

جامعة جيلالي لياس - سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مدرسة الدكتوراه

" قانون الإدارة العامة "



القضاء المستعجل في العقود الإدارية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام في إطار مدرسة الدكتوراه

إشراف الأستاذ الدكتور:

مكلكل بوزيان

إعداد الطالب:

عميري أحمد

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيساً

أستاذ التعليم العالي، جامعة سيدي بلعباس

أ.د/ قاسم العيد عبد القادر

مشرفاً ومقرراً

أستاذ التعليم العالي، جامعة سيدي بلعباس

أ.د/ مكلكل بوزيان

عضواً مناقشاً

أستاذ التعليم العالي، جامعة سيدي بلعباس

أ.د/ قادة بن بن علي

السنة الجامعية: 2017-2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...﴾

سورة المائدة الآية (1)

﴿... وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا...﴾

سورة طه الآية (114)

﴿تَعَلَّمُوا الْعِلْمَ، فَإِنَّ تَعَلُّمَهُ لِلَّهِ خَشْيَةٌ، وَطَلَبُهُ عِبَادَةٌ،
وَمُذَاكَرَتُهُ تَسْبِيحٌ، وَالْبَحْثُ عَنْهُ جِهَادٌ، وَتَعْلِيمُهُ لِمَنْ لَا
يَعْلَمُهُ صَدَقَةٌ، وَبَذْلُهُ لِأَهْلِهِ قُرْبَةٌ، لِأَنَّهُ مَعَ الْإِلْمِ الْحَلَالِ
وَالْحُرَامِ، وَمَنَارُ سَبِيلِ الْجَنَّةِ، وَالْأُنْسُ فِي الْوَحْدَةِ،
وَالْمُحَدِّثُ فِي الْخَلْوَةِ، وَالصَّاحِبُ فِي الْعَزَلَةِ، وَالِدَّلِيلُ عَلَى
السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ، وَالسَّلَاحُ عَلَى الْأَعْدَاءِ...﴾

معاذ بن جبل

﴿... أني رأيت أنه لا يكتب إنساناً كتاباً في يومه إلا قال في غده:

لَوْ غُيِّرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَنُ وَ لَوْ زِيدَ كَذَا لَكَانَ يُسْتَحْسَنُ وَلَوْ
قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ وَلَوْ تُرِكَ هَذَا لَكَانَ أَجْمَلَ، وهذا من أعظم العبر
وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر...﴾

العماد الأصفهاني

إهداء

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاك سعادتي بخيوط منسوجة من قلبه وسعى وشقي
لأنعم بالراحة والهناء الذي لم ييخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح الذي علمني
الصبر والحكمة والمثابرة إلى والدي الغالي الحبيب

إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامهما إلى الوالدين العزيزتين، لكونهما أجمل هبة في حياتي
إلى من حبهم يجري في عروقي، إلى أخواتي فريدة، إيمان، وفاء، وأخي رضا
إلى من سرنا سوياً ونحن نشق الطريق معاً نحو النجاح والإبداع إلى من تكاتفنا يداً بيد ونحن
نقطف زهرة تعلمنا إلى زملائي وأصدقائي، أحمد، حسين، عبد الله، سيد أحمد
إلى من صاغوا لنا علمهم حروفاً ومن فكرهم منارة تنير لنا سيرة العلم والنجاح، إلى أستاذتي
الكرام

إلى أستاذتي الأعزاء بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تيارت وجامعة سيدي بلعباس

إلى أستاذتي القدير الأستاذة الدكتورة عليان بوزيان

إلى كل من علمني حرفاً وأنار لي درباً وكان لي على الصعاب عوناً

إلى زملائي الأفاضل وزميلاتي الفضليات بمدرسة الدكتوراه

إلى وطني الغالي الجزائر

إلى كل الذين وسعتهم ذاكرتي ولم أكتبهم في رسالتي...

إلى كل هؤلاء جميعاً أهدي هذه المذكرة راجياً من المولى عزّ و جلّ التوفيق والسداد.

أحمد عميري 

كلمة شكر و عرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

الحمد لله على نعمه الكثيرة التي لا تعد ولا تحصى

الحمد لله على توفيقه على إنجاز هذه المذكرة

"ولئن شكرتكم لأنريدنكم"

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان للأستاذ الدكتور مكلل بوزيان على قبوله وبصدر رحب الإشراف على هذه المذكرة وعلى توجيهاته القيّمة، وتشجيعه المتواصل لي طيلة إنجاز هذا العمل ومساعدته لي بنصائحه وصبره الجميل، فأدامه الله في خدمة العلم وخدمة الوطن.
كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير والعرفان إلى الأساتذة أعضاء اللجنة الموقرة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

خالص الشكر والعرفان

أحمد عميري 

قائمة بأهم المختصرات Abréviations

باللغة العربية:

- ت ص ع - ت م ع.....تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
ج ر جريدة رسمية.
دج.....دينار جزائري.
ص..... الصفحة.
ق إ م إ.....قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق إ م..... قانون الإجراءات المدنية.

باللغة الفرنسية:

- A.J.D.A : actualité juridique de droit administratif.
B.O.M.O.P.....Bulletin officiel des marchés de l'opérateur public.
B.O.T..... Build, Operate, Transfer.
C.E Conseil d'État Français.
ED.....Edition.
Ibid.....(Ibidem), au même endroit.
J.O.R.F..... journal officiel de la République Française.
L.G.D.J:Librairie général de droit et de jurisprudence.
N° Numéro.
Op. Cit..... Opere citato (Référence précédemment citée).
P..... Page.
PPP..... Partenariat Public Privé.
R.F.D.A.Revue Française de Droit Administratif.
T.A tribunal administratif.

مقدمة

مقدمة

يسود مبدأ المشروعية في الدولة القانونية، ولكي يطبق هذا المبدأ بشكل صارم يجب أن يمارس القضاء سلطته الرقابية على أعمال الإدارة مبتغياً تصحيح الانحراف الذي قد يحصل أو تعويض المتضرر من جراء ممارسة الإدارة لنشاطها، لذا وعلى الرغم من وجود أنواع أخرى من الرقابة على أعمال الإدارة إلا أن الرقابة القضائية تمثل أفضل ضمانات لتطبيق أحكام القانون والوسيلة الأكثر فعالية إذا تمت ممارستها باستقلال تام.

وتلجأ الإدارة العامة أثناء قيامها بنشاطاتها الوظيفية إلى وسائل متعددة تتمثل أساساً في أعمال إدارية مادية لا تهدف من ورائها إلى إحداث أي آثار قانونية، وأعمال إدارية قانونية تهدف من ورائها الإدارة إلى إحداث آثار قانونية، والأعمال الإدارية القانونية بدورها تنقسم إلى أعمال إدارية قانونية انفرادية تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة مستعملة امتيازات السلطة العامة، وتتمثل هذه الأعمال الانفرادية في سلطة اتخاذ القرارات الإدارية، أما النوع الثاني فيتمثل في الأعمال الإدارية القانونية الاتفاقية أو الرضائية وتتمثل هذه الأعمال الاتفاقية في إبرام العقود الإدارية.

وتعتبر العقود الإدارية الوسيلة الأنجع التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية من تحقيق برامجها التنموية، هذا ما يجعلنا ندرك بسهولة الثقل المالي للعقود الإدارية في اقتصاد أي دولة، فالعقود الإدارية تعتبر معياراً حقيقياً لشفافية المناخ الاستثماري ووسيلة فنية لتطبيق برنامج الحكومة في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتقديم الخدمات العمومية، وهكذا يتضح بأن العقود الإدارية تحتل جانبا هاما من أعمال الدولة إذ تمثل الشريان الذي يدفع عجلة التنمية، كما تعتبر العقود الإدارية النظام الأفضل لاستغلال الأموال العمومية.

إن الحرية التعاقدية تتشكل جوهرياً من مقولة إن تكوين العقد يجب أن يُترك بشكل كامل لإرادة أطرافه، وهذه الحرية يجب أن تكون حاضرة في كل لحظة وفي كل مرحلة من هذا التكوين، وذلك يتجلى خصوصاً من حيث حرية التعاقد أو حرية عدم التعاقد، وحرية اختيار المتعاقد، وحرية تحديد محتوى العقد، وكذلك من حيث التفاوض مع المتعاقد المحتمل.

وفي معرض إبرامها لعقودها لا تتمتع الإدارة العامة كأصل عام بما يتمتع به الأفراد من حرية، فهي في اختيارها للمتعاقد معها غالباً ما تجد طريقاً مرسوماً لها يتعين عليها سلوكه، فالإدارة ملزمة بإتباع إجراءات الإبرام المنصوص عليها قانوناً، فبالنسبة للتشريع الجزائري نجد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي يبين للمصلحة المتعاقدة كيفية تنظيم علاقاتها التعاقدية بالنسبة لهذا النوع من العقود المهمة.

وعند مباشرتها لإجراءات الإبرام تصدر الإدارة قرارات إدارية تعبيراً منها عن رغبتها في التعاقد، وهذه القرارات التي تدخل في تكوين العقد ليست غاية بذاتها وإنما تندمج في عملية التعاقد، والأصل المعمول به في نطاق الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الإدارة أنه متى صدر قرار عن هذه الأخيرة انطوى على خرق لمبدأ المشروعية كان للمتضرر مباشرة دعوى الإلغاء بقصد تجنب الآثار المختلفة التي تترتب عن ذلك القرار، وفي نطاق العقود الإدارية فإن هذه الدعوى توجه ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، غير أنه قد تبين وخلال فترة طويلة من الزمن أن دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والتي تساهم في تكوينه، غير ذات فعالية حيث أن القاضي يبت فيها غالباً بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان حتى بعد تنفيذه وتصفية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه.

وظاهرة الفساد الإداري التي باتت تهدد مبدأ المشروعية وتمس بمعالم دولة القانون، هذه الظاهرة السلبية أصبح مجالها الخصب في مرحلة إبرام العقد الإداري هذه المرحلة الحساسة قد عرفت انتشاراً واسعاً لظاهرة الفساد بكل أنواعه، لأن في هذه المرحلة تبدأ عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة، لذا فإن المنازعات التي تظهر في هذه المرحلة (مرحلة الإبرام) تتعلق بمبدأ المشروعية، والذي يحتاج إلى رقابة فعالة بغية تطبيقه بشكل صارم.

وكما هو معلوم أن إجراءات إبرام العقود الإدارية يجب أن تكون قائمة ومؤسسة على مجموعة من المبادئ ينبغي على الإدارة احترامها، والهدف من تكريس هذه المبادئ هو ضمان نجاعة الطلبات العمومية من جهة والاستعمال الحسن للمال العام من جهة ثانية،

ويعتبر القضاء بمختلف أقسامه وفروعه بمثابة صمام أمان لمبادئ إبرام العقود الإدارية، فيمكن إخطار القاضي الجزائي إذا كان الإخلال بإحدى هذه المبادئ له وصف جزائي ويشكل إحدى الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، كجريمة المحاباة أو جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية، ويعتبر القضاء الجزائي في مادة إبرام العقود الإدارية بمثابة وسيلة ردع لمنع الفساد في مجال إبرام هذه العقود، كما يمكن إخطار القاضي الإداري الاستعجالي الذي يفصل في منازعة الإبرام على وجه السرعة، وذلك نظراً لأهمية العقد الإداري وارتباطه الوثيق بالمرفق العام وإشباع الحاجات العامة، هذه الدعوى استحدثها المشرع الجزائري بموجب المادتين 946، 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تحت عنوان "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، حيث افترض المشرع عنصر الاستعجال بمجرد الإدعاء بوجود إخلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية، وتمّ منح القاضي الاستعجالي سلطات واسعة وغير مألوفة في الدعاوى الاستعجالية الإدارية الأخرى، وذلك رغبة من المشرع في توفير حماية فعّالة للمبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، وهذا النظام القضائي الجديد ظهر باهتمام مزدوج أوروبي من خلال توجيهات أصدرها، وفرنسي من خلال تشريعات أقرّها، وهو يشبه إلى حد كبير قضاء الإلغاء وله صفة الاستعجال ومحلله القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة عن الإدارة في معرض إبرامها العقود الإدارية متى كان في هذه القرارات مساس وانتقاص من مبادئ الإبرام التي يفترض أن تكون بمثابة الخطوط العريضة التي تقوم عليها إجراءات التعاقد.

من خلال هذه الدعوى الاستعجالية التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادتين 946 و 947 منه، يتبيّن مدى حرص المشرع الجزائري على تفعيل دور القضاء الإداري الجزائري في الرقابة على أعمال الإدارة، وحرصه على تعزيز دور القضاء المستعجل في منح عدالة سريعة للمتقاضين، ولا شك أنّ القضاء الاستعجالي الإداري باستخدامه سلطة الأمر واستخدامه أسلوب التهديد المالي قد أصبح قادراً أكثر من أي وقت مضى على إرغام المصلحة المتعاقدة باحترام القوانين والتنظيمات التي تُحدّد طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية، ترشيحاً للإنفاق العام وضمان نوعية وجودة الطلب العمومي ونجاعته.

وترجع أسباب اختيار موضوع هذه الدراسة إلى وجود ثغرة تكمن في قلة اللجوء إلى القضاء الإداري الاستعجالي لتسوية المنازعات التي قد تنشأ في مرحلة إبرام العقود الإدارية، فمعظم القضايا الإدارية الاستعجالية المتعلقة بالعقود الإدارية تثار أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ومن جهة ثانية تعتبر هذه الدعوى بمثابة إجراء جديد لم يكن موجود في المنظومة القانونية الجزائرية، وبالتالي يحتاج إلى الدراسة والتحليل للوقوف على مدى نجاعته ومدى تحقيقه للأهداف المرجوة من وراء استحداثه، وذلك من خلال التطرق إلى بعض التطبيقات القضائية المتعلقة بالاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية.

وتتجلى أهمية هذه الدراسة من خلال الدور الوقائي والعلاجي الذي يقوم به القضاء الإداري الاستعجالي في حماية مبادئ إبرام العقود الإدارية من جهة، ومن جهة ثانية تعتبر العقود الإدارية أهم قناة لصرف الأموال العامة بغية تحقيق المشاريع التنموية في جميع المجالات إضافة إلى أنها وسيلة لتقديم الخدمة العمومية تحقيقاً للصالح العام، مما يجعلها المجال الخصب لتفشي ظاهرة الفساد بمختلف أشكاله.

