، لهذا تدارك المنظم هذه النقطة بتحديد لائحة العقود التي تخرج من دائرة تطبيق تنظيم الصفقات العمومية بشكل صريح، إذا جاءت المادة السابعة (07)³ منه بما يلي:

" لا تخضع لأحكام هذا الباب ، العقود الآتية:

- المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينهما ،
- المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطلة الأخيرة من المادة 6 أعلاه ، عندما تزاول هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة،
- المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع،
- المتعلقة باقتناء أو تأجير أرض أو عقارات،
- المبرمة مع بنك الجزائر،
- المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقات الدولية، عندما يكون ذلك مطلوبا،

-المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم،

¹المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السابق ذكره.
²بوضياف عمار، معايير تحديد الصفة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها، مجلة الفقه والقانون، العدد 22، سنة 2014، ص. 50.

³راجع المادة 11 من القانون 12-23 ، المحددة للعقود التي تخرج عن تطبيق قانون الصفقات العمومية، السالف ذكره.

- المبرمة مع المحامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل،

- المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام هذا الباب، وتتصرف لحساب المصالح

المتعاقدة."

والاختلاف بين إقرار بعض من العقود خارج خانة الصفقات العمومية من المسائل السيادية ويرجع لسياسة كل دولة.

الفرع الثاني: المعيار المادي

مفاد هذا المعيار أن الدولة تتصرف كسلطة عامة وذلك حينما تستعمل سلطاتها الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، فيعود الاختصاص إلى القضاء الإداري، وأن تتصرف كأى شخص خاص وهو يسير ممتلكاته كما هو الحال بالنسبة للعقود والمسؤولية، وإن كانت الإدارة هنا لا تظهر كسلطة عامة فيعود الاختصاص للقضاء العادي، ظهر هذا المعيار في ألمانيا وهو معيار يعكس مرحلة الدولة الحارسة التي سادت في القرن التاسع عشر¹.

فلا يركز المعيار المادي على طبيعة أطراف النزاع بل على طبيعة النشاط، أو الصلاحيات التي يتمتع بها أحد الطرفين في النزاع، وتتمثل طبيعة النشاط في معيار المرفق العام أو الامتيازات التي يتمتع بها أحد الطرفين، فالصلاحيات تتجسد في معيار السلطة العامة وهذا ما سوف يتم التطرق له:

أولاً: معيار المرفق العام

يستند هذا المعيار إلى قرار بلانكو Blanco الشهير الصادر عن محكمة التنازع في 28 فيفري 1873، وقد أشار في حيثياته إلى أن عدم تطبيق قواعد المسؤولية المدنية على الوقائع، يعود كون الأمر يتعلق بمرفق عام، وأن قواعد المسؤولية الإدارية التي تحكمه هي قواعد خاصة، ومتغيرة بحسب حاجات المرافق العامة².

¹عوايدي عمار، المرجع السابق، ص. 134.

²M.LONG,P.WEIL ,G.BRAIBANT, P.DELVOLVÉ, B.GENEVOIS ,op.cit.,p. p.1-7.

إن رأي مجلس الدولة صائب لأن العلاقات الإدارية خاصة في مجال المسؤولية تختلف عن العلاقات الناشئة بين الأفراد، وذلك نظرا لأن الإدارة في علاقاتها الإدارية تعد طرفا قويا، لا يقارن بالطرف الآخر وهو الفرد من الأفراد العاديين فضلا عن أنها تمثل المصلحة العامة للمجتمع¹.

فقد جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 02 جوان 1957 تعريف المرفق العام على النحو الآتي: " إن المرفق العام هو مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بالسلطات الإدارية لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصلحة العامة في الدولة والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام، أي أن يكون غرضه سد حاجات مشتركة أو تقديم خدمات عامة"²، وعلى هذا الأساس فإن الصفقات العمومية تعتبر عقودا إدارية لاتصالها المباشر بنشاط المرافق العمومية.

فإذا كان العقد الإداري أحد وسائل إدارة المرفق العام، فيجب أن يحترم مبادئ سير المرفق العام الذي أبرم من أجله، وهو ما كرسته العديد من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والقانون 23-12 السالف ذكره، لعل أهمها إقرار مسألة الحل الودي في النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية، تطبيقا لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، وقد تم وضعه لترشيد المال والمحافظة عليه، عن طريق إبرام عقود الصفقات العمومية التي موضوعها أساسا نفقات الإدارة العمومية، التي أموالها أموال عمومية تصرف في خدمة النفع العام والمصلحة العامة.

ثانيا: معيار السلطة العامة

يشكل معيار السلطة العامة الشطر الثاني للمعيار المادي ويقصد به امتيازات السلطة العامة وهي حقوق معترف بها أصلا للإدارة، تستعمل في إطار القانون لتحقيق المصلحة العامة، مثل إصدار قرارات إدارية أو نزع الملكية...، وإن كانت هذه الامتيازات من الوسائل المعترف بها للإدارة لتأدية مهامها، فإنه يحدث أن تفوض هذه الأخيرة البعض منها إلى أشخاص غير الإدارة في إطار معين، مثل صفقة العمومية.

¹قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص. 200.

²رحماني راضية، المرجع السابق، ص. 177.

فاعتبر القضاء الإداري الفرنسي أن القرارات التي تصدرها أشخاص خاصة أو النشاط التي تقوم بها في إطار تحقيق مصلحة عامة تكون من اختصاص القضاء الإداري في حالة حدوث نزاع¹.

المطلب الثاني: حسم مسألة الاختصاص بين جهة القضاء الإداري والقضاء العادي في منازعات الصفقات العمومية

ليس هناك مشكلة في القانون الإداري أعقد من مشكلة تحديد ما يعد نزاعاً إدارياً وما يعد غير ذلك، يعود الفضل للمعايير المذكورة آنفاً في تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والإداري، على اعتبار أن القانون الإداري قضائي الأصل فهو من صنع مجلس الدولة الفرنسي، من القواعد التي جاء بها هي تمييز بين عقود الإدارة حينما تنزل لمرتبة أفراد العاديين، وحينما تستعمل امتيازاتها وسلطاتها في إبرام العقود، وتسمى حينئذ بالعقود الإدارية، خصوصاً أن القانون الفرنسي نص على اعتبارها عقوداً إدارية في تنظيم الصفقات العمومية، وعلى ضوء ذلك يتحدد الاختصاص القضائي باعتبار أن المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة الخاصة تؤول للقضاء العادي، بينما المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية فيرجع الاختصاص للقضاء الإداري.

أما فيما يخص التشريع الجزائري لم يحدد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الجهة القضائية المختصة بالفصل في نزاعات الصفقات العمومية، فالمادتان 82 و153² من هذا المرسوم لم تشر إلى ذلك بل جاءت في الصياغة الإشارة إلى عبارة الأحكام التشريعية والتنظيمية، كما أن المادة 153 في فقرتها الرابعة اقتضت على عبارة اللجوء إلى "العدالة" بعد رفع الطعن أمام لجنة التسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية، فهذه العبارة جاءت عامة الشيء الذي يحيل اللجوء إلى القواعد العامة.

إن الإحالة على القواعد العامة يظهر إصرار المنظم الجزائري على تكريس المعيار العضوي كأساس لتحديد جهة اختصاص القضاء الإداري (الفرع الأول) إلا أن ذلك لا يعني الأخذ بهذا المعيار بصفة مطلقة بل هناك اتجاه نحو اعتماد المعيار المادي (الفرع الثاني) في حالات معينة.

¹البرزنجي عصام عبد الوهاب، بديرعلي محمد، السلامي ياسين، المرجع السابق، ص. 58.

²تنص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف ذكره: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به...."

تنص المادة 153 ف 01 من نفس المرسوم المذكور أعلاه: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول به..."

الفرع الأول: تكريس المعيار العضوي في تحديد جهة اختصاص القضاء الإداري

كرس المشرع الجزائري ولأول مرة بموجب الأمر رقم 66-154 الموافق ل 8 يونيو 1966¹ والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم -الملغى- المعيار العضوي حيث جاءت المادة 07 منه ماييلي: "تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا ، في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها وذلك حسب قواعد الاختصاص"².

ارتكز المشرع الجزائري على الأطراف القائمة بالعمل المؤدي للنزاع، فيختص القاضي الإداري بالنزاع متى كان أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، ومن ثم فإن القاضي الإداري لا يأخذ بطبيعة النشاط، فمتى توفرت الأشخاص المذكورة في المادة 07 أعلاه بغض النظر عن تعامل الإدارة ، ولو كان نشاطها خاصا ويخضع للقانون الخاص، يختص القاضي الإداري بالنظر إليه³.

وفي هذا الاتجاه المكرس للمعيار العضوي، سائر المجلس الأعلى موقف المشرع الجزائري في قراره الصادر في 23 جانفي 1970 قضية السيد(ب) بالتعاونية الجزائرية لتأمين عمال التربية والثقافة (MAATEC) ضد وزير الدفاع الوطني الذي جاء في تسببيه " حيث أن المادة 07 من ق.إ.م، قد استبدلت المعيار المادي القديم المرتكز على طبيعة النشاط الإداري المعتبر بمعيار عضوي، لم يأخذ بعين الاعتبار سوى صفات الأشخاص المعنيين، وأنه يجب ويكفي أن يكون شخص معنوي إداري

¹ أمر 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08 يونيو 1966، ج.ر. المؤرخة في 09 جوان 1966، العدد 47، ص. 582 المعدل عدة مرات والملغى بموجب المادة 1064 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² هو نص المادة 07 معدلة بموجب القانون 90-23 المؤرخ في 18 غشت 1990، ج.ر. المؤرخة في 22 غشت 1990، العدد 36، ص. 1149، حيث نص الأول للمادة السابعة كان على النحو التالي: " كما تختص بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا التي تكون الدولة أو إحدى العمالات أو إحدى البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، ويكون حكمها قابلا للطعن أمام المجلس الأعلى".

³ وهو ما أخذت به محكمة التنازع في كثير من قراراتها مثال القرار رقم 45 بتاريخ 09-12-2007 قضية ب.ك ضد بلدية زمورة: "حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفا في النزاع، يكفي لجعل القاضي الإداري مختصا نوعيا للفصل فيه" مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، سنة 2009، ص.115.

طرفا في الدعوى لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد الإدارية مختصا، وهذا مهما كانت طبيعة القضية»¹.

الملاحظ على هذا القرار تبيانه لنقطة مهمة وهي إقرار بأن المعيار المادي كان مستعملا قبل صدور قانون الإجراءات المدنية الذي يعتبر نقطة تحول نحو الاتجاه لاستعمال المعيار العضوي، فكما هو معروف فإن الجزائر بعد الاستقلال أصدرت قانونا يجيز مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي ما عدا ما تعلق منه بالسيادة الوطنية، فأثناء هذه الفترة كان معمولا بالمعيار المادي الموروث عن الاستعمار الفرنسي، إلا أن هذا لا يعني عدم العمل بالمعيار العضوي في نفس الفترة.

وهو نفس المعيار الذي كان معتمدا في تحديد مجال اختصاص المحاكم الإدارية الثلاثة الموروثة عن النظام الفرنسي السابق الموجودة في كل من وهران، الجزائر العاصمة، قسنطينة خلال المرحلة الانتقالية الممتدة من 5 جويلية 1962 إلى غاية 8 يونيو 1966 تاريخ صدور الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى.

عليه فإن قانون الإجراءات المدنية بموجب المادة السابعة منه يكرس استبعاد المعيار المادي والتحول نحو اعتماد المعيار العضوي كأساس وحيد لتحديد اختصاص القاضي الإداري.

يرى الأستاذ رشيد خلوفي أن الإرث القضائي الفرنسي أدى إلى تعقيد في الإجراءات بصورة أصعب، نظرا للوضع القائم بعد الاستقلال المتميز بمغادرة الوسائل البشرية القضائية، واستحالة تغطية هذا الفراغ، وأمام هذا الوضع فضلت السلطات العمومية سنة 1966 استعمال المعيار العضوي، لتحديد اختصاص الغرف الإدارية للفصل في النزاعات، التي تكون السلطات الإدارية طرفا فيها، تم هذا الاختيار لصعوبة استعمال المعيار المادي قبل هذا التاريخ².

إن تكريس المشرع للمعيار العضوي قد تواصل حتى بصدور القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي أصر في الفقرة الثانية من المادة 800 منه على استعمال هذا المعيار، رغم التحولات التي عرفتتها الدولة خاصة مع التوجه الليبرالي المكرس في دستور 1989، وازدواجية القضاء في دستور 1996، التحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يعرفها المجتمع، فقد جاءت المادة 800 ف 2 والمتضمنة اختصاص المحاكم

¹ خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص. 336.

² خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص. 324-325.

الإدارية كالتالي: "تختص المحاكم الإدارية بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية طرفا فيها"¹.

إذن فالمعيار العضوي في الجزائر هو معيار تشريعي يلزم القاضي بضرورة تطبيقه، فقد جاءت المادة 165 من الدستور بنص على: "لا يخضع القاضي إلا للقانون"، فلا مجال لاجتهاد القاضي بوجود النص، فيطبق القاضي المعيار العضوي حرفيا، حتى ولو كانت السلطات الإدارية تنزل في علاقاتها منزلة الأفراد، وهو الأمر الذي يؤدي إلى توسيع اختصاص القاضي ليشمل مجالات هي في الأصل من صميم قواعد القانون الخاص، الشيء الذي يؤدي بالمساس بقواعد الاختصاص، وهدم الركائز التي بني عليها القضاء الإداري، وإن كان ظاهره لا يثير إشكالا فبوجود الأشخاص المنصوص عليها في المادة 800 ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري.

بالرجوع الصفقات العمومية ومدى تأثيرها بالمعيار العضوي، فأول نص هو الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967²، حيث جاءت المادة الأولى منه كمايلي: "إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو المعاملات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية، قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"، فقد حملت هذه المادة نفس الأشخاص المذكورين في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الملغى ولم تحد في ذلك عن المعيار العضوي.

إلا أن الأمر ما لبث أن تغير بصدور الأمر رقم 74-09 المؤرخ في 30 جانفي 1974³ المعدل للأمر رقم 67-90 حيث تم تمديد تطبيق هذا الأخير إلى صفقات المؤسسات الوطنية الاقتصادية وفي هذا المجال جاءت المادة 2 منه على النحو التالي: "يسري التنظيم المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية على عقود التجهيز المتعلقة بالمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي، مع مراعاة أحكام هذا الأمر".

¹ عرف نص المادة 800 ق.ا.م.اتعديدا بموجب القانون 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، السالف ذكره.

² الأمر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، السالف ذكره.(ملغى).

³ الأمر 74-09 المؤرخ في 30 يناير 1974، السالف ذكره.(ملغى).

إن هذا التمديد قد لاقى عدة احتجاجات في القطاع الاقتصادي، إذ كان المتعاملون الاقتصاديون ينادون بالتخفيف من القواعد المنظمة لنشاطاتهم، الشيء الذي أدى إلى الوضع لجنة وزارية ترمي إلى مراجعة قانون الصفقات العمومية، وكان من بين التوصيات التي أخرجتها هو وضع قوانين الصفقات العمومية¹، فسادت آنذاك فكرة ازدواجية القانونين، مهما يكن وبعد هيمنة فكرة ازدواجية القانون المتعلق بالصفقات العمومية، فإنه وفي الأخير قرر التراجع عن ذلك، وتم وضع قانون واحد ينظم الصفقات العمومية، بعد أن نادى بعضهم إلى مخالفة هذه الازدواجية للنظام الاشتراكي، إلا أن ذلك لا يعني انتصار لأصحاب هذا الاتجاه، ذلك أنه من حيث الموضوع فإن القانون الثاني الذي كان موجها للشركات الاقتصادية هو الذي أخذ به ثم عمم من بعد ذلك على كل المتعاملين بما فيهم الإدارات العمومية، وعلى هذا الأساس تم تغيير عنوان قانون الصفقات العمومية بقانون صفقات المتعامل العمومي، لأنه في الواقع الأمر المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 نوفمبر 1982²، ليس في الحقيقة إلا قانون المؤسسات الاقتصادية الاشتراكية، وقد حددت المادة 5 من هذا المرسوم الأشخاص الذين يخضعون إلى تنظيم صفقات المتعامل العمومي والتي جاءت كما يلي: " يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم، ما يأتي:

- جميع الإدارات،

- جميع المؤسسات والهيئات الاشتراكية،

- جميع المؤسسات الاشتراكية،

أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية، يتلقى مديرها تفويضات لعقد الصفقات.

تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي يكون جل رأسمالها

عموميا".

يطرح تمديد قانون الصفقات العمومية على المؤسسات الاقتصادية الاشتراكية أمر مهما وهي

مسألة مدى خضوع هذه المؤسسات إلى اختصاص الجهات القضائية الإدارية.

¹ خريف كمال، تجربة سوناطراك في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1998-1999، ص. ص. 21-23.

² المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في المؤرخ في 10 أبريل 1982، السالف ذكره. (ملغى).

أمام غياب أي إشارة في قانون الصفقات العمومية تفيد بذلك، يبقى المعيار العضوي المكرس بموجب قانون الإجراءات المدنية هو الأساس الوحيد الذي يمكن اعتماده، ما يجعل المؤسسات الاقتصادية الاشتراكية خاضعة للقضاء الخاص.

أما هنا كان على الاجتهاد القضائي الجزائري الفصل في هذه المسألة، فأثناء هذه الفترة أي منذ تمديد قانون الصفقات العمومية على الشركات الاقتصادية الاشتراكية، صدر قرار وحيد عن القضاء الإداري الجزائري، اعتبر فيه بعض القرارات الصادرة عن أشخاص القانون مثل المؤسسات والشركات العمومية ذات الطابع الاقتصادي بمثابة قرارات إدارية تنظيمية¹، ويتجلى هذا الموقف خاصة في قضية الشركة الوطنية "سامباك" ضد "الديوان الوطني ما بين المهنيين للحبوب" O.A.I.C أين استعملت فيها الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى المعيار المادي لتحديد اختصاصها النوعي في قضية O.A.I.C.

بحيث أصدرت شركة سمباك والتي هي مؤسسة عمومية تجارية بواسطة مديرها العام منشور تحت رقم 20650 في 03 فبراير 1976 قرر فيه تطبيقها للأهداف المحددة من طرف السلطة الثورية وفي إطار معركة الإنتاج، تحرير نسب استخراج السميد والفريضة، حيث أن المدير العام للشركة الوطنية "سمباك" لم يكتف بتفسير النصوص السارية المفعول، بل أضاف قواعد جديدة بواسطة التدبير محل النزاع ما جعله حسب الرأي المجلس الأعلى منشورا يتخذ طابعا تنظيميا، ويكون نتيجة لذلك قابلا لأن يهاجم بواسطة دعوى أمام الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى.

يفهم من المنشور المذكور أعلاه بأنه يهدف إلى تحقيق الصالح العام في إطار معركة الإنتاج، كما أن المنشور يكتسي طابعا تنظيميا نظرا لأنه جاء بقواعد جديدة، فهو لا يكتفي بتفسير القوانين والقرارات الإدارية، فإنه إذا تحقق مظاهر المعيار المادي بعنصره المرفق العام والسلطة العامة.

إذا هل يسمح قرار المجلس الأعلى في قضية « O.A.I.C /SEMPAC » بمطابقته على الشركات الاقتصادية والاشتراكية الخاضعة لقانون الصفقات العمومية، والتي هي أيضا تساهم في تحقيق أهداف الدولة الاشتراكية المنصوص عليها في دستور 1976.

¹بن شيخ آث ملوي لحسين، دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية، ط. 4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 48.

إن الإجابة على هذا الإشكال صعب في غياب اجتهاد قضائي متعلق بالصفقات العمومية التي تكون فيه المؤسسات الاقتصادية الاشتراكية طرفا في النزاع، إلا أن الفقه حاول الإجابة بتطبيقه على الصفقات العمومية.

حيث اعتبر الفقه أن الوصول إلى نتيجة أن المجلس الأعلى طبق المعيار المادي، غير مجد وذلك لسببين، إذا لاحظ أن المحتوى الحيثية الثانية من القرار لم تصرح بوضوح القضاء الفاصل في النزاعات الإدارية " عدم الاختصاص المادي لقضاة الدرجة الأولى، لكون النزاع يعود لولاية القضاء العادي من جهة أخرى"¹، فالمجلس الأعلى لم يستعمل المعيار المادي بل أشار إلى أن الأهداف تتمثل في تحقيق معركة الإنتاج، أما السبب الثاني فيلاحظ الموقف الغريب للقاضي الإداري بحيث نص قانون الإجراءات المدنية على أن اختصاص القضاء الفاصل في النزاعات الإدارية يتم عندما يكون أحد أطراف النزاع كمدعي أو مدعى عليه سلطة إدارية أو مؤسسة عمومية ذا طابع إداري وهو طابع يتميز به الديوان الجزائري المهني للحبوب « OAIC » وبالتالي فإن وجود هذا الأخير كاف لانعقاد اختصاص القانون الإداري ، ويتساءل الأستاذ رشيد خلوفي، هل قضية « SEMPAC » فتحت المجال إلى العمل بالمعيار المادي لتحديد اختصاص القضاء الإداري ؟ ويجب عن هذا السؤال بعدم اعتقاده أن وضعية الاجتهاد القضائي الإداري تبقى في قضية SEMPAC قضية يتيمة لا تمثل موقفا قضائيا للعمل بالمعيار المادي².

إن التساؤل الذي طرحه الأستاذ رشيد مخلوفي يعتبر جوهر الإجابة عن إشكاليتنا فقرار المجلس الأعلى مأخوذ في ظرف معين هي مرحلة الاشتراكية فلا هو معيار قانوني ولا قضائي بل معيار سياسي يخضع للايديولوجية السائدة آنذاك، فبالرجوع إلى الباب الثاني من دستور 1976 وتحديدًا الفصل الرابع المعنون ب " الوظيفة القضائية" نجد المادة 166 منه تنص على مايلي: " يساهم القضاء في الدفاع عن مكتسبات الثورة الاشتراكية وحماية مصالحها "، أما المادة 173 فنصت على مايلي: " يساهم القاضي في الدفاع عن الثورة الاشتراكية وحمايتها"، إذن ففكرة الاشتراكية لا بد أن تحترم من قبل القاضيين سواء كان قاضي عادي أو إداري، والمؤسسات الاقتصادية الاشتراكية حين إدراجها في قانون الصفقات العمومية كانت بهدف تحقيق أهداف الاشتراكية في تنمية وتطوير القطاع الاقتصادي،

¹ ابن شيخ آث ملوي لحسين، المرجع السابق، ص. 49.

² خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص. 336-338.

وعبارتي "القاضي" و"القضاء" في كلتا المادتين أعلاه جاءتا عامتين أي تشمل كلا الجهتين الإدارية والعادية، كما أن المادة 172 من دستور 1976 نصت أيضا على مايلي: " لا يخضع القاضي إلا للقانون"، وأمام هذا الوضع لا يبقى إلا القول أنه وفي ظل غياب مادة تنظم النزاعات القضائية المتعلقة بصفات المؤسسات الاشتراكية وعدم وجود اجتهاد قضائي ينظم ذلك، يبقى القاضي ملزما بتطبيق المعيار العضوي المحدد في قانون الإجراءات المدنية¹.

انطلاقا من الميثاق الوطني لسنة 1986 وتماشيا مع التحولات الاقتصادية والإيديولوجية في العالم، كان من الضروري التأقلم مع طلبات مسيري القطاع الاقتصادي، بإخراج المؤسسات العمومية الاقتصادية من مجال تطبيق القانون الإداري، والمتسم بتعقيد إجراءاته من خلال إحياء هوية وشخصية المؤسسات العمومية الاقتصادية، ذلك بمنحها حق التكفل المباشر بأعمالها، وتنظيم علاقاتها الاقتصادية أي حريتها في التعاقد عملا بأحكام و مبادئ التجارة القائمة على أساس السرعة والائتمان.

إن هذا المطلب قد تحقق بموجب الإصلاحات القانونية آنذاك بميلاد القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية²، أين ظهرت فكرة استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية على النحو التالي: " تشكل المؤسسات العمومية الاقتصادية في إطار عملية التنمية الوسيلة المفضلة لإنتاج المواد والخدمات وتراكم رأس المال.

وتعمل هذه المؤسسة في خدمة الأمة و التنمية وفق الدور والمهام المنوطة بها.

وتتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة".

في تأكيدها على استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية وخضوعها للقانون التجاري كمبدأ عام، تميز المادة 04 من القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية عن غيرها من الهيئات العمومية بصفتها أشخاصا معنوية خاضعة للقانون العام ومكلفة بتسيير الخدمات العمومية.

¹ من أمثلة تطبيق المعيار العضوي وعدم اختصاص الغرف الإدارية على مستوى المجالس النظر في منازعات المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية تطبيقا للمادة 07 ق.إ.مقضية شركة ج.أ.م ضد ت-الشركة الوطنية للأروقة الجديدة، قرار 51 رقم 38832 بتاريخ 18-05-1985، المجلة القضائية 1989، العدد 01، ص. 259.

² القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، السابق ذكره.

في حين أن المادة 7 من نفس القانون المذكور أعلاه تنص على تمتع المؤسسة العمومية الاقتصادية بالأهلية القانونية الكاملة، فتشترط وتلتزم وتتعاقد بكيفية مستقلة بواسطة أجهزتها المؤهلة لهذا الغرض بمقتضى قانونها الأساسي، طبقاً لقواعد التجارة والأحكام التشريعية المعمول بها في مجال الالتزامات المدنية والتجارية.

فالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية يخضع كمبدأ عام المؤسسات العمومية الاقتصادية ، نتيجة تمتعها بالاستقلالية وحرية التعاقد إلى القانون التجاري، ومن ثم القول ببداية إنهاء مشكلة تمديد قانون الصفقات العمومية على المؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الاختصاص القضائي المتعلق بها.

إن هذا الأمر لا يتوقف عند المؤسسات العمومية الاقتصادية بل يتعداها إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المحددة طبيعتها بموجب عقد الإنشاء أو القانون المنظم لها، و قد جاءت المادة 44 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية بتعريف المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري على النحو التالي: "عندما تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئياً أو كلياً عن طريق بيع عائد إنتاج تجاري ينجر طبقاً لتعريفه معدة مسبقاً ولدفترة الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات التي تعود على عاتق الهيئة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين، فإنها تأخذ تسمية " هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري".

إن انتهاء مشكلة تمديد قانون الصفقات العمومية تأكدت بشكل قطعي بموجب المادة 59 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية والتي نصت على مايلي: "لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تحكمها قواعد القانون التجاري لأحكام الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17/07/1967".

على إثر ذلك تم تعديل المادة 5 من المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي بموجب المرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988¹ أين نصت المادة الأولى منه

¹المرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988 يعدل ويتم المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، السالف ذكره.

على مايلي: "تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تيرمها الإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط والمسماة أدناه " المتعامل العمومي " .

إن انتهاء مشكلة تمديد قانون الصفقات العمومية بالنسبة للمؤسسة العمومية الاقتصادية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، تتهي مشكلة تحديد الاختصاص القضائي بالنسبة لهذه المؤسسات، أين يصبح القضاء مختصا، وذلك لخضوع هذه المؤسسات للحرية التعاقدية المنظمة بموجب قواعد القانون التجاري، والتخلص بالتالي من القيود الإدارية التي كان يفرضها تنظيم الصفقات العمومية.

لكن مع عودة المشرع في نص على المؤسسات العمومية في النصوص الموالية يعيدنا إلى نقطة البداية من حيث مشكل الاختصاص.

الفرع الثاني: ملامح اتجاه المشرع نحو اعتناق المعيار المادي عن طريق الوكالة

إن المسألة استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية، وتمتعها بالشخصية المعنوية وحريتها في التعاقد، هي القاعدة التي ينبني عليها القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، فهو لم يأت إلا لتأكيد ذلك، وإخراج المؤسسات العمومية من تطبيق تنظيم الصفقات العمومية الذي هو في الحقيقة قانون إداري.

يقوم الهدف الذي أنشئت من أجله المؤسسات العمومية الاقتصادية طبقا للمادة الأولى من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية¹ في ضمان التنمية المستمرة طبقا للمبادئ الرئيسية المنصوص عليها في هذا القانون وبناء على أداء مخطط الاقتصاد الوطني، والعودة إلى المبادئ الرئيسية المنصوص عليها في هذا القانون فإنه طبقا للمادة 5 منه: فإن الدولة و/أو الجماعات المحلية تملك فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم و/أو الحصص، فالمؤسسة العمومية الاقتصادية حسب المادة 3 تشكل في إطار عملية التنمية، الوسيلة المفضلة لإنتاج المواد والخدمات وتراكم رأس المال، وتعمل هذه المؤسسة في خدمة الأمة والتنمية وفق الدور والمهام المنوطة بها.

¹ تجدر الإشارة أن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية قانون رقم 88-01 قد تم إلغاؤه بموجب الأمر 01-04 المؤرخ في 20 غشت 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها السالف ذكره، والتي تقرر في مادتها 02: "بأن المؤسسات العمومية الاقتصادية شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام".

إن الهدف الذي أنشئت من أجله المؤسسات العمومية الاقتصادية هو واقع تحقيق المنفعة العامة، التي لا طالما نادى بها الفقه كميّار وأساس لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري نظرا للأزمة التي عرفها معيار المرفق العام¹.

إن هذا التحليل يقود إلى التساؤل حول فكرة الاستقلالية التي يريدها المشرع، هل هي حقيقة تعبر عن مفهومها المطلق أم هي تلك الاستقلالية المراد بها أهداف أخرى؟ وإن كانت تحمل أهدافا أخرى، فما هي هاته الأهداف التي تعبر عن مفهوم الاستقلالية التي أرادها المشرع؟ وعليه فإن مفهوم الاستقلالية في القانون التوجيهي هو مفهوم غامض لا بد من استكشافه عن طريق البحث، في قواعده لمعرفة نية المشرع.

إن تعريف المؤسسة العمومية الاقتصادية في المادة 3 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية يحدد هدف هذه الأخيرة في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه على أساس خدمة الأمة والتنمية، هذا الهدف الذي يصب في إطار تحقيق المصلحة العامة، إذن فالمشرع رغم منح الاستقلالية للمؤسسة العمومية الاقتصادية وخضوعها للقانون التجاري، لا يزال يتمسك بإمكانية خضوع هذه الأخيرة للقانون العام والدليل على ذلك نص الفقرة الثالثة من المادة 3 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، والتي أقرت للمؤسسات العمومية الاقتصادية الشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري، إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة، أي أنه تم وضع استثناء على المبدأ العام الذي يمكن أن تطبق فيها أحكام أخرى غير قواعد القانون التجاري².

نفس الحالة يتعلق بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فالمادة 45 تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارات في علاقاتها مع الدولة وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري.

لقد أسست كل من المواد 3 و 45 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية للمعيار المادي، وقد أكدت المادة 55 على هذا المعيار على النحو التالي: "عندما تكون المؤسسة العمومية

¹ شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ج. 2، دم.ج، الجزائر، ط. 2009، ص. 25-26.

² تنص المادة 03 من القانون 88-01، السالف ذكره: "وتتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة.

الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في اطار المهمة المتوسطة بها ، يضمن تسيير الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة.

وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقا لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة وتكون المنازعات المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية".

كما جاء نص المادة 56 من نفس القانون بما يلي: "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا للممارسة لصلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإن كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذلك تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة " .

مما تقدم يظهر أن المشرع أخضع المؤسسة العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لنظام مزدوج، إذا اعترف بخضوعها للقانون التجاري للوهلة الأولى، لكنه لم يستبعد خضوعها للقانون الإداري.

بعد صدور القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جاء دستور 1989 وظهر توجه اقتصادي وسياسي جديد، يختلف اختلافا كبيرا عن التوجه السابق، واعتبرت مرحلة نحو العبور للرأسمالية وتكريس دولة القانون، ما ينتج عنها من: مبدأ الفصل بين السلطات، ضمان سمو الدستور عن طريق رقابة المجلس الدستوري، وكذا ضمان القضاء لتطبيق القانون.

تبرز ملامح المعيار في دستور 1989 عن طريق المادة 174 والتي نصت على مايلي: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات العمومية"¹.

إن الفترة التي تلت دستور 1989 هي فترة التسعينات أين دخلت الإصلاحات حيز التنفيذ بالاعتماد على قوانين الاستقلالية آنذاك بسبب التوجه الاقتصادي الجديد، الذي أدى إلى صدور

¹ المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المتضمن تعديل الدستور الجزائري، السالف ذكره.

المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991¹ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أين حددت المادة 02 منه الأشخاص المعنيين بهذا المرسوم، والتي جاءت على النحو التالي: "لا يطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، والولايات والبلديات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المسماة أدناه المصلحة المتعاقدة"، فقد أخرجت هذه المادة من مجال تطبيقها صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا ذات الطابع الصناعي والتجاري.

أصدر مجلس الدولة قرارا بتاريخ 2002/11/05 في قضية (ز.ش) ضد المدير لمؤسسة التسيير السياحي للشرق - قسنطينة، حيث قضى فيه بعدم اختصاص القاضي الإداري للبت في نزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري صفقة عمومية على أساس أنها لا تخضع لقانون الصفقات العمومية، إن هذه القضية عولجت في إطار المرسوم التنفيذي رقم 91-434 فطبقت آنذاك المادة 59 من القانون رقم 88-01 التي نصت على أن المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تخضع إلى القانون التجاري².

كما اتخذت نفس الموقف عندما صرح في قضية أخرى بين (أ.ج) والوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري، بأن هذه الأخيرة هي مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري، بالتالي لا تكون نزاعاتها القائمة مع متقاضين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية الإدارية³.

إن مجال تطبيق المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أخذ بالمبدأ الأساسي الذي يقوم عليه القانون التوجيهي رقم 88-01 المتمثل في استقلالية هذه المؤسسات، وخضوعها للقانون التجاري ولكن هل هذا يعني إغفال الاستثناءات التي أوردها القانون رقم 88-01 حول الطبيعة المزدوجة لهذه المؤسسات ؟

¹المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف ذكره، (ملغى).

²قرار مجلس الدولة رقم 459، الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 2002، قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق - قسنطينة، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، 2003، ص. 109.

³رحماني راضية، المرجع السابق، ص. 199.

للإجابة على هذا التساؤل، لا بد من الإشارة إلى الرأي القائل بأن المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 لا تمنع أبدا المؤسسات الاقتصادية من تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، بل العكس فهي موضوعة لهذا الغرض، ويستدل أصحاب هذا الرأي بقولهم أن المادة 106 من القانون المدني تنص على "أن العقد شريعة المتعاقدين" عليه فإن أطراف العقد أحرار في اختيار القانون الأصلح لهم، والذي يمنح لهم أكثر الضمانات¹.

استنادا إلى هذا القول وتطبيقا للمعيار العضوي السائد آنذاك، فإن المؤسسات التي اختارت تطبيق قانون الصفقات العمومية سوف تضرب بقاعدة تساوي الأطراف في العقود التجارية والخاصة، ومن تم يمكن الدفع بعدم الاختصاص أمام القاضي التجاري أو المدني بالقول أن موضوع النزاع هو عقد إداري، لاحتواء قانون الصفقات العمومية على خصائص القانون الإداري من امتيازات السلطة العامة، وهو ما أكدته المادة 56 من القانون التوجيهي 88-01 حينما نصت على أنه عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا للممارسة لصلاحيات السلطة العامة، تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة.

تعززت ملامح المعيار المادي في دستور 1996 بشكل واضح لا سيما بعد تكريس الازدواجية القضائية، فالمادة 161 منه جاءت في نفس الاطار الذي تناولته المادة 134 من دستور 1989 كما يلي: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية".

أعقب صدور دستور 1996، عدة قوانين كرست الازدواجية القضائية، لعل أهمها القانون 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية²، الذي نص في مادته الأولى على مايلي: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية"³.

إن صياغة المادة الأولى المذكورة آنفا يدل أن المشرع قد اعتمد المعيار المادي في تحديد اختصاص المحاكم الإدارية ودليل على ذلك عبارة "الجهات القضائية للقانون العام"، وكرست في

¹بن خريف كمال، المرجع السابق، ص. ص. 39-40.

²قانون 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية، السابق ذكره.

³بعد تعديل ق.ا.م.إ بموجب القانون 22-13 السالف ذكره عدل نص المادة 800ف1: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، باستثناء المنازعات الموكلة الى جهات قضائية أخرى".

الفقرة الثانية الأخذ بالمعيار العضوي عندما خولت المحاكم الإدارية اختصاص الفصل "في جميع القضايا التي تكون أشخاص القانون العام طرفا فيها"¹.

سيرا على منهاج الازدواجية القضائية الذي يفرض ضرورة الأخذ بالمعيارين العضوي والمادي، وتجسيدها للمادتين 55، 56 من القانون التوجيهي 88-01 المتعلق بالمؤسسات العمومية، تم إلغاء المرسوم التنفيذي 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وحل محله المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002² المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الذي قام بتمديد مجال تطبيقه بموجب المادة 02 منه ليشمل مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وذلك بشرط أن تكفل هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

جاء المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بفكرتين رئيسيتين من أجل تمديد نطاق تطبيقه على المؤسسات المذكورة أعلاه، تتعلق الفكرة الأولى بالشرط الاستثنائي الذي يمكن استتباطه، من خلال عبارة عندما تكلف هذه المؤسسات الواردة في نص المادة 02 ذلك أن التكليف إقرار ضمنى بالاحتفاظ بالمعيار العضوي بموجب معيار الوكالة: ابرام شخص عملا قانونيا لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الأصيل بحيث ينتج هذا العمل القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأصيل³.

ذهبت محكمة التنازع في فرنسا إلى هذا الاتجاه في حكم لها بشأن إحدى شركات القطاع المختلط مع منشأة خاصة، حيث تتلخص وقائع القضية في أن هذه الشركة كانت ملتزمة بتسوية وتمهيد لقريتي ماسي وأنتوني، وقد قامت بالتعاقد مع هذه المنشأة الخاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال، حيث اعتبرت المحكمة في قرارها بأن هذا العقد إداري على اعتبار أن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلا باسم ولحساب قريتي ماسي وأنتوني⁴.

¹ غناي رمضان، تعليق على قرار رقم 45 الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ 09-12-2007 عن موقف محكمة التنازع من كفاية المعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص. 323.

² المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف ذكره. (ملغى).

³ آيت وارت حمزة، المرجع السابق، ص. 88.

⁴ رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. 201.

وقد طور القضاء الفرنسي في هذه الفكرة بحيث قضت محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 09 مارس 2015، في قضية السيدة ريسبال وشركة الطرق السريعة لجنوب فرنسا، بحيث يعتبر أن العقود بين الأشخاص ينتمون للقانون الخاص وموضوعها مرفق عام، ولتحقيق المصلحة العامة يعتبر عقدا إداريا.¹

أما الفكرة الثانية فتتعلق بالمعيار الموضوعي المستتب من عبارة " انجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة " .

وهنا يتضح أن المشرع خرج عن المعيار العضوي وأخذ بمعيار الأموال العامة، فعلى الرغم من أن المعيار العضوي غير متوفر في المؤسسات الآنف الذكر، إلا أنه اعتبر عقودها إدارية مما يرتب بالتالي، اختصاص القضاء الإداري، شريطة أن تكون العمليات التعاقدية محل النزاع ممولة بأموال عمومية.

من التطبيقات القضائية في هذا المجال توجد عدة اجتهادات قضائية تؤكد المعيار المادي من أجل الفصل في نزاعات الصفقة العمومية جاءت على النحو التالي:

-قرار مجلس الدولة رقم 34786 الصادر بتاريخ 09 ماي 2007 في قضية المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة أشغال الغرب، ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببيشار، حيث جاء في حيثياته ما يلي: " .. بناء على نص المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 فإن الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، فإن الاختصاص يؤول للقضاء الإداري وحيث يستخلص من الوثائق المودعة بالملف، فإن ديوان الترقية والتسيير العقاري، لما أبرم الصفقة العمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، فإن الاختصاص للبت في النزاع يكون من اختصاص القضاء الإداري ... "

- جاء القرار رقم 42 الصادر من محكمة التنازع بتاريخ 2007/11/13، في قضية مؤسسة البناء (ق.ج)، ضد الشركة الوطنية للتأمين SAA، حيث جاء في حيثياته مايلي: " حيث إنه وهذا كان هنالك فعلا في قضية الحال عقد صفقة عمومية مبرمة بين السيد (ق.ج) ومدير مؤسسة البناء

¹M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé,B.Genevois, op.cit, p. p. 936-942. « ... que la nature juridique d'un contrat s'appréciant à la date laquelle il a été conclu, ceux qui l'ont été antérieurement par la société concessionnaire d'autoroute sous le régime des contrats administratifs demeurent régis par le droit public et les litiges nés de leur exécution relèvent des juridictions de l'ordre administratif ».

والشركة الجزائرية للتأمين (SAA) وحدة بشار، فإن الشركة الوطنية للتأمين ليست شخصا من أشخاص القانون العام وإنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وغير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز مشاريع عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة (المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل والمتمم والمتضمن الصفقات العمومية ...)¹.

- كما أن هناك اجتهاد آخر صادر عن المحكمة العليا في قرارها رقم 468744 الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 04 جوان 2008 في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد مقابلة أشغال البناء حيث جاء في حيثياته: " حيث أنه بالفعل نصت المادة 2 من المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أن تدابير هذا المرسوم تطبق على المؤسسات العمومية، وحتى على المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري، إذا مكلفة بإنجاز مشاريع استثمارية بالمشاركة الكاملة لميزانية الدولة، حيث أن بناء مساكن اجتماعية تتم حسب المرسوم التنفيذي رقم 42/98 المؤرخ في 1 فبراير 1998 المتضمن طرق توزيع السكنات الاجتماعية وحسب المادة 2 منه بالتمويل الكامل من الخزينة العمومية، وحيث أن الطاعن بصفته مؤسسة ذات الطابع التجاري كما هو ثابت من الصفقة المبرمة بين الطرفين ومنه فإن النزاعات الناشئة بين الطرفين تؤول إلى القضاء الإداري..".

- وفي قرار آخر للمحكمة العليا الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 2008/02/06 ملف رقم 414667، قضية الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء حيث جاءت حيثياته: "حين يتبين من القرار المطعون فيه أنه اعتبر الطاعن مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، كلفت بإنجاز استثمارات عمومية تتمثل في بناء مركز وسكنين بموجب صفقة عمومية، وطبقا للمادة 02 من قانون الصفقات العمومية فإن النزاع من اختصاص القضاء الإداري.

حيث ومن المقرر قانونا عملا بأحكام المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02/250 المؤرخ في 2002/06/24 أن النزاع يكون البت 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 المتعاقدة².

¹مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009، ص. 147.

²مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2008، ص. 219.

حيث كان على القضاة أن يتأكدوا من المساهمة النهائية من ميزان الدولة ليأخذوا كما فعلو بالعنصر الموضوعي وليس العضوي..".

وما يؤكد العمل بمعيار الوكالة ما ذهب إليه القضاء الجزائري في هذه المسألة وتؤكد في قرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001/05/14 ملف رقم 332 فهرس رقم 275 بين ديوان الترقية وتسيير العقاري لوهران ضد مؤسسة الأشغال لعين تموشنت، المنازعة حول صفقة عمومية متضمنة إنجاز 1180 مسكنا بوهران وذلك باستعمال صريح العبارة " نيابة عن " .

ثم جاء في قرار آخر لمجلس الدولة بتاريخ 2014/01/09 بين الدولة ممثلة بوزير النقل ضد ش.ذ.م.م " سوتريب" ومن معها حيث قضى: " القاضي الإداري مختص للبت في المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية المبرمة من قبل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والممولة جزئيا أو كليا من ميزانية الدولة.

يكون القاضي الإداري مختصا حتى في غياب أشخاص القانون العام بالنظر إلى مصدر التمويل المشروع"¹.

وبهذا يكون القضاء قد قضى خطوة مهمة في تحديد الاختصاص فبعد أن كانت قراراته تستند إلى نظرية الوكالة، لتحديد الاختصاص عمدت بصورة جريئة للمعيار المادي، في هذه القضية لتحديد اختصاصه، على اعتبار أن الأموال الممولة بها المشروع ملك للدولة، وهذا ما تؤكد الفقرة الثانية من حيثيات القرار إذ يكون القاضي الإداري مختصا حتى في غياب أشخاص القانون العام بالنظر إلى مصدر التمويل المشروع.

بعد إلغاء المرسوم الرئاسي رقم 250/02، صدر المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والذي حمل عدة إجراءات جديدة بموجب آخر تعديل له سنة 2013، لعل أهمها إخراج المؤسسات العمومية الاقتصادية من شرط التمويل الكلي أو الجزئي لأموال الخزينة العمومية، وإقامها ضمن مجال الصفقات العمومية، بحيث جاءت كل الفقرتين السادسة والسابعة من المادة الثانية على النحو التالي: " ولا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا المرسوم، مع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام

¹القرار رقم 087241+087067 المؤرخ في 2014/01/09، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، ص. 76.

الصفقات حسب خصوصيتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المترشحين والشفافية والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية.

ومن جهة أخرى، ستظل المؤسسات العمومية الاقتصادية خاضعة للرقابة الخارجية المنصوص عليها في القانون بعنوان الصلاحيات المخولة لمحافظي الحسابات ومجلس المحاسبة والمفتشية العامة المالية " .

كما حملت المادة الثانية من المرسوم المذكور أعلاه تناقضا في مضمونها، فبعد أن أدرجت مراكز البحث والتنمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي، والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بشرط التمويل الكلي أو الجزئي بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، إلا أنها وبموجب الفقرة الرابعة من نفس المادة مكنت نفس المؤسسات من تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية حتى لو أنجزت عملية غير ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

إن القول بتكييف المؤسسات العمومية ذات الطابع غير الإداري وغير الممولة من خزينة الدولة إجراءاتها من تنظيم الصفقات العمومية، يطرح إشكالا مهما فيما يخص الجهة القضائية المختصة بالفعل في نزاعاتها، فالأمر يتعلق هنا بعقود مبرمة بين أشخاص خاصة ولا تهدف إلى خدمة مرفق عام لأجل تحقيق المنفعة العامة لانعدام المعيار المادي، وعليه فإن نزاعات هذه الأخيرة تندرج ضمن اختصاص القضاء العادي.

لقد أكد الاجتهاد القضائي لمحكمة التنازع اختصاص القضاء العادي بنزاع منصب على صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص، وغير ممولة بمساهمة نهائية بميزانية الدولة¹.

لعل الغاية التي تستكشف من إدراج المؤسسات العمومية غير الإدارية، دون شرط التمويل من خزينة الدولة في تنظيم الصفقات العمومية، هو محاولة مسايرة هذا الأخير، لما جاء به قانون الوقاية والفساد مكافحته في مادته 26 الذي يعاقب كل شخص يقوم بإبرام صفقة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أعوانها

¹قضية فريق م.م ضد م.م مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009، ص.147.

بامتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، أي أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مازال يعترف للمؤسسات المذكورة أعلاه، بسلطة إبرام الصفقات العمومية، والظاهر أن المشرع أراد إضفاء النزاهة على إبرام الصفقات العمومية لهذه المؤسسات، رغم عدم خضوعها لتنظيم الصفقات العمومية، لهذا يفهم سر مسايرة تنظيم الصفقات العمومية لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

تعرض المرسوم الرئاسي رقم 10-236 للإلغاء بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وحدد مجال تطبيقه بموجب المادة 6 منه في كل من الدولة، الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية الإدارية كما يدخل ضمن مجال تطبيقه المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري بشرط تكليفها بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من طرف الدولة بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

إن الجديد الذي حمله المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هو عدم إفراطه في تعداد المؤسسات العمومية غير الإدارية الخاضعة له واكتفاؤه بالمؤسسات التي تخضع للتشريع التجاري بشرط توافر المعيار المادي.

حافظ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بشأن المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات الخاضعة للتشريع التجاري وغير ممولة كلياً أو جزئياً من طرف الدولة.

في الختام، وبعد استعراض مسألة مدى اختصاص كل من جهتي القضاء العادي والإداري في منازعات الصفقات العمومية، وجب تحديد أنواع الدعاوى وتحديد الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية في منازعات الصفقات العمومية والذي سوف يتم معالجته في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: تحديد الدعاوى واختصاص الجهات القضائية الإدارية في منازعات

الصفقات العمومية لأشخاص القانون الخاص

تم تبني نظام ازدواجية القضاء بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996، الذي طبق على أرض الواقع سنة 1998، بإنشاء مجلس الدولة بموجب القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998¹ المعدل والمتمم، والمحاكم الإدارية بموجب القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي

¹ القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، السالف ذكره.

1998¹، إذ خول هذان القانونان المذكوران أعلاه، إلى جانب قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 المعدل تحديد الاختصاص.

تعرف الدعوى الإدارية: حق الشخص والوسيلة القانونية في تحريك واستعمال القضاء المختص، وفي نطاق مجموعة القواعد القانونية والشكلية والإجرائية والموضوعية والمقررة للمطالبة بالاعتراف بحق، أو للمطالبة بحماية الحق أو مصلحة جوهرية نتيجة الاعتداء على هذا الحق، أو هذه المصلحة بفعل الأعمال الإدارية غير المشروعة والضارة والمطالبة بإزالتها، وإصلاح الأضرار الناجمة عنها². صلاحية تحديد الاختصاص لكل من هذه الجهات القضائية الإدارية.

لهذا سوف يتم التطرق إلى اختصاص القضائي لجهات القضاء الإداري في مطلب أول ثم أنواع القضايا المرتبطة بالمنازعات الصفقات العمومية في مطلب ثان.

المطلب الأول: الاختصاص جهات القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية

يعرف الاختصاص القضائي بأنه الأهلية القانونية للنظر في المنازعات³، يتفرع إلى اختصاص النوعي واختصاص إقليمي فالأول يحدد صلاحية الجهات القضائية المنتمية لنفس الهرم القضائي للفصل في المنازعات أي صلاحية كل من مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في منازعات الصفقات العمومية الفرع الأول، أما الاختصاص الإقليمي فهو الحدود الجغرافية التي يمكن فيها رفع الدعاوى الفرع الثاني.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي لجهات القضاء الإداري

يعرف الاختصاص النوعي على أنه: " تحديد النوع وطبيعة النزاعات التي يعود الفصل فيها إلى جهة قضائية⁴ "، وقد عمدت محكمة التنازع الجزائري إلى إعطاء تعريف للاختصاص على أنه: "أهلية جهة قضائية بالفصل في ادعاء معين ماديا وإقليميا، وإن الدفع بعدم الاختصاص هو

¹ قانون رقم 98-02 المؤرخ 30 ماي 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية، السالف ذكره.

² عوايدي عمار، ج. 1، المرجع السابق، ص. 230.

³ خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص. 299.

⁴ نفس المرجع أعلاه.

الوسيلة المنازعة في الاختصاص المادي أو الإقليمي للجهة المعروضة عليها القضية لفائدة جهة قضائية أخرى¹.

إن تحديد الاختصاص النوعي بين جهات القضاء الإداري يقضي في مقام أول التطرق إلى اختصاص مجلس الدولة في ثم تناول الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية والمحاكم الاستئنافية.

أولاً: الاختصاص النوعي لمجلس الدولة

من خلال التعديل الدستوري لسنة 1996، يعد مجلس الدولة جهة قضائية إدارية، يتولى الفصل في المنازعات الإدارية من خلال الرقابة على أعمال الإدارة العامة، إضافة إلى كونه هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، وقد عهد المشرع الجزائري لمجلس الدولة بموجب القانون العضوي 01-98 المعدل والمتمم لاسيما المواد 09، 10، 11 وظائف قضائية بالإضافة إلى الوظيفة الاستشارية²، فالى جانب المهمة الأساسية، وهي النقض لأنه أعلى الهرم القضائي الإداري، فهو قاضي اختصاص أول وآخر درجة، وقاضي استئناف قبل أن يتم تعديل قانون الاجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون 13-22 المؤرخ في 12 يوليو 2022، لهذا وجب تدخل المشرع لتعديل القانون العضوي الخاص بمجلس الدولة.

1- اختصاص مجلس الدولة كقاضي نقض

تنص المادة 11 من القانون العضوي رقم 01-98 المعدلة على مايلي: " يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية.

ويختص أيضا بالنظر في الطعون بالنقض المخول له بموجب نصوص خاصة³.

¹ رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. 207.

² راجع كل من الفصل الثاني المادة 12، والفصل الرابع المواد من 35-39 من القانون العضوي 01-98 المعدل والمتمم.

³ نصت المادة 11 من القانون العضوي 01-98: " يفصل مجلس الدولة في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة نهائيا وكذا الطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة

بالإضافة لنص المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدلة، حيث قضت بمايلي: " يختص مجلس الدولة بالفصل في الطعون بالنقض في الأحكام والقرارات الصادرة نهائيا عن الجهات القضائية الادارية.

يختص مجلس أيضا بالفصل في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة " .

استنادا لنصي المادتين المذكورتين أعلاه، فإن اختصاص مجلس الدولة بقضاء النقض في مادة الصفقات العمومية يستدعي إبداء الملاحظة الآتية:

انطلاقا من النص أعلاه اعترف المشرع لمجلس الدولة بسلطة النظر في الطعون بالنقض، الموجهة ضد القرارات القضائية النهائية في المادة الإدارية، وعودة إلى التدقيق في مصدر هذه القرارات نجد أن الهرم القضائي الإداري الجزائري، يتكون من في كل من مجلس الدولة والمحاكم الإدارية الاستئنافية والمحاكم، فبالنسبة للمحاكم الإدارية وحتى تكون أحكاما قابلة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، لا بد أن تصدر نهائية وكأصل عام فإن المحاكم الإدارية لا تصدر أحكاما نهائية بل قراراتها تعد ابتدائية طبقا للمادة 02 من القانون 98-02 واستثناء عن ذلك فقد تصدر عنها قرارات نهائية محددة على سبيل الحصر كبعض المنازعات الانتخابية، وبالتالي في مادة الصفقات العمومية لا تصدر المحاكم الإدارية إلا أحكاما ابتدائية.

هكذا يتبقى لنا الهيئة الوحيدة والمتمثلة في مجلس الدولة المعنية بإصدار قرارات نهائية والتي توجد في الوضع الغالب، تأتي باعتبار مجلس الدولة قاضي اختصاص بالفصل في الملف المعروض عليه ابتدائيا ونهائيا، وهكذا فإن نص المادتين 11 من القانون العضوي رقم 98-01، والمادة 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قصدت القرارات النهائية الصادرة عن مجلس الدولة باعتباره قاضي اختصاص.

إلا أن مجلس الدولة في قراره الصادر عن الغرفة الأولى ملف رقم 007304 بتاريخ 23-09-2002 أقرت مبدأ عدم قابلية قراراته النهائية للطعن بالنقض بقوله: "لأنه من غير المعقول وغير المنطقي أن يقوم مجلس الدولة بالفصل بالطعن بالنقض المرفوع أمامه ضد قرار صادر عنه، ذلك أن المقرر قانونا أن الطعن بالنقض يكون أمام جهة قضائية تعلق الجهة التي أصدرت القرار محل الطعن، بينما يمكن أن يتم الطعن فيه أمامه سواء بطريق التماس إعادة النظر، اعتراض الغير الخارج عن

الخصومة أو بتصحيح خطأ مادي، طبقا لقانون الإجراءات المدنية¹، وذلك على خلاف ما هو مقرر في القانون الفرنسي².

كما أشار في قرار بتاريخ 11-05-2004 ملف رقم 012994 الغرفة الثالثة قرار غير منشور برفض طعن بالنقض شكلا وسبب المجلس قراره بمايلي: " حيث أن مجلس الدولة هو هيئة قضائية عليا تابعة للسلطة القضائية يحكمها وينظمها القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 وإن القرارات الصادرة عنه هي قرارات نهائية لا يمكن الطعن فيها أمام أية جهة أخرى.

وعليه فإن عريضة الطاعن جاءت مخالفة للقانون الأنف الذكر مما يستوجب عدم قبول طعنه لمخالفته الإجراءات المنصوص عليها"³.

ومن ثم فإن هذا الاجتهاد قد حجب طريقا من طرق الطعن غير العادية وانتهك مقتضيات ومضمون المادة 11 من القانون 98-01، ما يؤدي إلى تضييع فرصة على المتقاضين لاستيفاء حقوقهم خاصة في مادة الصفقات العمومية التي تنصب على أهمية بالغة تستدعي ضرورة اللجوء إلى هذا النوع من الطعون.

لهذا على المشرع التدخل من أجل إنشاء درجة ثانية من درجات التقاضي كما فعل مع القضاء العادي لتخفيف العبء على مجلس الدولة لاعتباره درجة ثانية وثالثة في ذات الوقت.

2 - اختصاص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة

كان مجلس الدولة يفصل كقاضي اختصاص ابتدائيا ونهائيا في المنازعات التي تثور بشأن بعض الأعمال والقرارات والتصرفات ذات الأهمية⁴ الصادرة عن السلطات، الهيئات والتنظيمات المركزية والوطنية، حيث تنص المادة 09 القانون العضوي رقم 98-01 المعدلة:

¹بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص. 149.

²V. L. 111-1 du code de justice administrative français, op.cit., : « le conseil d'état est la juridiction administratif suprême, il statue souverainement sur le recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administrative ainsi sur ceux deux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel ».

³ بوضياف عمار، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 164.

⁴ بعلي محمد الصغير، القضاء الإداري مجلس الدولة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط. 2004، ص. 73 .

"يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعات في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

ويختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

على أن تعديل المادة 800 ف2 التي منحت الاختصاص للمحاكم الإدارية بالنظر في منازعات الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية. وبتطبيق قواعد العامة للاحق ينسخ السابق يصبح الاختصاص العام للمحكمة الإدارية للنظر في منازعات الإدارية.