أمّا نطاق هذه الدراسة فينحصر في تسوية المنازعات التي قد تنشأ في مرحلة إبرام العقود الإدارية وما يترتب عنها من قرارات إدارية منفصلة عن العملية التعاقدية، بالإضافة إلى تحديد ماهية العقود الإدارية المعنية بهذا الإجراء الاستعجالي، ومن البديهيات أن تسوية المنازعة الإدارية عن طريق القضاء تعني إيجاد الحلول القانونية التي تفرضها القواعد القانونية، والعدالة القضائية التي تبتغيها سلطة القاضي، ويكون ذلك وفقاً لإجراءات محدّدة سلفاً، وهو ما سنوضحه من خلال هذه الدراسة.

وانطلاقاً من هذه المعطيات فإنّ الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة تتمثل فيما يلي:

ما مدى فعالية دور القضاء الاستعجالي الإداري في تحقيق التوازن بين أهلية المصلحة المتعاقدة في التعاقد تحقيقاً للمصلحة العامة وبين حرية المرشحين والمتعهدين في الوصول للطلبات العمومية؟.

هذه الإشكالية الرئيسية تتبثق عنها جملة من التساؤلات الفرعية التي تتمحور أساساً

حول:

- ما هي المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية؟.

- ما هي إجراءات رفع الدعوى الاستعجالية في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بهذه المبادئ؟.

- فيما تتمثل سلطات القاضي الاستعجالي الإداري في مواجهة المصلحة المتعاقدة تكريساً لهذه المبادئ؟.

ولقد اعتمدت في دراسة هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية، وتارةً أخرى اعتمدت على المنهج المقارن من خلال مقارنة النصوص القانونية الجزائرية بالنصوص القانونية الأجنبية لاسيما التشريع الفرنسي.

وهناك بعض الدراسات التي تناولت هذا الموضوع لكن بشكلٍ جُدُّ مقتضب، لأنها تطرقت إليه في أسطر معدودة، وذلك لكون أن معظم المراجع عالجت الاستعجال الإداري بصفة عامة، باستثناء بعض المقالات العلمية التي تناولت هذا الموضوع بصفة مستقلة.

أمّا الصعوبات التي واجهت هذه الدراسة فتمثلت أساساً في قلة الاجتهاد القضائي الجزائري، فعالية المحاكم الإدارية الجزائرية لم يُعرض عليها هذا النوع من منازعات الإبرام، على خلاف القضايا الاستعجالية المتعلقة بمنازعات تنفيذ العقد الإداري والآثار المالية الناتجة عنه فهي معروضة على القضاء الاستعجالي الإداري بقوة، أمّا على مستوى مجلس الدولة الجزائري فالقرارات الاستعجالية المتعلقة بمنازعات الإبرام تكاد تكون منعدمة، وذلك راجع إلى أن مجلس الدولة ينظر في هذا النوع من المنازعات كدرجة ثانية من درجات التقاضي، ومادمت القضايا المعروضة على مستوى الدرجة الأولى هي شبه منعدمة، فمنطقياً يحصل الأمر نفسه على مستوى الدرجة الثانية، وهذا راجع إلى عزوف المرشحين المستبعدين، وحتى ممثل الدولة على مستوى الولاية، عن إخطار القاضي الاستعجالي بالمخالفات والتجاوزات التي ترتكب أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، أمّا بالنسبة لبعض القضايا التي كانت مطروحة على المحاكم الإدارية - وهي قليلة جداً - فكلها رُفضت إمّا لرفع الدعوى بعد إبرام العقد، وإمّا رفضها لعدم التأسيس القانوني، وتمّ تأييد هذه الأوامر

الاستعجالية على مستوى مجلس الدولة، أمّا بالنسبة للاجتهاد القضائي الإداري الفرنسي فهو موجود بكثرة في هذا المجال.

وانطلاقاً من مبدأ التعاقب المنطقي والزمني للدراسات الأكاديمية سأتناول هذا الموضوع وفقاً للتقسيم الثنائي التالي:

أنتقل في البداية إلى النظام القانوني للعقد الإداري محل الدعوى الاستعجالية الإدارية (الفصل الأول)، ثم بعد ذلك أسلط الضوء على دور القضاء الاستعجالي الإداري في إرساء مبادئ إبرام العقود الإدارية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

النظام القانوني للعقد الإداري محل
الدعوى الاستعجالية

الفصل الأول

النظام القانوني للعقد الإداري محل الدعوى الاستعجالية

يسعى القضاء بمختلف أقطابه وأقسامه إلى حماية المال العام والحد من ظاهرة الفساد التي تم الاعتراف بها حتى على مستوى الخطاب الرسمي، ويلعب القضاء الإداري خصوصا في هذا المضمار دورا أساسيا، لاسيما من خلال الرقابة المنوطة به على مستوى مرحلة إبرام بعض العقود الإدارية⁽¹⁾ نظرا لأهميتها الاقتصادية ودورها الفعال في دفع عجلة التنمية وتجسيد المشاريع المسطرة، وتكون هذه الرقابة بواسطة إجراءات استعجالية تتميز بالسرعة، الهدف منها حماية المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام هذا النوع من العقود الإدارية.

وهكذا يتضح لنا أنه ليس كل عقد إداري يكون محلا لرقابة القاضي الإداري الاستعجالي، فالعقود الإدارية كما سبق الإشارة كثيرة ومتنوعة، فلا يتصور أن تكون كلها محلا للدعوى الاستعجالية الإدارية، فعقد القرض العام مثلا هو عقد إداري لكن وبالنظر للطابع الخاص لهذا العقد كونه يتعلق بتمويل قطاع عام سيما إن تعلق القرض بالدولة أو الولاية أو البلدية، فلا يتصور أن يخضع هذا النوع من العقود لمبدأ المنافسة فيكفي أن تُعلن الدولة أو الولاية أو البلدية أنها في حاجة إلى أموال ثم تنتظر القبول من طرف البنوك والمؤسسات المالية⁽²⁾، بمعنى أنه كل من يرغب في تقديم قرض لشخص من أشخاص القانون العام، يستطيع أن يكون طرفا في عقد القرض العام دون حاجة إلى فتح باب المنافسة، وبالتالي فإن عقد القرض العام لا يخضع لنفس المبادئ التي تقوم عليها باقي

¹ - تيور سي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، الطبعة الثانية 2015، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 435.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 113.

العقود الإدارية، وهذا ما يجعله يخرج عن نطاق الدعوى الاستعجالية المنصوص عليها في المادتين 946، 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

وإن كان المشرع الجزائري لم يستثني من خلال المادتين المذكورتين أعلاه أي عقد إداري من مجال أعمال وتحريك الدعوى الاستعجالية الإدارية، حيث جاء الفصل الخامس من الباب الثالث المتعلق بالاستعجال الإداري، تحت عنوان "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، لكن المنطق القانوني السليم يجعلنا نقول أنه ليس كل العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني موحد وبالتالي لا تخضع لنفس المبادئ أثناء عملية الإبرام.

فمن الناحية الأكاديمية يستوجب علينا تحديد مجال ونطاق تطبيق الدعوى الاستعجالية الإدارية وذلك بالتطرق إلى العقود الإدارية التي تخضع منازعات إبرامها لاختصاص القضاء الاستعجالي الإداري (**المبحث الأول**) ثم نتطرق بعد ذلك إلى المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام هذه العقود، بمعنى المبادئ التي تقوم عليها إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد (**المبحث الثاني**).

¹ - قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد (21) الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

المبحث الأول

العقود الإدارية التي تخضع منازعات إبرامها لاختصاص القضاء الاستعجالي الإداري

بالرجوع إلى المادة L 551-1 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي (قانون القضاء الإداري الفرنسي)، نجدها تحدّد العقود الإدارية التي تخضع منازعات إبرامها للقضاء الاستعجالي قبل التعاقد *référé précontractuel*، وتتمثل هذه العقود في عقود الشراء العام (عقود الصفقات العمومية)، وكذلك عقود تفويض المرفق العام.

أمّا المشرع الجزائري من خلال المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، اكتفى بعبارة "العقود الإدارية والصفقات العمومية"، فإذا كانت عقود الصفقات العمومية هي عقود واضحة ومحدّدة بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ولا تحتاج إلى التأويل، فإن مصطلح العقود الإدارية هو مصطلح شامل وواسع يحتاج إلى البحث⁽¹⁾.

فالعقود الإدارية كثيرة ومتنوعة، ولا يمكن أن تكون كلها محلا للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، فكان على المشرع أن يحدّد هذه العقود بدقة كما فعل نظيره الفرنسي، ولا يترك مجال للغموض وعدم الوضوح مما ينتج عنه كثرة التفسيرات والتأويلات بشأن العقود الإدارية التي تكون محلا للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية (منازعات الإبرام).

ومن جهة ثانية نجد أنّ المشرع قد فرّق بين مصطلح العقود الإدارية ومصطلح الصفقات العمومية مما يوحي لنا أنه يوجد فرق بين العقد الإداري والصفقة العمومية، في حين أن الصفقة العمومية هي عبارة عن عقد إداري مكتوب له نظام قانوني خاص به.

¹ - أمينة غني، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 233.

وسنعمد في تحديدنا للعقود الإدارية محل الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية أساساً على المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾، إضافة إلى النصوص التشريعية والتنظيمية المختلفة.

وبالتالي سنحاول التطرق إلى أهم العقود الإدارية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة وتكون المجال الخصب لإخطار القاضي الاستعجالي الإداري أثناء مرحلة إبرام هذه العقود، وذلك في حالة الإخلال بالمبادئ التي تقوم عليها إجراءات الإبرام، وتتمثل أهم هذه العقود في الصفقات العمومية (**المطلب الأول**)، ثم تليها عقود تفويض المرفق العام، أو ما اصطلح عليه بتفويضات المرفق العام (**المطلب الثاني**).

¹ - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد (50) الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

المطلب الأول

الصفات العمومية

تحتل الصفقات العمومية جانبا هاما من أعمال الدولة وذلك بالنظر إلى مكانتها في تحقيق النفع العام، إذ تمثل الشريان الذي يُدعم عملية التنمية، كما تُعتبر النظام الأفضل لاستغلال الأموال العمومية، وذلك من أجل تنشيط العجلة التنموية للبلاد.

أدى ارتباط الصفقة العمومية بالمال العام إلى جعلها أهم القنوات المستهلكة له، لهذا أعطاه المشرع أهمية خاصة وخصّها عن بقية النفقات بقانون خاص ينظمها، فإذا ما أسئ استغلالها عن طريق الاتجار بها أو الإخلال بواجب النزاهة، أصبحت صفقات مشبوهة تُرتب أضرارا خطيرة، لأن الحق المعتدى عليه هو المال العام ونزاهة الوظيفة العامة.

إذ تكلف الصفقات العمومية خزينة الدولة مبالغ باهظة قد تدفع الدولة في الكثير من الحالات إلى الحصول على تمويلات من دول أخرى أو منظمات أو بنوك دولية خاصة إذا تعلق الأمر بالمشاريع الكبرى.

ويُعتبر الفساد من أكبر المشاكل التي تواجه الدول وهو العقبة الرئيسية أمام الإصلاح والتنمية والاستثمار، ورغم تعدّد مجالات الفساد وصوره، تُعتبر الصفقات العمومية أكثر المجالات عرضة لهذه الظاهرة، والواضح أن الجزائر لم تسلم من هذا الفيروس الفتاك نظرا لحجم الفوائض الاقتصادية التي كانت ولا زالت في تعاقب من سنة لأخرى وبسببه ضيّعت الملايير من الدولارات ومئات الملايير من الدينارات على وقع سلسله من الفوائض التي طالت الاقتصاد الوطني.

لذا تبقى الجزائر في المراتب الأخيرة حسب تقرير منظمة الشفافية الدولية الصادر عام 2011، إذ تحتل المرتبة 112 عالميا من أصل 182 دولة بعدما كانت تحتل المرتبة 84 في تقرير 2006⁽¹⁾.

¹ - نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013، ص 8، 9، 10.

أمّا على مستوى القضاء الإداري، فتُشكل قضايا الصفقات العمومية النسبة الأكبر من مجموع قضايا المنازعات الإدارية لاسيما الاستعجالية منها، إذ تُعتبر الصفقة العمومية المادة الخصبية والمجال الخصب للدعوى الاستعجالية المنصوص عليها في المادتين 946، 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونظرا لأهميتها سنتطرق إلى تطور نظام الصفقات العمومية في الجزائر (الفرع الأول)، ثم مفهوم الصفقات العمومية (الفرع الثاني)، وبعد ذلك نبيّن المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء منها (الفرع الثالث)، وفي نهاية هذا المطلب نعرض أنواع الصفقات العمومية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تطور نظام الصفقات العمومية في الجزائر

خضع نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتشريعات وتنظيمات مختلفة تنوعت بين نصوص فرنسية ونصوص جزائرية في مرحلة أخرى، بل إن النصوص الجزائرية ذاتها اختلفت مضمونها واختلفت أحكامها بين مرحلة وأخرى بالنظر لظروف اقتصادية وسياسية معينة ميزت كل مرحلة.

وبالتالي مرّ النظام القانوني للصفقات العمومية بمراحل شهّد خلالها تطورات عديدة، تماشيا مع النظام الاقتصادي المنتهج في كل مرحلة، ولما كانت الجزائر تحت سيطرة الاستعمار الفرنسي فلا يُتصور أن تخضع لتشريع آخر غير التشريع الفرنسي الذي حكم نظام الصفقات العمومية سنوات عديدة، ويتمثل هذا التشريع أساسا في:

- المرسوم الصادر في 30 أكتوبر 1953 المعدل والمتمم، والمتعلق بتمويل صفقات الدولة والجماعات المحلية.
- المرسوم 53-405 العدل والمتمم، والمتعلق بنظام صفقات الدولة والمؤسسات العمومية غير الخاضعة للقوانين والعادات التجارية.
- المرسوم رقم 54-496 المؤرخ في 11 جوان 1954، المتضمن تبسيط الإجراءات المفروضة على المؤسسات المشتركة في صفقات الدولة.

- المرسوم رقم 56-256 المؤرخ في 13 مارس 1956 المعدل والمتمم، والمحدد لقواعد إبرام صفقات الدولة.
 - المرسوم رقم 57-24 المؤرخ في 8 جانفي 1957، والمتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر.
 - المرسوم رقم 57-1015 المعدل والمتمم، والمتعلق بمراقبة الصفقات المبرمة باسم الدولة.
 - المرسوم رقم 59-370 المؤرخ في 28 فبراير 1959، والمتعلق بمساهمة المؤسسات في الصفقات العمومية قصد تسهيل التنمية في الجزائر⁽¹⁾.
- ومن الطبيعي القول أن الإدارة الاستعمارية حاولت عن طريق هذه المراسيم أن تجعل الصفقات العمومية أداة لتكريس سياستها وتحقيق أهدافها وأطماعها الاستعمارية⁽²⁾.
- وعندما حصلت الجزائر على استقلالها اضطرت وتحت دوافع وأسباب موضوعية للاحتفاظ بالتشريع والتنظيم الفرنسي المتعلق بالصفقات العمومية، إذ من غير الممكن على الإطلاق أن يتم الإعلان بالتخلي نهائيا عن التشريع الفرنسي، لأن ذلك كان يستوجب الإعلان عن التشريع الجديد، ولما كان هذا التشريع غير متوفر ولم يتم تحضيره، وكان يجب أيضا أن تستمر الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات الإدارية في إبرام الصفقات لما لها من دور مهم في العملية التنموية، اضطرت الدولة الجزائرية أن تُعلن عن احتفاظها مؤقتا بالتشريع الفرنسي بعد الاستقلال، إلا ما كان منه متعارضا مع السيادة الوطنية، وذلك بصدور القانون 62-157⁽³⁾.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 10، 11، 12.

² - يراجع في تفاصيل المرحلة الاستعمارية:

BENNADJI Chérif, l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse de doctorat d'état, université d'Alger, 1991, p.60.

أشار إليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 11.

³ - قانون رقم 62-157، مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج ر عدد (02)، الصادرة بتاريخ 11 جانفي 1963.

ولا خلاف أن لهذه المرحلة عظيم الأثر في التأثر بالنمط الفرنسي أثناء تحضير تنظيم الصفقات العمومية، وهو ما اتضح جليا في تشريعات وتنظيمات أخرى صدرت بعد الفترة الانتقالية خاصة وأن فرنسا حاولت قدر الإمكان أن تُبعد من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية المؤسسات الصناعية والتجارية لأسباب تتعلق أساسا بالتوجه الليبرالي لهذه الدولة، الأمر الذي دفعها أن تُخصَّص في قانون الصفقات العمومية، فقط الدولة والإدارة المحلية والمرافق العامة ذات الطابع الإداري، تاركة عقود المؤسسات التجارية والصناعية خاضعة للقانون التجاري.

غير أن احتفاظ الدولة الجزائرية بالتشريع الفرنسي في المرحلة الانتقالية لم يمنعها على الإطلاق من إصدار بعض التنظيمات نذكر منها خاصة:

- المرسوم رقم 64-60 المؤرخ في 10 فبراير 1964، المتعلق بالتسيقات الاستثنائية في الصفقات.
- المرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 26 مارس 1964، المتضمن إحداث اللجنة المركزية للصفقات.
- المرسوم رقم 64-278 المؤرخ في 04 سبتمبر 1964، المتعلق بالتسيقات الاستثنائية.
- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل⁽¹⁾.

لقد صدر أول تشريع للصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال بموجب الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967⁽²⁾، تميّزت الفترة التي عرفت صدور هذا الأمر بتزايد المطالب الاجتماعية في جميع المجالات وتزامن ذلك مع ندرة وسائل الإنجاز، وقلة الكفاءات وعجز كبير في القدرات وتسرب للأموال وهروبها نحو الخارج، وللتكفل بهذا الوضع فإن الأمر رقم 67-90، وعلى الرغم من أنه فضّل صيغة المناقصة في إبرام الصفقات على

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 13.

² - الأمر 67-90، مؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر العدد (52) الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967 (ملغى).

صيغة التراضي، إلا أنه نصَّ على أنّ اختيار المتعامل المتعاقد يتم على أساس السعر، مستجيباً بذلك إلى متطلبات الوضع الناتجة عن العسر الاقتصادي⁽¹⁾.

ظلَّ الأمر رقم 67-90 ساري المفعول ما يقارب الخمسة عشر (15) سنة، إلى غاية صدور المرسوم رقم 82-145⁽²⁾، والملاحظ أن النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية جاءت في هذه المرحلة بموجب نص تنظيمي صادر عن السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية، رغم أنّه في هذه المرحلة كان هناك برلمان يتمثل في المجلس الشعبي الوطني؛ لم يأت المرسوم رقم 82-145 ليخلف الأمر 67-90، وإنّما جاء فقط ليُدخِل عليه بعض التعديلات، إضافة إلى إلغاء مجموعة من المواد التي كانت سارية في الحقبة التي عرفت إنفراد الأمر رقم 67-90 بتنظيم مجال الصفقات العمومية، إلا أنّ الإشكال القانوني الذي برز لحيز الوجود، هو كيف يمكن لمرسوم وهو يحتل درجة قانونية أقل في هرم النصوص الرسمية أن يُعلن عن تعديل أمر يعطوه درجة؟؛ ويبقى من الفائدة أن نشير أنّ قواعد الصفقات العمومية تفرض بطبيعتها أن تُقرَّر أحكامها بموجب تنظيم لا بموجب قانون وهذا بحكم ارتباط هذه القواعد بالحالة الاقتصادية والمالية للدولة، الأمر الذي يفرض استعمال آلية التنظيم للإسراع في إظهار القواعد وتعديلها بين مرحلة وأخرى⁽³⁾.

وأهم التعديلات التي جاء بها المرسوم 82-145، استبدال مصطلح المناقصة بمصطلح الدعوى إلى المنافسة، اختيار المتعامل المتعاقد وفقا للعرض الأحسن، عوضاً عن العرض الأقل سعراً، وإعطاء الأولوية لصيغ التعاقد التفاوضية، على حساب الصيغ التنافسية، اعتماداً على كون أغلب المؤسسات تابعة للدولة، علماً أن أولوية اللجوء إلى الصيغ التفاوضية لم يتم التعبير عنها إلا ضمناً، وذلك باعتماد التنظيم ترتيباً أدرج الصيغ التفاوضية أولاً، ثم الصيغ التنافسية في الترتيب الثاني، إلى جانب ذلك أعلن التنظيم آنذاك

¹ - خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 04.

² - المرسوم رقم 82-145، مؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد (15)، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 1982.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 20، 21.

صراحة أنّ اللجوء إلى التراضي هو القاعدة عندما يتعلق الأمر بمتعامل عمومي، كما حدّد المرسوم 82-145 مجالات الصفقات العمومية، بحيث عدّها على أساس أنها: (مجال التموين، مجال الأشغال، مجال الخدمات)⁽¹⁾.

غير أنّ كل هذه التعديلات لم تفي بالغرض المطلوب، مما عدّل بظهور المرسوم التنفيذي رقم 91-434⁽²⁾، الذي جاء ليُلغِي كُليّةً المرسوم رقم 82-145 وكذا الأمر رقم 67-90 في بعض بنوده، وإنّ أول ملاحظة ينبغي إبدائها أنّ هذا النص الجديد أُقرّ بموجب مرسوم تنفيذي ووقعه رئيس الحكومة لا رئيس الجمهورية، وهذا أمر طبيعي فمنصب رئيس الحكومة لم يكن موجودا في ظل دستور 1976 وأُسْتُحْدِثَ بموجب تعديل 1988، وكُرِّسَ في دستور 1989، هذا المرسوم 91-434 اعتمد إجراء الدعوة إلى المنافسة على حساب صيغة التراضي التي جعلها استثنائية لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالات استثنائية حددها حصرا، وأنّ اختيار هذا الإجراء لا يُعفي المصلحة المتعاقدة من الإتمام المسبق لإجراءات الاستشارة⁽³⁾.

تمّ إلغاء المرسوم رقم 91-434 نهائيا، مع مجمل التعديلات التي لحقت به، وكذا الأمر 67-90، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250⁽⁴⁾، وقد حاول هذا المرسوم إضفاء الشفافية على الإجراءات وتحقيق المساواة بين المتنافسين عن طريق توسيع مجال الرقابة على الصفقات العمومية، لتشمل كل الصفقات التي يتم تمويلها بالمال العام من جهة، ولتشمل من جهة ثانية الصفقات المتعلقة بالتأمين والنقل والماء والكهرباء والغاز التي كانت سابقا خارجة عن دائرة تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، علما أنّ التعديلات التي مسّت من بعد هذا المرسوم الرئاسي أعادت إخراج هذه العقود من دائرة اختصاص الصفقات العمومية، في نفس الإطار وعلى عكس التنظيم السابق الذي كان يدرج الصفقات التي يكون موضوعها

¹ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص 4، 5.

² - مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (57) الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991 (ملغى).

³ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص 8، 9.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (52) الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2002 (ملغى).

الدراسات ضمن مجال صفقات الخدمات، فإنَّ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 هو أوَّل تنظيم أفرز للدراسات مجالاً خاصاً بها.

وقد خضع بدوره المرسوم الرئاسي رقم 02-250 إلى تعديلين، أولهما في سنة 2003 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301⁽¹⁾، وأهم تعديل جاء به هو النصُّ لأول مرة صراحةً وبوضوح على وجوب إجراء استشارة لانتقاء أحسن عرض، حتى عندما يتعلَّق الأمر بطلبات تتخفف مبالغها عن الأسقف المالية الموجبة لتطبيق تنظيم الصفقات العمومية.

أمَّا التعديل الثاني الذي مسَّ المرسوم الرئاسي رقم 02-250، كان بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338⁽²⁾، وأهم تعديل جاء به هذا المرسوم هو إدخال المؤسسات العمومية الاقتصادية ضمن مجال تطبيق الصفقات العمومية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة، كما أخرج العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين من مجال تنظيم الصفقات العمومية⁽³⁾.

ورغم التعديلات التي قام بها المشرع لاستدراك النقص الحاصل والتناقض الموجود، إلا أنها لم تحقق الغرض المنتظر منها، مما أدى به إلى إلغاء النصوص السابقة وإصدار المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽⁴⁾، ولعلَّ أهم ما جاء به هذا المرسوم أنَّه حاول بشكل أوسع وأعمق تكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية، كما حاول إرساء مبدأ المحافظة على المال وتكريس مبدأ الوقاية من الفساد، والدليل أنَّ أهم ما جاء به هذا المرسوم أنه مدَّد العمل

¹ - مرسوم رئاسي رقم 03-301، مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (55) الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2003 (ملغى).

² - مرسوم رئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية 2002، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (62) الصادرة بتاريخ 9 نوفمبر 2008 (ملغى).

³ - خرشي النوي، مرجع سابق، ص 12، 13، 14.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (58) بتاريخ 7 أكتوبر 2010، معدل ومتم بمرسوم رئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد (14) بتاريخ 6 مارس 2011، معدل ومتم بمرسوم رئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد (34) بتاريخ 19 جوان 2011، معدل ومتم بمرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر عدد (4) بتاريخ 26 جانفي 2012، معدل ومتم بمرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 جانفي ج ر عدد (2) بتاريخ 13 جانفي 2013 (ملغى).

به على صعيد المؤسسات العمومية الاقتصادية، وجاءت المادة 3 منه مُعلنة أنه عندما لا تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية معنية بالخضوع لأحكام هذا المرسوم أنه يتعين على هيئاتها الاجتماعية ومجالسها الإدارية أن تصادق على جملة القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية ما عدا ما تعلق منها بجانب الرقابة الخارجية⁽¹⁾، إلا أنه تمّ إخراج المؤسسات العمومية الاقتصادية من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي 13-03 المعدّل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، إلا أنّ هذا التعديل وإن كان استثنى المؤسسات العمومية الاقتصادية من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، إلا أنه ألزمها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين والشفافية، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية.

كما سبق الإشارة بأن الصفقات العمومية تُعتبر أهم قناة تتحرك فيها الأموال العامة، وهي الطريقة المُفضلة عند الدولة لتنفيذ سياستها العامة، وهي من أهم الأدوات التي تساهم في النهوض والرقي بالاقتصاد الوطني، خاصة إذا علمنا أن برنامج المخطط الخماسي والذي أطلقه السيد فخامة رئيس الجمهورية لسنوات 2015، 2019، قد رُصد له أكثر من 262 مليار دولار، هذا الغلاف المالي الضخم يحتاج إلى تعزيزه وتدعيمه بإجراءات قانونية تُحصّنه وتقطع الطريق أمام كل أشكال الفساد التي تعتريه⁽²⁾، وهذا ما استجاب له المشرع الجزائري بإصداره المرسوم الرئاسي رقم 15/247⁽³⁾، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 10/236 والذي أثبتت التجربة الميدانية قصوره ووجود بعض الإختلالات التي ميّزته وأثرت سلبا على صرف الأموال العمومية وتسييرها، وأهم ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 من مستجدات أنه ضيق من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية من خلال المادة 06 منه التي استبعدت نفقات بعض

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 29.

² - حاحة عبد العالي، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص 01.

³ - مرسوم رئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

الهيئات الوطنية والمؤسسات العمومية من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، وهو ما سنفصله لاحقاً عند التحدث عن المعايير التشريعية للصفقات العمومية، كذلك المادة 07 استثنت بعض العقود من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، كذلك تمّ بموجب المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، الرفع من المبلغ التقديري الذي يستلزم في حالة تجاوزه إتباع الإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، وبالتالي لا تقتضي وجوباً إتباع إجراءات الإبرام إذا كان المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة يساوي أو يقل عن اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الدراسات أو الخدمات، كما تمّ الرفع من المبلغ الذي يستلزم معه إجراء استشارة وجوباً، ليصل إلى مبلغ مليون دينار (1.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الأشغال أو اللوازم، ومبلغ خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) بالنسبة لصفقة الدراسات أو الخدمات، وإذا لم تصل مجموع الطلبات إلى هذه المبالغ لا تكون محل استشارة وجوباً⁽¹⁾، أمّا بالنسبة للضمانات المالية تمّ استحداث ما يسمى "بكفالة التعهد" وهذا فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية من المادة 184 من المرسوم 15-247، ونسبة كفالة التعهد ينبغي أن تفوق نسبة واحد في المائة (1%) من مبلغ العرض⁽²⁾.

كما استحدث المرسوم الرئاسي 15-247، لجان من أجل التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين⁽³⁾.

كما تمّ استحداث سلطة ضبط للصفقات العمومية (المادة 213) لدى الوزير المكلف بالمالية، وتتمثل صلاحيات هذه السلطة في كل الجوانب المتعلقة بالصفقات العمومية، من الإعداد، التنظيم، الإعلام، التكوين، إحصاء سنوي وتحليل المعطيات المتعلقة بالجوانب الاقتصادية، التقنية والقانونية للطلب العمومي، وبهذه الصفة تعرض توصيات على الحكومة،

¹ المادة 21 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

² المادة 125 من نفس المرسوم.