حيث أن الصياغة الأولى للمادة لم تنص على امتداد الاختصاص الابتدائي والنهائي للقضايا المخولة له قانونا بموجب نصوص خاصة¹.

من خلال ما سبق، فإن المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدلة والمتممة، وضحت الاختصاص الابتدائي والنهائي لمجلس الدولة بنوع من التفصيل، حيث خولت لهذا الأخير النظر في دعاوى الإلغاء وتفسير وفحص المشروعات الصادرة ضد قرارات السلطات المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات العمومية الوطنية، وعليه أخرج المشرع من ولاية مجلس الدولة كجهة للقضاء الابتدائي والنهائي دعاوى القضاء الكامل التي ترفع أمام المحاكم الإدارية.

بالرجوع للمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يلاحظ على هاته المادة تضيقها من نطاق اختصاص المجلس الدولة وحصره في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية على عكس المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01، التي وسعت من نطاق المنازعة الإدارية الواجب عرضها على مجلس الدولة لتشمل إلى جانب قرارات السلطات المركزية، الهيئات العمومية الوطنية، المنظمات المهنية الوطنية، غير أنه وبقراءة متأنية لنص المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا سيما الفقرة الثانية منها، فإنها تحيل إلى النصوص الخاصة والتي من بينها القانون العضوي رقم 98-01 المعدل والمتمم، وهو نص خاص يقيد النص العام أي لا يزال اختصاص لمجلس

¹المادة 09 من القانون العضوي 98-01: "يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في:

-الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الادارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة".

الدولة بالنسبة للمنظمات المهنية الوطنية والهيئات العمومية الوطنية، على خلاف رأي الأستاذ عمار بوضياف الذي أثنى على تدخل المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتضييقه للأحكام ذات الصبغة الابتدائية والنهائية والذي يؤكد أنها بقيت تتحصر على منازعات السلطات العمومية دون سواها¹.

أما في مجال الصفقات العمومية فإن مطابقة كل من المادتين 09 من القانون العضوي 98-01 المعدل والمتمم والمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تجعل مجلس الدولة يختص كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء وفحص المشروعية وتفسيرها في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقات العمومية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، أي أن القرارات الموجبة للنظر من طرف مجلس الدولة، هي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية المركزية أما عن الهيئات العمومية الوطنية فهي لا تخص أشخاص القانون الخاص لهذا فهي مستبعدة من الدراسة وكذا إخراج المنظمات المهنية لأنها لا تدرج في تطبيق قانون الصفقات العمومية.

إن التطرق لاختصاص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة بالنظر في القرارات المنفصلة المتعلقة بالصفقات العمومية يؤدي إلى الوقوف على الهيئات المشمولة بهذا النظر، خاصة إذا ما علم أن المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية لم تحمل نفس الاستعمال الاصطلاحي الذي شملته كل من المادتين 09 و 901 المذكورين أعلاه، بالإضافة إلى أن كلا من المادتين 09 و 901 تضمنتا على فقرة ثانية جاءت في نفس السياق كالآتي:

" ويختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة "

إن اعتبار مجلس الدولة يختص بالفصل في القرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية والتي تصدر عن السلطات المركزية كدرجة ابتدائية ونهائية، يطرح جملة من الإشكالات من أهمها انتهاك مبدأ التقاضي على درجتين، إلى جانب إحداث نوع من عدم التجانس بين النظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري، وعليه فإن الاعتراف بهذا الاختصاص سيؤدي إلى حجب طريق الاستئناف ما يطرح تساؤلا حول سبب عدم اختصاص المحاكم الإدارية بالدعاوى المذكورة في المادة 09 من

¹ بوضياف عمار، القضاء الإداري، ط. 2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 160.

القانون العضوي رقم 01-98؟، حتى وإن يرد بعض الفقهاء سبب نظر مجلس الدولة في هذا النوع من الدعاوى يعود إلى خبرة مستشاريها وأهمية القرارات المتعلقة بها، إلا أن البعض يعتبر هذا المبرر قد زال مع الوقت باعتبار أن قضاة المحاكم الإدارية لا نقل تجربتهم عن عشر (10) سنوات من العمل القضائي، ومن ثم فإن امتثال الهيئات المبنية في المادة 9 من القانون العضوي رقم 01-98 أمام المحاكم الإدارية لا يمس بمكانتها وإنما سيضمن للمتقاضي التقاضي على درجتين كما سيقرب القضاء من المتقاضين¹.

بهذا الدور الحالي لمجلس الدولة باعتباره جهة للقضاء الابتدائي والنهائي نكون قد أثقلنا المهمة على قضاة هذه الهيئة وأغرقناهم في مجال كان من الأحرى إبعادهم عنه ليتفرغوا للمهمة الأصلية المنصوص عليها في المادة 171 من الدستور والمتمثلة في مهمة النقض والاجتهاد².

ثانياً: اختصاص النوعي للمحاكم الاستئنافية

الاستئناف هو وسيلة قضائية نظمها المشرع يكفل بمقتضاها للمحكوم عليه أو المحكوم له، إعادة طرح النزاع من جديد أمام محكمة أعلى درجة من تلك التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وقد يكون الغرض من الطعن بالاستئناف إلغاء الحكم المطعون فيه أو على الأقل التخفيف من أحكامه من أجل تكريس مبدأ التقاضي على درجتين المكرس دستورياً.

ونصت المادة 10 من القانون العضوي رقم 01-98 المعدلة: " يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية.

ويختص أيضاً كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة"³.

¹رحماني راضية، المرجع السابق، ص. 213.

²بوضياف عمار، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية، دفاثر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 05 جوان 2011، ص. 12.

³نص المادة 10 من القانون العضوي 01-98: "يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائياً من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

أحسن المشرع عندما أعاد صياغة المادة 10 بإضافته لعبارة الأوامر، ويقصد بها الأوامر الاستعجالية بحيث حسم نزاع الذي دار بين الفقه.

وهي نفس صياغة المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما نصت عليه أيضا الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية: "أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

على أن المشرع أدرج الباب الأول مكرر في قانون الاجراءات المدنية والإدارية معنون في الاجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية بموجب القانون 22-13 بعدما كان الاستئناف يكون أمام مجلس الدولة وبالتالي يكون قد وازى بين الهرمين القضائيين.

وعليه يشترط القانون لاستئناف الأحكام والأوامر أمام محكمة الاستئنافية ما يلي:

أ- أن يكون محل الاستئناف حكما قضائيا

يشترط في محل الطعن بالاستئناف في مادة الصفقات العمومية أمام محكمة الاستئنافية أن يكون من قبيل الأحكام القضائية، ذلك أن الهيئات القضائية يمكنها أيضا القيام بأعمال من طبيعة إدارية، فكل الأعمال التي يقوم بها أعضاء المحاكم الإدارية أو رئيسها والمتعلقة بالإشراف على السير المنتظم للمحكمة الإدارية وتنظيمها لا تعد من قبيل الأحكام القضائية، إنما هي أعمال إدارية بحتة لا يقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام محاكم ثاني درجة¹.

ب- أن يكون الحكم محل الاستئناف صادرا عن جهة قضائية إدارية

يشترط لقبول الاستئناف أن يكون الحكم المستأنف صادرا عن جهة قضائية إدارية أي المحكمة، وفي النظام القضائي الجزائري تعد المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص العام والولاية العامة للنظر والفصل في كافة المنازعات الإدارية، كجهة قضائية ابتدائية تكون أحكامها قابلة للاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية، عكس ما كان عليه بموجب القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية الذي عقد الاختصاص لمجلس الدولة في النظر في الاستئنافات.

ج- أن يكون الحكم محل الاستئناف ابتدائيا

لا ينصب الطعن بالاستئناف إلا على الأحكام القضائية الابتدائية، والحكم الابتدائي هو الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، والقابل للطعن فيه بالاستئناف خلافا للحكم النهائي غير قابل للطعن، وبناء عليه فالقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية ابتدائيا ونهائيا غير قابلة للطعن

¹ بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص.137.

بالاستئناف، كالقرارات الصادرة عن مجلس الدولة في مادة الصفقات العمومية بصفته محكمة أول وآخر درجة.

إذا كانت القاعدة العامة هو استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أمام مجلس الدولة، فإن كل من المادتين 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة وكذا المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أوردت استثناء للمبدأ العام.

حيث نصت كليهما على إمكانية مجلس الدولة أن يختص كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة، ومن ثم لا يقتصر اختصاص مجلس الدولة على استئناف أحكام المحاكم الإدارية بل يتعداه في حالة ما إذا نص المشرع الجزائري على قابلية جهة أخرى استئناف قراراتها أمام مجلس الدولة.

إضافة إلى ذلك فإنه وبحسب نص الفقرة الثانية للمادة الثانية من القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية، والتي جاءت بأن أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، مالم ينص القانون على خلاف ذلك، يترتب على هذا الأمر أنه لا يمكن تقرير استثناء إلا بموجب قانون صادر من السلطة التشريعية، وبعبارة أخرى إمكانية صدور قانون يحدد هذا الاستثناء.

إن القراءة المتأنية لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 2 من القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية، تظهر لنا أبعاد أخرى للاستئناف السابق تبيانه، يمكن أن تنصرف إلى أحكام إدارية ابتدائية صادرة من المحاكم الإدارية يمكن استئنافها أمام جهة أخرى غير مجلس الدولة، وهذا في حالة ما إذا صدر عن السلطة التشريعية قانون يقر بهذا الاستثناء، غير أنه وبالرجوع إلى القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي الإداري الحالي، فلا نجد سوى مجلس الدولة هو الجهة الاستئنافية الوحيدة الخاصة بنظر استئناف أحكام المحاكم الإدارية¹.

إن اختصاص محاكم الاستئنافية بالنظر في استئناف أحكام المحاكم الإدارية، وما يوفره من ضمانات لتجسيد مبدأ التقاضي على درجتين، تعرضه عدة إشكالات قانونية، فالوظيفة الأصلية المعهودة لمجلس الدولة بموجب المادة 171 من الدستور تتمثل في تقييم أعمال الجهات القضائية الإدارية، وتوحيد الاجتهاد القضائي الإداري، غير أن المشرع منحه الوظيفة الاستئنافية بموجب المادة

¹رحماني راضية، المرجع السابق، ص. 216.

10 من القانون العضوي 98-01 والمادة 2 من القانون 98-02، والمادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما أحدث تغييرا وظيفيا في اختصاصه وذلك بتحويله من محكمة قانون إلى محكمة وقائع، الأمر الذي من شأنه إغراق قضاة الموضوع في بحر الوقائع، ويلهيهم عن الاضطلاع بمهامهم الأصلية¹، وهي المساهمة في تطوير قواعد القانون الإداري لاسيما منها الصفقات العمومية، زيادة على ذلك فإن الصفقات العمومية تمتاز بطابعها المتشعب والمعقد، وكذا صعوبتها نظرا للأموال الضخمة المنصبة عليها، والتي تقتضي التفرغ الجيد لدراستها الشيء الذي سوف يؤدي إلى إرهاق قضاة مجلس الدولة، وزيادة الضغط عليهم وإنهاكهم بكثرة القضايا المرفوعة إليهم، خاصة مع محدودية عدد أعضاء مجلس الدولة مقارنة مع كثافة الاختصاصات الموكلة إليهم مما سينعكس سلبا على سرعة البث فيها وما يصاحب ذلك من أثر على حقوق المتقاضين.

لهذا كان من الأفضل إسناد المشرع الاستئناف لجهة قضائية مستقلة تطبيقا لنص المادة 171 من الدستور الذي يجعل مجلس الدولة جهة تختص بتقويم أعمال الجهات القضائية الإدارية، ومن ثم إنشاء محكمة استئناف إلى جانب المحاكم الإدارية، تقوم بالتخفيف على مجلس الدولة بإخراج اختصاص النظر في الطعون بالاستئناف، وإحداث نسق واحد على مستوى جهات القضاء الإداري والعادي معا، إسوة بالتنظيم القضائي الفرنسي².

وأحسن المشرع باحترام إجراءات التقاضي على درجتين في كل من الهرمين القضائيين.

ثالثا: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية

تعتبر المحاكم الإدارية الهياكل القاعدية لنظام القضاء الإداري، وإن كانت الجزائر قد عرفت سنة 1962 إنشاء ثلاث محاكم إدارية فقط، وتستمد وجودها القانوني من نص المادة 171 من الدستور، التي لم تنص صراحة على المحاكم الإدارية بل اكتفت بالإشارة إليها عندما حددت دور مجلس الدولة كمقوم لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

فمصطلح الجهات القضائية الإدارية اشتمل كل الجهات القضائية التي تخضع لرقابة مجلس الدولة ومنها المحاكم الإدارية، فبتاريخ 30 ماي 1998 وبموجب القانون رقم 98-02 صدر أول

¹بوضياف عمار، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص.ص. 160-161-162.

²V. Le code de justice administrative français dernier modification le 09-04-2018 édition le 18-04-2018 notamment les articles L. 01,L 211-2 consulté le 07-06-2018 par le site www.droit.org.

قانون خاص بالمحاكم الإدارية والذي تنص المادة الأولى منه: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية."

يحدد عددها واختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم."

وهو ما نصت عليه أيضا المادة 800 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية."

يتضح من المادتين المذكورتين أعلاه أن المشرع قد أطلق الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، وجعلها تختص بالنظر في كل النزاعات الإدارية إلا ما استثني بنص، كما هو عليه الحال بالنسبة للنزاعات التي أسندها المشرع على سبيل الحصر لمجلس الدولة في المادتين 09 و10 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل والمتمم والمتعلق بمجلس الدولة¹.

1- مجال الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في نزاعات الصفقات العمومية

بما أن القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية لم يحدد اختصاص النوعي المتعلق بها وجب الرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المادة 800 فقرة الثانية منه والتي تنص: "تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

على خلاف المشرع المغربي الذي أشار إلى الاختصاص النوعي في القانون المتعلق بالمحاكم الإدارية بموجب القانون 90-41 الفصل الثاني منه (المادة 08-09)².

يستنتج من نص المادة 800 فقرة الثانية المذكورة سالفا أن قواعد الاختصاص تركز على أساس المعيار العضوي، والذي يستند إلى وجود أحد أشخاص القانون العام طرفا في النزاع، غير أن

¹ قبل دخول القانون 22-13 حيز التنفيذ حاليا المشرع يحترم مبدأ التقاضي على درجتين.

² تنص المادة 08 من قانون المغربي 90-41 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، ج.ر. المؤرخة في 03 نوفمبر 1993، العدد 4227-18، ص. 69: "تختص المحاكم الإدارية مع مراعاة أحكام المادتين 09 و11 من هذا القانون بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام ما عدا الأضرار التي تسببها الطريق العام مركبات أيا كان نوعها يملكها أشخاص القانون العام". اطلع عليه من الموقع الإلكتروني من مدونة القانون والقضاء المغربي بتاريخ 07-06-2018.

أحكام القانون العضوي رقم 98-01 أوردت قيّداً على نطاق الاختصاص، والتي ترد لصالح مجلس الدولة أين يتمتع باختصاصه الابتدائي والنهائي بالنسبة لقرارات السلطات المركزية، والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، الشيء الذي يستدعي التساؤل عن مدى تطبيق مبدأ الاختصاص العام ضمن التنظيم القضائي الإداري الجزائري.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تستدعي تحديد وتوضيح أطراف النزاع التي ينعقد بها اختصاص المحاكم الإدارية و الممثلة في كل من الدولة (أ)، الجماعات الإقليمية (ب)، والمؤسسات العمومية (ج).

أ- الدولة

يقصد بالدولة بالمفهوم الضيق مجموع السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية، إلا أن الإشكال المطروح هو إذا كانت هذه الهيئات والسلطات أساس اختصاص مجلس الدولة فكيف يمكن اعتبارها أساساً لاختصاص المحاكم الإدارية؟

إن الإجابة عن هذا الإشكال يتواجد في المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تأتي لتفصل حدود اختصاص المحاكم الإدارية الموجودة في المادة 800 على النحو التالي: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية والدعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية،

- للبلدية،

- المنظمات المهنية الجهوية

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

2- دعاوى القضاء الكامل.

3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة.

تبين المادة 801 حدود اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، يحدث ذلك إذا ما انصب النزاع على دعاوى القضاء الكامل، أي أن اختصاصها في دعاوى القضاء الكامل المطلق، حتى لو كانت الجهة التي هي طرف في نزاع إدارة مركزية بعكس

اختصاصها في قضاء الإلغاء الذي ينعقد فقط على القرارات الصادرة عن الهيئات المحلية أما قرارات السلطات المركزية فهو يندرج ضمن اختصاص مجلس الدولة¹.

ب- الجماعات الإقليمية

استنادا للمادة 16 من دستور 1996 المعدل والمتمم التي تنص على ما يلي: "الجماعات الإقليمية للدولة وهي البلدية والولاية" وبالمطابقة مع المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية فإنه يمكن حصر الجماعات الإقليمية التي حولها تنظيم الصفقات العمومية إمكانية إبرام صفقات عمومية في الولاية والبلدية.

-الولاية

وجب الرجوع للقانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012² والذي ينص في مادته الأولى: "الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة.

تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة..."

حددت المادة الثانية من قانون الولاية الهيئات المكونة للولاية، متمثلة في المجلس الشعبي الولائي الذي يعتبر جهازا للمداولة، والمتشكل من رئيس المجلس الشعبي الولائي المنتخب من قبل أعضائه ولجان دائمة أو خاصة ومؤقتة³، الوالي الذي يمثل الجهاز التنفيذي للولاية إذ يصدر قرارات من أجل تنفيذ مداورات المجلس الشعبي الولائي كما تتوفر الولاية على إدارة توضع تحت سلطة الوالي، وتتكون من مختلف المصالح غير الممركزة للدولة ويتولى الوالي تنشيط، تنسيق ومراقبة عملها⁴.

يمثل الوالي الولاية أمام القضاء⁵ وهو المخول بسلطة إبرام الصفقات العمومية حسب مقتضيات المادة 04 من تنظيم الصفقات العمومية⁶، وقد خصص الفرع الثالث من قانون 12-07 تحت

¹ رحماني راضية، المرجع السابق، ص. 220.

² قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتضمن قانون الولاية، السالف ذكره.

³ راجع الباب الثاني تحت تسمية المجلس الشعبي الولائي من القانون 12-07 المواد من (12 إلى 37).

⁴ المادة 127 من القانون 12-07 المذكور أعلاه.

⁵ المادة 106 من القانون 12-07 المذكور أعلاه.

⁶ تنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة

تسمية المزايدات والمناقصات والصفقات المواد من (135 إلى 138) لموضوع الصفقات العمومية، حيث نصت المادة 135: " تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية ".

من خلال ما تقدم فإن القرارات المنفصلة والمتعلقة بالصفقات العمومية وكذا دعاوى التعويض الصادرة عن الولايات تخضع في رقابتها إلى المحاكم الإدارية.

-البلدية-

تخضع البلدية للقانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية¹، حيث اعتبرها الدستور بأنها الجماعة القاعدية في المادة 16فقرة 02 من دستور 1996 المعدل وعرفتها المادة الأولى من قانون البلدية على النحو التالي: " البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة، وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحديث بموجب القانون".

تتوفر البلدية على هيئتين هما: هيئة مداولة تتمثل في المجلس الشعبي البلدي وما يضمنه من لجان دائمة ومؤقتة، وهيئة تنفيذية يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي المنتخب لعهدة انتخابية².

إن الأعمال والتصرفات التي تأتيها البلدية بمختلف هيئاتها، لاسيما ما تعلق بالصفقات العمومية كالقرارات المنفصلة، وكذا دعاوى القضاء الكامل هي محل نظر المحاكم الإدارية استناداً إلى نص المادة 801 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ترفع الدعوى الإدارية ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلاً للبلدية أمام القضاء وهو المسؤول عن إبرام الصفقات العمومية وهو ما

المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة:

- مسؤول الهيئة العمومية،

- الوزير،

- الوالي،

- رئيس المجلس الشعبي البلدي،

- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال، بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"

¹ القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، السالف ذكره.

² راجع المادة 15 من القانون 11-10 المذكور آنفاً.

نصت عليه المادة 82 من القانون 10-11 المتعلق بالبلدية، التي جاءت على النحو التالي: "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت رقابة المجلس الشعبي البلدي باسم البلدية بجميع التصرفات الخاصة بالمحافظة على الأملاك و الحقوق المكونة للممتلكات البلدية وإدارتها.

ويجب عليه على وجه الخصوص القيام بمايلي:

- التقاضي باسم البلدية ولحسابها؛
- إبرام عقود اقتناء الأملاك والمعاملات والصفقات والإيجارات وقبول الهبات والوصايا؛
- القيام بمناقصات أشغال البلدية وحسن تنفيذها".

لقد أحال قانون البلدية إبرام الصفقات العمومية إلى تنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 189 منه الفرع الثاني من القانون تحت تسمية المناقصات والصفقات العمومية على النحو الآتي: "يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية للبلدية ذات الطابع الإداري طبقاً للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية".

يصادق على الصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي¹، ورئيس مجلس الشعبي البلدي هو المخول بسلطة إبرام الصفقات العمومية طبقاً للمادة 4 من تنظيم الصفقات العمومية.

ج- المؤسسات العمومية

تناولت المادة السادسة من تنظيم الصفقات العمومية مجموعة من المؤسسات التي يمكنها إبرام الصفقات العمومية، وتتنوع هاته المؤسسات ما بين: مؤسسات عمومية ذات طابع إداري ومؤسسات عمومية تخضع للتشريع التجاري.

إن النظر في الطبيعة القانونية لهذه المؤسسات ومدى تطابقها مع المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المحددة لاختصاص المحاكم الإدارية تقف على نوع واحد من المؤسسات التي تندرج ضمن المادة أعلاه، والمتمثلة في المؤسسات العمومية الإدارية وكما تم ذكره سابقاً أثناء تحديد توزيع الاختصاص ما بين القضاء الإداري والقضاء العادي تم استنتاج بأن القضاء الإداري

¹راجع المادة 194 من القانون 10-11 المتعلق بالبلدية.

يكون مختصا متى كانت المؤسسات العمومية من غير المؤسسات الإدارية، ممولة من قبل خزينة الدولة.

إن الرجوع إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تثير ملاحظة في غاية الأهمية وهي أن هذه المادة لم تحدد ما إذا كانت هذه المؤسسات وطنية أو إقليمية، بحيث جاءت بشكل عام محدد بذلك اختصاص المحاكم الإدارية بشكل مطلق، إلا أن هذا الإطلاق، سرعان ما ترد عليه استثناءات بموجب المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي حصرت اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في دعاوى قضاء الإلغاء، فحص المشروعية وتفسير القرارات المتعلقة فقط بالمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية، أما بالنسبة لدعاوى القضاء الكامل فيكون الاختصاص مطلقا.

يستنتج من المادة 801 أعلاه حصرها مجال اختصاص المحاكم الإدارية في المؤسسات العمومية المحلية، وبمفهوم المخالفة يختص مجلس الدولة بالنظر في القرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية الصادرة عن المؤسسات العمومية الإدارية الوطنية أما دعاوى القضاء الكامل ضد المؤسسات العمومية الوطنية فتبقى من اختصاص المحاكم الإدارية.

انطلاقا من اختصاص المحاكم الإدارية بالمؤسسات العمومية المحلية في مجال قضاء الإلغاء نجد كل من قانون الولاية والبلدية قد ذكرا هذه المؤسسات على شكل، المؤسسة العمومية الولائية والبلدية¹.

2- تداخل الاختصاص بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية

نصت المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن توزيع الاختصاص بين مجلس الدولة والمحاكم يعتبر من النظام العام فلا يجوز مخالفته أو الاتفاق على خلاف ذلك كما يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ويجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي، ولقد حددت المواد 800، 801، 901، 902، 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص النوعي لكل من المحاكم الإدارية ومجلس الدولة.

¹راجع الفصل الأول من الباب الأول من الدراسة.

لكن قد يحدث أن يثار تنازع في الاختصاص القضائي بين محكمة إدارية ومجلس الدولة سواء بالإيجاب أو بالسلب أي قد تتكرر كل جهة ولايتها بخصوص مسألة معينة "التنازع السلبي" أو تتمسك بولايتها بالنظر فيها "التنازع الإيجابي"، فإن الجهة المختصة بالفصل في هذا التنازع هو مجلس الدولة نفسه، لكن بغرفة المجتمعمة حسب نص المادة 808فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية القسم الرابع التي جاءت بما يلي: " يؤول الفصل في تنازع الاختصاص بين محكمة إدارية ومجلس الدولة لاختصاص هذا الأخير بكل غرفه مجتمعة " .

قد يكون ثمة ارتباط بين القضايا عندما يكون حل بعضها مرتبطا بالبعض الآخر، وعليه يتعين في مثل هذه الحالات إسناد الاختصاص لجهة قضائية وتجريد الأخرى، منعا لأي تناقض محتمل¹. يتحقق الارتباط إذا كان ثمة طلبين أو أكثر في نفس الدعوى بعضها يعود اختصاص البت فيه إلى المحكمة الإدارية والبعض الآخر إلى مجلس الدولة، والفصل في أحد الطلبين يتوقف على الفصل في الطلب الآخر².

ظهرت فكرة الارتباط لدى القضاء الإداري الفرنسي حيث اعتبر مجلس الدولة أن دعوى إلغاء قرار إداري لتجاوز السلطة، مرتبطة بالدعوى الرامية إلى طلب التعويض عن الضرر المنسوب وقوعه إلى القرار المطعون فيه، كما اعتبر أنه يوجد ترابط لما تكون الطلبات في كل من الدعويين مرتبطة بنفس القضية، مما يستوجب النظر فيها أمام نفس الجهة القضائية المختصة، وهو ما نظمته المشرع في قانون الإجراءات المدنية الإدارية في القسم الخامس الارتباط المواد من 809 إلى 812 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

قواعد الاختصاص تفرض في هذه الحالة أن يكون نزاع يعود الاختصاص فيه لمجلس الدولة ونزاع يعود لاختصاص محكمة إدارية، فإنهما يضمنان إلى مجلس الدولة بناء على قرار الإحالة من رئيس المحكمة الإدارية³، ويترتب على قرار الإحالة إرجاء البحث في الخصومة إلى حين فصل مجلس الدولة في الارتباط، ويكون قرار الإحالة غير قابل لأي طعن⁴.

¹ شيهوب مسعود، المرجع السابق، ص. 191 .

² عدو عبد القادر، المرجع السابق، ص. 91.

³ راجع المادة 809 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السابق ذكره.

⁴ راجع المادة 812 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، السابق ذكره.

وتجدر الإشارة أن محكمة التنازع في قرار لها بتاريخ 17 جويلية 2005 فهرس 04 ملف 20 أقرت محقة عدم اختصاصها، بالنظر في قضية تنازع اختصاص بين غرف إدارية جهوية وغرفة إدارية محلية بما يعني الاعتراف صراحة لمجلس الدولة البث في هذا الإشكال¹.

حسب المادة 809 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الإحالة تقع في الحالتين:

- عندما تتضمن عريضة الدعوى أمام المحكمة الإدارية طلبات مستقلة في نفس الدعوى، لكنها مرتبطة، بعضها يعود إلى اختصاصها، والبعض الآخر يعود إلى اختصاص مجلس الدولة.
 - عندما تتضمن الدعوى طلبات تدخل في اختصاص المحكمة الإدارية وتكون في نفس الوقت مرتبطة بطلبات مقدمة في دعوى أخرى موضوعة أمام مجلس الدولة وتدخل في اختصاصه.
- نصت المادتان 813 و 814 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على حالة إذا ما أخطرت إحدى المحاكم الإدارية بطلبات تبين أنها من اختصاص مجلس الدولة، فيقوم رئيس المحكمة الإدارية، بإحالة الملف في أقرب الآجال أمام مجلس الدولة الذي يتولى الفصل في الاختصاص، ويحدد عند الاقتضاء المحكمة الإدارية المختصة للفصل في كل الطلبات أو في جزء منها، وعندما يفصل مجلس الدولة في مسألة الاختصاص ويحيل القضية إلى المحكمة الإدارية المختصة فإنه لا يجوز لهذه الأخيرة التصريح بعدم اختصاصها بعد ذلك.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي بمنازعات الصفقات العمومية

إذا كانت مسألة تحديد الاختصاص النوعي بالنظر في منازعات الصفقات العمومية، تكتسي أهمية بالغة فإن لضمان السير الحسن لجهاز القضاء من خلال معرفة نوع القضايا التي تدخل في اختصاص كل جهة قضائية في ظل القضاء المزدوج المعتمد من خلال دستور 1996، فإن مسألة تحديد الاختصاص الإقليمي لا تقل أهمية عن ذلك².

إذن أن الاختصاص الإقليمي في الحقيقة الأمر هو مكمل للاختصاص النوعي في تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعة بصفة دقيقة، فيتم من خلاله تحديد الجهة القضائية المختصة مكانيا بعد تحديد الاختصاص النوعي، وكما هو معلوم فإن المنازعات الصفقات العمومية تندرج غالبا

¹ قرار رقم 20 بتاريخ 17-07-2005 قضية غرفة إدارية جهوية ضد غرفة إدارية محلية، مجلة مجلس الدولة، عدد 08، سنة 2006، ص. 254.

² رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. 226.

في اختصاص القضاء الإداري المتمثل في كل مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، وغني عن التعريف أن مجال اختصاص مجلس الدولة هو وطني، أي يوجد على مستوى الوطن مجلس دولة واحد¹، يختص بتقويم أعمال الجهات القضائية الإدارية حسب نص المادة 171 من دستور 1996 والمادة 01 من القانون العضوي 98-01 المعدل والمتمم، ومن ثم فإن مسألة الاختصاص الإقليمي لا تطرح إذا تعددت الجهات القضائية الإدارية التي تنتمي إلى نوع نفسه وفي هذا تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية: "يحدد عددها واختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم" وهذا ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 98-356 المؤرخ في 14 نوفمبر 1998 المتضمن كليات تطبيق القانون رقم 98-02 المعدل بموجب المرسوم التنفيذي 11-195 المؤرخ في 22 مايو 2011² الذي رفع عدد المحاكم الإدارية إلى ثمانية وأربعين محكمة على التراب الوطني بموجب المادة 02 منه بعد أن كان عددها واحد وثلاثون محكمة بموجب المرسوم التنفيذي 98-356.

طبقا للمادة 01 فقرة 02 أعلاه يشترط لانعقاد اختصاص المحاكم الإدارية إلى جانب ضرورة توافر المعيار العضوي وما يتبعه من معيار مادي، أن يستكمل بتحديد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية (أولا)، غير أنه وبالرغم من تحديد الاختصاص الإقليمي فإنه قد يحدث تنازع بين المحاكم الإدارية، ولهذا فقد أولى المشرع أهمية لمسألة تسوية الاختصاص الإقليمي (ثانيا).

أولا: تحديد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية

بالنظر إلى الفكرة القائلة إذا كانت قواعد الاختصاص النوعي تتعلق بالنظام العام، فقواعد الاختصاص الإقليمي شرعت من أجل حماية الخصوم، وحماية لحقوقهم الخاصة³.

¹تنص المادة 03 من القانون العضوي 98-01 المعدلة بموجب القانون العضوي 18-02 المؤرخ في 04 مارس 2018: "مع مراعاة المادة 107 من الدستور، يحدد مقر مجلس الدولة في الجزائر العاصمة".

²المرسوم التنفيذي رقم 98-356 المؤرخ في 24 رجب 1419 الموافق لـ 14 نوفمبر 1998 الذي يحدد كليات تطبيق القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر. المؤرخة 15 نوفمبر 1998، عدد 85، ص. ص. 4-16. المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11-195 المؤرخ في 22 مايو 2011، ج.ر. المؤرخة في 22 مايو 2011، العدد 29، ص. ص. 10-18.

³بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر رسالة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص. 75.

وتطبيقاً لهذه القاعدة لجأ المشرع الجزائري إلى محاولة تجسيد الفكرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 807 على ذلك بقولها: "الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام".¹

يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي من أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها دعوى، كما يجب إثارته تلقائياً من طرف القاضي ."

إن إقرار الاختصاص الإقليمي يساعد على حسن أداء العدالة، بحيث لا تتركز محاكم الدولة في مكان واحد، إنما ينبغي أن تتوزع على أرجاء إقليمها، وأن تحدد لكل محكمة دائرة مكانية تختص بنظر المنازعات التي تقع في نطاقها، وبذلك يجد كل مواطن محكمة قريبة منه، يمكنه أن يلجأ إليها في غير عناء، فقد أعد الاختصاص المحلي لتعيين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعة، والفصل فيها من بين كل المحاكم المنتشرة على إقليم الدولة.²

يقصد بالاختصاص الإقليمي القواعد التي تحدد إلى جانب قواعد الاختصاص النوعي النزاعات التي تكون من اختصاص المحاكم الإدارية بحكم وقوعها في الإقليم التابع لها ومحدد قانوناً.³

وإذا كان المشرع الجزائري قد حدد عن طريق التنظيم المحاكم الإدارية بواحد وثلاثين ليرتفع سنة 2011 إلى ثمانية وأربعين بالموازاة مع عدد المجالس القضائية في الجزائر.

إذا كان لكل ولاية محكمة إدارية تختص بالنزاعات التي تقع في إقليمها يعد أمراً جيداً مقارنة مع المرسوم التنفيذي رقم 98-356 أين كان يمتد اختصاص بعض المحاكم ليشمل ولايتين أو أكثر، فإن هذا الأمر يبقى غير كاف بل لابد من تحديد القاعدة الذي ينبنى عليه الاختصاص الإقليمي في نقطة"¹ وكذا الاستثناءات التي ترد عليه في النقطة "2".

¹النظام العام فكرة تستعصي بطبيعتها التحديد، لكن يمكن أن يعرف النظام العام على أنه مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمع سواء أكانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة التي هي كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية، ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى ولو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، فإذا هم خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص كان هذا الاتفاق باطلاً، عن ابتسام قرام، المرجع السابق، ص. 206.

²بوجادي عمر، المرجع السابق، ص. 76-77.

³خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص. 380.

1- القاعدة الذي ينبنى عليها تحديد الاختصاص الإقليمي

قام المشرع الجزائري بمعالجة هذه المسألة بموجب قاعدة مبدئية وردت في نص المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية، والتي بدورها أحالت إلى المادتين 37 و38 من نفس القانون.

تنص المادة 37 على ما يلي: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، مالم ينص القانون على خلاف ذلك."

أما المادة 38: " في حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم".

يتضح مع قراءة المادتين أعلاه، أن المشرع الجزائري اعتمد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عنصر الموطن فما هو تعريف الموطن؟

يعرف الموطن طبقا للقانون المدني الجزائري في المادتين 36 و37 بحيث جاءت المادة 36: " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن."

ولا يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في الوقت نفسه¹.

تنص المادة 37 فيما يخص تعريف الموطن على أساس النشاط على مايلي: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطننا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

يعرف الموطن بأنه المقر القانوني للشخص، أي المكان الذي يعتد به قانونا عند مخاطبة الشخص بشأن علاقاته القانونية مع الغير، فقد يكون المكان الذي يوجد به الشخص فعلا، وقد يكون ذلك الذي يفترض أن يكون الشخص موجودا به².

يفهم من نص المادتين أعلاه أن الموطن يقصد به:

¹راجع القانون المدني الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، السالف ذكره.

²فيلالي علي، نظرية الحق، موفم للنشر الجزائر، ط. 2011، ص. ص. 260، 261.

أ- محل وجود السكن الرئيسي

ويعرف بالمواطن العام ومعناه أن المواطن يحدد بمكان وجود السكن الأساسي أو الدائم، أي المحل الذي يوجد فيه المسكن الرئيسي للشخص أو المحل الذي يقيم فيه في حالة انعدام السكن الرئيسي¹، والذي قد يكون واحد من بين مجموعة السكنات التي يتوفر عليها الشخص.

ب- محل الإقامة العادي

في حالة عدم وجود سكن قار ثابت، أجاز المشرع تعويض المواطن بمكان الإقامة العادي، هذه الأخيرة تثير جملة من الإشكالات حول الكيفية التي يقاس بها محل الإقامة العادي، هل يعني ذلك إمكانية إسقاطه على المدة الزمنية للتأجير أو عملية الاستغلال أو المكوث في المكان².

ج- على أساس النشاط

ويعرف بالمواطن الخاص في هاته الحالة فإن المواطن يقاس على أساس النشاط وليس على صاحب النشاط، على اعتبار أن المشرع كان واضحا في ربطه بين مكان ممارسة التجارة أو الحرفة أو المهنة موطننا خاصا بالنسبة لما يتعلق بالمعاملات التي ترتبط بالتجارة أو الحرفة ولا تتعداه إلى نشاطاته الأخرى³.

د- عدم جواز جمع الشخص لأكثر من موطن في وقت واحد

فإذا كان الشخص يملك مجموعة من السكنات فلا بد أن يتم اختيار واحدة منها كموطن له، ولا يجوز له اعتبارها في نفس الوقت موطن واحد وإلا أدى ذلك إلى تعطيل المتقاضين الشيء الذي يحول دون تحقيق العدالة.

إن القول بقاعدة المواطن كأساس لتحديد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية ينبغي توضيحه بشكل يسهل تحديد الجهة المختصة، ولهذا اعتمد المشرع معيارا أساسيا في توزيع الاختصاص

¹المرجع أعلاه، ص. 262.

²بوجادي عمر، المرجع السابق، ص. 84.

³فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 263.

الإقليمي بين المحاكم الإدارية، وهو في نفس المعيار المعتمد في المواد المدنية والمتمثل في قاعدة أن الجهة القضائية لموطن المدعى عليه، هي المختصة بنظر في النزاع¹.

إن أساس هذه القاعدة ينبع من فكرة أن المدعى هو الذي عليه أن يسعى إلى المدعى عليه، ومن ثمة وجب عليه مخاصمته أمام الجهة القضائية التي يقع بها موطنه، لتقليص حجم الإزعاج الذي تسببه له المخاصمة.

لهذه الاعتبارات نصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على قاعدة موطن المدعى عليه كأساس لتحديد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية، وهي شبيهة بالقاعدة المعروفة في فرنسا "قاعدة مكان وجود السلطة الإدارية صادرة القرار أو موقعة العقد"².

إلا أن المشرع لم يكتف بذكر موطن المدعى عليه الذي يقع في دائرة اختصاصه الجهة القضائية كقاعدة الاختصاص الإقليمي بل أضاف على ذلك، حالة عدم معرفة موطن المدعى عليه فإنه يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، في حالة اختيار موطن فإنه يعود الاختصاص الإقليمي للجهة التي يقع فيها الموطن المختار، وأخيرا حالة تعدد المدعى عليه فيؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية الذي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم.

إذا كانت مقتضيات المادتين 37 و38 ملائمة وتستجيب إلى القضايا غير الإدارية، فإن خصوصية الدعوى الإدارية لا تحمل التفكير في تصور عدم معرفة أو عدم وجود موطن للمدعى عليه، ولا فكرة الموطن المختار أو تعدد المدعى عليهم، وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون لإدارة مقر غير معروف أو تعدد الإدارات كمدعى عليهم في قضية إدارية³.

2- الإستثناءات الواردة على قاعدة الاختصاص الإقليمي

فإن قاعدة" موطن المدعى عليه " في الجزائر تعرف عدة استثناءات، الهدف منها هو تقريب جهة التقاضي من المدعى⁴، وكما تعرف في فرنسا قاعدة مكان وجود السلطة صادرة القرار أو موقعة العقد عدة استثناءات.

¹بوجادي عمر، المرجع السابق، ص.84.

²رحماني راضية، المرجع السابق، ص.230.

³بوجادي عمر، المرجع السابق، ص.85.

⁴شيهوب مسعود، المرجع السابق، ص.122.

بالنسبة للقواعد المحددة للاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المشرع قام بتحديد ثلاثة معايير تتعلق بها والتي جاءت كلها كاستثناءات على القاعدة العامة ذلك ضمن المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن فقراتها الثانية، الثالثة والسادسة وفق لما يلي:

-**الدعاوى المتعلقة بمادة الأشغال العمومية:** تختص المحاكم الإدارية بالفصل فيها عندما يقع مكان تنفيذ الأشغال في الإقليم الإداري لاختصاصها.

-**الدعاوى المتعلقة بمادة العقود الإدارية مهما تكن طبيعتها:** تختص بالفصل فيها المحاكم الإدارية التي يقع في الإقليم الإداري لاختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

-**الدعاوى المتعلقة بمادة التوريدات أو الأشغال:** تختص بالفصل فيها المحاكم الإدارية التي يقع في الإقليم الإداري لاختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به.

يتضح من المادة المذكور أعلاه أن الاختصاص بالنزاعات المتعلقة بالعقود المنصبة على الأشغال العمومية، التوريدات وكذا الصفقات العمومية بجميع أنواعها يعود إما إلى اختصاص المحكمة الإدارية مكان التنفيذ (أ) أو إلى مكان الإبرام (ب).

أ- الاختصاص الإقليمي على أساس مكان التنفيذ

إن أول معيار لتحديد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية، التي جاءت كاستثناء على قاعدة موطن المدعى عليه تعلقت بمادة أشغال العمومية، والقاعدة هنا تتمثل في أن المحكمة الإدارية التي تقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العمومية، هي المخصصة بالفصل في منازعة إذا كان موضوع الصفة العمومية أشغالا عمومية، وما يمكن ملاحظته هو سهولة هذا النوع من الإجراء بالنسبة للشخص الذي يريد منازعة المصلحة المتعاقدة، من حيث تحديد المكان الجغرافي الذي تتم على إقليمه ممارسة تنفيذ النشاط، ومنه تتضح الجهة القضائية الإدارية التي يعود إليها الاختصاص بالفصل في النزاع على أساس مكان التنفيذ.

إن الاعتماد على معيار مكان التنفيذ وإحلاله مكان معيار الموطن، وإن كان يسهل مهمة القاضي الإداري في معاينة الوقائع، إلا أنه أقل دقة من المعيار الذي كان معتمدا قبل الاستقلال

والذي كان يعمل به لتحديد جهة الاختصاص على مكان الواقعة المولدة للضرر، لأن تنفيذ الأشغال العمومية قد يمتد إلى منطقة جغرافية واسعة ويمس دائرة اختصاص محكمتين أو أكثر.

ب- الاختصاص الإقليمي على أساس مكان الإبرام

أضاف المشرع الجزائري زيادة على معيار التنفيذ معيارا آخر بموجب الفقرتين الثالثة والسادسة من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تمثل في معيار مكان الإبرام، وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استدرك النقد الموجه لمعيار التنفيذ سيما حالة تنازع الاختصاص بين المحكمتين تشملان نفس مجال التنفيذ الأشغال العمومية، فمنح الاختصاص على أساس مكان الإبرام هو بمثابة فتح مجال ثان لإمكانية الاختصاص، وإيجاد حل لكل مشكل تنازع الاختصاص بين المحاكم على أساس مكان التنفيذ غير أن الملاحظة الأولى التي يمكن إثارتها هي أن هذا الحال سرعان ما يصطدم بإمكانية إثارته لتنازع اختصاص جديد، فالفقرة الثالثة من المادة 804 قانون الإجراءات المدنية أعطت الخصوم امكانية الاختيار ما بين مكان الإبرام أو مكان التنفيذ لانعقاد اختصاص المحكمة الإدارية، حيث ذلك عندما يلجأ أحد أطراف الدعوى الإدارية باعتماد أحد الأساسين، فيلجأ خصمه إلى محاولة الاعتماد على الأساس المعاكس، مثال ذلك هو رفع المدعي الدعوى الإدارية على أساس مكان الإبرام، ثم يأتي المدعى عليه محاولا ضد الدعوى القضائية على أساس مكان التنفيذ وبالخصوص إذا ما كان يقطن هذا الأخير بمكان التنفيذ، عندها تتولد عدة مشاكل بالنسبة للمتقاضين، غير أن الإجابة على هذا الإشكال يمكن أن يجد حله في الفقرة السادسة من المادة 804 حينما نصت على مايلي: " في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به " .

يفهم من الفقرة أعلاه سر التكرار الذي حملته المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي اعتبره البعض تكرارا يؤدي إلى التناقض، إلا أن هذا التكرار كان مقصودا بغرض حل كافة الإشكالات التي يمكن أن تنجم عن الصفقات العمومية.

أما الملاحظة الثانية التي يمكن أن تثار، فتتعلق باعتماد معيار الإبرام واختيار من قبل أطراف المنازعة، وكما هو معلوم أن أغلب الإدارات في الجزائر تتركز في العاصمة، الشيء الذي سوف

يؤدي إلى ضغط على مستوى المحكمة الإدارية للجزائر العاصمة إذا ما لجأ الأطراف إلى معيار مكان الإبرام¹.

في حين أن المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية قد تكون وطنية كما قد تكون محلية فالأولى يمكن توجيه نفس الملاحظة حول تركيز الضغط على محكمة الإدارية بالجزائر العاصمة.

ثانيا: تسوية مسائل الاختصاص الإقليمي

بالرغم من تحديد المشرع الجزائري للقواعد التي ينبنى عليها الاختصاص الإقليمي ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن هذا الأخير قد عالج بصفة احتياطية الحالات التي يمكن أن تحدث ثغرات قانونية، وهو في ذلك قد أولى الاهتمام لمسألة التنازع الاختصاص الإقليمي ما بين المحاكم الإدارية (1) كما عالج بعض الحالات التي يتوسع فيها مجال الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية (2).

1 - مسألة تنازع الاختصاص الإقليمي ما بين المحاكم الإدارية

بالرغم من تحديد المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 11-195 المحدد لكيفية تطبيق أحكام القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية، على إنشاء 48 محكمة إدارية، والتي تمتاز كل واحدة منها بأنها صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية حسب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا رسم الحدود الإقليمية التي تمارس فيها هذه المحاكم الإدارية اختصاصاتها، إلا أنه قد يثور تنازع بشأن تحديد المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بنظر نزاع ما، وعلى هذا الأساس كان من الضروري اعتماد سبل لحل هذا التنازع في حالة حدوثه.

كما هو معلوم فإن صور التنازع في الاختصاص القضائي تأتي في شكلين: تنازع اختصاص إيجابي، وتنازع اختصاص سلبي.

فالشكل لأول يظهر عندما تتمسك جهتان قضائيتان باختصاصهما بنظر نزاع ما، بينهما الشكل الثاني يظهر عندما تقرر كل جهة قضائية عدم اختصاصها بنظر ذلك النزاع.

وحتى تتحقق حالتنا التنازع الايجابي والسلبي لابد من توفر وحدة الأطراف والموضوع.

¹ رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. 240.

خلافًا لحالة تنازع الاختصاص القضائي ما بين هيئات القضاء العادي والقضاء الإداري التي تختص بنظرها محكمة التنازع حسب نص المادة 171 من دستور 1996 المعدل الذي كرس ازدواجية القضائية فإن حالات التنازع بين هيئات القضاء الإداري أسندت لمجلس الدولة.

في حالة تنازع الاختصاص الإقليمي ما بين المحاكم الإدارية فإن هذا النزاع يرفع لمجلس الدولة لتحديد المحكمة الإدارية المختصة بنظره، باعتبار مجلس الدولة أعلى هيئة في هرم القضاء الإداري ولقد أكدت المادة 1/808 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك عندما نصت على مايلي:

" يؤول الفصل في تنازع الاختصاص بين محكمتين إداريتين إلى مجلس الدولة ".

يشار إلى أنه وقبل تبني نظام ازدواجية القضاء كان التنازع هذا النوع يرفع إلى المحكمة العليا، فلقد جاءت المادة 207 من قانون الاجراءات المدنية الملغى، بمايلي: "إذ تنازع مجلسان قضائيان في الاختصاص، ترفع عريضة الفصل في التنازع أمام المحكمة العليا".

في جميع الحالات يتصرف مجلس الدولة كمحكمة تنازع، فيلغي القرار المعيب، ويحيل القضية أمام الجهة المختصة دون أن يفصل في الموضوع.

2- توسيع مجال الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية

يتوسع مجال الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في حالتين، حالة الطلبات الإضافية أو العارضة أو المقابلة (أ) وحالة الارتباط (ب).

إن هذه الاستثناءات التي نص عليها المشرع في مجال الاختصاص القضائي تتبني على المنطلق الذي يقضي بأن كافة المنازعات التي تنتمي لعملية قانونية واحدة، تخضع لاختصاص قاضي واحد أيا كانت صفات الأعمال محل النزاع، ويتفق هذا المنهاج مع الرغبة في عدم تجزئة الاختصاصات، وهي تسري على قواعد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية.

أ- حالة الطلبات الإضافية أو العارضة أو المقابلة

نصت المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي: " تكون المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بالنظر في الطلبات الأصلية مختصة في الطلبات الإضافية أو العارضة أو المقابلة التي تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية.

تختص المحاكم الإدارية أيضا بالنظر في الدفوع التي تكون من اختصاص الجهات القضائية الإدارية". هذا الاستثناء يسري كذلك على المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية.

ب- حالة الارتباط

يكون ثمة ارتباط بين القضايا عندما يكون حل بعضها مرتبط بالبعض الآخر، عليه يتعين في مثل هذه الحالات إسناد الاختصاص لجهة قضائية وتجريد الأخرى منعا لأي تناقض محتمل¹، الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يعرف الارتباط واكتفى بذكر صورته في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين أن الفقه والقضاء في النظام الفرنسي حاولا تقديم مفهوم الارتباط وينعقد عندما تخص الدعويين نفس الوقائع.

لقد نظم المشرع الجزائري حالة الارتباط بين طلبات تعود إلى اختصاص محكمتين إداريتين في كل من المواد 810 و811 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تتمثل هذه لحالتين في كل من إخطار المحكمة الإدارية بطلبات تندرج ضمن اختصاصها الإقليمي، وطلبات ترجع إلى اختصاص محكمة إدارية أخرى، وحالة إخطار محكمتين إداريتين في نفس الوقت بطلبات مستقلة لكنها مرتبطة.

- حالة إخطار محكمة إدارية بطلبات تندرج ضمن اختصاصها الإقليمي وطلبات ترجع إلى اختصاص محكمة إدارية أخرى.

تنص المادة 810 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي: "تختص المحكمة الإدارية إقليميا بالفصل في الطلبات التي تعود إلى اختصاصها الإقليمي وفي الطلبات المرتبطة بها التي تعود إلى الاختصاص الإقليمي إلى محكمة إدارية أخرى".

تتعلق هذه الحالة إذن بالموضوع وليس فقط بالاختصاص فالمحكمة الإدارية هنا تفصل في موضوع طلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية رغم أن هذه الطلبات تعود إقليميا إلى اختصاص محكمة أخرى، تطبيقا لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع، إذ ينتج عن هذه الحالة توسيع مجال الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية المخطرة توسيع يتمشى وتبسيط الإجراءات وتسهيل العمل القضائي الإداري.

¹شيهوب مسعود، المرجع السابق، ص. 200.

-حالة إخطار محكمتين إداريتين في نفس الوقت بطلبات مستقلة لكنها مرتبطة-

في هذه الحالة يكون ارتباط بين نزاعين يعودان لاختصاص محكمتين إداريتين، فإن رئيس مجلس الدولة بناء على إحالة صادرة عن رئيسي المحكمتين، يفصل في أمر الارتباط إن وجد ويحدد المحكمة أو المحاكم المختصة للفصل في هذه الطلبات.

إن أوامر الإحالة الصادرة عن رئيس المحكمتين الإداريتين تؤديان إلى إرجاء الفصل في الخصومة إلى غاية صدور قرار مجلس الدولة في حالة الارتباط وتحديد الجهة المختصة.

إن الهدف من القواعد الإجرائية بحل الإشكالات الناجمة عن الارتباط تهدف إلى تجنب احتمال صدور قرارين قضائيين مختلفين.

المطلب الثاني: أنواع الدعاوى المرتبطة بالصفقات العمومية

كما هو معلوم فإن نزاعات الصفقات العمومية لأشخاص القانون الخاص يختص بنظرها القاضي الإداري، لكن يبقى التساؤل منصبا حول أي قاض إداري يلجأ إليه في هذه النزاعات؟

إن العودة إلى النصوص الخاصة بالصفقات العمومية لاسيما منها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يحيل إلى التشريع المعمول به، أي إلى القواعد العامة التي تحكم الدعاوى الإدارية، حيث ورد التنصيص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الدعاوى الإدارية يمكن تقسيمها إلى نوعين هما: دعوى القضاء الكامل فيما يخص العقود، ودعوى الإلغاء فيما يخص القرارات الإدارية، ومن ثمة فإن الدعاوى المتعلقة بنزاعات الصفقات العمومية تندرج في هذا الإطار، وهو ما وفصلت فيه المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من تم فإن أساس الدعوى الإدارية المتعلقة بالصفقات العمومية يتم معالجتها من خلال دعوى إلغاء (الفرع الأول) ودعوى القضاء الكامل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دعوى الإلغاء أساس لتسوية منازعات الصفقات العمومية

تستمد دعوى الإلغاء أساسها القانوني من نص المادة 161 من دستور الجزائر التي تنص: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"، كما تستمد دعوى الإلغاء أساسها من المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل والمتمم المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، بالإضافة إلى المواد 801 و 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إن التساؤل الذي يطرح هو كيف يمكن لدعوى الإلغاء أن تكون طريقة من طرق فض المنازعات المتعلقة بعقود الصفقات العمومية؟ علما أن هذا النوع من الدعاوى يرفع من أجل القرارات إلغاء الإدارية؟

أولا: الشروط الخاصة لرفع دعوى الإلغاء المتعلقة بالصفقات العمومية

تتبنى الشروط الشكلية التي تقوم عليها دعوى الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية على ضرورة رفعها ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية، أو ضد الأحكام التنظيمية لعقد الصفقة العمومية¹ (1) من قبل أشخاص تتوفر فيهم الصفة والمصلحة (2) مع ضرورة احترام الميعاد القانوني (ج).

1- قيام دعوى الإلغاء على مخالفة القرار الإداري المنفصل المشوب بعيب عدم المشروعية أو ضد الأحكام التنظيمية لعقد الصفقة العمومية

إن أول خاصية تتميز بها دعوى الإلغاء هو قيامها على مخالفة القرار الإداري وفي مادة الصفقات العمومية، تقوم دعوى الإلغاء على أساس مخالفة القرار المنفصل (أ) وقد طور القضاء الفرنسي من اجتهاده ليقر إمكانية إلغاء الأحكام التنظيمية المتعلقة بعقد الصفقة العمومية (ب).

أ- دعوى إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة العمومية

يشترط المشرع الجزائري من أجل رفع دعوى الإلغاء أن يصحب دعواه بنسخة من القرار المطعون فيه، وهو ما أكدته المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي، فإنه وبمقتضى المادة 819 منه فإنه ينص على ما يلي: "يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مشروعية القرار الإداري، تحت طائلة عدم القبول، القرار الإداري المطعون فيه، ما لم يوجد مانع ومبرر، وإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعى من القرار المطعون فيه أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع".

بالنسبة للصفقات العمومية فهي تنتمي إلى فئة العقود الإدارية، والأصل العام الذي أقره القانون الفرنسي، هو عدم إمكانية رفع دعوى إلغاء ضد عقد الصفقة العمومية، وهو ما أكدته عدة اجتهادات

¹رحماني راضية، المرجع السابق، ص. 241.

قضائية وإدارية، فمن الثابت عن مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا كان محل المنازعة عقد إداريا سواء تعلق بانعقاده أو صحته أو تنفيذه وانقضاءه، فإن المنازعة تدخل في ولاية القضاء الكامل إلا أن القضاء الفرنسي لم يرقم بإقصاء قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية بصفة مطلقة، بل أقر إمكانية إلغاء بعض القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية في إطار ما يعرف بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة¹.

يعرف الدكتور محمد سليمان الطماوي القرارات المنفصلة عن العقد بأنها: " هي التي تقوم الإدارة بإصدارها وهي في سبيلها للتعاقد تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه، وهذه القرارات ليست بغاية في ذاتها ولكنها تندمج في عملية التعاقد"².

عودة لنشأة القرارات الإدارية المنفصلة كأساس لإلغاء القرارات المتعلقة بمنزعات الصفقات العمومية، لا بد أن يشار بأن القضاء الفرنسي كان من البداية يقضي منازعات الصفقات العمومية من قضاء الإلغاء، تعود فكرة عدم قبول دعوى الإلغاء حسب بعض الفقهاء إلى قرار مجلس الدولة في 1877 من قضية « campus » في حين يرجعها البعض الآخر إلى قضية « Levieux » سنة 1899.

إذ الحكم فيها برفض دعوى الإلغاء ضد عقود الإدارة سواء تم اللجوء إليها من طرف المتعاقدين أو من طرف الغير، انطلاقا من فكرتين: الأولى تتعلق بفكرة وجود دعوى موازية، ذلك أن المتعاقد يمكنه أن يرفع دعوى أخرى أمام قاضي العقد، أما الفكرة الثانية فهي تتعلق بطبيعة عقد الصفقة العمومية والذي يتعلق بحقوق شخصية بين أطراف العقد، في حين أن دعوى الإلغاء هي دعوى عينية تهدف إلى حماية المشروعية بصفة عامة وليس حماية حقوق شخصية.

من تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في النظام القضائي الجزائري، اعتبر الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في حكمها الصادر بتاريخ 1968/11/29 في قضية شركة المعادن لسيدى معروف، قرار سحب عقد امتياز من شركة المعادن قرارا منفصلا على أساس أنه إجراء تنفيذي للعقد، أما قرار السلطة الوصائية المتضمن رفض مداولة صادرة عن مجلس محلي متعلق بعقد امتياز فقد

¹ LAJOYE Christophe, op.cit.,p.133.

² طماوي محمد سليمان خليل حسن ابراهيم وأبو سمهدانة عبد الناصر عبد الله، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، ط . 2014، ص. 337.

اعتبرته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قرارا إداريا منفصلا وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 18/04/1969 في قضية اتحاد النقل والشركة.