³ المادة 154 من نفس المرسوم.

إلى جانب مهام أخرى تكمن في البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجانب، واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية، وإقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية⁽¹⁾.

وبعد عرض كافة المراحل التي مرَّ بها نظام الصفقات العمومية في الجزائر، سنتطرق في الفرع الموالي إلى مفهوم الصفقات العمومية.

الفرع الثاني

مفهوم الصفقات العمومية

من مُنطلق أنّ التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى، وبالنظر للدور الكبير والرائد للقضاء الإداري، ونظرا لأهمية الدراسات الفقهية للظواهر القانونية بالنقد والتحليل وتأثر المشرع بهذه الدراسات أثناء صياغته للقوانين، سنعرض التعريف التشريعي للصفقات العمومية (أولا)، ثم التعريف القضائي (ثانيا)، وأخيرا نتطرق إلى التعريف الفقهي للصفقة العمومية (ثالثا).

أولا: التعريف التشريعي للصفقات العمومية

عرّف المشرع الجزائري الصفقات العمومية عبر قوانين وتنظيمات صادرة في مراحل مختلفة، نعرض هذه التعريفات حسب التدرج الزمني⁽²⁾.

1- تعريف الصفقات العمومية في ظل الأمر 67-90:

جاء في الأمر 67-90 تعريف الصفقة العمومية كالآتي: "إنّ الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية

¹ بدرة لعور، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص29.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص33.

قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون⁽¹⁾.

2- تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 82-145:

تمّ تعريف الصفقات العمومية وفقا لهذا المرسوم على أنها: "صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات"⁽²⁾.

3- تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 91-434:

لم يبتعد المرسوم التنفيذي رقم 91-434 عن التشريعات السابقة في تعريف الصفقات العمومية حيث جاء فيه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة"⁽³⁾.

4- تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 02-250:

جاء تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 على أنها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"⁽⁴⁾.

¹ يراجع المادة 01 من الأمر 67-90، المتضمن قانون الصفقات العمومية (ملغى)، سالف الذكر.

² يراجع المادة 04 من المرسوم الرئاسي 82-145، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي (ملغى)، سالف الذكر.

³ يراجع المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، سالف الذكر.

⁴ يراجع المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، سالف الذكر.

5- تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236:

حافظ المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على نفس تعريف الصفقات العمومية الوارد في المرسوم 02-250 واكتفى باستبدال مصطلح "المواد" بمصطلح "اللوازم" لكونه مصطلح أشمل وأعم⁽¹⁾.

6- تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

لقد تضمن الباب الأول من المرسوم الرئاسي 15-247، الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، وجاء تعريف الصفقات العمومية في القسم الأول من الفصل الأول المتضمن أحكام تمهيدية، على أنها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"⁽²⁾.

لقد أضاف المشرع لتعريف الصفقات العمومية من خلال المرسوم 15-247 عبارة "تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين"، كما استبدل مصطلح "حساب المصلحة المتعاقدة" بمصطلح "لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة" ومصطلح "قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات" بمصطلح "في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

وعليه يمكن القول من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري وإن لمسنا منه بعض التغيير في الصيغ والتعابير اللفظية في إطار تعريفه لمصطلح الصفقات العمومية، إلا أننا نجد أن كل هذه التعاريف تنصب في معنى واحد، وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن أهمية وضع تعريف لمصطلح الصفقات العمومية تكمن في كونها تُمكننا من معرفة العقود الإدارية التي تدخل في إطار الصفقة العامة⁽³⁾.

¹ - يراجع المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، سالف الذكر.

² - يراجع المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

³ - بدرة لعور، مرجع سابق، ص 3، 4.

ويبدو من خلال النصوص السابقة التي صدرت في حقب زمنية مختلفة بل وفي مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة، مدى إصرار المشرع الجزائري على إعطاء تعريف للصفات العمومية، ولعلَّ إصرار المشرع على إعطاء تعريف للصفات العمومية يعود بالأساس للأسباب التالية:

- 1- إنَّ الصفات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد، لذا وجب إعطاء تعريف لها لتمييزها عن باقي العقود الأخرى؛
- 2- إنَّ الصفات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية؛
- 3- إنَّ للصفات العمومية علاقة وثيقة بالخزينة العامة والمال العام⁽¹⁾.

وليس المشرع الجزائري فقط من عرّف الصفات العمومية، بل المشرع التونسي أيضا وهذا طبقا لما جاء في الفصل الأول من الأمر رقم 3158 المؤرخ في 2002/12/17 الذي تمّ تنقيحه بمقتضى الأمر رقم 1638 المؤرخ في 4 أوت 2003 المتعلّق بتنظيم الصفات العمومية، حيث جاء تعريف هذه الأخيرة على أنها: "عقود مكتوبة تبرم لإنجاز أشغال أو للتزود بمواد أو لتقديم خدمات أو لإنجاز دراسات تحتاجها الإدارة"⁽²⁾.

ثانيا: التعريف القضائي للصفات العمومية

رغم أنّ المشرع الجزائري عرّف الصفات العمومية في مختلف قوانين الصفات، إلّا أنّ القضاء الإداري، حال فصله في بعض المنازعات قدّم هو الآخر تعريفا للصفات العمومية.

ولا مانع أن تبادر الجهة القضائية المختصة في المادة الإدارية إلى إعطاء تعريف لمصطلح قانوني ما، خاصة إن كانت هذه الجهة تتموقع في قمة هرم القضاء الإداري.

إنّ القضاء الإداري وهو يفصل في بعض المنازعات، وإن كان ملزم بالتعريف الوارد في التشريع وأن لا يخرج عنه، غير أنّ الوظيفة الطبيعية للقضاء تفرض عليه إعطاء تفسير

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفات العمومية، مرجع سابق، ص 35.

² - المرجع نفسه، ص 36.

وتحليل لهذا التعريف إن كان ينطوي على مصطلحات ومفاهيم غامضة ومحاولة ربطه بالوقائع محل الدعوى، ومن هنا وجب علينا تتبع اجتهادات القضاء وإضافاته.

وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: "...وحيث أنه تُعرّف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...".

يبدو من خلال هذا التعريف أنّ مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنّها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص، في حين أنّ العقد الإداري أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفاً آخر غير الدولة، كالولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية، كما أنّ هذا التعريف لم يتطرق لعنصر الشكل، كون الصفقة العمومية تتم وفقاً لأشكال وإجراءات محدّدة قانوناً⁽¹⁾.

وقد استقر القضاء سواء في فرنسا أو مصر على تعريف العقد الإداري بصفة عامة بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁽²⁾.

ومن القرارات الحديثة نسبياً، قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 10 جوان 1988 والذي قضى بأن: "موضوع العقد غير المتصل بتنفيذ مرفق عام، والذي لا يحتوي على أية شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، لا يعتبر عقداً إدارياً، وإنّما من عقود القانون الخاص، وبالتالي فإن القضاء الإداري غير مختص بنظر المنازعات المتعلقة به"⁽³⁾.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 37، 38.

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991، ص 411.

³ - يراجع قرار مجلس الدولة الفرنسي =

وتجدر الإشارة إلى أنّ القضاء الفرنسي الحديث قد اتجه إلى اعتبار الشرط الأول وحده ضرورياً (أن يكون شخص من أشخاص القانون العام طرفاً في العقد أو يتم إبرام العقد لحسابه)، أمّا بالنسبة إلى الشرطين الثاني والثالث - فمتى توافر الشرط الأول - فإنّ القضاء يعتبر العقد إدارياً إذ توافر أحدهما، وطبقاً لذلك فإنّ العقد الإداري يُعرّف بأنّه: "العقد الذي يبرمه شخص عام، أو يُبرم لحسابه، ويخضع في منازعاته للقانون الإداري، والقضاء الإداري، سواء بنص صريح في القانون، أو لتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو إذا كان يعهد للمتعاقد الآخر بالمساهمة المباشرة في إنجاز أو تسيير مرفق عام".

ويتبيّن من هذا التعريف أنّ العقد يكون إدارياً إذا كان أحد طرفيه على الأقل شخصاً عاماً، أو وُقّع لحساب هذا الشخص العام وذلك في إحدى الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: إذا تضمن العقد شرطاً، أو شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص؛

الحالة الثانية: إذا كان العقد يعهد للمتعاقدين بالإسهام المباشر في تسيير مرفق عام.

وكما هو واضح من تعريف الاجتهاد الإداري الفرنسي نجد أنّه يستخدم حرف العطف (أو) ولا يستخدم حرف (الواو)، وهذا ما يعني أن وجود أحد أشخاص القانون العام كطرف في العقد - أو أنّ العقد قد أُبرم لحسابه - بالإضافة إلى توافر إحدى الحالتين أعلاه يكفي لصبغ العقد بالصبغة الإدارية، فبعض أحكام القضاء الفرنسي لا تشترط اجتماع هذه العناصر حتى نكون أمام صفقة عمومية، على عكس القضاء الإداري المصري الذي يؤكد في أحكامه على ضرورة اجتماع الشروط الثلاثة لكي نكون أمام صفقة عمومية⁽¹⁾.

= C.E. 10 juin 1988, sté comptoir d'électricité franco-belge C.ville de paris, R.D.A, 27 A Année, N°7, juillet 1988, p.3: "Un contrat qui n'avait pas pour objet l'exécution d'un service public...et qui ne comportait aucune clause exorbitante du droit commun, qu'ils' agissait donc d'un contrat de droit privé".

أشار إليه: مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليميني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص18.

¹ - المرجع نفسه، ص19.

الفرع الثالث

المعايير التشريعية للصفات العمومية وموقف القضاء منها

إذا كانت الصفات العمومية عقوداً إدارية محدّدة بموجب التشريع، فلا شك أنّ المشرع بتقنيته للنشاط التعاقدية للإدارة يكون قد حدّد معالم وعناصر تميّز بها الصفة العمومية، وهو ما أكده المشرع في مختلف قوانين الصفات العمومية.

غير أنّ وضع معايير للصفات العمومية من جانب المشرع لم يمنع القضاء من تقديم توضيحات حول هذه المعايير، بل إنّ كثيراً من هذه المعايير هي ذات منشأ قضائي⁽¹⁾.

وسنُبيّن من خلال هذا الفرع، المعايير التشريعية للصفة العمومية وموقف القضاء الإداري تجاه هذه المعايير، وذلك من خلال التطبيقات القضائية.

وبالرجوع إلى المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام، يُمكننا حصر معايير الصفات العمومية فيما يلي:

أولاً: المعيار العضوي

يتمثل المعيار العضوي للصفة العمومية في أن تكون الدولة أو الجماعات الإقليمية (الولاية أو البلدية) أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، أو المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية مُمَوَّلَة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية⁽²⁾، طرفاً في العقد.

وكما سبق الإشارة فإنّ المشرع الجزائري قد ضيّق من مجال تطبيق المرسوم الرئاسي 15-247 في شقه المتعلق بالصفات العمومية، حيث حذف مصطلح الإدارات العمومية ومصطلح الهيئات الوطنية المستقلة، وأضاف مصطلح الدولة، وتمّ الإبقاء على المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مع تغيير

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفات العمومية، مرجع سابق، ص 42.

² - المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

في التسمية، حيث سماها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري - في حالة توفر شرط المساهمة -، وتجدر بنا الإشارة إلى أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، لم تكن معنية بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية في شقه المتعلق بالمراقبة الخارجية، إلا إذا كانت العملية ممولة بمساهمة من الدولة - كلياً أو جزئياً، بصفة مؤقتة أو نهائية⁽¹⁾، والجديد الذي جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 أن هذا النوع من المؤسسات (ذات الطابع الصناعي والتجاري) تكون معنية كذلك بتطبيق الأحكام المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية على العقود التي تبرمها إذا كان التمويل من طرف الجماعات الإقليمية - حيث كان في ظل المرسوم السابق يقتصر التمويل على الدولة فقط -، أمّا إذا كانت هذه المؤسسات تباشر عمليات غير ممولة من الدولة أو الجماعات الإقليمية، فيجب عليها أن تُكَيَّفَ إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة، ويتعيَّن على سلطة الوصاية الموضوعة تحت وصايتها هذه المؤسسات العمومية أن تضع جهازاً لمراقبة صفقاتها وتوافق عليه⁽²⁾. وبالتالي فإنَّ غياب معيار التمويل لا يعني حرية هذه المؤسسات في التعاقد دون أي إجراءات وقيود، وهذا بهدف تجسيد شفافية الإجراءات والحفاظ على المال العام، إلا أنَّ الإشكال يُثار بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية التي هي مُستثناة من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية سواء في ظل المرسوم الرئاسي 10-236⁽³⁾، أو في ظل المرسوم الرئاسي 15-247⁽⁴⁾، فهذه المؤسسات تخضع في علاقتها مع الدولة للقانون الإداري، أمّا في علاقتها التجارية فتخضع للتشريع التجاري، فقد تكون هذه المؤسسات مُكلَّفة بإنجاز عملية ممولة من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية وبالرغم من ذلك لم يُخضِعَ المشرع هذه العملية التعاقدية لإجراءات إبرام الصفقات العمومية، وإنمَّا اكتفى بإلزام هذه المؤسسات بأن

¹ - المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، سالف الذكر.

² - المادة 8 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

³ - المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236، المعدلة بالمرسوم الرئاسي 13-03، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، سالف الذكر.

⁴ - المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

تقوم بإعداد إجراءات الإبرام تتماشى ومبادئ الصفقات العمومية، وربما كان هدف المشرع من هذا الإعفاء هو تحرير المؤسسة العمومية الاقتصادية من قيود الإبرام المعقدة، حتى تواكب المنافسة التجارية القائمة على السرعة والائتمان، لكن حتى المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تمارس نشاط تجاري خاضع للمنافسة، وبالرغم من ذلك أخضعها المشرع - إذا كانت العملية التعاقدية ممولة من الدولة أو الجماعات الإقليمية - لأحكام إبرام الصفقات العمومية، إلا أنه (المشرع) لم يبيّن المعيار الذي اعتمد عليه في هذه التفرقة بين المؤسسات العمومية، فجميعها تستعمل المال العام، ثمّ أنّ التوحيد قد يحدّ من ظاهرة الفساد، ويجعل كل صفقات الهيئات العمومية تتم في إطار وكنف الشفافية، فكان بالأحرى على المشرع الجزائري أن يخضع عقود المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، لأحكام مشتركة من حيث الإبرام، لأنّه في نهاية المطاف كلا الصنفين من المؤسسات يخضعان للتشريع التجاري في علاقتهما التجارية مع الغير، كما أنّهما يستعملان المال العام⁽¹⁾.

إنّ الإشكال القانوني الذي ظهر على المستوى التطبيقي والمستوى الفقهي هو: مدى اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري؟- في حالة التمويل من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية-، لكون هذه العقود الممولة من المال العام تخضع لتنظيم الصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو التنفيذ أو ممارسة السلطات، فلو سلّمنا أنّ الاختصاص سيُنقَد للقاضي العادي اعتباراً من أنّ المنازعة لا نجد أحد أطرافها شخص من الأشخاص المحددين حصراً في المادة 800 من القانون 09/08 المتضمن

¹ - ينبغي الإشارة أنّه ليس مجرد وجود الهيئات المشكّلة للمعيار العضوي المذكور أعلاه كطرف في العلاقة التعاقدية، يعني خضوع هذه العلاقة التعاقدية لإجراءات إبرام الصفقات العمومية، لأنّ المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247 استنتجت من الخضوع لأحكام الصفقات العمومية:

- العقود المبرمة من طرف الهيئات الإدارية العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينهما؛
- العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطة الأخيرة المادة 6 أعلاه، عندما تزاول هذه المؤسسات نشاطاً لا يكون خاضعاً للمنافسة، والمتعلق بإحدى العقود الواردة حصراً في المادة 7 من المرسوم 15-247.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، بل إنَّ أحد أطراف النزاع هو مثلاً مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي تجاري، غير أنَّ هذا الحل وإن كان يُكرِّس المعيار العضوي، فإنَّه يطرح إشكالية أنَّ الصفقات العمومية تتطوي على أحكام نجدها مُقنَّنة في تنظيم خاص وهي في مجموعها قواعد تتطوي على الطابع الإداري المحض، ممَّا يجعلها تختلف اختلافاً كبيراً عن العقود المدنية والتجارية، وأنَّ القاضي العادي قد يتأثر بروح القانون الخاص وهو يحكم في النزاع المعروض عليه رغم أنَّ الصفة العمومية لها صلة وثيقة بمجال القانون العام لا القانون الخاص.

ويثور الإشكال أيضاً إذا ما نحن أسندنا الاختصاص للقاضي الإداري اعتباراً من أنَّ المنازعة تدور حول صفقة عمومية وهذه الأخيرة عقد إداري، فوجب أن ينظر فيها القاضي الإداري، غير أنَّ مثل هذا الحل من شأنه أن يهزَّ المعيار العضوي المعتمد عليه في توزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري⁽²⁾.

إنَّ محكمة التنازع فصلت في هذا الإشكال القانوني وذلك بمناسبة إخطارها بوجود تنازع سلبي في الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري⁽³⁾، وجاء في إحدى حيثيات قرارها: "...حيث أنَّه وإذا كان هناك فعلاً في قضية الحال عقد صفقة عمومية مُبرم بين مدير مؤسسة البناء السيد "ق.ج" والشركة الجزائرية للتأمين (SAA) وحدة بشار ممثلة

¹ - تنص المادة 800 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. 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 طرفاً فيها".

² - عمار بوضياف، معايير تحديد الصفة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، العدد الثاني والعشرون، 2014، ص 47، 48.

- ولتفصيل أكثر يراجع: عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص 31 وما بعدها.

³ - قرار صادر عن مجلس قضاء بشار بتاريخ 2002/10/13، الغرفة المدنية الذي ألغى حكم محكمة بشار الصادر بتاريخ 2001/12/23، وفصلاً من جديد صرح بأن القاضي المدني غير مختص للفصل في النزاع.

- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2005/03/01، الذي ألغى القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار بتاريخ 2003/04/12 وفصلاً من جديد صرح بعدم اختصاص القاضي الإداري للفصل في النزاع، لكون الشركة الجزائرية للتأمينات مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.

في مديرتها، فإنَّ الشركة الجزائرية للتأمين ليست شخصا من أشخاص القانون العام وإنَّما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (EPIC) وغير مُكَلَّفَة في النزاع الحالي بانجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة... وإنَّ اختصاص الفصل في هذا النزاع يرجع وجوبا إلى الجهة القضائية المدنية⁽¹⁾.

وهكذا جسدت محكمة التنازع من خلال هذا القرار معيار التمويل من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية، وأقرت بعدم اختصاص القضاء الإداري بالنظر في نزاع مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري يتعلق بصفقة عمومية، لكون المشروع غير مُمَوَّل من طرف الدولة طبقا للمادة 02 من المرسوم الرئاسي 02-250 السائد آنذاك.

وبمفهوم المخالفة - وفقا لقرار محكمة التنازع - إذا كانت المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مُكَلَّفَة بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، فإنَّ المنازعات التي تُثار بشأن العقود المبرمة لإنجاز هذه العمليات تخضع لاختصاص القضاء الإداري، وهذا لكون هذه المؤسسات مَعْنِيَة في هذه الحالة بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، الذي يحتوي على قواعد ومبادئ ذات طابع إداري⁽²⁾، وبالتالي اعتمدت محكمة التنازع على المعيار الموضوعي (معيار التمويل)، فالعناية مُوجَّهَة هنا إلى موضوع التصرف، بمعنى مدى تمويله من الخزينة العامة، وليست مُوجَّهَة نحو القائم بهذا التصرف⁽³⁾.

وفي الوقت الذي كان فيه فقه القانون العام، يدعو إلى تعديل نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لتتسجم مع المادة 02 من المرسوم 10-236 من حيث الإشارة إلى كل أنواع المؤسسات العمومية، وليس الاقتصار على ذكر نوع واحد من هذه المؤسسات ممثلة في المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري فقط، قام المشرع من خلال

¹ - قرار محكمة التنازع رقم 42 بتاريخ 2007/11/13، قضية بين (ق.ج) والشركة الجزائرية للتأمين وحدة بشار، مجلة مجلس الدولة، العدد 9، 2009، ص 147، 148، 149.

² - عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية، مرجع سابق، ص 45.

³ - مراد بلعبيبات، مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الوطني السادس حول قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20 ماي 2013، ص 08.

المرسوم الرئاسي 15-247، بتكليف تنظيم الصفقات العمومية مع نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وليس العكس، إذ أشارت المادة 06 منه إلى نوعين من المؤسسات وهما المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، بينما لم تُشر هذه المادة إلى باقي المؤسسات العمومية التي كانت مذكورة في المادة 02 من المرسوم 10-236، وهذا ما سوف يثير إشكالات في التطبيقات القضائية لاسيما مسألة الاختصاص.

ولتوضيح الفكرة أكثر نرجع للقانون 99-05⁽¹⁾، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، نجد المادة 31 منه تنص على ما يلي: "من أجل التكفل بالمهام المحددة في المادة 5 أعلاه تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني" وجاء في المادة 32 منه: "تعتبر المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني مؤسسة وطنية للتعليم العالي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي".

وبالتالي واستنادا لما حملته النصوص التشريعية والتنظيمية الجديدة الصادرة ابتداءً من سنة 1999، صارت المراكز الجامعية والجامعات تحمل تصنيفا تحت "عنوان مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني"، ولا يمكن اعتبارها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري. أمّا بخصوص المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي نستدل على وجودها القانوني بالمرسوم التنفيذي رقم 99-256⁽²⁾، المتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، فهذا المرسوم اعترف بموجب المادة 3 منه للمؤسسة العمومية بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، فهذا صنف جديد من المؤسسات ولا يصح اعتباره مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، لأنّ المرسوم التنفيذي المذكور قد فصل في الطبيعة القانونية للمؤسسة وأضفى عليها الطابع العلمي والتكنولوجي،

¹ - القانون رقم 99-05، مؤرخ في 4 أبريل 1999، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج ر العدد (24) الصادرة بتاريخ 7 أبريل 1999، معدل ومتمم بالقانون 2000-04، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، ج ر عدد (75) الصادرة بتاريخ 10 ديسمبر 2000، المعدل والمتمم بالقانون 08-06 مؤرخ في 23 فبراير 2008، ج ر عدد (10) الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2008.

² - مرسوم تنفيذي رقم 99-256، مؤرخ في 16 نوفمبر 1999، المتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد (82) الصادرة بتاريخ 21 نوفمبر 1999.

وتأسيساً على ما سبق ذكره وبالعودة لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها أشارت - كما رأينا - للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري واستبعدت المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي⁽¹⁾، وما زاد الأمر تعقيداً أنّ المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 استبعدت هي الأخرى هذا النوع من المؤسسات ولم تشر إليها، واكتفت بالإشارة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، وإذا كان البعض يميل إلى إجراء القياس على أساس أنّ هذا النوع من المؤسسات الجديدة قريبة من المؤسسات الإدارية بحكم أنّها لا تبتغي ربحاً من خلال نشاطها وأنّ قراراتها إدارية، والعاملين فيها يخضعون للقانون الأساسي للوظيفة العامة، لكن يجب التنبيه أنّ المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتعلق بالاختصاص النوعي الذي يتعلق بالنظام العام، وقواعد الاختصاص النوعي يجب أن تُسن بنص واضح ولا ينبغي أن تكون مبهمة أو بها فراغ بما يفسح مجالاً للاجتهاد وهي غير قابلة للقياس والربط.

ومن المؤكد أنّ هذا الاجتهاد الذي يدعو إلى الربط بين المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي أو ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني وتفسير المادة 800 تفسيراً واسعاً سينجم عنه تحميل النص أكثر مما يحمل والأخطر من هذا أنّنا أمام نص إجرائي ولسنا أمام نص موضوعي.

لذا ندعو المشرع إلى التعجيل بتعديل مضمون المادة 800 المذكورة أعلاه بما يتماشى والتشريعات الخاصة، وبما يحدث نوعاً من الملائمة بين النص الإجرائي والنصوص المحدثة لهذا النوع من المؤسسات.

إنّ الإبقاء على نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حالها، يعني ببساطة أنّ المحكمة الإدارية ستقضي بعدم اختصاصها نوعياً حال فصلها في منازعة تتعلق بصفة عمومية أحد أطرافها مثلاً جامعة بحكم عدم ورودها في المادة المذكورة،

¹ - عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 46.

ولا يمكن استيعاب مثل هذا الحكم، خاصة وأنّ الجامعة هي جهة للقانون العام، وتعتمد في تمويلها على الخزينة العامة، وأنّ قراراتها هي قرارات إدارية، وموظفوها يخضعون للقانون الأساسي العام للوظيفة العامة، فكيف نقول مع هذا كله أنّها لا تدخل تحت طي المادة 800 المذكورة أعلاه؟⁽¹⁾.

وتجب الإشارة إلى أنّه قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كان الإشكال يُثار فقط حول الجهة القضائية المختصة بنظر منازعات الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الواردة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وغير المذكورة في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث كان هناك عدم انسجام واضح بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾، وكُنّا ننتظر من المشرع الجزائري أن يُعدل المادة 800 حتى تتسجم مع المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، حتى نحل مشكلة الاختصاص القضائي⁽³⁾، لكن بصدور المرسوم الرئاسي 15-247 تفاجئنا بالمشرع وهو يزيد الطين بلّةً، حيث أضافت المادة 06 من المرسوم إشكال قانوني جديد، حينما أشارت فقط إلى المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري في حالة التمويل من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية، في حين أنّها لم تشر إلى باقي المؤسسات العمومية التي كانت معنية بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية من خلال المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، وبالتالي فإنّ المشرع لم يحم بحل الإشكال المتعلق بالجهة القضائية المختصة بالفصل في

¹ - عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 47.

² - المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري هي المؤسسة العمومية الوحيدة التي تمّ الإشارة إليها في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أمّا باقي المؤسسات العمومية فقد تم النص عليها في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، ولم يتم الإشارة إليها في المادة 800 أعلاه.

³ - لاسيما صعوبة تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع صناعي وتجاري عندما تكون ممولة من طرف الدولة لانجاز مشروع عمومي.

منازعات الصفقات العمومية المبرمة من طرف المؤسسات العمومية التي لم يتم النص عليها في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بل خلق لنا إشكال قانوني آخر لم يكن وارد في ظل المرسوم 10-236، ويتمثل هذا الإشكال في نطاق ومجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، حينما نصّ من خلال المادة 06 من المرسوم 15-247 على الهيئات المعنية بتطبيق أحكام الصفقات العمومية، ولم يُدرج ضمن هذه الهيئات مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، فهل قصد المشرع من ذلك هو عدم خضوع العقود المبرمة من طرف هذه المؤسسات العمومية للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية؟، وهو طرح جد مستبعد لعدة اعتبارات أهمها، أنّ هذه المؤسسات تُمول من خزينة الدولة وبالتالي تستعمل المال العام والقول بعدم إخضاع عقودها لأحكام الصفقات العمومية، يعني فتح الباب على مصراعيه لظاهرة الفساد بكل أشكاله المعروفة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ المشرع حينما أراد إعفاء بعض العقود من الخضوع لأحكام الصفقات العمومية، نصّ على ذلك صراحة من خلال المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247، وعندما استثنى المشرع العقود المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية من الخضوع لأحكام إبرام الصفقات العمومية، نصّ على ذلك من خلال المادة 9 من نفس المرسوم، مع إلزام هذه المؤسسات بمراعاة المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، كُلهَا اعتبارات وحُجج تجعلنا نقول أنّ المؤسسات العمومية المذكورة أعلاه، والتي لم يتم إدراجها في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247، معنية بتطبيق أحكام إبرام الصفقات العمومية أثناء تعاقدتها، وهذا ما يدفعنا نلتمس من المشرع إلى إعادة النظر في المادة 06 المذكورة أعلاه، من خلال استبدال مصطلح "المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري" بمصطلح "المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام"، وهو مصطلح أشمل وأوسع يتضمن جميع المؤسسات العمومية التي لا تهدف من وراء نشاطها إلى تحقيق الربح، وفي الوقت نفسه نلتمس من المشرع إعادة النظر في صياغة المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية، ونقترح الصياغة التالية:

"المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون إحدى أطرافها:

- الدولة؛

- الولاية؛

- البلدية؛

- المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام؛

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري، بالنسبة لعقودها الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا التنظيم".

وهكذا نكون قد أدرجنا المعيار الموضوعي (المادي) في المادة 800 المذكورة أعلاه، إلى جانب المعيار العضوي، وبالتالي نُحقق انسجام قانوني بين المعايير المنصوص عليها في التنظيم المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبين المعايير المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية - بعد اعتماد التعديلات المقترحة-.