إن مجال الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية، يمتد على طول عملية إبرام الصفقة العمومية، لكن التساؤل الذي يطرح حول مدى اعتبار كافة القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية قابلة للإلغاء؟

في الحقيقة فإن الفقه الإداري الفرنسي لم يأخذ بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة والقابلة للإلغاء على إطلاقها، بل ميز بين نوعين من القرارات الإدارية القابلة للانفصال فمنها ما يخضع لقضاء الإلغاء ومنها ما لا يخضع لقضاء الإلغاء، حتى يكون القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية قابلا للإلغاء، لا بد أن يكون نهائيا، أما إذا كان مجرد رأي أو إجراء تحضيرى فلا يجوز الطعن بالإلغاء ضده.

من جملة القرارات المنفصلة التي لا تخضع للإلغاء حسب الفقه الفرنسي نجد إعلان الصفقة العمومية الذي يبقى مجرد إجراء تحضيرى، كذلك المداولات التي يتقرر فيها طرح طلب العروض، في حين أن المداولات التي يتقرر فيها إمضاء الصفقة العمومية يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

كذلك يعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي الطعون الموجهة ضد التصرفات الآتية غير قابلة للطعن بالإلغاء: دفاتر الشروط ماعدا دفاتر الشروط النموذجية المصادق عليها بموجب مرسوم، المداولات التي تصادق على برامج الأشغال أو تحدد الحاجات، آراء لجان المناقصات وكذا آراء اللجان الاستشارية، إجراءات تنفيذ العقد كأوامر الأداء أو قرار استلام الأشغال¹.

أما في القانون الجزائري فنميز وجود عدة قرارات قابلة للانفصال عن عقد الصفقة العمومية وهي تتراوح ما بين مرحلتين مرحلة الإبرام، ومرحلة التنفيذ: بالنسبة للمرحلة الأولى هناك: قرار إعلان الصفقة العمومية، منصوص عليه في المواد من 62 إلى 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بحث تم تحديد كافة الشروط التي يخضع لها هذا الأخير من إشهار، والمعلومات اللازمة التي تسمح للمتعهدين بالمشاركة في المسابقة، إضافة إلى لغة الإعلان والوثيقة التي ينشر فيها، أمام عدم وجود نص صريح أو اجتهاد قضائي يخرج قرار الإعلان عن الصفقة العمومية من قائمة القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية، والتي لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء كما هو الحال في القضاء الفرنسي، فإن

¹LAJOYE Christophe, op.cit.,p. 31.

مخالفة الشروط القانونية لإصدار هذا الإعلان تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يجوز لكل متعهد الطعن في مشروعية القرار برفع دعوى إلغاء ضد قرار إعلان الصفقة العمومية إذا ما كان يمس بالمنافسة بين المتعهدين.

هناك أيضا قرار منع من المشاركة في الصفقات العمومية: نصت على هذه الحالة المادة 89 من تنظيم الصفقات العمومية، كتدبير ردي لكل شخص اتبع طرق احتيالية من الحصول على الصفقة العمومية، وذلك بتسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية، إلا أن هذه المادة لم تفصح عن طبيعة الإجراء المتعلق بالتسجيل في قائمة المتعاملين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، لكن بالعودة إلى القرار الصادر عن وزير المالية المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقة العمومية، والتي أحالت إليه المادة 89 في فقرتها الرابعة، فإنه يستشف بأن الطبيعة الإجراء المتخذ من المصلحة المتعاقدة ضد المتعهد يصدر في شكل مقرر مؤقت، يتم الطعن فيه أمام المحكمة المختصة، وبمجرد تأكيده يصبح مقررًا نهائيًا، ومن ثمة فإن المقرر يحمل نفس مقومات وخصائص القرار الإداري بحيث يجوز الطعن فيه بالإلغاء، إذا ما خالف النصوص التنظيمية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

إضافة إلى قرار الإقصاء في المشاركة في الصفقات العمومية: حددت المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، لكن لم تبين الطبيعة القانونية في لاتخاذ هذا الإجراء وبالعودة إلى القرار الصادر عن وزير المالية المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، فقد أوضحت المادة 2 منه بأن الإقصاء يكون بصفة مؤقتة أو نهائية، كما يكون الإقصاء تلقائيًا أو بمقرر.

قرار المنح المؤقت للصفقة أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة العمومية: بعد اختيار لجنة تقييم العروض للمتعامل الاقتصادي، وطبقا للمادة 161 من تنظيم الصفقات العمومية، فإن المصلحة المتعاقدة تملك السلطة التقديرية في تحديد صاحب العرض لتبرم معه الصفقة العمومية بشرط أن يصب ذلك في إطار المصلحة العامة وفي إطار احترام القانون، كما تملك المصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في إلغاء الإجراءات و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية إذا ما كان الأمر يتعلق بالمساس بالمصلحة العامة، أو في حالة عدم جدوى العملية.

قرار الاستبعاد من الصفقة العمومية: لم يرد في تنظيم الصفقات العمومية مصطلح قرار الاستبعاد، لكن هناك من يستنتج من المادة 72 في الفقرة 2 التي جاءت بما يلي: "... تقوم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بالمهام الآتية:

- إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط ..."

في الحقيقة فإن المتأمل في مصطلحات هذه المادة لا سيما، حينما يتوقف عند مصدر إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط، فإن الجهة التي تقوم بذلك هي مجرد لجنة موضوعة تحت إشراف المصلحة المتعاقدة، ولا ترقى لمرتبة اتخاذ القرار الذي يبقى من صلاحيات المصلحة المتعاقدة والدليل على ذلك ما جاءت به المادة 161 "تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقتني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة ، وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا ."

وعليه فإن كل ما يصدر عن اللجان لا يعتبر قرارات يجوز الطعن فيها بالإلغاء، إلا إذ أيدت المصلحة المتعاقدة رأي اللجنة وأصدرت قرار المنح المؤقت للصفقة فهنا يجوز الطعن بالإلغاء ضد هذا القرار المنفصل.

أما عن بالنسبة لمرحلة التنفيذ: يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تصدر قرارات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، فمتى كانت هاته القرارات تتعلق بشروط تنظيمية وقانونية، فإنها تخضع لقاضي الإلغاء، أما إذا اتصلت هذه القرارات بمخالفة البنود التعاقدية فإنها تعود إلى قاضي العقد.

ب-إلغاء الأحكام التنظيمية المتعلقة بعقد الصفقة العمومية

انطلاقا من القرار المشهور « CAYZEELE » المؤرخ في 10 جويلية 1996، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي للغير والذين لهم مصلحة من عقد الصفقة العمومية، الحق في طلب إلغاء الأحكام التنظيمية المتعلقة بعقد الصفقة الذي كان موضوعه جمع وإخلاء النفايات المتواجدة على إقليم « Cantan de Boege en Haut Savoie » ومن أجل تبرير موقفه فقد جاء بالتفريق بين الأحكام التنظيمية التي تختلف عن الأحكام العقدية، فالأحكام التنظيمية وبالرغم من أثرها على أطراف العقد، فهي تؤثر أيضا على الغير فالمادة 7 من العقد السالف الذكر نصت على مايلي:

"لا بد من وضع النفايات في الأكياس البلاستيكية ومغلوقة بإحكام على كل من الجماعات، المستوطنات، المطاعم... الخ كما لا بد أن تقوم بشراء حاويات تتلاءم مع حجم نفاياتها، من أجل تفادي القيام بعملية ثانية لإزالة النفايات".

بهذا يجوز للغير استعمال طريق الطعن لتجاوز السلطة ضد الأحكام التنظيمية من أجل إلغاء الأحكام التنظيمية للعقد، وهو ما أكده قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 14 مارس 1997 في قضية Cied'Aménagement des Coteaux Gascognes¹.

2- المصلحة

تم النص على شرط المصلحة بموجب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو التالي: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

يعتبر شرط المصلحة شرطا واسعا وما على المدعى إلا تبرير مصلحته من رفع دعوى الإلغاء، وفي هذا يبحث القاضي عن الضرر الذي سببه القرار المنفصل عن الصفقة العمومية للمدعي، وقد عرض الاجتهاد القضائي الفرنسي في مادة الصفقات العمومية، عدة أمثلة تؤكد الطابع الموسع للمصلحة، لا سيما ما تعلق منها بأعضاء مجالس المداولات، دافعي الضريبة، مستعملي المرافق العامة، المؤسسات المترشحة لنيل الصفقات العمومية، أطراف العقد... وهنا لا بد من الإشارة بأن رفع دعوى الإلغاء في مادة الصفقات العمومية أقر في الحقيقة للغير²، وهو ما ارتكز عليه التعريف القرارات الإدارية المنفصلة القائم على أساس المعيار الشخصي: يستند تحديده على صفة مركز الغير من العملية الإدارية المركبة، ذلك أن الغير لا يمكنه الطعن ضد الرابطة التعاقدية لأنه لا يمتلك الصفة التعاقدية، لذا فليس أمامه إلا سلوك الطعن بالإلغاء أمام القضاء المختص، وكذلك نجد أن الطعن بالإلغاء، فالمصلحة في دعوى الإلغاء لا ترتقي إلى مرتبة الحق على عكس دعوى القضاء الكامل التي يستند رافعها إلى حق شخصي اعتدت عليه الإدارة.

¹ عن رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. 249.

² JANICOT Laetitia, LAFAIX jean- François, La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs, RDP, N°5, 2014, L.G.D.J, France, p. 1175.

3- شرط الميعاد في دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية

ميعاد رفع الدعوى هو المدة الزمنية التي حولها المشرع للفرد للمطالبة بحقوقه أمام الجهات القضائية، وبذلك يكون قيدها من القيود المفروضة على المتقاضى الذي يريد المطالبة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة.

فيما يخص الصفقات العمومية لا توجد أية إشارة إلى ميعاد رفع دعوى الإلغاء المتعلقة بالقرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية، على عكس القانون الفرنسي والذي حدد مدة رفع دعوى الإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية بشهرين من تاريخ العلم بالقرار أو من تاريخ نشر القرار المنفصل، ولا يمكن الاحتجاج بهذا الميعاد إلا إذا تم نكره في القرار المنفصل المراد الاحتجاج به، أما إذا غاب ذكر الميعاد القانوني لرفع دعوى الإلغاء في القرار المنفصل، فهذا لا يعني عدم مشروعية القرار المنفصل، لكن في هذه الحالة إذا قام مترشح ما برفع دعوى إلغاء ضد قرار استبعاد عرضه في مدة تتجاوز الشهرين من تاريخ عمله بالقرار، فلا يمكن رفض عريضته بسبب تأخره.

أمام غياب إشارة لميعاد رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، لابد من العودة إلى قواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في هذا الشأن نصت المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ميعاد رفع دعوى الإلغاء كما يلي:

" يحدد أجل طعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي " .

وعليه فإن ميعاد رفع دعوى الإلغاء بالنسبة لكل القرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية تتحدد بمدة 4 أشهر، لكن ذلك يقتصر فقط على تلك القرارات الصادرة عن المؤسسات الخاضعة للقانون الخاص الولائية، البلدية والهيئات العمومية الإدارية المحلية، أما بالنسبة لدعاوى الإلغاء المتعلقة بالقرارات الصادرة عن الهيئات المركزية جاءت المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حينما أحال إلى نص المادة 829 المذكور أعلاه مايلي: " عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد 829 إلى 832 أعلاه " .

فإن هاته الإحالة بمقتضى المادة 970 إلى نصوص المواد 829 و 832 يجعل ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة هو 4 أشهر التابعة لتبليغ القرار أو نشره.

لكن الملاحظ بأن ميعاد رفع دعوى الإلغاء المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذا ما تم القيام بتطبيقه بالنسبة للقرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية، يطرح إشكالا لا سيما بتلك القرارات المتعلقة بمرحلة إبرام، ذلك أن مدة أربعة أشهر تعتبر مدة طويلة مقارنة بسرعة عملية الإبرام وهو الشيء الذي يتناسب مع طبيعة هذه المرحلة.

الفرع الثاني: القضاء الكامل

بعد تبيان النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية والتي يختص بنظرها قاضي الإلغاء، فإنه يوجد نوع آخر من النزاعات التي يختص بنظرها غير قاضي الإلغاء، والمندرجة تحت دعوى القضاء الكامل، باعتبار أن الصفقة العمومية عقد، وعليه سوف يتم التطرق في هذا الدراسة إلى الدعاوى المرتبطة بمرحلة التنفيذ، والتي تأتي في عدة صور، أبرزها الدعوى المنصبة حول مدى سلامة وصحة قيام العقد الإداري (أولا)، والدعاوى المترتبة عن مخالفة الشروط التعاقدية (ثانيا).

أولا: حدود رقابة قاضي العقد على المنازعات المنصبة حول صحة عقد الصفقة العمومية

يشير الفقه الإداري الفرنسي إلى إمكانية رفع دعوى منصبة حول مدى صحة عقد الصفقة العمومية من قبل كل أطراف العقد (1)، المتنافسين المتضررين من إبرام عقد الصفقة العمومية (2) والوالي (3) بصفته حاميا للمشروعية وفي إطار ممارسة سلطته الوصائية.

1- الطعن الممارس من قبل أطراف العقد حول مدى سلامة صحة عقد الصفقة العمومية

تم إتاحة هذا النوع من الطعن بموجب قرار مجلس الدولة المتعلق ببلدية « BEZIERS » بتاريخ 28 ديسمبر 2009، حيث أنه قبل هذا القرار لم يكن لأطراف العقد سوى أن يطلبوا من القاضي إبطال العقد¹، وسمي هذا الطعن الجديد بـ "الطعن المندرج في إطار القضاء الكامل بهدف مخصصة صحة العقد الإداري، وبغض النظر عن ذلك يبقى هذا النوع من الطعون الجديدة، مجرد إمكانية مبررة من أجل الحفاظ على الاستقرار العقدي، لكن إذا تمسك الأطراف بإبطال العقد ترتب كافة النتائج القانونية.

¹ LAJOYE Christophe, op.cit., p. 262.

من المعلوم بأن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني، إلا أنه ومن الثابت فإن شروط صحة العقود الإدارية لا تختلف عن مثيلتها في القانون المدني، ومن أجل الوقوف على العيوب التي يمكن أن تمس الصفقة العمومية، سوف يتم التطرق في مقام أول إلى العيوب التي تمس أركان الصفقة العمومية (أ) ثم التطرق للشروط الشكلية والإجرائية التي تمس سلامة الصفقة العمومية (ب).

أ- مدى سلامة أركان عقد الصفقة العمومية

يقوم العقد الإداري على ثلاثة أركان رئيسية هي الرضا، المحل والسبب، بحيث يؤدي تخلف أي منهما إلى بطلان هذا العقد، ولا تقوم مسؤولية الإدارة التعاقدية بصدده حيث لا يكون هناك عقد.

لا شك أن ركن الرضا هو الذي يطرح بعض الإشكالات الخاصة لا سيما من جانب الإدارة باعتبار أن الأفراد أحرار في التعبير عن إرادتهم، في حين أن الإدارة تخضع إلى تنظيم وذلك بمرورها بمراحل طويلة ومعقدة تتناوب عليها إرادات بمظاهر لا فردية ولا شخصية بل اعتبارية.

ركن الرضا في عقد الإداري كغيره من عقود القانون الخاص، لا بد أن يكون سليماً من عيوب الرضا، والتي يمكن إجمالها حسب القانون المدني الجزائري في كل من الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال¹.

لقد كان المشرع الجزائري حريصاً على تحديد الأشخاص والجهات الإدارية التي يرجع إليها التعبير عن إرادة المصلحة المتعاقدة، فالمادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ألزمت حين إبرام عقد الصفقة العمومية تحديد هوية الأشخاص المؤهلين قانوناً لإمضاء الصفقة وصدقتهم، هؤلاء الأشخاص ينحصر في كل من الشخص العام المتعاقد، وصفة الشخص الخاص الذي يتعاقد مع المصلحة المتعاقدة عموماً.

بالنسبة لصفة الشخص العام المتعاقد فإن أهم الإشكالات التي تطرح تنحصر في نقطتين، تتمثل الأولى في مدى اختصاص موضوعي، أما النقطة الثانية فتتمثل في مدى اختصاص الموظف الذي يمثل الشخص العام المتعاقد في إبرام الصفقة العمومية.

أما بالنسبة لصفة الشخص الخاص الذي يتعاقد مع الإدارة، فإن هذا الأخير يركز على أساس المادة 7 من تنظيم الصفقات العمومية، والتي تنص على عدم خضوع العقود المبرمة بين إدارتين

¹ راجع أحكام القانون المدني الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، السالف ذكره.

لأحكام المرسوم المنظم للصفقات العمومية، ومن ثمة لا بد أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع الإدارة شخصا خاصا.

إن صفة الشخص الذي يتعاقد مع الإدارة، تتعلق أساسا بفكرة الأهلية بالنسبة للشخص الطبيعي، أما إذا كان المتعاقد شخصا معنويا، فإن الصفة تتعلق بمدى صحة تمثيل الشخص الذي قام بالتوقيع على الصفقة العمومية للشخص المعنوي الذي ينوبه.

يعتبر كل من الفقه والقضاء الإداري المقارن الصفقات العمومية باطلة، إذا أبرمت في ظروف غير مشروعة، كتوقيعها مثلا من طرف شخص غير مختص، وهو بطلان يعتبر من النظام العام حيث يمكن إثارته تلقائيا من طرف القاضي أو من طرف المتعاقد في كل حين، وبذلك لا يمكن تنفيذ هذه الصفقة العمومية، كما أنه لا يمكن للأطراف الانتفاع من التزامات التعاقدية في حالة تنفيذها، يجوز لطرفي العقد الدفع ببطلان الصفقة العمومية، إذا حصل تنفيذ المتعامل المتعاقد لصفقة باطلة، فيمكن أن يكون له الحق في التعويض اعتمادا حسب الحالة، إما على المسؤولية الشبه التعاقدية أو استنادا إلى المسؤولية التصهيرية للإدارة¹.

لقد استوحى القضاء والفقه الإداري المقارن من حين لآخر من الوضعيات الشبه التعاقدية، والتي يعرفها القانون المدني متى اتفقت تلك الوضعيات مع طبيعة القانون الإداري، وتطبيقا لذلك أخذت فكرة الإثراء بلا سبب، على الخصوص تسد النقص وتحقق التوازن المختل كأساس لتعويض المتعاقد عن افتقاره الناتج عما قام به من أعمال نافعة أثرت جهة الإدارة، في حالات التي كان فيها العقد باطلا أو في الحالة التي يقوم فيها بأعمال إضافية لم ينص عليها العقد.

أما بالنسبة ركني المحل والسبب في عقد الصفقة العمومية لهما نفس القواعد التي يخضع لها العقد المدني، وقد أقرت المادة 95 من تنظيم الصفقات العمومية بضرورة تحديد موضوع الصفقة ووصفه وصفا دقيقا، وعليه فإن محل الصفقة لا بد أن يقوم على أساس المادة 2 من نفس التنظيم على إنجاز الأشغال اقتناء اللوازم، الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة، أما السبب لا بد أن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

¹ رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. 265.

ب-الشروط الشكلية والإجرائية

حرص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على تحديد شكل عقد الصفقة العمومية بموجب المادة 2 منه التي نصت صراحة على مايلي: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ...".

انطلاقا من نص المادة يمكن التساؤل حول ما إذا كانت الصفقة عقدا شكليا تعتبر الكتابة فيه شرط انعقاد يترتب عن تخليها بطلان العقد أن الكتابة لا تعدو أن تكون شرط إثبات؟

الأصل بأنه ما دام المشرع قد أوجب إفرغ الصفقة في شكل كتابي، فإن مؤدي ذلك أن الصفقة العمومية عقود شكلية، تكون الكتابة فيها شرط انعقاد، وليست فقط شرط إثبات ولقد أكدت المادة 95 من تنظيم الصفقات العمومية على الطابع الكتابي، حينما اشترطت ضرورة تضمين عقد الصفقة العمومية على بيانات إلزامية، بحيث جاءت هذه المادة في مقدمتها على النحو التالي:

" يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية...¹."

لكن يتضح أن نفس المرسوم الرئاسي حمل استثناءات على إبرام عقد الصفقة العمومية بالشكل الكتابي وفي هذا الإطار نصت المادة 12 على مايلي: "عندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة.... يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل.

ومهما يكن من أمر، تبرم صفقة تسوية خلال ستة أشهر."

أما فيما يتعلق بقواعد الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة، فالإدارة ملزمة بإتباعها غير أنه وانطلاقا من قرار مجلس الدولة الفرنسي « Manoukian » لا يسمح لأطراف العقد بإثارة مخالفة الصفقة العمومية لقواعد إبرامها من أجل عدم تطبيق العقد، باستثناء إذا ما كانت المخالفة تنصب على خطورة كبيرة وكذا الظروف المحيطة بها، بالنتيجة فإن القاضي يفضل استقرار العقد على إثارة عدم مشروعية إبرام العقد المثار من قبل أطرافه².

¹المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق ذكره.

²LAJOYE Christophe, op.cit., p.338.

وبهذا المعنى يشار إلى نقطة مهمة، فالأصل أن المصلحة المتعاقدة تتأكد قبل إبرام الصفقات العمومية من توفر الاعتمادات المالية، وكفايتها لتغطية النفقة المترتبة عنها وألا يتم الشروع في تنفيذها، إلا بعد حصولها على تأشيرة، الأجهزة المكلفة بمراقبة سلامة الصفقة من هذا الجانب، فإن الواقع العملي يثبت أن هناك صفقات تمت دون مراعاة هذه الجوانب، مما خلق منازعات قضائية بعد أن تعذر على المتعاقد مع الإدارة، استيفاء مستحقاته ولم يجد حلاً آخر غير طرح النزاع على القضاء. باستقراء اجتهاد مجلس الدولة تحت رقم 20289 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد (ز،د) بتاريخ 2005/07/12 فإنه يستشف موقف مجلس الدولة الذي يميل إلى القول بانعدام أي تأثير لمخالفة قواعد المحاسبة العمومية على سلامة عقد الصفقة، وبالتالي فإن الدين المتولد عن الصفقة غير المؤشر عليها يبقى ديناً مشروعاً ويجوز المطالبة به قضاء، وقد جاء قرار مجلس الدولة على النحو التالي: "... لا تستطيع البلدية التذرع بعدم توفر السيولة المالية للامتناع عن تسديد مبلغ الأشغال التي طلبتها..."¹.

2 - الطعن الممارس من قبل المتنافسين المتضررين من إبرام الصفقة العمومية

ابتداء من إمضاء الصفقة العمومية، يفقد المتنافس المتضرر من هذا الإمضاء الحق في إلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقد والسابقة له، ذلك أن هذا الطعن يفقد موضوعه إذا ما تم إمضاء العقد قبل تقديم عريضة الطعن لتجاوز السلطة أو أثناء إبرام العقد، لكن يمكن للمتنافس المتضرر أن يقدم طعناً أمام قاضي العقد بهدف إلغاء العقد مع التعويض.

هذا النوع من الطعون تم إقراره بموجب قرار صادر عن مجلس المنازعات بمجلس الدولة وفي حيثية مهمة له، فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على أنه وبشكل مستقل عن التصرفات المثارة من قبل أطراف العقد أمام القاضي العقد، كل متنافس متضرر من إبرام عقد إداري يمكنه وأمام نفس القاضي القيام بطعن يندرج ضمن القضاء الكامل يحتج فيه على صحة العقد أو بعض شروطه، مع إمكانية طلب التعويض².

¹قرار مجلس الدولة رقم 20289 المؤرخ في 12-07-2005، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، سنة 2005، ص 86.

²LAJOYE Christophe, op.cit.,p. 329.

3- الطعن الولائي

هو ذلك الطعن الممارس من قبل ممثل الدولة في الولاية أمام المحكمة الإدارية ضد التصرفات التنفيذية للجماعات الإقليمية والمشوية بعدم المشروعية، تم تأسيس هذا النوع بحقوق وحرقات البلديات، الأقاليم والجهات، وهو طعن ينتمي إلى القضاء الكامل أين يمكن للوالي إلغاء الصفقة العمومية، وهوما أشار إليه القرار مهم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 23-12-2011 الذي اعتبر فيه بأن الطعن الولائي ضد العقود بسبب موضوعه، هو طعن يدخل ضمن القضاء الكامل فقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي: " يمكن للوالي انطلاقا من أحكام المواد 2/2131 ، 6/2131 من القانون العام للجماعات الإقليمية، إخطار القاضي الإداري بطعن إلغاء عقد الصفقة العمومية وبغض النظر عن موضوعه، فإن الطعن ضد العقد يندرج ضمن القضاء الكامل، على القاضي حينما يتبين له وجود عيب يمس بصحة العقد اتخاذ النتائج التالية:

بعد أخذه بعين الاعتبار لطبيعة عدم المشروعية، إما أن يفسخ العقد أو أن يعدل شروطه أو يقرر استكمال تنفيذ العقد مع أخذ التدابير التنظيمية من قبل المصلحة المتعاقدة، أو في الأخير إذا ما عاين بأن إلغاء العقد من شأنه المساس بمصلحة عامة أو الإضرار بحقوق المتعاقدين، أن يقرر إلغاؤه بأثر مؤجل.

ثانيا : الدعاوى المنصبة على بنود الصفقة

بمجرد قيام عقد الصفقة العمومية على أسس صحيحة وسليمة فإنه يصبح لأطراف العقد حقوق والتزامات متقابلة ناجمة عن تنفيذ العقد، من ثم فإن الاعتداء أو الإخلال بالشروط التعاقدية يترتب مسؤولية عقدية في حق من كان الاعتداء بخطئه وأحدث ضررا (1) غير أن هاته القاعدة لا تأخذ على إطلاقها إذا يمكن أن يكون هذا الاعتداء خارجا عن نطاق أطراف العقد أو ما يسمى بالمسؤولية دون خطأ (2).

1 - الدعاوى المنصبة على المسؤولية العقدية على أساس الخطأ

تقوم المسؤولية العقدية على أساس عدم تنفيذ أو تنفيذ السيء للعقد لكلا طرفيه، بمعنى أن يقع الخطأ سواء من المصلحة المتعاقدة أو من المتعاقد معها، غير أن تنوع التزامات الإدارة وكذا السلطات الممنوحة، لها لا سيما امتياز السلطة العامة تجعل التركيز ينصب على دراسة المسؤولية العقدية للإدارة.

في الحقيقة فإن المسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ تقوم على دعامتين: الاستعمال السيئ لسلطات المصلحة المتعاقدة (ب) وإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية (أ).

أ- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية

إن أهم التزام يقع على الإدارة تحقيقه يتمثل في كل من التزام المصلحة المتعاقدة بتمكين المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العقد، و التزام الإدارة بضمان الحق المالي للمتعاقد المتعاقد.

-التزام المصلحة المتعاقدة من تمكين المتعاقد البدء في التنفيذ

العقود الإدارية عقود زمنية يلتزم المتعاقد مع الإدارة فيها بإنهاء الأعمال الموكلة إليه في مدى زمني محدد بالعقد وإلا طبقت عليه مختلف أنواع العقوبات، لكن قد يتأخر المقاول في البدء في الأشغال موضوع الصفقة، ويرجع ذلك إلى خطأ من طرف المصلحة المتعاقدة، كعدم تمكينه من موقع الأشغال أو من مخططات المشروع موضوع الصفقة أو إلى القوة القاهرة كسوء الأحوال الجوية، فإذا تأخر بدء الأشغال بقرار من المصلحة المتعاقدة، أو حصل تأخير في إنجاز عمليات تمهيدية يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة تحمل مسؤولية هذا التأخير.

أقرت المادة 147-4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بمسؤولية المصلحة المتعاقدة الناجمة عن التأخير كما يلي: "يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى المسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعاقد المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوفيق الأشغال أو باستئنافها".

إن أهم الأمر يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تهمله هو إخلالها بالتزامها بتسليم الأمر وبالخدمة القاضي بالبدء في التنفيذ.

خصت أغلب التشريعات الإدارية التزام الإدارة بتسليم هذا النوع من الأوامر بالخدمة، بأهمية بالغة إلى حد التصييص على أحقية المتعاقد للمطالبة بالفسخ القضائي فبالرجوع إلى التشريع الفرنسي، خاصة المواد 1، 46، 2، من القرار الصادر بتاريخ 2009/10/08 المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الصفقات الأشغال العامة، فإنه قد جعل التسليم المتأخر للخدمة المخول للبدء في التنفيذ من بين الأسباب التي ترتب أحقية المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، بالرغم من أنه لم ينص بشكل صريح على أن تأخر الإدارة في تسليم أمر الخدمة، يشكل أساسا للمطالبة بفسخ الصفقة إلا أنه يمكن أن يستشف ذلك من خلال تحليل نص المادة 34 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل¹، فقد جاءت المادة 34 كما يلي: "2..- عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد عن سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده، يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى ذلك في إحدى الحالتين..."

6- عندما تفرض الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تقل عن سنة، فلا يحق للمقاول فسخ الصفقة إنما يجوز طلب التعويض في حالة تضرره بصورة محققة..."

بالرجوع إلى تحليل المطمة الثانية أعلاه والتي ترتبط بمرحلة ما قبل الشروع في التنفيذ، فإن ما يجب التركيز عليه هو أن هذه المرحلة إما أن يكون قد تخللها إصدار الأمر بالخدمة الذي يقضي بالبدء في التنفيذ أو لم يتم إصداره.

ما يهم في نطاق هذه الدراسة حالة إصدار الأمر بتأجيل الأشغال قبل إصدار الأمر بالخدمة، الذي يقضي بالشروع في التنفيذ، فإنه وارتباطا بما جاء في نص المادة 34 فإن المتعاقد في هذه المرحلة يكون له الحق في المطالبة بفسخ العقد، إذا أن التأجيل سيواكبه توقف المتعاقد لمدة طويلة تفوق السنة دون الشروع في التنفيذ، ما يكبده مجموعة من الخسائر والأضرار، التي قد يصعب تداركها لاحقا، ولهذا فإن مسؤولية الإدارة هنا قائمة على خطئها وهي من تتحمل عواقب هذا التأخير.

فعلى الإدارة أن تمكن المتعامل المتعاقد من تنفيذ الصفقة، وهي في سبيل ذلك توفر له كافة المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال كترخيص البناء وغيرها من التراخيص، وتلتزم بتسليم المواقع الخالية من كافة الموانع وقد أكدت المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة، على أنه في حالة ما ارتأى المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزاماته المتعاقدة، كما هو الحال في أمر الخدمة بتنفيذ الأشغال، لكنه مشوب بعدم تحضير المصلحة المتعاقدة للموقع، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ،

¹قرار مؤرخ في 1964-11-21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الأشغال والخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، السالف ذكره.

تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى المهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال أجل 10 أيام، إن مطالبة المقاول تلك لا تبيح له توقيف أمر المصلحة إذا أمر بخلاف ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، وعندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المفاولة فوراً، وفي حالة التأجيل تطبق عليها مقتضيات المادة 34 أعلاه.¹

من تطبيقات القاضي الجزائري في هذا المجال القرار رقم 15885 الصادر عن مجلس الدولة فيقضية بلدية سكيكدة ضد مفاولة (م.ب) الذي جاء في حيثياته ما يلي: "حيث في قضية الحال، تلقت المؤسسة المستأنف عليها الأمر بالخدمة القاضي بمباشرة الأشغال بتاريخ 2000/08/26 وأنها لم تستطع الشروع في إنجاز الأشغال بفعل أن مخططات الدراسات الخاصة بجدار التحويط لم تكن جاهزة إذا لم تقدم مخططات المراقبة التقنية للبناء إلا بتاريخ 2000/10/28 وأن ورشة الأشغال فتحت بتاريخ 2001/03/14 وأن ممثل البلدية ومركز المراقبة التقنية للبناء قاما بزيارة الورشة في 2001/03/27.

وأنه بتاريخ 2001/06/06 وجهت البلدية المستأنفة للمؤسسة المستأنف عليها، أمراً بالخدمة قضى بوقف الأشغال بأثر رجعي.

وأنه بتاريخ 2001/05/22 تمت الأشغال بإنجاز جدار تحويط المدرسة الابتدائية وأنه يستخلص من عناصر الملف، بأن المؤسسة المستأنف عليها عقد لحق بها ضرراً فعلاً، من حيث أنها عندما تلقت الأمر بخدمة، لم تكن مخططات الإنجاز جاهزة، وقضاة الدرجة لأولى بتقريرهم منحة مبلغ 150.000 كتعويض عن الضرر اللاحق قد قدروا وقائع القضية تقديراً سليماً ومنه يتعين تأييد القرار المستأنف².

- التزام المصلحة المتعاقدة بضمان الحق المالي للمتعاقد المتعاقد

تلتزم المصلحة المتعاقدة بأداء مقابل المالي للمتعاقد الذي أوفى بالتزاماته العقدية وإلا ترتب ذلك مسؤوليتها، يأخذ المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد ثلاثة كفاءات للدفع، بحيث تتم التسوية المالية للصفحة بدفع التسبيقات /أو دفع بالحساب بالتسويات على رصيد الحساب.

¹ رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. ص. 169-179.

² قرار مجلس الدولة رقم 15885، المؤرخ في 21-09-2004، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، سنة 2005، ص.

ب- الاستعمال السيء لسلطات المصلحة المتعاقدة

يتميز العقد الإداري عن العقد المدني بتمتع الإدارة بسلطات استثنائية، بهدف تحقيق المصلحة العامة فإن كان العقد المدني يحكمه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن العقد الإداري يخول الإدارة سلطات في مواجهة المتعامل المتعاقد، لا تستند إلى الشروط التعاقدية، وفي مادة الصفقات العمومية تتمثل أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد، في سلطة الإشرافية والمراقبة، سلطة التعديل، وسلطة توقيع جزاءات، وبغض النظر عن تمتع الإدارة بسلطات استثنائية فإن هذا لا يعني أن تتعسف في استعمالها على نحو يضر بالمتعامل المتعاقد وإلا ترتب عن ذلك مسؤوليتها.

-الدعاوى المنصبة على استعمال المصلحة المتعاقدة غير المشروع لسلطتي الرقابة والتوجيه

لا يترتب على إبرام العقد الإداري ترك المتعاقد ينفذ العقد بأي طريقة أو وسيلة كانت، وإنما تتمتع الإدارة بسلطة الإشراف والمراقبة على عملية التنفيذ¹.

يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية على نحو المتفق عليه، أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد.

تعتبر الأوامر بالخدمة الوسيلة الرئيسية التي تعتمدها الإدارة لتفصيل وممارسة حقوقها وسلطاتها العقدية بما في ذلك سلطة التوجيه، وتعد مجالات الأوامر بالخدمة الأكثر تنوعا حيث تغطي جل مراحل حياة العقد بدءا من بداية تنفيذه كالأمر بالمشروع في الأشغال والذي بدوره لا يمكن أن ينفذ العقد وانتهاء بإتمامه.

تلتزم المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المقاول بمباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة، كما تجبر المقاول أيضا بالتنفيذ الدقيق لأوامر المصلحة المتعاقدة.

إن تدخل المصلحة المتعاقدة في تنفيذ العقد عبر إصدارها لهذه الأوامر قد ينتج عنه مجموعة من الاختلالات إذا انحرفت عن هدفها بشكل يضر المتعاقد معها، وتتحقق المسؤولية العقدية للإدارة في حالتين:

¹ بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص.72.

- خروجها عن تحقيق الغرض الحقيقي من منح المصلحة المتعاقدة هذه السلطة وهي تحقيق المصلحة العامة، مما يؤدي إلى تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به.

- تجاوز حدود الرقابة والإشراف، إذا يعد عملها غير مشروع مرتب لمسئوليتها العقدية على أساس الخطأ.

-الدعاوى المتعلقة بعدم مشروعية سلطة التعديل-

إن مبدأ الاستقرار العقدي المعمول به في العقود الخاضعة لقواعد القانون الخاص لا يمكن تطبيقه على عقود الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارة في إطار قواعد القانون العام، باعتبار أن هذه العقود قابلة وطيلة مدة التنفيذ للتعديل.

يأخذ هذا التعديل صوراً عدة أهمها الزيادة أو التقليل من حجم الأشغال، وسواء تعلق الأمر بالحالة الأولى أو الثانية، فلا شك أن مثل هذا القرار من شأنه أن يؤثر على المقاول التي تعاقدت، وهيئت نفسها على أساس الشروط المعروضة عليها أثناء التعاقد، فالزيادة في حجم الأشغال من شأنه أن يؤثر سلباً على حسابات المقاول من وراء التعاقد، باعتبار أن ذلك سيؤدي إلى انخفاض هامش الربح المراهن عليه.

وضع القضاء الإداري حدوداً لحق الإدارة في استعمال سلطتها الأصلية في تعديل بنود عقد الصفقة، وقيده بشروط وضوابط منها على وجه الخصوص:

- لا بد أن ينطوي التعديل على تحقيق المصلحة العامة وإلا شكل بذلك خطأ من قبل الإدارة لأنها تقصد بهذا القرار مجرد الإضرار بالمتعاقد معها.

- لا بد من حدوث ظروف أو تغيرات تبرر سلطة اللجوء إلى تعديل العقد وهو ما أكدته المادة 135 من تنظيم الصفقات العمومية.

يجب أن لا يمس التعديل جوهر العقد وإلا أصبحنا أمام عقد جديد، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، التزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة، فإنه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية، فإن أقيمت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، فإن ذلك قد لا يتناسب المتعاقد معها، ولهذا فقد حددت المادة 136 من تنظيم الصفقات العمومية مجموعة من الضوابط التي يتعين الأخذ بها من أجل تعديل الصفقة العمومية تجلت في النسب المئوية التي يتم التعديل في حدودها.

ينبغي الإشارة إلى نقطة مهمة وهي أن سلطة التعديل تقتصر على البنود المتصلة مباشرة، بسير المرفق وحاجاته ومقتضياته دون المساس بالبنود المالية للعقد، لأن ذلك سوف يمس بمصالح المتعاقد معها.

لقد تضمن دفتر الشروط الإدارية العامة العديد من النصوص التي تسمح للإدارة بالتعديل الانفرادي وقد نصت المادة 12 منه على تنفيذ المقابلة بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه، كما يخضع للتغييرات التي تفرض عليه خلال العمل، أما المواد 30،31،32 فقد فصلت حول سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية¹.

يترتب على تعديل العقد الإداري حق المتعامل المتعاقد في التعويض عن الالتزامات الإضافية، وفي حالة تجاوز الإدارة لسلطة التعديل المقرر قانوناً جاز للمتعامل المتعاقد فسخ الصفقة.

من التطبيقات القضائية الإدارية التي تعترف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي للصفقة العمومية، القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1967/06/25 فصلاً في النزاع القائم بين وزير الأشغال العمومية ضد "أ.أ." حيث كانت تربط بينهما صفقة عمومية لإنجاز مجموعتين من المساكن، تضم الأولى 90 مسكناً في قرية تازودة، والثانية 50 مسكناً بقرية كافلو، حيث في سنة 1964 قرر أثناء أشغال البناء نائب محافظ ولاية جيجل آنذاك، بموافقة المهندس رئيس قسم مصلحة الأشغال بقسنطينة، سحب رخصة بناء 10 مساكن من مجموعة التسعين المخصصة لقرية تازودة، وكذا سحب رخصة بناء 10 أخرى من مجموعة الخمسين المخصصة لقرية كافلو، وبناء العشرة الثانية بمدينة زيامة منصورية.

وقد أقر المجلس الأعلى أحقية المقاول أن يدفع له مبلغ خمسة عشر ألفاً وستة وتسعين ديناراً تكتمل لقيمة منجزات الأعمال الإضافية².

- الدعاوى المتعلقة بعدم مشروعية سلطة توقيع الجزاءات

تملك جهة الإدارة سلطة توقيع الجزاء بشكل انفرادي دون حاجة للالتجاء إلى القضاء، وهو حق أصيل للإدارة، حتى لو لم ينص عليه عقد الصفقة، وتتنوع الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة

¹راجع المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة، السالف ذكره.

²قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 26-06-1975، قضية وزير الأشغال العمومية ضد "أ.أ."، نشرة القضاء، عدد 01، سنة 1978، ص. 42.

توقيعها على المتعامل المتعاقد لتشمل الجزاءات المالية، التنفيذ على حساب المقاول، وسلطة الفسخ الجزائي، التي تعتبر أخطر سلطة يمكن للإدارة ممارستها.

إن تعسف الإدارة في ممارسة سلطتها في توقيع الجزاء يترتب ضررا للمتعاقد يستوجب تعويضه عن الضرر الذي أصابه كما يكون سببا في ترتيب مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، وعليه سوف يتم توضيح جملة الجزاءات التي يمكن أن تترتب خطأ الإدارة إذا ما تعسفت في استعمالها على نحو غير مشروع بحيث هناك الجزاءات المالية: تتخذ الجزاءات المالية إما صورة عدم مشروعية الغرامات، أو عدم مشروعية مصادرة مبلغ الضمان، إضافة إلى غرامة التأخير تجد غرامة التأخير أساسها القانوني في المادة 147 من تنظيم الصفقات العمومية، والتي تنص على مايلي: "يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

هكذا فقد قيد التنظيم سلطة توقيع الجزاءات المالية في حالتين:

- حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الآجال المحددة في الصيغة، يتقيد المتعامل المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية بعنصر الزمن والذي يمكن تعريفه على أنه الأجل المتاح لأجل تنفيذ موضوع الصيغة، وكل خروج أو تأخير في تنفيذ الصيغة يترتب عنه توقيع غرامة تأخيرية في حق المتعاقد.

- حالة التنفيذ غير المطابق لبند عقد الصيغة العمومية، هنا يفترض أن المتعاقد مع الإدارة أدخل بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، فالوضع الطبيعي أيضا في هذه الحال هو خضوعه للجزاء المالي¹.

كذا مصادرة مبلغ الضمان: من أجل ضمان تنفيذ الصيغة على أحسن وجه وحماية للمال العام فقد أوجب تنظيم الصفقات العمومية بمقتضى المادة 124 على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية والتي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و /أو أحسن الشروط لتنفيذ الصيغة.

¹بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، سنة 2011، ص. 153.

وفقا للمادة 130 من تنظيم الصفقات العمومية فإنه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة زيادة على كفالة رد التسبيقات.

تخضع الكفالة للقواعد الأساسية التالية:

- يمكن المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعد أجل التنفيذ الصفقة 3 أشهر.

- يجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول كلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد.

- تتم هذه الكفالة بنفس الشروط في حالة وجود ملحق.

- تحرر الكفالة حسب نموذج يحدد بموجب قرار وزير المالية.

يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين (5% و 10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها المحددة رغم إعداره، كما أحاطه بضمانات قررت لفائدة المتعامل المتعاقد، حيث نصت المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية على مايلي: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزامه، توجد له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تفسخ الصفقة من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

أوكل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 149-3 منه إلى الوزير المكلف بالمالية تحديد البيانات الواجب إدراجها في الإعدار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني، ولحد الساعة لا يوجد قرار يتعلق بتطبيق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لكن يوجد قرار صدر بناء على المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 28/03/2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعدار وآجال النشر¹، إلا أنه وباستقراء هذا القرار

¹قرار مؤرخ في 28-03-2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الأعدار وآجال النشر، ج.ر. المؤرخة في 20-04-2011، العدد 24، ص.ص. 21-22.

يتضح تخويل المادة 2 منه للمتعاقل توجيه إعدارين قبل فسخ الصفقة، وهو شيء يدل على الحرص إقرار ضمانات أكثر في صالح المتعاقل المتعاقد بقصد حماية مصالحه نظرا لخطورة إجراء الفسخ.

لقد أحاط المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سلطة الفسخ طبقا للمادتين 150 و152 بقيود نظرا لخطورتها فلا يتم اللجوء إلى الفسخ من جانب واحد، إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها.

أما الفسخ التعاقدية للصفقة العمومية يمكن اللجوء إليه، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إدارة المتعاقل المتعاقد. من التطبيقات القضائية في هذا المجال قرار المجلس الأعلى 43731 في قضية (ش.ذ.م.س) ضد وزير الري والي ولاية الجزائر المؤرخ في 09/11/1985 حيث جاء في إحدى حيثياته أن سبب فسخ الصفقة كان نتيجة تقصير المؤسسة ونتيجة لذلك تأخر مشروع تزويد مدينة بكاملها عن مواعده بـ18 شهرا، وهو ما أدى إلى وقوع ضرر قدر بـ 500.000,00 دج.¹

2 - الدعاوى المنصبة على أساس مسؤولية المصلحة المتعاقدة بدون خطأ

تكون المصلحة المتعاقدة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها، عما أصابه من ضرر رغم عدم نسبة الخطأ إليها الذي أحدث هذا الضرر، ويكون أساس التزامها بالتعويض هنا إما نظرية الإثراء بلا سبب، وإما اعتبارات العدالة ورغبة منها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

تكون جهة الإدارة مسؤولة عن التعويض المتعاقد معها عن إثرائها على حسابها، أي ما حصلت عليه من أفعال نافعة لها، قام بها المتعاقد وكانت راضية عن قيامه بها، كما في حالة قيامه بأعمال إضافية، فالأعمال الإضافية هي تلك الأعمال التي لم تكن واردة أصلا في الصفقة لكنها ضرورية للتنفيذ الحسن للصفقة.²

من تطبيقات الاجتهاد القضائي الإداري الجزائري في هذا المجال، قرار رقم 22350 الصادر عن مجلس الدولة في قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، حينما أقر من

¹ قرار المجلس الأعلى رقم 43731 المؤرخ في 09-11-1985، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1990، ص. 175.

² رحمانى راضية، المرجع السابق، ص. 291.

ناحية المبدأ بأنه: " يكون مستوجبا للدفع للمؤسسة، حتى في حالة انعدام طلب من صاحب المشروع، مبلغ الأشغال الإضافية عندما تكون ضرورية للمشرع و منجزة وفق القواعد المقررة ".

وقد جاء في إحدى حيثياته مايلي: " حيث أن هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار الشباب "إسياخم" البويرة.

وأن الأشغال الإضافية ربما كانت ضرورية للإنجاز حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها، حتى وإن لم يتلق أي أمر بإنجاز هذه الأشغال من طرف صاحب المشروع ولا صاحب المبنى. وأنه في قضية الحال، اعترف صاحب المشروع بالأشغال الإضافية إنما لم يتفق مع المستأنف حول قيمة الأسعار الموحدة.

وأنه يتعين إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد القول بأن للمستأنف الحق في مقابل الأشغال الإضافية المنجزة و تعيين خبير بمهمة الانتقال إلى الأمكنة ودراسة الوثائق التي بحوزة الأطراف و تحديد مقابل الأشغال الإضافية المنجزة من طرف المستأنف ...¹.

1قرار مجلس الدولة رقم 22350 ،بتاريخ في 12-07-2005 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، سنة 2005، ص.

خاتمة الباب الثاني

أقر كل من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية، والمرسوم الرئاسي 15-247، آليات التسوية لمنازعات الصفقات العمومية، تتراوح بين ما هو منصوص عليه في القانون بحد ذاته، وأخرى أحال فيها للتشريع والتنظيم المعمول به.

نظرا لحساسية موضوع الصفقات العمومية وجب دائما تسبيق الحلول البديلة عن الحلول القضائية، من أجل تفعيل وتيرة التنمية، وهذه الحلول البديلة مقسمة بين الحلول الإدارية، المتمثلة في الطعن الإداري أمام اللجنة المصلحة المتعاقدة المختصة، والذي له دور استثنائي لهذا وجب تدخل المشرع من أجل تعزيز هذا الحل، وجب احترام قانون المنافسة أيضا خصوصا في الفترة بين الإعلان عن الصفقة ولغاية المنح النهائي.

في حالة عدم جدوى الحلول المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وجب الرجوع للأحكام العامة أي اتباع الطرق الودية المتمثلة في التحكيم على وجه الخصوص والصلح نظرا لعمومية النص.

أما في حالة عدم التوصل لحل نهائي وجب الرجوع للقضاء باعتبار الصفقات عبارة عن عقود، أي جبر الضرر عن طريق تعويض الطرف المتضرر، ولكن الميزة أن الصفقات العمومية لها الصبغة الإدارية وتصدر العديد من القرارات الإدارية المقترنة بالصفقة العمومية، والتي تلغى عن طريق دعوى الإلغاء.

لكن الإشكال الحقيقي والذي لا يوجد نص صريح بالنسبة له هو اختصاص القضاء هل يعود للقضاء العادي أم القضاء الإداري، بحيث أن المادة 800 من قانون إجراءات المدنية والإدارية تأخذ بالمعيار العضوي، لكن الاجتهاد القضائي قد أخذ بمعيار المادي، أي النشاط الممارس الذي له الطابع الإداري، في الكثير من المناسبات وخصوصا تبني نظرية الوكالة.

الخاتمة

تعد الصفقات العمومية شريان الحياة الاقتصادية للدولة، بحيث يتم ضبط الميزانية بها ، بهدف المحافظة على المال العام وأموال الخزينة العمومية، ويتسع نطاق تطبيق تنظيمات الصفقات العمومية وكذا القانون المحدد لقواعدها، بتنوع الميادين المحددة له، فكلما اهتمت بترشيد الصفقات العمومية وتوحيد أنماطها وبرامجها، وفقا للطاقت الوطنية في الإنتاج والخدمات، كلما تفعل دور الصفقات العمومية، أما إذا اقتصر دورها على الوظائف الكلاسيكية للدولة تقلص نطاق تطبيقها.

إن تطبيق قانون الصفقات العمومية على أشخاص القانون الخاص، وترك العبارة موسعة له من الفائدة على النظام الاقتصادي، بحيث أن تضيق من المصطلح أو اقتصره على مؤسسات دون غيرها، كان يوقع في الكثير من التأويلات والانتقادات.

خصوصا أن المنظم وقبل سنة 2015، وسع في مصطلح أشخاص القانون الخاص من دون تقديم أي تعريف فهو لا يشمل فقط المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، كما كان ينص عليه في النصوص السابقة تارة وإلغائها تارة أخرى، ولا يشمل فقط المؤسسات العمومية الاقتصادية، بل كل المؤسسات الخاضعة للقانون الخاص، والتي تستفيد من اعانات من قبل الدولة، من أجل تنفيذ مشاريع تنمية وطنية أو محلية، وجب عليها تطبيق قانون الصفقات العمومية بشرط تمويل من قبل الدولة عن طريق الصناديق الخاصة.

في حين أن التوسيع في المصطلح الذي جاء به تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عام 2015، وكذا القانون 23-12 لهما من المزايا أكثر من العيوب، بحيث أن القانون الأخير جاء بالكثير من التعاريف، التي كانت تعرف عدة تساؤلات في التنظيمات السابقة، منها تحديد مفهوم أشخاص القانون الخاص في المادة 04 منه ف03: "المؤسسات التي لها شخصية معنوية واستقلال مالي، المنشأة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية، يمكن أن تكون هذه المؤسسات في شكل مؤسسة تسيير خاص، أو ذات طابع علمي، تكنولوجي، أو غير ذلك، وتمسك محاسبتها وفق النظام المحاسبي المالي المنصوص عليه في القانون رقم 07-11 المؤرخ في 15 ذي القعدة عام 1428 الموافق 25 نوفمبر سنة 2007 والمذكور أعلاه."

لهذا أصبح مفهوم أشخاص القانون الخاص أو كما جاء في التنصيص القانوني المؤسسات العمومية الخاضعة لقواعد القانون التجاري، أوضح بحيث لا يشمل فقط المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية، بل يشمل حتى مؤسسات التي تعرف تسييرا خاصا.

لقد لعبت التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية دور محوري صياغة مختلف التنظيمات التي عرفتھا الصفقات العمومية، بحيث إدراج أشخاص القانون الخاص لتطبيق أحكام الصفقات العمومية حتى لواء المؤسسة العمومية دائماً، وإن كانت تظهر أنها من المتناقضات، ولكن كلما كان التمويل من قبل الخزينة الدولة ، وجب تطبيق قانون الصفقات العمومية، هذا من أجل حماية المال العام، وتحقيق المشاريع الاقتصادية خدمة للمجتمع.

أما في حالة التمويل الذاتي للمشاريع من قبل أشخاص القانون الخاص، فالقانون صريح في هته الحالة ، بحيث لا يلزمها تطبيق الصفقات العمومية بصفة مباشرة، ولكن يلزمها إعداد إجراءات داخلية تضمن قواعد المنافسة النزیهة، الشفافية في طرح الطلب والإجراءات، وضمان المساواة بين المترشحين، وهو ما عمدت إليه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بعد الموافقة عليها من قبل الهيئة المكلفة عادة ما تكون مجالس الإدارة.

هذا ما يجعلنا نستنتج أن المشرع لا يعتمد على المعيار العضوي في تصنيف أشخاص الملزمة بتطبيق الصفقات العمومية ، بل هو تصنيف موسع يعتمد على المعيار المالي فكلما تدخلت الدولة ممثلة بالخزينة العمومية للتمويل، وجب اتباع قواعد الصفقات العمومية.

من خلال هذا البحث تظهر لنا كذلك تناقضات في النصوص التي تحكم الصفقة العمومية، فالصفقة باعتبارها عقد كما نص المشرع بصريح العبارة في جل التنظيمات المتعاقبة ، وحتى في القانون المحدد للقواعد العامة المطبقة عليه، فهي تخضع لنظرية العقود المنصوص عليها في القانون المدني، الذي يقوم على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين.

وباعتبارها من عقود القانون العام، فإنها تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، الذي يقوم على أساس فكرة عدم المساواة بين أطراف المتعاقدة لصالح المصلحة المتعاقدة أو ما يطلق عليه بالمشتري العمومي، التي تستهدف صفقاتها تحقيق المنفعة العامة، تعد محور القانون العام، ضف إلى ذلك خضوعها لقانون الجماعات المحلية، بالنسبة لصفقات الولايات والبلديات، وبالتالي تتأثر الصفقة بسياسة الدولة، في مدى توجهها نحو مركزة ولا مركزية هذه الأشخاص.

بالإضافة إلى تداخل الاختصاصات بين ما هو مركزي ولا مركزي خاصة، بالنسبة لصفقات هذه الأشخاص المحلية، والتي سمح القانون لها بإنشاء مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي تجاري محلية ، فبالرغم أن قانون البلدية والولاية يقتضيان مرور الصفقات العمومية، عن طريق مداولات

المجالس المنتخبة، إلا أنه بإعطاء السلطات الوصية حق الرقابة، عن طريق التصديق والإذن المسبق، فإن الصلاحيات لا تظهر محددة بصورة دقيقة، وقد تؤثر على صفقات محلية للمؤسسات المنشئة. إذ أصبحت السلطات متداخلة فيما بينها، كما أن سلطة الحلول الممنوحة للوالي بموجب المادة 83 من قانون البلدية يؤدي إلى الخلط في صلاحيات والمسؤوليات.

نفس الملاحظة بالنسبة لإبطال مداوات المجالس الشعبية البلدية من طرف الوالي بدون الرجوع إلى القضاء يؤدي إلى تعسف السلطات المركزية، في مواجهة السلطات المنتخبة رغم ما قرره القوانين من حق المجالس المنتخبة في مقاضاة السلطات الوصية أمام القضاء، لأن ذلك يؤدي إلى إجراءات طويلة، لا تتماشى وتحقيق سرعة العمل والإداري وتحقيق الصالح العام، في قوانين الجماعات المحلية، مما خلق تناقض بين هذا المبدأ وتشكيلة لجان الصفقات العمومية، واللجنة الوطنية للصفقات، وكذلك مفهوم الصفقة المحدد في تنظيم الصفقات العمومية مع مفهومها المحدد في قانون العقوبات بسبب التعارض في تحديد مجال تطبيق تنظيمات الصفقات العمومية.

وحتى تتحقق المشاريع على أرض الواقع وجب التقليل من الإشكالات وتفاديها، وهي نقطة تصعب في الحياة العملية فقد تواجه المتعامل المتعاقد تعقيدات في إنجاز مشروع معين وقد تتعنت الإدارة في سلطاتها ما يجعل الصفقة تتوقف وبالتالي مشاريع لا تتحقق.

لهذا قدمت جل التنظيمات وحتى القانون الجديد مجموعة من الحلول من أجل التقليل من المنازعات، سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ، إضافة إلى للإحالة على الأحكام العامة المنصوص عليها في قوانين الجزائرية كما جاء في صياغة العديد من نصوص المواد القانون 23-12.

بحيث في مرحلة الإبرام، يستطيع المتعامل المتعاقد اللجوء إما للطعن القضائي أو الطعن أمام مجلس المنافسة طبقا للأحكام العامة، ويجوز له الطعن أمام اللجنة صفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة، المختصة في النظر في منازعات الإبرام، إلا أن رأي الذي تقدمه هته اللجنة، لا يلزم المصلحة المتعاقدة، فهو رأي استأنسي، فما الفائدة من تقديم الطعون ما دامت قرارات هته اللجنة غير ملزمة للمصلحة المتعاقدة.

أما عن مرحلة التنفيذ وهي المرحلة الأعد في مسار الصفقة العمومية، بحيث تتخلله الكثير من الإشكالات تؤدي لوقف المشاريع، فقد اعتنى المشرع في كل النصوص المنظمة للصفقات العمومية بهته المرحلة، وأوجد حلولاً من أجل أن تحقيق الصفقة، منها ما يتعلق بموضوع الصفقة والأشغال

التكميلية عن طريق الملحق، أو ما ينجر عن تقلبات الأسعار ، بالإضافة لاختصاص اللجان بالنظر في منازعات التنفيذ وكلها حلول بديلة عن الحل القضائي الذي يعرف تعقيدات كثيرة منها طول الإجراءات.