وفي ختام المعيار العضوي للصفقة العمومية، أود أن أُرَدَّ على الرأي الفقهي القائل بأنَّ كل المؤسسات العمومية التي لا تهدف إلى تحقيق الربح تنطوي تحت عنوان المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري مهما كانت تسميتها، فالمنطق القانوني السليم يقضي بغير ذلك، لأنَّ المشرع حينما أراد إضفاء طابع معين على مؤسسة عمومية، نصَّ على ذلك صراحة في قوانينها الأساسية، كما مرَّ بنا بالنسبة للجامعة التي اعتبرها المشرع مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني، أمَّا إذا كانت نية المشرع أن يضيف الصبغة الإدارية على مؤسسة عمومية فيتبع نفس المنهج وذلك بالنص على هذا الطابع الإداري للمؤسسة العمومية في قانونها الأساسي، فبالرجوع مثلا إلى المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-159⁽¹⁾، نجدها تنص: "المدرسة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع

¹ مرسوم تنفيذي رقم 16-159، مؤرخ في 30 مايو 2016، يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء وكيفية سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، ج ر عدد (33) الصادرة بتاريخ 05 يونيو 2016.

بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي... ". وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 06-419⁽¹⁾ في المادة 02 منه نجدها تنص: "المدرسة الوطنية للإدارة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي توضع تحت وصاية وزير الداخلية والجماعات المحلية وتدعى في صلب النص "المدرسة". والرجوع إلى المادة 02 من المرسوم التنفيذي 09-162⁽²⁾، نجدها تنص: "المدرسة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. وتأخذ تسمية "المدرسة الوطنية للمناجمت وإدارة الصحة".

كل تلك المؤسسات العمومية تقدم تكوين مهني لطلبتها، الذين يندمجون في سوق الشغل مباشرة بعد تخرجهم، دون حاجة إلى إجراء أي مسابقة لكون المناصب التي تفتحها هذه المؤسسات العمومية هي مناصب مالية، وبالتالي مَنَحَهَا المشرع الصبغة الإدارية، خلافا لبعض المؤسسات العمومية المكلفة بالتكوين الأكاديمي أو البحث في مجال معين، قد منحها المشرع طابع يتلاءم والمهام المنوطة بهذه المؤسسات.

وبالتالي فإنَّ القانون الأساسي للمؤسسة العمومية هو الذي يحدد الطبيعة القانونية لهذه المؤسسة، وطبقاً للمبدأ القانوني القاضي بأنه لا اجتهاد مع وضوح النص، فإنه لا يمكن اعتبار مؤسسة عمومية ما هي ذات طابع إداري، في حين أنَّ قانونها الأساسي اعتبرها مؤسسة عمومية ذات طابع علمي ثقافي مهني، وذلك للاختلاف بين المؤسستين سواء من حيث المهام أو التنظيم والتسيير.

لذلك نَوَدُ أن نَشُدَّ على يد المشرع الجزائري للإسراع في مراجعة المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بما يتماشى والقوانين الأساسية المحددة للطبيعة القانونية للمؤسسات العمومية التي لا تهدف إلى تحقيق الربح، وجمعها في مصطلح: "المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام"، بدلاً من المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 06-419، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يتضمن تنظيم المدرسة الوطنية للإدارة وسيرها، ج ر عدد (75) الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 2006.

² مرسوم تنفيذي رقم 09-162، مؤرخ في 2 مايو 2009، يتعلق بالمدرسة الوطنية للصحة العمومية، ج ر عدد (28) الصادرة بتاريخ 10 مايو 2009.

ثانيا: المعيار الشكلي

على غرار كل القوانين السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية، جاءت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 مؤكدة على الطابع الكتابي للصفقات العمومية وذلك بنصها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به...".

ولعلّ سرّ اشتراط الكتابة والتأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر يعود لسببين اثنين:

1- إنّ الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب أن تكون مكتوبة؛

2- إنّ الصفقات العمومية تتحمّل أعبائها المالية الخزينة العامة، فالمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي، تتحملها الخزينة العامة.

وبشرط الكتابة تتميز الصفقة العمومية عن بعض العقود المدنية التي قد لا يشترط التشريع أن تكون مكتوبة كالعقود الرضائية، ويُقصد بالكتابة بمفهوم المادة 02 أعلاه، الكتابة الإدارية العادية على ورق عادي مُوقع من قبل أطراف الصفقة ومختوم ويحمل تاريخا معينا دون حاجة لإفراغه في شكل عقد توثيقي، فالإدارة كما تصدر قراراتها الإدارية التي تتمتع بالطابع التنفيذي، ودون حاجة للجوء لسلطة أو جهة أخرى، فكذا هي من تكتُب سائر بنود الصفقة بالنسخ المطلوبة وبعدها تبدأ عملية التوقيع، وطبعاً هذا يدخل أيضا في مرونة النشاط الإداري، فلا يُعقل إلزام الإدارة بالجوء للموثق كلما تعلق الأمر بتحرير صفقة عمومية⁽¹⁾.

رغم تشديد المشرع الجزائري على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، إلاّ أنّه أورد استثناء على القاعدة العامة وذلك بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاءت في القسم الثاني من الفصل الأول تحت عنوان

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 59، 60.

"الإجراءات الخاصة"، وبالضبط في القسم الفرعي الأول المتضمن "الإجراءات في حالة الاستعجال الملح"، وبموجب هذا الاستثناء الذي جاءت به المادة 12، يمكن تنفيذ الصفقة قبل إجراءات الإبرام وبالتالي قبل الكتابة، ولكن بتوافر الشروط التالية:

- توافر الاستعجال الملح المُعلَّل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو وجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها؛

- ضرورة وجود الترخيص بموجب مُقرَّر مُعلَّل يحتوي على جملة من الأسباب التي تصوغ اللجوء للتنفيذ قبل مباشرة عملية الإبرام، صادر عن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، يرخص بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية؛

- يجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه؛

- تكريس الرقابة على الترخيص من خلال إرسال نسخة من المقرر المذكور أعلاه، إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، والمفتشية العامة للمالية)؛

- يجب على سبيل الإلزام إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، خلال ستة (06) أشهر، ابتداءً من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 أدناه، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية.

عندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة قبل الشروع في بداية تنفيذ الخدمات، يُنْبَتُ اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل.

وهكذا يتضح لنا أنّ المشرع قد جعل الأصل أو القاعدة العامة في كون أنّ التنفيذ هو عملية لاحقة على الإبرام، إذ أنّ هذا الأخير مرهون بالكتابة، فلا تنفيذ إلاّ بعد توقيع الصفة من الجهة المخولة قانوناً بذلك، إلاّ أنّ المشرع واستثناءً على القاعدة العامة منح ترخيصاً للمصلحة المتعاقدة بحيث فسح لها المجال بتنفيذ العقد قبل إبرامه متى توافرت جملة من الشروط⁽¹⁾.

ولقد تشدّد القضاء الإداري الجزائري ممثلاً في مجلس الدولة بشأن شرط الكتابة، وذلك عندما نصّ في حيثيات إحدى قراراته⁽²⁾، على ما يلي: "...من المقرّر قانوناً وفقاً للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، فإنّ الصفقات العمومية تُعَبَّرُ عقود مكتوبة وإنّه يُلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محدّدة على سبيل الحصر بما يستفاد منه أنّ الكتابة شرط لانعقاد الصفة العمومية وتتعلق بالنظام العام".

ويتبيّن لنا من خلال هذا القرار أنّ مجلس الدولة طبّق نصوص قانون الصفقات العمومية تطبيقاً كاملاً، فالمشرع نصّ على أنّ الصفة العمومية هي عقد مكتوب، وما كان على القضاء الإداري إلاّ أن يعترف بهذا العنصر المميّز للعقود الإدارية كونها عقود مكتوبة⁽³⁾، والمادة 95 من المرسوم 15-247 حددت البيانات الإلزامية الواجب ذكرها في الصفة.

ثالثاً: المعيار المالي

لمّا كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفة عمومية، ذلك أنّه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية في كل الحالات وأياً كانت قيمة ومبلغ الصفة بما ينطوي عليه إبرام الصفة من مراحل وإجراءات طويلة ومعقدة.

¹ - لعور بدرّة، مرجع سابق، ص 7، 8.

² - قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 14-05-2001، تحت رقم 001519 الغرفة الرابعة، بين بلدية بوزريعة وإحدى المقاولات، قرار غير منشور، أشار إليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 70.

³ - المرجع نفسه، ص 70.

لاشك أنّ إيجاب الإدارة على التعاقد في كل الوضعيات والحالات بحسب الكيفية المبيّنة في تنظيم الصفقات العمومية وما يفرضه من قيود سيبيعتُ بطناً كبيراً في أداء العمل الإداري، ذلك أنّ الإدارة كما تتعاقد بمبالغ كبيرة وضخمة تتعاقد أيضاً بمبالغ بسيطة، وإن كان إلزامها بالخضوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية مقبولاً وسائغاً ومطلوباً بل وضرورياً إذا كان المبلغ ضخماً، فإنّ الأمر لا يكون كذلك إذا تعلق الأمر بمبلغ بسيط، ويعود من حيث الأصل للمشرع صلاحية تحديد الحد المالي الأدنى المطلوب لإعداد صفقة عمومية مع إمكانية تغيير هذا الحد بين الفترة والأخرى لأسباب اقتصادية، والعتبة المالية تختلف من صفقة لأخرى، فما صلح كحد أدنى لعقد الخدمات لا يصلح كحد أدنى لعقد الأشغال العامة الذي يتطلب أموال ضخمة.

ويبدو الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية، هو ترشيد النفقات العامة، فكلما كان المبلغ كبيراً تحملت الخزينة أعباءه ووجب أن يخضع العقد لأصول وأحكام إجرائية تُكشف للجمهور وتُعلن من حيث الأصل، كما تخضع لأطر رقابة محدّدة، أمّا إذا كان المبلغ الناتج عن التعاقد بسيطاً فلا داعي إلى إرهاق الإدارة وإجبارها على التعاقد وفق تنظيم الصفقات العمومية عندما تريد مثلاً شراء مستلزمات مكتبية بمبالغ مالية بسيطة⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 نجده قد رفع من المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة الذي بموجبه وعلى أساسه تكون هذه الأخيرة ملزمة بإبرام صفقاتها طبقاً للإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً، حيث أنه بالرجوع إلى المادة 13 منه نجدها قد حدّدت العتبة المالية لصفقات المصلحة المتعاقدة وذلك بنصها: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب...".

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 63، 64.

أمّا المادة 14 من نفس المرسوم نصت: "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابيا، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية...".

على غرار الرفع من المبلغ التقديري للصفقات العمومية (العتبة المالية) تمّ الرفع من المبلغ المالي الأدنى المطلوب من أجل اللجوء إلى إجراء الاستشارة، وذلك من خلال المادة 21 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: "لا تكون محل استشارة وجوبا الطلبات التي تقل مجموع مبالغها، حسب طبيعتها، أشغالا أو لوازم أو دراسات أو خدمات، خلال نفس السنة المالية، عن مليون دينار (1.000.000 دج) فيما يخص الأشغال أو اللوازم، وعن خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) فيما يخص الدراسات أو الخدمات، وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة...".

ومن خلال المواد المذكورة والمبالغ المالية التي وردت في هذه المواد، يتضح لنا أنّ المصلحة المتعاقدة تكون حرة في اختيار المتعامل المتعاقد إذا كانت الطلبات تقل قيمة مبالغها عن تلك المبالغ المنصوص عليها في المادة 21 المذكورة أعلاه، وتكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بإجراء الإشهار الملائم وإجراء الاستشارة إذا كانت قيمة الطلبات تساوي أو تزيد عن تلك المبالغ المنصوص عليها في المادة 21 ولا تزيد عن المبالغ الواردة في المادة 13 المذكورة أعلاه، أمّا إذا كان المبلغ التقديري للصفقة يزيد عن المبالغ الواردة في المادة 13 فهنا تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة كأصل عام - مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها - بإبرام صفقاتها وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247.

أمّا المادة 22 من المرسوم 15-247، فمنحت وزير المالية صلاحية تحيين هذه المبالغ، وذلك عندما نصت: " تحسب المبالغ المذكورة في المادتين 13 و 21 باحتساب كل الرسوم، ويمكن تحيينها بصفة دورية بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا".

من خلال نص المادة 22 يتضح أنّ المشرع ومراعاة منه لحركية وتيرة الاقتصاد الوطني ومواكبة نسب التضخّم، منح وزير المالية سلطة تحيين الحد الأدنى الواجب مراعاته لإبرام الصفقات العمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها، ذلك أنّ غياب إجراء التحيين يعني تعديل القيمة المالية والحد المالي بنص مماثل أي مرسوم رئاسي، ومن الطبيعي أنّ إصدار مرسوم رئاسي يتطلب مدّة أطول مقارنة بقرار وزاري، ورغم أنّ الرخصة مُنحت لوزير المالية لإحداث تغيير في الحد الأدنى المالي المطلوب لإتباع إجراءات إبرام الصفقات العمومية، فإنّنا لا نُخفي الإشكال القانوني الناجم عن ممارسة هذه الرخصة، فنكون أمام قرار وزاري صادر عن وزير المالية يُعدل مرسوماً رئاسياً أعلى منه درجة، وهذا ما يؤدي إلى مساس وإخلال بمبدأ توازي الإشكال ومبدأ تدرج القواعد القانونية، حتى ولو أنّ المرسوم الرئاسي قد فوّض وزير المالية ممارسة سلطة تحيين المبالغ⁽¹⁾.

أمّا موقف القضاء الإداري من المعيار المالي، فقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في العديد من قراراته إلى اعتماد هذا المعيار، فجاء في إحدى قراراته⁽²⁾: "شرط الصفقة ليس ضرورياً في الأشغال التي تقلّ قيمتها عن ثلاثة ملايين (3.000.000 دج)".

وفي قرار آخر له ذهب مجلس الدولة⁽³⁾ إلى: "من المُقرّر قانوناً أنّ الاتفاق على الأشغال والتي تبرمه الإدارة ولا يفوق قيمته 3.000.000 دج، لا يكون صفقة عمومية ولا يخضع في إجراءاته في حالة النزاع إلى المادتين 99، 100 من المرسوم التنفيذي 91-434 المتعلق بالصفقات العمومية".

رابعا: معيار إتباع أسلوب القانون العام

L'emploi du procédé de droit public

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 66.

² - قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 30-07-2001 تحت رقم 003955 الغرفة الرابعة، بين بلدية مولاي العربي وإحدى المقاولات، قرار غير منشور، أشار إليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 72.

³ - قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 08-10-2011 تحت رقم 004966، الغرفة الرابعة، بين مديرية الصحة والسكان لولاية وهران والمقاول، قرار غير منشور، أشار إليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 73.

بعد تراجع نظرية المرفق العام كأساس وحيد للقانون الإداري ومعياراً لتمييز العقد الإداري دعا طائفة من الفقهاء إلى ضرورة إبراز دور السلطة العامة في تمييز العقد الإداري، من خلال البحث فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية خارجة عن نطاق القانون الخاص، تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام، وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه⁽¹⁾.

وقد برز هذا الاتجاه أولاً في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Terrier سنة 1903، ثم ما لبث أن توالى قرارات مجلس الدولة في الاتجاه نفسه، فصدر في سنة 1912 قرار المجلس في قضية "شركة الجرائد" إذ وضع مفوض الدولة Leon Blum مبدأ عاماً يتعلق بمعيار التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص، فبيّن في تقريره: "إذا تعلق الأمر بعقد يجب البحث ليس عن الغاية من إبرامه...فما يجب بحثه هو طبيعة العقد ذاته استقلالاً عن الشخص الذي عقده والغاية التي أبرم من أجلها"⁽²⁾.

وعلى ذلك لم يعد اتصال العقد بالمرفق العام كافياً لكي يكتسب الصفة الإدارية، إنّما يلزم أن تكشف الإدارة عن نيتها في اختيار أسلوب القانون العام، والوسيلة في ذلك هي تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ولأهمية هذه الشروط أصبحت علامة مميزة يمكن الاسترشاد بها في تقرير الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة بصفتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الفرد العادي.

يكتب الأستاذ pequignot عن فكرة الشروط الاستثنائية فيقول: "أنّها تبدو صعبة التحديد في أحكام القضاء الإداري...وأنته من الصعب أن نجد في أحكام القضاء الإداري تحديداً للشروط التي يَعْدها هذا القضاء غير عادية"⁽³⁾.

¹ ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، دون طبعة، دار النهضة، مصر، 1973، ص76.

² مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص78.

³ - PEQUIGNOT: théorie général du contrat administratif, p.130-131.

أشار إليه: ثروت بدوي، مرجع سابق، ص79.

في حين عدَّ الأستاذ Vedel معيار الشروط الاستثنائية المعيار الحقيقي للعقد الإداري، وهو الوحيد الذي يكشف عن إرادة المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام، إذ كتب في هذا الصدد: "الشرط الاستثنائي هو المعيار الوحيد الكافي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، فمضمون العقد هو الذي يبيِّن الشروط الخارجة عن القانون الخاص ونية الإدارة في تمسكها بمباشرة حقوق السلطة العامة..."⁽¹⁾.

وفي الاتجاه نفسه يذهب الأستاذ Chapus إلى أنه يجب أن لا يُعْتَقَدُ أنَّ معيار البنود أو الشروط غير المألوفة دائماً هو معيار مساعد، ففي كثير من الحالات يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المألوف لوحده، فهذا يمكن أن يكون أكثر تناسباً من غيره ويجب أن لا ننسى أنَّ معيار الشرط غير المألوف يستطيع هو بمفرده إعطاء صفة إدارية لكل عقد⁽²⁾.

وليس بعيداً عن هذا الوصف ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول: "إنَّ العقد الإداري هو العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه، ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره، بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته، مراعاة المصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام بما تُضَمُّهُ من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد"⁽³⁾.

وبالتالي إذا وضعت المصلحة المتعاقدة شروطاً استثنائية وغير مألوفة على صعيد القانون الخاص، كأن نصت في العقد على حقها في الفسخ المنفرد أو التعديل المنفرد أو توقيع الجزاءات بأنواعها في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، فإنَّها تكون قد عبَّرت بهذه الشروط الاستثنائية عن نيتها في ممارسة آلية القانون العام وامتيازات السلطة العامة، بما ينبغي معه اعتبار الرابطة العقدية التي تجمعها بالطرف الآخر عقداً إدارياً.

¹- VEDEL – (G): la notion de clause exorbitante, Mélanges mestre, p.545.

أشار إليه: ثروت بدوي، مرجع سابق، ص 79، 80.

²- RENÉ–Chapus– droit administratif général, tome2, LGDJ, France,1999, p505 .

أشار إليه: ثروت بدوي، مرجع سابق، ص 84، 85.

³- أشار إليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 69.

بل أكثر من ذلك حتى ولو لم يتضمّن عقد الصفقة أي إشارة لأي سلطة من سلطات الإدارة كسلطة الفسخ مثلاً، فإنّ تنظيم الصفقات العمومية اعترف لها بممارسة هذه السلطة وإن لم يتضمن العقد إشارة إلى ذلك طالما اتبعت الإدارة المعنية إجراءات إبرام صفقة عمومية حسب التنظيم المعمول به.

إنّ الحكمة في تمثّع جهة الإدارة بامتيازات القانون العام في مجال العقود الإدارية تعود بالأساس إلى اختلاف مكانة الأطراف بين العقد الإداري والعقد المدني، ففي القانون المدني الأصل أن يتمّ التعاقد بين طرفين متساويين يهدف كل منهما إلى تحقيق مصلحة شخصية، في حين أنّه وفي مجال القانون الإداري يتمّ التعاقد بين طرفين غير متساويين، مصلحة متعاقدة بوصفها سلطة عامة تهدف بتعاقدتها إلى تحقيق نفع عام، ومتعاقد معها يستهدف بهذا التعاقد تحقيق نفع خاص⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجده قد منح المصلحة المتعاقدة صلاحية ممارسة السلطات الاستثنائية غير المألوفة في نطاق القانون الخاص، لاسيما المادة 147 منه التي أعطت المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع العقوبات المالية حينما نصت: "يمكن أن ينجّر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقرّرة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به...".

أمّا المادة 149 من نفس المرسوم الرئاسي، فمنحت المصلحة المتعاقدة سلطة فسخ الصفقة من جانب واحد ودون اللجوء إلى القضاء، وذلك حينما نصت: "إذا لم يُنفذ المتعاقد التزاماته، تُوجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل مُحدّد. وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص أعلاه، فإنّ المصلحة

¹ - فؤاد العطار، القانون الإداري، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972، ص597، أشار إليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص76.

المتعاقدة يُمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة...".

من خلال المادتين 147، 149 المذكورتين أعلاه، يتضح لنا أنه مجرد تعاقد الإدارة وفقاً لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، يعني إتباعها أسلوب القانون العام، بل أبعد من ذلك فقد استقرَّ الفقه والقضاء الإداريين على أنَّ للإدارة حق توقيع جزاءات مختلفة على المتعاقد معها الذي يقصّر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء، ليس استناداً إلى نصوص العقد، بل استناداً إلى امتيازات السلطة العامة التي تملكها وعلى الأخص سلطتها الضابطة في تسيير المرافق العامة وضمن استمرارها وانتظامها تحقيقاً للمصلحة العامة⁽¹⁾.

وهكذا يتضح لنا أنَّ السلطات الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، لا يحتاج استعمال الإدارة لها إلى النص عليها بالعقد الإداري، وذلك باعتبارها إحدى امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، حيث أنَّ تلك السلطات مستقلة عن نصوص العقد ونتيجة عن اتصاله بمرفق عام بقصد تسييره وتنظيمه⁽²⁾؛ وبالتالي فإنَّ معيار إتباع أسلوب القانون العام هو معيار حاسم في تحديد العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة.

الفرع الرابع

أنواع الصفقات العمومية

¹ - نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني...العقود الإدارية...، الطبعة الأولى، الإصدار السادس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009، ص358، 359.

² - جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2000، ص215، أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009، ص78.

إنَّ العقود الإدارية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة كثيرة ومتنوعة ولا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، وبالتالي ليس كل عقد إداري مهما كان نوعه يعتبر صفقة عمومية، بل هناك طائفة من العقود محدّدة على سبيل الحصر ونظرا لأهميتها المالية والاقتصادية أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة إتباع إجراءات شكلية معينة عند إبرام هذا النوع من العقود، وهو ما يعرف بالمعيار الموضوعي للصفقة العمومية، فالمعايير المميزة والمحدّدة للصفقة العمومية السابق الإشارة إليها لا تعتبر كافية لنكون أمام صفقة عمومية، وإنّما لا بد من تدعيمها بمعيار لا يقل أهمية عن تلك المعايير وهو المعيار الموضوعي أي أنواع العقود الإدارية التي تشكل صفقة عمومية وتخضع عند إبرامها لإجراءات شكلية منصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، وهو ما يعرف بأنواع الصفقات العمومية، أو بعبارة أخرى ما يسمى بمجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، وهو ما نصت عليه المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاءت في القسم الأول المعنون بعنوان: "تعريف ومجال التطبيق" والتي نصت: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"، واستنادا إلى هذه المادة سوف نتطرق إلى عقد الأشغال العامة (أولا) ثم عقد اقتناء اللوازم (ثانيا) ثم عقد تقديم الخدمات (ثالثا) وأخيرا عقد انجاز الدراسات (رابعا).

أولا: عقد الأشغال العامة

يُعدُّ عقد الأشغال العامة من أقدم العقود الإدارية التي أرسى القضاء الإداري مبادئها وأحكامها، ولقد كان للقضاء الفرنسي دور كبير في وضع الكثير من المبادئ والأحكام المتعلقة بهذا النوع من العقود؛ وعقود الأشغال العامة تبرم بواسطة أشخاص القانون العام ولحسابها بهدف القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو صيانة العقارات.

وعقد الأشغال العامة هو عقد المقاوله المعروف في القانون المدني عندما يتصل موضوعه بمرفق عام⁽¹⁾؛ وقد عرّف الفقه عقد الأشغال العامة بأنّه عبارة عن اتفاق بين

¹ - مطبع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص 194، 195.

الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، بقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة بالعقد⁽¹⁾.

أمّا محكمة القضاء الإداري بمصر، عرفت عقد الأشغال العامة تعريفاً مقارباً للتعريف الفقهي في حكمها الصادر في 23 ديسمبر 1956 حيث قرّرت: "...ومن حيث أنّ عقد الأشغال العامة هو عقد معاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء والترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد"⁽²⁾.

والعنصران الأساسيان في عقد المعاولة هما قيام المقاول بإنشاء العمل المتفق عليه، دون أن يكون له حق استغلاله وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول.

ويتميّز عقد الأشغال العامة بكونه عقد إدارياً بتحديد القانون، وأيضاً بطبيعته الذاتية، حيث نصت أغلب القوانين على اعتبار هذا العقد إدارياً، منها القانون الجزائري، القانون الفرنسي، والقانون المصري، وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنّ عقد الأشغال العامة يشكل مثلاً نموذجياً للعقد الإداري بتحديد القانون ويتميّز عقد الأشغال العامة بالخصائص التالية:

1- يجب أن يكون موضوع العقد عقار:

لا بد أن ينصب عقد الأشغال العامة على إنشاء أو ترميم أو صيانة أحد العقارات العامة، فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات لجهة الإدارة ولو كانت تدرج في أموال الدومين العام لا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة، ولا يؤثر في ذلك ضخامة المنقول، وعلى هذا الأساس لم يعتبر القضاء الإداري الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة، عقوداً من عقود الأشغال العامة⁽³⁾، في حين أنّ العقد إذا تناول عقاراً ولو كان

¹ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 125.

² - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 23/12/1956 قضية رقم 284 أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 125.

³ - قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 17 يونيو 1938 في قضية le Tournir.

أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 126.

بالتخصيص كإقامة خطوط تليفونية ومد أسلاك تحت الماء، فإنه يُعدُّ من عقود الأشغال العامة⁽¹⁾.

2- يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام:

يكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، أو أن يتم لحسابه، ولو كان محله عقاراً خاصاً، ومن ثمَّ فلا يتطلب ملكية الشخص المعنوي العام لهذا العقار، متى كان لهذا الشخص سلطة إشراف مباشرة على الأشغال أو كان العقار سيؤول في نهاية مدة معينة إلى الشخص المعنوي العام⁽²⁾، فإذا قامت الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة باستئجار مكان من أحد الأفراد وخصصته مدرسة أو مستشفى، وأبرمت الإدارة عقد لترميم أو صيانة هذا العقار فإنَّ العقد يُعدُّ أشغلاً عامة رغم عدم ملكيتها للبناء، لأنَّ العقد سينصرف أثره لحساب الشخص المعنوي العام⁽³⁾.

3- هدف عقد الأشغال العامة هو تحقيق النفع العام:

هذا العنصر هو الذي يبرِّر النظام الاستثنائي الذي تخضع له عقود الأشغال العامة، فَيُعْتَبَرُ تحقيق النفع العام هو الهدف من وراء إبرام هذا النوع من العقود⁽⁴⁾، ويُعْتَبَرُ هذا الشرط من أكثر الشروط تطوراً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والذي يظهر فيما يلي:

- ارتبطت فكرة الأشغال العمومية بالدومين العام، حيث كانت هذه الأشغال تتم على عقارات تابعة للدومين العام، ثم فصل القضاء الفرنسي فيما بعد بين الفكرتين من خلال القرار الذي صدر عن محكمة التنازع الفرنسية في 24/10/1999 في قضية *Préfet des Bouches-du-Rhône* والذي قضى: "أنَّ سبب الضرر المدعي به يرجع إلى إهمال في

¹- قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 04 يونيو 1938 في قضية *Cie fr. Des câbles teleg*، وقراره الصادر أيضاً بتاريخ 21 يناير 1927 في قضية *Cie générale des eaux*، أشار إليهما: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 127 وما بعدها.

²- قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 9 فبراير 1934 في قضية *mabille*.

أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 127.

³- مطيع علي حمود جبر، مرجع سابق، ص 198.

⁴- RENÉ Chapus, droit administratif général, op-cit, p484.

ضيافة دار القضاء في مدينة (Aix) وهي مخصصة كلها لمرفق العدالة، وبالتالي لتحقيق مصلحة عامة، ومن ثمَّ فإنَّ الدعوى تدخل في اختصاص المجلس الإقليمي باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون حاجة للبحث فيما إذا كان المبنى يدخل في نطاق الدومين العام أو الخاص لاستقلال فكرة الأشغال العمومية عن الأموال العامة⁽¹⁾.