وابقاء للحلول البديلة عن القضاء يستطيع أطراف العلاقة التعاقدية اللجوء للوسائل البديلة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث تم النص على التحكيم الوسيلة الأمثل، لفض المنازعات سواء كان النزاع وطنيا أو دوليا، كما يمكن اللجوء إلى الصلح لعمومية نصه. في حال عدم جدوى الطرق السالفة الذكر يبقى القضاء الطريق العادي للمطالبة بالحقوق، لكن المشرع ورغم التعديلات التي عرفها قانون الإجراءات المدنية والادارية ، وحتى القوانين المتعلقة بالهرم القضائي الإداري، لا يزال المعيار العضوي هو الطاعي على اختصاص القضائي، ما يطرح اشكال حقيقي فيما يخص عقد اختصاص للقضاء الإداري في نظر لمنازعات المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري، حال تمويلها من قبل الدولة أو الجماعات المحلية، لكن القضاء الجزائري فصل في الكثير من المواطن بعقد اختصاص للقضاء الإداري ،على اعتبار أن التمويل من قبل الخزينة العمومية لهذا وجب اعتماد على المعيار المادي والمعيار المالي في مثل هته المنازعات فهو الكفيل بتحديد الاختصاص.

لهذا ومما سبق يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

1-إبعاد القطاع العام الاقتصادي عن مجال تطبيق القوانين الإدارية ذلك، حتى يتسنى له التحرر من قيود هذه القوانين، وأداء الدور المنتظر منه في ظل التطورات الاقتصادية الحالية، فتخضع عندئذ صفقات القطاع العام الاقتصادي لقانون خاص بها، يجعلها صنفا آخر من أصناف الصفقات العمومية، على أن تخضع دائما لأجهزة الرقابة من أجل الحفاظ على أموال العامة.

2-اهتمام أكثر بصفقات الجماعات المحلية خصوصا أن القانون سمح لها بإنشاء مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري محلية،بتخصيصها نصوص أكثر تتوافق مع طبيعة هذا النوع من الأشخاص العامة، وأن تتدخل أكثر في مجال الصفقات العمومية، بما تفرضه من نصوص في قوانين الجماعات المحلية، لتقييد الحرية الممنوحة للسلطة التنظيمية في مجال صفقات الجماعات المحلية لصالح المجالس المنتخبة مما يتماشى ومبدأ اللامركزية.

3-تركيز أكثر على الحلول الإدارية باعتبارها وسائل سابقة على طرح المنازعات أمام القضاء ،وذلك بمنح سلطات أكثر للجنة الصفقات العمومية للمصلحة التعاقدية من أجل ايجاد حلول سريعة

وودية الهدف منها تحقيق طلب العمومي، وتفعيل الدور المنوط بها من أجل التقليل من المنازعات أمام القضاء .

4- يجب الاهتمام بتكوين وتأطير المسؤولين عن الصفقات العمومية، فالكثير من الطلبات العمومية لم تر النور جراء سوء التسيير ، من إعادة مقررات التقييم وزيادة في كلفة الأصلية للمشاريع من دون دراسات مجدية .

5-يرجى الابتعاد عن التصنيف العضوي سواء للأشخاص أو الاختصاص القضائي الذي تثار به الإشكالات الاختصاص والابقاء على المعيار المادي والمالي الذي يوسع من العمل.

6- يمكن اللجوء إلى فكرة التسيير الخاص للإدارة العامة، تجنباً للتبذير وسوء التسيير للأموال العامة، التي تعرفها الجزائر بصورة واسعة، أدت إلى عدم نجاعة سياستها في مجال الصفقات العمومية.

ختاماً لما تم طرحه من نتائج في هذا البحث، فإننا نصرح بأنها نتائج افتراضية يمكنها أن تبعد بعضاً من الشكوك المطروحة في مجال موضوعنا، لكننا لا تستهدف إيجاد حقائق مطلقة، لأننا في إطار العلوم الإنسانية، فبحثنا غايته التوصل إلى أفضل المعارف للحقائق القانونية.

قائمة المراجع

I. قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية

1- المؤلفات

- أبو الوفا أحمد، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، ط. 1987.
- أحمد محيو، محاضرات المؤسسات الإدارية (ترجمة عرب صاصيلا)، ط. 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط. 1996.
- ابتسام قرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب البلدية الجزائر، ط. 1998.
- بن شيخ آث ملوي لحسين، دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية، ط. 4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدول، نظرية المؤسسات العامة، الكتاب الثاني، ط. 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، تنظيم واختصاص القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية-مصر، 2005.
- رشيد واضح، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار هومة، الجزائر، 2002.
- رياض عيسى، النظام القانوني للمؤسسات الاقتصادية الاشتراكية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- سليمان محمد طماوي تنقيح خليل حسن ابراهيم وأبو سمهدانة عبد الناصر عبد الله، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، 2014.
- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الادارية، ج. 1 الهيئات والإجراءات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج. 2: نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 2009.
- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2003.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة- مصر، 2005.
- عصام عبد الوهاب البرزنجي، علي محمد بدير، ياسين سلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، طبعة منقحة، مكتبة السنهوري، بغداد- العراق، 2015.
- علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- عمار بوضياف، القضاء الإداري، ط. 2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- عمار عوابدي، القانون لإداري، ج. 1، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- عمار عوابدي، القانون الإداري، ج. 1: النظام الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- عمار عوابدي، القانون الإداري، ج. 2: النظام الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية -مصر، 2008.
- محمد السويدي، التسيير الذاتي في التجربة الجزائرية وفي التجارب العالمية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة، مطبعة الشاعر الإسكندرية- مصر، 1970.
- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات-الإجراءات-الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر القاهرة، 2006.
- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري مجلس الدولة، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2004.
- محمد الصغير بعلي، تطور تنظيم القطاع العام (استقلالية المؤسسات)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دار بلقيس الجزائر، ط. 2017.
- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط. 4، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف الجزائر، 2010.

-نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، 2010.

2- أطروحات الدكتوراه: (حسب الترتيب الأبجدي)

-بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.

-خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.

-رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه ل.م.د، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.

-عمامرة حسان، التحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه العلوم جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016.

-قدوج حمامة، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010.

3-مذكرات الماجستير: (حسب الترتيب الأبجدي)

-آيت وارث حمزة، الطبيعة القانونية لعقود الصفقات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في إطار قانون الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير القانون العام فرع قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.

-أكرور ميريام، الأجر في الصفقة العمومية، مذكرة ماجستير، فرع دولة ومؤسسات عمومية، جامعة الجزائر 01، سنة 2010.

-خريف كمال، تجربة سوناطراك في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، سنة الجامعية 1998-1999.

-غلابي بوزيد، مفهوم المؤسسة العمومية، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، السنة الجامعية 2010-2011.

-قايد ياسين، قانون المنافسة والأشخاص العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1999.

-قدومة وحيدة، المؤسسة العمومية المحلية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.

-نويري سعاد، الطبيعة القانونية لعقود المؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة باجي مختار، السنة الجامعية 1999-2000.

4. مقالات: (حسب الترتيب الأبجدي)

-بن لطيف مصطفى، المؤسسات الإدارية والقانون الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة، تونس، العدد الثالث، سبتمبر 2007.

-بوضياف عمار، معايير تحديد الصفة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها، مجلة الفقه والقانون، العدد 22، سنة 2014.

-بوضياف عمار، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية، دفاثر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 05 جوان 2011.

-بوعمران عادل، حسم اشكالات تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي في النظام القانوني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جوان 2012، عدد 02.

-بوكابوس مريم، الدور التنموي لصناديق الثورة السيادية: دراسة حالة الجزائر، مجلة دراسات العدد الاقتصادي، المجلد 04، العدد 02، جامعة الأغواط، ماي 2013.

-جيلالي يوسف، النظام القانوني للأمر بالصرف في التشريع الجزائري، مجلة القانون الصادرة عن المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، العدد 06، جوان 2016.

-عزاوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، مارس 2012.

-غناي رمضان، تعليق على قرار رقم 45 الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ 09-12-2007 عن موقف محكمة التنازع من كفاية المعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2011.

-قمرأوي عز الدين، استقلالية النزاع الإداري عن قواعد القانون الخاص، مجلة حوليات كلية الحقوق، جامعة وهران الجزائر، العدد 03، سنة 2011.

-ناصر لباد، العقود الإدارية ومكانة الصفقات العمومية منها في القانون الإداري الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 03، 2013.

5. الندوات والمؤتمرات: (حسب الترتيب الأبجدي)

-بولقواس ابتسام، الضوابط القانونية لإبرام ملحق الصفة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مداخلة لمقابلة في الملتقى الوطني ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، المنعقد في كلية الحقوق جامعة أحمد بوقرة بومرداس يومي 20-21 نوفمبر 2017.

-تراري ثاني مصطفى، أشخاص القانون العام والتحكيم الدولي، أشغال الملتقى الوطني التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يومي 20-21 جانفي 2009، كلية الحقوق جامعة وهران.

-شعوبي محمد فوزي كماسي محمد امين، الاقتصاد الجزائري من منظور متغيرات حساب الانتاج وحساب الاستغلال للفترة الممتدة ما بين 1989-1999، الملتقى الوطني الأول حول المؤسسة الاقتصادية الجزائرية وتحديات المناخ الاقتصادي الجديد، جامعة قاصدي مرباح ورقلة يومي 22-23 أبريل 2003.

6. قرارات قضائية: (حسب الترتيب الزمني)

-قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 26-06-1975، قضية وزير الاشغال العمومية ضد " أ.أ. "، نشرة القضاة، عدد 01، سنة 1978، ص. 42.

-قرار رقم 32002 قضية س.م ضد ت.ن 1982/12/25، نشرة القضاة 1983، العدد 01، ص. 191.

-قضية شركة ج.أ.م ضد ت-الشركة الوطنية للأروقة الجديدة، قرار رقم 51 رقم 38832 بتاريخ 18-05-1985، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص. 259.

-قرار المجلس الأعلى رقم 43731 المؤرخ في 09-11-1985، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1990، ص. 175.

-قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 31-12-1988 ملف رقم 62252، المجلة القضائية، العدد 02، 1992، ص. 161 وما يليها.

-قرار مجلس الدولة رقم 459، الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 2002، قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق -قسنطينة، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، 2003، ص. 109.

-مجلس الدولة في قراره الصادر عن الغرفة الأولى ملف رقم 007304 بتاريخ 23-09-2002.

-قرار رقم 4841 قضية الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري الحضري ضد أ.ح. بتاريخ 15-04-2003، مجلس الدولة، العدد 04، ص. 77.

-قرار رقم 13401 قضية والي ولاية بسكرة ضد مؤسسة النجارة العامة طولقة بتاريخ 20-01-2004، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، ص. 74.

-قرار بتاريخ 11-05-2004 ملف رقم 012994 الغرفة الثالثة قرار غير منشور.

-قرار مجلس الدولة رقم 15885، المؤرخ في 21-09-2004، مجلة مجلس الدولة العدد 07، سنة 2005، ص. 77.

-قرار مجلس الدولة 16150 قضية مدير التربية لولاية تيارت ضد ل.ب. بتاريخ القرار 21-09-2004، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص. 80.

-قرار 16348 قضية بلدية وهران ضد مؤسسة ب بتاريخ 21-12-2004، مجلة مجلس الدولة 2005، العدد 07، ص. 83.

-القرار 20288 قضية بلدية سكيكدة ضد مصفي مؤسسة استصلاح م.غ بتاريخ 12-07-2005، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص. 67.

-قرار رقم 20 بتاريخ 17-07-2005 قضية غرفة إدارية جهوية ضد غرفة إدارية محلية، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، سنة 2006، ص. 254.

-قرار مجلس الدولة رقم 20289 المؤرخ في 12-07-2005، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، سنة 2005، ص. 86.

-قرار مجلس الدولة رقم 22350، بتاريخ في 12-07-2005، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، سنة 2005، ص. 92.

-قرار مجلس الدولة رقم 34786 الصادر بتاريخ 09 ماي 2007 في قضية المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة أشغال الغرب، ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببيشار.

-القرار رقم 42 الصادر من محكمة التنازع بتاريخ 13-2007، في قضية مؤسسة البناء (ق.ج)، ضد الشركة الوطنية للتأمين SAA.

-محكمة التنازع رقم 45 بتاريخ 09-12-2007 قضية ب.ك ضد بلدية زمورة، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، سنة 2009، ص. 115.

-قرار رقم 058475 المؤرخ في 10-03-2011 قضية الشركة ذات الشخص الوحيد "أشغال البناء العمومي COGEDIB ضد المؤسسة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، ص. 98.

-قرار مجلس الدولة 087067 بتاريخ 09/01/2014 بين الدولة ممثلة بوزير النقل ضد ش.ذ.م.م "سوتريب" ومن معها، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، ص. 76.

7-النصوص القانونية:(حسب التدرج وتسلسل التواريخ)

القوانين:

-القانون 65-278 المؤرخ في 16 نوفمبر 1965 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج.ر. المؤرخة في 23 نوفمبر 1965، العدد 96، ص. 1965.

-القانون رقم 78-12 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي للعامل، ج.ر. المؤرخة في 08 أوت 1978، العدد 32، ص. 724.

- قانون 88-01 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 1988، العدد 02، ص. ص. 30-39.
- قانون 88-02 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن التخطيط، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 1988، العدد 02، ص. ص. 39-44.
- قانون 88-03 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن صناديق المساهمة، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 1988، العدد 02، ص. ص. 44-47.
- قانون 88-04 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التجاري، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 1988، العدد 02، ص. ص. 47-54.
- قانون 90-08 المؤرخ في 09 أبريل 1990، ج.ر. المؤرخة في 11 أبريل 1990، العدد 15، ص. ص. 488-503.(الملغى).
- قانون 90-09 المؤرخ في 09 أبريل 1990، ج.ر. المؤرخة في 11 أبريل 1990، العدد 15، ص. ص. 504-516.(الملغى).
- قانون 90-21 المؤرخ في 15 غشت 1990 يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر. المؤرخة في 15 غشت 1990، العدد 35، ص. ص. 1131-1137.
- القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990، المتعلق بالسجل التجاري، ج.ر. المؤرخة في 18 أوت 1990، العدد 36، ص. ص. 1145-1149.
- القانون 90-23 المؤرخ في 18 غشت 1990، ج.ر. المؤرخة في 22 غشت 1990، العدد 36، ص. 1149.
- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر. المؤرخة 01 يونيو 1998، العدد 37، ص. ص. 3-9 المعدل والمتمم.
- القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج.ر. المؤرخة في 07 يونيو 1998، العدد 39، ص. 03.
- القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر. المؤرخة 15 نوفمبر 1998، عدد 85، ص. ص. 4-16.
- القانون 98-11 المؤرخ في 22 أوت 1998، ج.ر. المؤرخة في 24 أوت 1998، العدد 62، ص. ص. 03-10 المعدل والمتمم.
- القانون 98-12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1998 المتضمن قانون المالية لسنة 1999، ج.ر. المؤرخة 31 ديسمبر 1998، العدد 98، ص. 03.
- القانون 99-05 المؤرخ في 04 أبريل 1999، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج.ر. المؤرخة في 07 أبريل 1999، العدد 24، ص. 04 المعدل والمتمم.

- القانون رقم 99-11 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999، يتضمن قانون المالية لسنة 2000، ج.ر. المؤرخة 25 ديسمبر 1999، العدد 92، ص. 03.
- القانون 2000-04 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000، ج.ر. المؤرخة في 10 ديسمبر 2000، العدد 75، ص. 04.
- القانون 04-08 المؤرخ في 14 غشت 2004، ج.ر. المؤرخة في 18 أوت 2004، العدد 52، ص. ص. 04-09.
- القانون رقم 08-05 المؤرخ في 23 فبراير 2008، ج.ر. المؤرخة في 27 فبراير 2008، العدد 10، ص. ص. 03-06.
- القانون 08-06 المؤرخ في 23 فبراير 2008، ج.ر. المؤرخة في 27 فبراير 2008، العدد 10، ص. 38 .
- قانون رقم 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008، ج.ر. المؤرخة في 23 أبريل 2008، العدد 21، ص. ص. 03-95.
- القانون رقم 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الثانية 1429 الموافق ل 25 يونيو 2008، ج.ر. المؤرخة في 02 يوليو 2008، العدد 36، ص. ص. 11-13.
- قانون رقم 10-01 مؤرخ في 29 يوليو 2010 يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج.ر. المؤرخة في 11 يوليو 2010، العدد 42، ص. ص. 4-12.
- القانون 10-05 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق ل 15 غشت 2010، ج.ر. المؤرخة 18 غشت 2010، العدد 46، ص. ص. 10-11.
- قانون رقم 11-10 المؤرخ في 03 جويلية 2011، ج.ر. المؤرخة في 03 جويلية 2011، العدد 37، ص. ص. 04-36.
- القانون 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج.ر. المؤرخة في 03 أوت 2011، العدد 43، ص. ص. 7-10.
- القانون 11-16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج.ر. المؤرخة 29 ديسمبر 2011، العدد 72، ص. 03.
- قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012، ج.ر. المؤرخة في 29 فبراير 2012، العدد 12، ص. ص. 05-24.
- القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر. المؤرخة 07 مارس 2016، العدد 14، ص. ص. 3-37.
- قانون العضوي 18-02 المؤرخ في 16 جمادى الثانية 1439 الموافق ل 04 مارس 2018 ، ج.ر. المؤرخة 07 مارس 2018، العدد 15، ص. ص. 06-08.

-القانون رقم 18-08 المؤرخ في 10 يونيو 2018، ج.ر. المؤرخة في 13 جوان 2018،
ص. ص. 4-5.

القانون العضوي 18-15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018، ج.ر. المؤرخة 02 سبتمبر 2018،
العدد 53، ص ص 09-20.

القانون 23-06 المؤرخ في 21 يونيو 2023، ج.ر. المؤرخة في 25 يونيو 2023، العدد 42،
ص ص 4-11.

القانون 23-12 المؤرخ في 05 غشت 2023، ج.ر. المؤرخة في 06 غشت 2023،
العدد 51، ص ص 5-17.

المراسيم التشريعية:

-المرسوم 63-59 المؤرخ في 28 مارس 1963 يتضمن تنظيم تتضمن المؤسسة المسيرة
ذاتيا، انعدام الجريدة الرسمية، (ملغى).

-المرسوم رقم 75-150 المؤرخ في 21 نوفمبر 1975، المتعلق بصلاحيات مجلس العمال
في المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي، ج.ر. المؤرخة في 16 ديسمبر 1975، العدد
100، ص. 1300.

-المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي، ج.ر.
المؤرخة في 13 أبريل 1982، العدد 15، ص. ص. 740-760. (الملغى).

-المرسوم رقم 83-200 المؤرخ في 19 مارس 1983 المتضمن شروط إنشاء المؤسسة
العمومية المحلية وتنظيمها وسيرها، ج.ر. المؤرخة في 22 مارس 1983، العدد 12، ص. ص.
801-805.

-المرسوم رقم 84-51 المؤرخ في 25 فبراير 1984، ج.ر. المؤرخة في 28 فبراير 1984،
العدد 02، ص. ص. 275-276.

-المرسوم رقم 85-117 المؤرخ في 07 ماي 1985 المحدد لشروط إنشاء المؤسسة العمومية
المشتركة بين البلديات وتنظيمها وعملها، ج.ر. المؤرخة 15 ماي 1985، العدد 21، ص. ص.
663-666.

-المرسوم رقم 85-223 المؤرخ في 20 أوت 1985 والمتضمن التنظيم الإداري للضمان
الاجتماعي، ج.ر. المؤرخة في 21 أوت 1985، العدد 35، ص. ص. 1248-1253 .

-المرسوم رقم 86-126 المؤرخ في 13 ماي 1986، ج.ر. المؤرخة في 14 ماي 1986،
العدد 20، ص. 783.

-المرسوم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988، ج.ر. المؤرخة في 30 مارس 1988، العدد
13، ص. ص. 541-542.

- المرسوم 88-119 المؤرخ 21 يونيو 1988 المتعلق بصناديق المساهمة، الأعران التابعين للدولة، ج.ر. عدد 25 مؤرخة في 22 يونيو 1988، العدد 25، ص. 954.
- المرسوم التشريعي 92-04 المؤرخ في 11 أكتوبر 1992 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1992، ج.ر. المؤرخة 11 أكتوبر 1992، العدد 73، ص. 1872.
- المراسيم الرئاسية:**
- المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 23 فبراير 1989، ج.ر. المؤرخة في 01 مارس 1989، العدد 09، ص. 234.
- المرسوم الرئاسي 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، ج.ر. المؤرخة في 21 جانفي 1996، العدد 05، ص. ص. 4-8.
- المرسوم الرئاسي 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر. المؤرخة في 08 نوفمبر 1996، العدد 76، ص. ص. 6-32.
- المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جوان 2002، ج.ر. المؤرخة في 28 يوليو 2002، العدد 52، ص. ص. 3-23. (الملغى).
- المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج.ر. المؤرخة في 14 سبتمبر 2003، العدد 55، ص. ص. 6-9.
- المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج.ر. المؤرخة في 09 نوفمبر 2008، العدد 62، ص. ص. 6-15.
- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، ج.ر. المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، العدد 58، ص. ص. 3-34. (الملغى).
- المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج.ر. المؤرخة في 06 مارس 2011، العدد 14، ص. ص. 14-15.
- المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011، ج.ر. المؤرخة في 19 يونيو 2011، العدد 34، ص. 04.
- المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012، ج.ر. المؤرخة في 26 يناير 2012، العدد 04، ص. ص. 4-24.
- المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ 13 يناير 2013، ج.ر. المؤرخة في 13 يناير 2013، العدد 02، ص. ص. 5-7.
- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج.ر. المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، العدد 50، ص. ص. 3-48.

المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي 90-391 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية وقانونها الأساسي، ج.ر. المؤرخة في 12 ديسمبر 1990، العدد 54، ص. ص. 1711-1714
- المرسوم التنفيذي 90-249 المؤرخ في 18 أوت 1990، ج.ر. المؤرخة في 22 أوت 1990، العدد 36، ص. ص. 1172.
- المرسوم التنفيذي 91-147 المؤرخ في 12 ماي 1991 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كفاءات تنظيمها وعملها، ج.ر. المؤرخة في 29 ماي 1991، العدد 25، ص. ص. 883-888.
- المرسوم التنفيذي 91-313 المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، الذي يحدد إجراءات المحاسبة التي يمسكها الأمرون بالصراف والمحاسبون العموميون وكفاءاتها ومحتواها، ج.ر. المؤرخة في 18 سبتمبر 1991، العدد 48، ص. ص. 1648-1654.
- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، ج.ر. المؤرخة في 13 نوفمبر 1991، العدد 57، ص. ص. 2211-2228.(الملغى).
- المرسوم التنفيذي 92-07 المؤرخ في 04 جانفي 1992، ج.ر. المؤرخة في 08 جانفي 1992، العدد 02، ص. ص. 64-72.
- المرسوم التنفيذي 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 ج.ر. المؤرخة في 15 نوفمبر 1992، العدد 82، ص. ص. 2101-2104.
- المرسوم التنفيذي 94-178 المؤرخ في 26 جوان 1994، ج.ر. المؤرخة في 29 جوان 1994، العدد 42، ص. ص. 6-7.
- المرسوم التنفيذي 94-294 المؤرخ في 25 سبتمبر 1994 المتضمن كيفية حل وتصفية المؤسسات العمومية غير المستقلة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ج.ر. المؤرخة في 05 أكتوبر 1994، العدد 63، ص. ص. 14-17.
- المرسوم التنفيذي 95-404 المؤرخ في 02 ديسمبر 1995 المتعلق بتشكيلة المجلس الوطني لمساهمات الدولة وسيره، ج.ر. المؤرخة في 06 ديسمبر 1995، العدد 75، ص. ص. 17.
- المرسوم التنفيذي 96-54 المؤرخ في 22 يناير 1996، ج.ر. المؤرخة في 24 يناير 1996، العدد 6، ص. ص. 13-16.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-93 المؤرخ في 03 مارس 1996 المتضمن إنشاء غرف التجارة والصناعة، ج.ر. المؤرخة في 06 مارس 1996، العدد 16، ص. ص. 10-19 المعدل والمتمم.

- المرسوم التنفيذي رقم 96-43، يتعلق بكيفيات تعيين محافظ الحسابات في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية وهيئات الضمان الاجتماعي والدواوين العمومية وكذا المؤسسات العمومية المستقلة، المؤرخ في 03 نوفمبر 1996، ج.ر. المؤرخة في 01 ديسمبر 1996، العدد74، ص. ص. 13-14
- المرسوم التنفيذي 97-268 المؤرخ في 21 يوليو 1997، المحدد للإجراءات المتعلقة بالالتزام بالنفقات العمومية وتنفيذها ويضبط صلاحيات الأمرين بالصرف ومسؤولياتهم، ج.ر. المؤرخة في 23 يوليو 1997، العدد 48، ص. ص. 13-15.
- المرسوم التنفيذي 98-87 المؤرخ في 07 مارس 1998، ج.ر. المؤرخة في 11 مارس 1998، العدد 13، ص. ص. 9-13.
- المرسوم التنفيذي 98-227 المؤرخ في 13 يوليو 1998 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج.ر. المؤرخة في 15 يوليو 1998، العدد 51، ص. ص. 06.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-356 المؤرخ في 24 رجب 1419 الموافق ل14 نوفمبر 1998 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر. المؤرخة 15 نوفمبر 1998، عدد85، ص. ص. 4-16.
- المرسوم التنفيذي رقم 2000-311 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، ج.ر. المؤرخة في 18 أكتوبر 2000، العدد 61، ص. ص. 9-11.
- المرسوم التنفيذي 01-283 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن الشكل الخاص بأجهزة ادارة المؤسسة العمومية الاقتصادية وتسييرها، ج.ر. المؤرخة في 26 سبتمبر 2001، العدد55، ص. ص. 15-17.
- المرسوم التنفيذي 03-42 المؤرخ في 19 يناير 2003، ج.ر. مؤرخة في 22 يناير 2003، العدد 04، ص. ص. 14.
- المرسوم التنفيذي 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، ج.ر. المؤرخة في 19 نوفمبر 2009، العدد 67، ص. ص. 3-7.
- المرسوم التنفيذي 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011، ج.ر. المؤرخة في 13 مارس 2011، العدد16، ص. ص. 7-17.
- المرسوم التنفيذي رقم 11-195 المؤرخ في 22 مايو 2011، ج.ر. المؤرخة في 22 مايو 2011، عدد 29، ص. ص. 10-18.
- المرسوم التنفيذي 11-396 المؤرخ في 24 نوفمبر 2011، ج.ر. المؤرخة في 04 ديسمبر 2011، العدد 66، ص. ص. 8-12.

-المرسوم التنفيذي 13-95 المؤرخ في 26 فبراير 2013، ج.ر. المؤرخة في 06 مارس 2013، العدد 13، ص. 16.

-المرسوم التنفيذي 14-320 المؤرخ في 20 نوفمبر 2014 المتعلق بالإشراف على المشروع والإشراف المنتدب على المشروع، ج.ر. المؤرخة في 23 نوفمبر 2014، العدد 68، ص. ص. 4-7.
-المرسوم التنفيذي 19-197 المؤرخ في 10 يوليو 2019، ج.ر. المؤرخة في 17 يوليو 2019، العدد 45، ص. ص. 10-11.

-المرسوم التنفيذي 21-219 مؤرخ في 20 ماي 2021 المتعلق بالموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات العمومية للأشغال، ج.ر. المؤرخة 24 يونيو 2021، العدد 50، ص. ص. 3-64.

الأوامر:

-الأمر 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08 يونيو 1966، ج.ر. المؤرخة في 09 جوان 1966، العدد 47، ص. 582.

-الأمر 67-24 المؤرخ 18 يناير 1967، ج.ر. المؤرخة في 18 يناير 1967، العدد 06، ص. ص. 90-112. (الملغى)

-الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، ج.ر. المؤرخة في 27 جوان 1967، العدد 52، ص. ص. 718-730. (الملغى)

-الأمر 69-32 المؤرخ في 22 مايو 1969، ج.ر. المؤرخة في 27 مايو 1969، العدد 46، ص. 563.

-الأمر 69-38 المؤرخ في 22 ماي 1969، ج.ر. المؤرخة في 23 ماي 1969، العدد 44، ص. ص. 510-532. (الملغى).

-الأمر 70-57 المؤرخ في 06 غشت 1970، ج.ر. المؤرخة في 18 جوان 1970، العدد 70، ص. 1032.

-الأمر 71-74 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، ج.ر. المؤرخة في 13 ديسمبر 1971، العدد 101، ص. ص. 1736-1741، (ملغى).

-الأمر 71-84 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، ج.ر. المؤرخة في 30 ديسمبر 1971، العدد 107، ص. ص. 1858-1859.

-الأمر 72-12 المؤرخ في 18 أبريل 1972، ج.ر. المؤرخة في 21 أبريل 1972، العدد 32، ص. 468.

-الأمر 74-09 المؤرخ في 30 يناير 1974، ج.ر. المؤرخة في 12 فبراير 1974، العدد 13، ص. ص. 198-203.

- الأمر 75-23 المؤرخ في 29 أبريل 1975، ج.ر. المؤرخة في 13 ماي 1975، العدد 38، ص. 510.
- الأمر 76-11 المؤرخ في 20 فبراير 1976، ج.ر. المؤرخة 09 مارس 1976، العدد 20، ص. ص. 275-276.
- الأمر (أ) رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار الدستور، ج.ر. المؤرخة 24 نوفمبر 1976، العدد 94، ص. 1292. (الملغى).
- الأمر 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، والمتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر. المؤرخة في 27 سبتمبر 1995، العدد 55، ص. ص. 6-11. (ملغى).
- الأمر 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 يتضمن قانون المالية لسنة 1995، ج.ر. المؤرخة في 31 ديسمبر 1996، العدد 82، ص. ص. 3-96.
- الأمر 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر. المؤرخة في 22 أوت 2001، العدد 47، ص. ص. 9-14. المعدل والمتمم بموجب الأمر 08-01 المؤرخ في 28 فيفري 2008، ج.ر. المؤرخة في 02 مارس 2008، العدد 11، ص. ص. 15-17.
- الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر. المؤرخة في 20 يوليو 2003، العدد 43، ص. ص. 25-33.
- الأمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية. بموجب الأمر 08-01 المؤرخ في 28 فيفري 2008، ج.ر. المؤرخة في 02 مارس 2008، العدد 11، ص. ص. 15-17.

القرارات:

- القرار مؤرخ في 28-03-2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال النشر، ج.ر. المؤرخة في 20-04-2011، العدد 24، ص. ص. 21-22.

II. قائمة المصادر والمراجع باللغة الفرنسية

1-Les ouvrages:

-André de LAUBADERE, Jean Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET, Traite de droit administratif, 15 éd, LGDJ.

-André de LAUBADERE et Pierre DELVOLVE, Droit public économique, éd. Dalloz, 1985.

-Brahim BOULIFA, Marches publics, Berti édition, Alger, 2013.

- Charles DEBBASCH, Institutions et droit administratif (les structures administratives), éd. P.U.F, Paris, 1976.
- DUGRIP. O et SAIDJ. L, Les établissements publics nationaux, LGDJ, Paris, 1992.
- Georges DUPUIS, Marie -José GUEDON, Patrice CHRETIEN, Droit administratif, 10ème édition Dalloz, 2007.
- Georges VEDEL, Droit administratif, Presses Universitaires de France, 6 éd., 1976.
- J.CARBAJO, Droit des services publics, 3 éd., Dalloz, Paris- France, 1997.
- J DE SOTO, Grands services publics et entreprises nationales, Montchrestien, Paris France, 1971.
- LACHAUME. J-F, BOITEAU. C, et PAULIAT. H, Droit des services publics, 3 éd., Dalloz, Paris, 2004.
- Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, 2 éd., L.G.D.J., Paris, 1999.
- Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs ,8 éd., L.G.D.J, 2012.
- Martine LOMBARD, Gilles DEMONT, Droit administratif, 6 éd.,Dalloz, Paris, 2005.
- TRARI TANI Mostefa, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, 1^{er} éd, Berti, 2007.
- Yves GAUDEMET, Droit Administratif des Biens, Tome 2, 12 éd., L.G.D.J., Paris, 2002.

2- Les articles:

- Ahmed SALEMOULDBOUBOUTT, Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'afriquefrancophone, revue du droit public, L.G.D.J ,n°2, 2013.
- BENNADJI chérif, Des comités de règlement amiable au médiateur des marches publics, les annales, université d'Alger 01, N °3, 2014.
- Benoit PLESSIX, Etablissement publics , notion création contrôle , juris-classeur sa 2007.
- Charles DUDOGNONM, L'avenant au contrat administratif, n°5,RDP, 2009.
- Jean DUFAU, Services publics acaractère industriel et commercial, juris-classeur,2001.
- F.LICHERE, L'évolution du critère organique du contrat administratif, R.F.D.A France, mars- avril 2002.
- François SENERS, L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public, rfd a n°4, 2007.
- JANICOT Laetitia, LAFAIX jean- François, La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs, RDP, N°52014,L.G.D.J France.
- Jeans FRANÇOISLACHAUME, L'identification d'un service public industriel et commercial:la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service,rfd a, n°1, 2006.
- KOBTANE Mohamed, Introduction du droit des marches publics, revue conseil d'état, n°03, 2003.

-Martine LOMBARD, l'établissement public industriel et commercial est -il condamné?, ajda n°2, 2006.

-Michel DURUPTY, jean- david DREYFUS, Entreprises du secteur public, encyclopédie Dalloz, commercial VI, éd Dalloz, 2008,

-Mohamed BOUSSOUMAH, Le secteur public industriel et commercial de l'Algérie coloniale, revue algérienne des sciences juridique économiques et politiques, juin, n°2, 1982.

-M.SALAH, Entreprise publique économique en Algérie, Revue internationale de droit comparé, quarante-troisième année N°3, Juillet _ Septembre 1991.

-Mostefa TRARI-TANI, Les pays en développement face à l'ordre arbitrage international, approche historique dans le droit et la pratique des pays du Maghreb.Revue marocaine des contentieux, 2005.

-Mouloud SABRI, Le droit des marchés publics en Algérie:réalités et perspectives,idara n°35, 2008.

-NICINSKI. S,La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés, RFDA, N° 01, 2008.

-Pierre DELVOLVE, Contentieux des contrats publics en Europe, Rfda 2011.

-Thibault SOLEIHAC, Vers une commercialité des autorisations administratives, ajda n°04, 2007.

-Willy ZIMMER, Marchés publics, encyclopédie Dalloz, répertoire de droit, janvier 2006.

3-Les codes :

- le code de justice administrative français dernier modification le 09-04-2018 édition le 18-04-2018 notamment les articles L 01,L 211-2 consulté le 07-06-2018 par le site www.droit.org.

-La loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 04 aout 2008,J.O.F,n°518/608.

-L'ordonnance n°86-1243 du 01 novembre 1986 relative à la liberté des prix et du concurrence, J.O.F du 9/12/1986(abrogée).

-Code commerce français.

-Code des marchés français.

-Code de la commande publique.

4-Les notes de service

-Envoi n° 149 /DC/ P.M du 16 JUIN 2015 de monsieur le directeur de cabinet de monsieur le premier ministre.

-Envoi n° 1356 /DC/ P.M du 1 AOUT 2015 de monsieur le directeur de cabinet de monsieur le premier ministre.

-Envoi n°1537 /DC/P.M du 06 SEPTEMBRE 2015 monsieur le premier ministre.

-Envoi n°4284/MF/DGB/DRBCD/SDR/2015 du 03 AOUT 2015.

-Envoi n°4947/MF/DGB/DDH/DSC/2015.

-Envoi n°1823 /MDC/PM/ du 18 OCTOBRE 2015 de monsieur le premier ministre.

-Envoi n° 5728/MF/DGB/DRECD/SDG/15.DU 26 Septembre 2015.

الفهرس

1	مقدمة
12	الباب الأول: النظام القانوني لأشخاص القانون الخاص وتنظيم الصفقات العمومية
15	الفصل الأول: الاطار القانوني للمؤسسة العمومية
15	المبحث الأول: ماهية المؤسسة العمومية
16	المطلب الأول: تعريف المؤسسة العمومية
16	الفرع الأول: التعريف القانوني والفقهى للمؤسسة العمومية
16	أولاً: التعريف القانوني
16	1. دستور
16	أ-دستور 1963
17	ب. دستور سنة 1976
17	ج. دستور سنة 1989
18	د. تعديل دستوري لسنة 1996
18	هـ. تعديل دستوري لسنة 2020
19	2. التشريع العادي
20	3. النصوص التنظيمية
21	ثانياً: التعريف الفقهي
22	الفرع الثاني: أصناف المؤسسات العمومية
22	أولاً: المؤسسات العمومية بحسب مجال اختصاصها
23	1. المؤسسات العمومية الوطنية
23	2. المؤسسات العمومية المحلية
27	ثانياً: المؤسسات العمومية بحسب طبيعة نشاطها
28	1. المؤسسات العمومية الإدارية
29	2. المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
30	3. أجهزة الضمان
31	4. مراكز البحث والتنمية
32	5. المؤسسات العلمية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي

33	6. المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني
35	المطلب الثاني: تأثير تاريخ النظام الاقتصادي على مفهوم المؤسسة العمومية
35	الفرع الأول: تأثير مرحلة الاقتصاد المقيد على مفهوم المؤسسة العمومية
35	أولاً: مرحلة التسيير الذاتي
38	ثانياً: مرحلة التسيير الاشتراكي
41	الفرع الثاني: انعكاسات مرحلة الاقتصاد الحر على مفهوم المؤسسة العمومية
41	أولاً: القانون التوجيهي الخاص بالمؤسسات العمومية الاقتصادية
41	1. بداية ظهور القانون التوجيهي بعد الاشتراكية
42	2. مفهوم المؤسسة العمومية الاقتصادية في إطار اقتصاد السوق
43	ثانياً: خصوصية المؤسسات العمومية الاقتصادية
44	المبحث لثاني: المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية
45	المطلب الأول: ماهية المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
45	الفرع الأول: تعريف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
46	الفرع الثاني: نشأة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
	المطلب الثاني: أركان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وطبيعتها القانونية
48	
48	الفرع الأول: أركان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
49	أولاً: إدارة مرفق عام
49	ثانياً: التمتع بالشخصية المعنوية
50	ثالثاً: الاستقلالية المالية والإدارية
51	رابعاً: مبدأ التخصص
52	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
52	أولاً: القانون المطبق على المستخدمين
53	ثانياً: النظام المالي والمحاسبي
55	ثالثاً: طرق تنظيم الإدارة

56	الفصل الثاني: اجراءات وطرق إبرام الصفقات العمومية من قبل أشخاص القانون الخاص
56	المبحث الأول: طرق إبرام الصفقات العمومية من قبل أشخاص القانون الخاص
57	المطلب الأول: أنواع الصفقات العمومية وطرق تمويلها
57	الفرع الأول: أنواع الصفقات العمومية
57	أولاً: صفقات الأشغال العمومية
61	ثانياً: عقد اقتناء اللوازم
62	ثالثاً: صفقة إنجاز الدراسات
63	رابعاً: صفقة تقديم الخدمات
64	الفرع الثاني: طرق تمويل الصفقات العمومية
64	أولاً: تخصيصات ميزانية الدولة
65	ثانياً: حسابات الخاصة بالخرينة
66	ثالثاً: الإشراف بالانتداب
69	المطلب الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية
69	الفرع الأول: طلب العروض كأصل لإبرام الصفقة العمومية
69	أولاً: تعريف طلب العروض
70	ثانياً: أشكال طلب العروض
71	1- طلب العروض المفتوح
71	2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا
72	3- طلب العروض المحدود
72	4- المسابقة
73	الفرع الثاني: تفاوض كإستثناء لإبرام الصفقة العمومية
74	أولاً: إجراء التفاوض المباشر
76	ثانياً: التفاوض بعد الاستشارة
77	المبحث الثاني: إجراءات إبرام الصفقات العمومية وطرق الرقابة عليها
78	المطلب الأول: الإجراءات المتبعة لإبرام الصفقات العمومية
78	الفرع الأول: الإجراءات المتبعة في أسلوب طلب العروض

78	أولاً: مرحلة إعداد الصفقة العمومية
78	ثانياً: مرحلة ظهور الصفقة للجمهور
79	1-تحضير مشروع دفتر الشروط
81	2- إحالة المترشحين على التنافس
84	3-إيداع العروض وفتح الأظرفة
84	أ-تحضير العرض
85	ب-محتوى العرض
92	4-مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض
92	أ-تشكيل اللجنة
93	ب- فتح الأظرفة في جلسة علنية
93	ج-مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
94	د- مرحلة تقييم العروض من قبل لجنة الفتح والتقييم
96	5-معايير التقييم وأسس اختيار المتعاقد
96	أ- أسس التقييم
96	ب- المعايير للانتقاء
97	6- مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت ومرحلة اعتماد الصفقة
97	أ-مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت
98	ب-مرحلة اعتماد الصفقة
98	الفرع الثاني: اجراءات ابرام الصفقة بطريق التفاوض
98	أولاً: في أسلوب التفاوض المباشر
99	ثانياً: في أسلوب التفاوض بعد الاستشارة
	المطلب الثاني: الرقابة القبلية على الصفقات العمومية المبرمة من قبل أشخاص القانون الخاص
102	الخاص
102	الفرع الأول: الرقابة الداخلية للصفقات العمومية
102	أولاً:الرقابة الداخلية
102	1-تشكيل اللجنة

102.....	2- مهام اللجنة
103.....	ثانيا :الرقابة الخارجية القبلية
105.....	ثالثا:الرقابة الوصاية
	الفرع الثاني:دور المراقب الميزانياتي وكذا صندوق الوطني للاستثمار على صفقات
105.....	العمومية
105.....	أولا:المراقب الميزانياتي
105.....	1- المركز القانوني المراقب الميزانياتي.....
106.....	أ- المهام ذات الطابع تقني الرقابي.....
107.....	ب- المهام الإستشارية
108.....	2- مجال الرقابة السابقة للنفقات الملتمزم بها
110.....	3- الرقابة الممارسة من طرف المراقب الميزانياتي على الصفقات العمومية.....
110.....	أ- إجراءات الرقابة الممارسة من طرف المراقب الميزانياتي على الصفقة العمومية
112.....	ب- نتائج الرقابة الممارسة من طرف المراقب الميزانياتي على الصفقات العمومية
115.....	ثانيا: الصندوق الوطني للاستثمار
115.....	1- ماهية الصندوق الوطني للاستثمار
116.....	2- مهام الصندوق الوطني للاستثمار
116.....	أ-تمويل المشاريع الاستثمارية الاقتصادية
116.....	ب- تمويل مشاريع التجهيز العمومي
115.....	الباب الثاني: تسوية نزاعات الصفقات العمومية المبرمة من قبل أشخاص القانون الخاص
	الفصل الأول: الطرق البديلة لحل منازعات الصفقات العمومية المبرمة من قبل أشخاص القانون
116.....	الخاص
	المبحث الأول: الآليات الإدارية لتسوية الصفقات العمومية المبرمة من قبل أشخاص القانون الخاص
117.....
117.....	المطلب الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام.....
118.....	الفرع الأول: الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية المختصة.....
118.....	أولا: ماهية التظلم الإداري في مادة الصفقات العمومية

- 121.....ثانيا: تنظيم لجان الصفقات العمومية المختصة للنظر في الطعون المقدمة في مرحلة الإبرام.....
- 122.....ثالثا: النتائج المترتبة عن الطعن أمام لجان الصفقات العمومية.....
- 124.....الفرع الثاني: تسوية منازعات الصفقات العمومية في ظل قانون المنافسة.....
- 125.....أولا: صور الممارسات المناهية للمنافسة.....
- 126.....1-الممارسات الهيكلية المناهية للممارسة.....
- 126.....أ-التجمع.....
- 128.....ب-تحصيل الصفقات العمومية.....
- 129.....ج- المناولة.....
- 131.....2- الممارسات السلوكية المناهية للمنافسة.....
- 131.....أ-تبادل المعلومات لنيل الصفقة العمومية.....
- 133.....ب-تقديم عروض تضليلية.....
- 133.....ج-تقديم أسعار منخفضة.....
- 134.....ثانيا: اختصاص مجلس المنافسة بنظر في التقييدات المتعلقة بالصفقات العمومية.....
- 134.....1- مجال اختصاص مجلس المنافسة.....
- 134.....2-الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة لأجل النظر في الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية.....
- 135.....أ-شروط رفع الإخطار أمام مجلس المنافسة.....
- 137.....ب-القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة.....
- 139.....المطلب الثاني: تسوية منازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ.....
- 139.....الفرع الأول: الملحق.....
- 140.....أولا: تعريف ملحق الصفقة العمومية.....
- 140.....1-التعريف القانوني.....
- 143.....2- التعريف الفقهي.....
- 144.....ثانيا:أنواع الملاحق.....
- 144.....أ-ملحق الأشغال المضافة.....
- 145.....ب.الملحق التصحيحي.....

- ج-ملحق الاقفال النهائي للصفقة 145
- ثالثا: شروط ابرام الملحق 145
- 1-وجود صفقة أصلية مكتوبة 146
- 2-عدم المساس الجوهرى بموضوع وتوازن الصفقة 147
- 3-ابرام الملحق في آجال التعاقدية 148
- 4- شرط الخضوع لرقابة لجنة الصفقات المختصة 150
- 5-حالة عدم تجاوز الملحق للحدود المالية 150
- 6-حالة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة 151
- 7-حالة الخدمات التكميلية 151
- 8-وجود الغلاف المالي 151
- الفرع الثاني: إعادة صياغة الأسعار 151
- أولا: تعريف تحيين الأسعار وشروطه 152
- 1-تعريف تحيين أسعار الصفقة 152
- أ-إذا لم تدخل الصفقة حيز التنفيذ إلا بعد انتهاء صلاحية العرض 152
- ب-في حالة تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك 153
- 2-شروط تحيين الأسعار 153
- ثانيا: تعريف مراجعة الأسعار وشروطه 154
- 1-تعريف مراجعة الأسعار 154
- 2-شروط اللجوء إلى مراجعة الأسعار 154
- أ-اتصال مراجعة الأسعار بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية 155
- ب-ألا يندرج ضمن الحالات التي تمنع أعمال بند المراجعة 155
- ج-صيغ مراجعة الأسعار 155
- الفرع الثالث: لجنة التسوية الودية للصفقات العمومية 156
- 1- الطابع القانوني للطعن أمام لجان التسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية 157
- 2- تحديد الآثار الناجمة عن اللجوء إلى لجان التسوية الودية 159

- أ- إلزامية الحل الصادر عن لجان التسوية الودية من عدمه 160
- ب- التزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية 160
- ج- التزام المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد 161
- 3- اختصاص لجان التسوية الودية لنزاعات التنفيذ 161
- أ- تشكيلة لجان التسوية الودية 162
- ب- المهام والاجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية 162
- المبحث الثاني: طرق التسوية البديلة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 164
- المطلب الأول: التحكيم 164
- أولاً: تعريف التحكيم ومميزاته 165
- 1- تعريف باتفاق التحكيم وآثاره 165
- 2- مميزات التحكيم 166
- أ- قيام التحكيم على أساس مبدأ سلطان الإرادة 166
- ب- سرعة وبساطة الاجراءات 167
- ج- السرية 167
- ثانياً: مدى مشروعية التحكيم 167
- 1- مرحلة عدم استقرار في النظام القانوني 167
- 2- مرحلة الاستقرار 171
- أ- مشروعية لجوء الأشخاص المعنوية للتحكيم 171
- ب- جوازية التحكيم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة 171
- ثالثاً: تنظيم المشرع لاتفاق التحكيم في منازعات الصفقات العمومية 172
- 1- تعريف صور اتفاقيات التحكيم 172
- أ- شرط التحكيم 172
- ب- اتفاق التحكيم 173
- 2- شروط صحة اتفاقيات التحكيم 173
- أ- الشروط الشكلية 174
- ب- الشروط الموضوعية 175
- رابعاً: التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية 176

176.....	1-الاجراءات التحكيمية أمام هيئة التحكيم
176.....	أ-تحريك إجراءات التحكيم
177.....	ب-تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الداخلي
177.....	خامسا:ممارسة طرق الطعن في أحكام التحكيم
177.....	1-فيما يخص طرق الطعن في التحكيم الداخلي
177.....	أ-الطعن العادي بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلي
178.....	ب-طرق الطعن غير العادية في أحكام التحكيم الداخلي
179.....	2-طرق الطعن في أحكام التحكيم الخارجي
179.....	أ-الطعن بالاستئناف
180.....	ب-الطعن بالبطلان
180.....	ج-الطعن بالنقض
180.....	المطلب الثاني: الصلح
181.....	أولا:تعريف الصلح
182.....	ثانيا: آثار الصلح
182.....	ثالثا:موقف المشرع الجزائري من اجراء الصلح
	الفصل الثاني: الاختصاص القضائي لتسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة من طرف أشخاص
183.....	القانون الخاص
185.....	المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات صفقات أشخاص القانون الخاص...
186.....	المطلب الأول: إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق اختصاص القضائي....
187.....	الفرع الأول: المعيار العضوي
190.....	الفرع الثاني: المعيار المادي
190.....	أولا: معيار المرفق العام
191.....	ثانيا: معيار السلطة العامة
	المطلب الثاني:حسم مسألة الاختصاص بين جهة القضاء الإداري والقضاء العادي في
192.....	منازعات الصفقات العمومية
193.....	الفرع الأول: تكريس المعيار العضوي في تحديد جهة اختصاص القضاء الإداري

- الفرع الثاني: ملامح اتجاه المشرع نحو اعتناق المعيار المادي عن طريق الوكالة... 201
- المبحث الثاني: تحديد الدعاوى واختصاص الجهات القضائية الإدارية في منازعات الصفقات العمومية
لأشخاص القانون الخاص 211
- المطلب الأول: الاختصاص جهات القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية 212
- الفرع الأول: الاختصاص النوعي لجهات القضاء الإداري 212
- أولاً: الاختصاص النوعي لمجلس الدولة 213
- 1- اختصاص مجلس الدولة كقاضي نقض 213
- 2 - اختصاص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة 215
- ثانياً: اختصاص النوعي للمحاكم الاستئنافية 218
- أ- أن يكون محل الاستئناف حكماً قضائياً 219
- ب- أن يكون الحكم محل الاستئناف صادراً عن جهة قضائية إدارية 219
- ج- أن يكون الحكم محل الاستئناف ابتدائياً 219
- ثالثاً: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية 221
- 1- مجال الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في نزاعات الصفقات العمومية 222
- أ- الدولة 223
- ب- الجماعات الإقليمية 224
- ج- المؤسسات العمومية 226
- 2- تداخل الاختصاص بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية 227
- الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي بمنازعات الصفقات العمومية 229
- أولاً: تحديد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية 230
- 1- القاعدة التي ينبنى عليها تحديد الاختصاص الإقليمي 232
- أ- محل وجود السكن الرئيسي 233
- ب- محل الإقامة العادي 233
- ج- على أساس النشاط 233
- د- عدم جواز جمع الشخص لأكثر من موطن في وقت واحد 233
- 2- الإستثناءات الواردة على قاعدة الاختصاص الإقليمي 234

- أ-الاختصاص الإقليمي على أساس مكان التنفيذ.....235
- ب-الاختصاص الإقليمي على أساس مكان الإبرام.....236
- ثانيا:تسوية مسائل الاختصاص الإقليمي237
- 1 - مسألة تنازع الاختصاص الإقليمي ما بين المحاكم الإدارية237
- 2- توسيع مجال الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية.....238
- أ-حالة الطلبات الإضافية أو العارضة أو المقابلة238
- ب-حالة الارتباط.....239
- المطلب الثاني: أنواع الدعاوى المرتبطة بالصفقات العمومية240
- الفرع الأول:دعوى الإلغاء أساس لتسوية منازعات الصفقات العمومية.....240
- أولا: الشروط الخاصة لرفع دعوى الإلغاء المتعلقة بالصفقات العمومية241
- 1- قيام دعوى الإلغاء على مخاصمة القرار الإداري المنفصل المشوب بعيب عدم المشروعية أو ضد الأحكام التنظيمية لعقد الصفقة العمومية.....241
- أ-دعوى إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة العمومية.....241
- ب-إلغاء الأحكام التنظيمية المتعلقة بعقد الصفقة العمومية245
- 2-المصلحة.....246
- 3- شرط الميعاد في دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية.....247
- الفرع الثاني:القضاء الكامل248
- أولا: حدود رقابة قاضي العقد على المنازعات المنصبة حول صحة عقد الصفقة العمومية248
- 1- الطعن الممارس من قبل أطراف العقد حول مدى سلامة صحة عقد الصفقة العمومية.....248
- أ-مدى سلامة أركان عقد الصفقة العمومية.....249
- ب-الشروط الشكلية والإجرائية251
- 2 - الطعن الممارس من قبل المتنافسين المتضررين من إبرام الصفقة العمومية.....252
- 3- الطعن الولائي253
- ثانيا : الدعاوى المنصبة على بنود الصفقة253
- 1 - الدعاوى المنصبة على المسؤولية العقدية على أساس الخطأ253
- أ-إخلال المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية254

257.....	ب-الاستعمال السيء لسلطات المصلحة المتعاقدة
262.....	2 - الدعاوى المنصبة على أساس مسؤولية المصلحة المتعاقدة بدون خطأ
266.....	الخاتمة
265.....	قائمة المصادر والمراجع
281.....	الفهرس

يحتل مجال الصفقات العمومية بأهمية بالغة بالنسبة للاقتصاد الوطني، وتعود هذه الأهمية لاعتبار الصفقة العمومية الطريق القانوني الذي تستخدمه الدولة ومختلف المتعاملين من أجل إنجاز المشاريع بجودة عالية بأقل التكاليف وأجال مدروسة، وكون تمويل الصفقات العمومية يعود للخزينة العامة للدولة وجب توفير الحماية القانونية لهذه العملية عن طريق إيجاد تنظيم قانوني خاص بها يحقق المصلحة العامة ويحترم الحرية الاقتصادية في ذات الوقت، وهو ما جسده المشرع الجزائري عمليا بإصدار المرسوم الرئاسي 15-247 الذي عرف عدة تعديلات سابقة ومواكبة لمتطلبات كل مرحلة، فالقول بالصفقة العمومية يحيل بالضرورة إلى أشخاص القانون العام أي الدولة والمؤسسات التابعة لها والقول بغير ذلك نوع من التضاد.

لكن المشرع ألزم أشخاص القانون الخاص الخاضعين للتشريع التجاري بتطبيق أحكام التنظيم الصفقات العمومية في حالة محددة وهي التمويل الكلي أو الجزئي للصفقة من الخزينة العمومية (الدولة و/أو الجماعات الإقليمية) ما يخلق اشكال أي قانون يطبق في حالة النزاع وبالنتيجة أي هرم قضائي هو المختص في البت في منازعة أحد أطرافها أشخاص القانون الخاص، وكذا حالات التمويل وتجسيدها عمليا، إضافة إلى دور الوسائل الودية المنصوص عليها في كل من تنظيم الصفقات العمومية أو قانون الإجراءات المدنية في حل المنازعات وتجسيد المشاريع واقعا.

الكلمات المفتاحية: مؤسسة عمومية تجارية وصناعية، صفقة، تنازع الاختصاص القضائي، الطرق الودية، تمويل من قبل الخزينة.

Résumé

Le domaine des marchés publics occupe une grande place dans l'économie nationale ; cela est dû au fait qu'un marché public est considéré comme la voie légale utilisée par l'État et les différents partenaires pour réaliser des projets au moindre coût et dans des délais raisonnés.

Comme le financement des marchés publics relève du Trésor public, l'état est tenu d'assurer la protection juridique de ce processus en créant sa propre organisation juridique dans l'intérêt public tout en respectant la liberté économique, c'est ce que le législateur algérien a matérialisé, dans la pratique, par la promulgation du décret présidentiel n°15-274 qui a connu plusieurs modifications aux fins de répondre aux exigences de chaque étape. Dire « Marché Public » renvoie nécessairement aux entités du droit commun, à savoir, l'état et ses institutions et affirmer les choses autrement serait une forme de contradiction.

Toutefois, le législateur a engagé les entités du droit privé soumis à la législation commerciale dans l'application des dispositions de la réglementation des marchés publics dans un cas spécifique, à savoir, le financement total ou partiel du marché à partir du trésor public (États et/ou collectivités territoriales) ; de cela est issue une loi applicable en cas de conflit, avec pour conséquence, toute pyramide judiciaire compétente pour statuer sur un litige relevant en partie du droit privé, dans les cas de leur financement et matérialisation pratique, ainsi que lorsqu'il s'agit du rôle des moyens de règlement à l'amiable prévus aussi bien par la réglementation des marchés publics que par le Code de procédure civile dans la résolution des litiges et la réalisation concrète des projets.

Les mots clés : Entreprise Publique Commerciale et Industrielle ; Marché- Conflit des compétences judiciaires ; Moyens de règlement à l'amiable ; Financement par le trésor.

Abstract

The field of public procurement occupies a major place in the national economy; this is due to the fact that a public procurement is considered to be the legal way used by the State and the various partners to carry out projects at the lowest cost and within reasonable deadlines.

As the financing of public procurement is the responsibility of the Treasury, the State is required to ensure the legal protection of this process by creating its own legal organization in the public interest while respecting economic freedom, this is what the Algerian legislator materialized, in practice, by the promulgation of presidential decree No. 15-274 which has undergone several modifications in order to meet the requirements of each stage. To say "Public Procurement" necessarily refers to the entities of common law, namely, the state and its institutions and to affirm things otherwise would be a form of contradiction.

However, the legislator has committed the private law entities subject to commercial law to apply the provisions of the public procurement regulation in a specific case, namely, the total or partial financing of the contract from the public treasury (States and/or territorial authorities); from this comes a law applicable in case of conflict, with the consequence, any judicial pyramid competent to rule on a dispute falling partly under private law, in cases of their financing and practical materialization, and when it concerns the role of the means of amicable settlement provided for by the regulation of public contracts as well as by the Code of Civil Procedure in the resolution of disputes and the concrete implementation of projects.

Keywords: Industrial, commercial and public company; Market; Conflict of judicial competences; Means of amicable settlement; Financing by treasury.