- كما ارتبطت فكرة الأشغال العامة بالمرفق العام، فعُدَّت أشغال عامة تلك التي تنفذ على عقارات مُخصَّصة لمرفق عام، ولو كانت داخلة في نطاق الدومين الخاص أو غير مملوكة للإدارة⁽²⁾، وبصدور قرار قرية مونسجير عن مجلس الدولة الفرنسي في 10 يونيو 1921، طوَّر في مفهوم الأشغال العامة، حيث حكم أن أعمال الصيانة المتعلقة بإحدى الكنائس تعدُّ من قبيل الأشغال العامة، وأن قرية مونسجير مسؤولة عن الحوادث الناجمة عن إجراء هذه الأشغال ويكون القضاء الإداري مختصاً بنظر المنازعات المتعلقة بها، على أساس أنَّ هذه الأعمال أشغال عامة تخضع لقواعد القانون الإداري، وذلك على الرغم من أن قانون 1905/12/09 قد فصل الكنيسة عن الدولة، واعتبر أنَّ ممارسة الشعائر الدينية في الكنائس مسألة لا تهم الدولة وبالتالي لا يمكن اعتبار الكنائس مرافق عامة.

ولقد أبرز بوضوح مفوض الحكومة Corneille في تقريره في قرار قرية مونسجير، أنَّ فكرة الأشغال العامة لم تعد مقصورة على أشغال المرافق العامة بل تعتبر أشغالاً عامة كافة الأعمال المخصصة للنفع العام، يتمُّ تنفيذها لحساب شخص معنوي عام⁽³⁾، وعليه فلا تعد أشغالاً عامة تلك التي تستهدف الصالح الخاص للأفراد حتى ولو حققت النفع العام⁽⁴⁾.

ثانياً: عقد اقتناء اللوازم "عقد التوريد"

¹ - فتية حابي، النظام القانوني لصفقة الأشغال العمومية، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/07/03، ص44.

² - هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 1975، ص40.

³ - هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص41.

⁴ - المرجع نفسه، ص42.

يعتبر عقد اقتناء اللوازم ثاني عقد من العقود الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، إذ أنّ الجهات الإدارية المختلفة وهي تمارس نشاطها وتسعى إلى تلبية الحاجات العامة وخدمة الجمهور لا تحتاج فقط إلى إبرام عقود الأشغال العامة، بل إلى جانب ذلك تحتاج إلى إبرام أنماط أخرى من العقود التي لا تقل أهمية عن عقد الأشغال العامة، وهو ما يعرف بعقد التوريد أو عقد اقتناء اللوازم كما أطلق عليه رسمياً⁽¹⁾.

وعقد اقتناء اللوازم هو عقد إداري يتم بين الإدارة وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بأن يُورّد للإدارة منقولات أو مواد مُعيّنة تحتاجها، مقابل ثمن يحدد في العقد، وأهم ميزة يميّز بها هذا النوع من العقود أنّه عقد يرد على منقولات من حيث موضوعه أو محله، على عكس عقد الأشغال العامة الذي يرد على العقار⁽²⁾.

كما عرّفته محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه: "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات مُعيّنة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام، مقابل ثمن معين"⁽³⁾.

كذلك يمكن أن يُبرم عقد اقتناء اللوازم لمرة واحدة بمعنى ينتهي العقد بمجرد تنفيذه وتوفير اللوازم المتفق عليها، كما يمكن أن يتم الاتفاق على توفير اللوازم بصفة دورية خلال مدة متفق عليها.

وينبغي الإشارة إلى أنّ القضاء الإداري في فرنسا سنّ أحكاماً نظرية العقد الإداري بمناسبة إبرام جهة الإدارة لكثير من عقود التوريد، كونه الوسيلة التي اعتمد عليها القضاء لإرساء مبادئ هذه النظرية⁽⁴⁾.

وإذا كانت فكرة الظروف الطارئة نشأت بصدد عقد الالتزام، فإنّ فكرة الظروف الاستثنائية المميّزة للعقد الإداري قد ارتبطت في البداية بعقد التوريد، حيث تُؤكّد محكمة

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 90.

² - نواف كنعان، مرجع سابق، ص 325.

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 33.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 91.

القضاء الإداري دائماً في أحكامها أنّ عقد التوريد من العقود الإدارية، كونها تستهدف المصلحة العامة، ومن أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص بقصد الوفاء بحاجة المرفق العام⁽¹⁾.

ثالثاً: عقد تقديم الخدمات

يمكن تعريف عقد الخدمات على أنّه اتفاق بين الإدارة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي بقصد توفير خدمة مُعيّنة للإدارة المتعاقدة تتعلق بتسيير المرفق نظير مقابل مالي⁽²⁾ كأن تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف الأقسام والمدرجات، أو أن تتفق البلدية مع مؤسسة متخصصة في الإعلام الآلي لإقامة شبكة نظام للإعلام الآلي بمقر البلدية؛ وعادة ما يكون موضوع الخدمة محل العقد الإداري بسيط ولا يتطلب اعتمادات مالية كبيرة على عكس عقد الأشغال العامة وعقد التوريد.

رابعاً: عقد إنجاز الدراسات

يعد عقد إنجاز الدراسات عقد إدارياً بنص القانون، وتُلزم الإدارة إن أرادت إبرام هذا العقد بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية - في حالة بلوغ النصاب المالي - من حيث طرق الإبرام وإجراءاته أو من حيث الرقابة، وتتمتع إن أبرمته بالسلطات والامتيازات المكرّسة في مجال العقود الإدارية، وتخضع لرقابة القاضي الإداري حين نشوب النزاع.

ويمكن تعريف عقد الدراسات بأنّه اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) يُلزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محدّدة في العقد لقاء مقابل مالي تُلزم الإدارة بدفعه تحقيقاً للمصلحة العامة، كأن يتعلق الأمر بعقد يجمع بين مديرية السكن ومكتب دراسات هندسية بغرض إنجاز تصاميم هندسية لمجموعات سكنية تريد الإدارة المعنية إقامتها⁽³⁾.

¹ - مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص 205.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 92.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 95.

إنَّ وجه تمييز عقد الدراسات عن غيره من العقود الأخرى، أنَّ العقد ينصب على جانب فني وتقني وهو ذو طابع علمي، كالقيام بتصاميم هندسية، أو إجراء بحوث أو إحصاءات أو تحاليل، ووضعها تحت تصرف الإدارة المعنية، وهو ما يجعله يتميَّز عن عقد الأشغال الذي ينصب على عقار كما رأينا، وعقد التوريد الذي ينصب على منقول، وعقد الخدمة الذي يتناول مسائل بسيطة.

غير أنَّ هذه العقود الأربعة التي تشكل المعيار الموضوعي للصفقة العمومية⁽¹⁾، والتي سبق الإشارة إليها، وإن اختلف بعضها عن البعض الآخر، إلا أنَّ التداخل والعلاقة قد تحدث بين عقد وآخر فعقد الأشغال العامة مثلا يستوجب دراسات سابقة وهو ما يعني أنَّ الإدارة المختصة تُبرم أولاً عقد دراسات ليُجسَّدَ فيها بعد في شكل عقد أشغال عامة⁽²⁾.

بعد التطرق في المطلب الأول إلى مختلف العقود الإدارية الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، سنحاول من خلال المطلب الثاني تسليط الضوء على عقود أخرى لا تقل أهمية، وهو ما يعرف بعقود تفويض المرافق العامة.

المطلب الثاني

عقود تفويضات المرفق العام

إنَّ الاتجاه إلى القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة أخذ يتزايد بشكل واضح في عالم اليوم ومرد ذلك لسببين، الأول هو رغبة الدولة في البحث عن وسائل لتمويل

¹ نصت المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

- إنجاز الأشغال،

- اقتناء اللوازم،

- إنجاز الدراسات،

- تقديم الخدمات....

- كما عرِّفت المادة 29 أعلاه كل عملية من هذه العمليات.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 95.

المشروعات من جهة، ومن جهة ثانية الثقة في القطاع الخاص من حيث إمكانياته المالية وقدراته الفنية وكفاءته في الإدارة، أمّا السبب الثاني فيتمثل في أنّ إدارة المرافق العامة بواسطة القطاع الخاص أصبحت أداة لتحقيق سياسة تحرير الاقتصاد، وهي السياسة الاقتصادية التي تتبعها غالبية الدول في الوقت الحالي⁽¹⁾.

ما نود الإشارة إليه هو أنّ الأزمة الاقتصادية التي سبقت الحرب العالمية الثانية، كشفت حجم العبء الذي تتحمله الدولة في إدارة المرافق الاقتصادية، وهو ما أدى إلى التفكير بإخضاع المرفق العام الاقتصادي لنظام وشروط خاصة تكفل له المساواة مع القطاع الخاص، تحقيقاً لما يسمى باقتصاد المنافسة⁽²⁾.

وقد ساد الاعتقاد بأنّه ليس من شأن وجود القطاع العام أن يحدّ من وجود أو من دور القطاع الخاص، بل على العكس من ذلك، إذ يمكن للإدارة التعاون مع القطاع الخاص من خلال الاستفادة من الإمكانيات والخبرات المتاحة لديه، خاصة مع تزايد أعباء الدولة في العصر الحديث، الأمر الذي أورث حاجة عملية لإشراك القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة تحقيقاً للنفع العام، من خلال ما بات يعرف بنظرية تفويض المرافق العامة الاقتصادية⁽³⁾.

إنّ تقنية تفويض المرفق العام تعني أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، إدارة واستثمار مرفق عام اقتصادي إلى أحد أشخاص القانون الخاص، إمّا شخص طبيعي (فرد) أو اعتباري (شركة)، والتفويض كتقنية هي ليست حديثة، لأنّها تعود بجذورها إلى عقد التزام المرافق العامة الذي يُعدّ الأسلوب الأكثر شيوعاً لمفهوم التفويض⁽⁴⁾.

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص3.

² - عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1992، ص6.

³ - يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سورية، 2010، ص91، 92.

⁴ - يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص96.

وإنَّ مصطلح تفويض المرفق العام قد ظهر في بداية الأمر في فرنسا على يد الأستاذ (Auby) من خلال إعداده لدراسة تتعلق بالمرافق العامة سنة 1980⁽¹⁾، ولكن المشرع الفرنسي قد كرس تقنية التفويض بحسابها فئة قانونية جديدة لاسيما في حقل العقود الإدارية، فأصدر القانون رقم 93-122 سنة 1993 المتعلق بتجنب الفساد وتكريس الشفافية في الإجراءات، وأطلق على هذا القانون تسمية "سابان" (Loi sapin)، الذي تضمّن تنظيمًا واضحاً لتفويض المرافق العامة، بحيث شكل قانون (سابان) مع تعديلاته، الإطار القانوني لتفويض المرفق العام⁽²⁾.

حيث عرّفت المادة 38 من هذا القانون (Loi sapin) تفويض المرفق العام على أنّه: "العقد الذي يعهدُ بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطاً بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يعهد إلى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق"⁽³⁾.

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري فالجديد هو إدراج وتقنين الأحكام المتعلقة بتفويض المرفق العام ضمن نفس المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247 الذي أطلق عليه تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتمّ تقسيم هذا المرسوم إلى بابين، خُصّص الباب الأول للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، أمّا الباب الثاني فتمّ تخصيصه للأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، فالمادة 207 من المرسوم المذكور أعلاه نصت على أنه: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتمّ التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

¹ - J.F Auby: La délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997, p.16.

² - يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 97.

³ - Loi N°93-122 du 29 janvier 1993, relative la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Art 38/1, "Une droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité du délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, le délégation peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaire au service".

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية..."، وهو نفس التعريف الوارد في المادة 38 من قانون "سابان" (Loi sapin).

أمّا المادة 209 من نفس المرسوم، فأخضعت إجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، لنفس المبادئ التي تخضع لها إجراءات إبرام الصفقات العمومية حينما نصت: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، عند إبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم..."، وكرسّ المشرع المبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، عندما نص في الفقرة الثانية من المادة 209 المذكورة أعلاه: "...وزيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضية، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف".

وبالرجوع إلى المادة 210 من نفس المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجدها نصت على الأشكال التي يمكن أن يتخذها تفويض المرفق العام، وسنحاول التطرق إلى أهم صور وأشكال عقود تفويض المرفق العام، بداية بعقد الامتياز بمفهومه التقليدي (الفرع الأول) مروراً بعقد الامتياز بمفهومه الحديث (عقد البوت Bot) (الفرع الثاني) ثم بعد ذلك نتطرق إلى عقد إيجار المرفق العام (الفرع الثالث) ثم نتطرق إلى عقد الوكالة (الفرع الرابع) وصولاً في الأخير إلى عقد الشراكة (الفرع الخامس).

الفرع الأول

عقد الامتياز بمفهومه التقليدي

يُعتبر عقد الامتياز الأسلوب الشائع لتفويض المرفق العام وأهم صورة له، وهناك تيار في فرنسا يدعو إلى جمع كل طرق تفويض المرفق العام في طريقة واحدة وهي الامتياز والذي يعتبر الشكل الأساسي والجيد والكامل.

ويُعدُّ عقد امتياز المرفق العام من أبرز وأشهر العقود الإدارية، وقد تحدّدت طبيعته الإدارية وفقاً لمقوماته الذاتية التي ميّزته تماماً عن أي عقد آخر، سواء لاتصاله المباشر بالمرفق العام أو لشروطه المتميّزة والتي من أبرزها وجود الشروط اللائحية التي يتعيّن على المتعاقد قبولها وتفرض بها الإدارة وجودها، إلى جانب الشروط التعاقدية الأخرى التي تكون محل تفاوض كأى رابطة تعاقدية.

وسنتطرق إلى مفهوم عقد الامتياز (أولاً)، ثم نبين الطبيعة القانونية لهذا العقد (ثانياً)، وأخيراً نوضح مكانة هذا العقد في التشريع الجزائري (ثالثاً).

أولاً: مفهوم عقد الامتياز La concession

يُعرّف عقد الامتياز بأنه: "هو العقد الذي تُكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصاً عمومياً أو خاصاً باستغلال مرفق عام بكل أعبائه ومخاطره وأرباحه، ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة"⁽¹⁾؛ ومثال ذلك أن تعهد الدولة لأحد الأفراد استغلال خدمات توزيع المياه أو الكهرباء أو الغاز أو استغلال البترول أو استغلال الميناء أو الأسواق العمومية... الخ، ولقد اعتبر القضاء الإداري عقد الامتياز بأنه عقد إداري من نوع خاص موضوعه إدارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو أحد هيئاتها بالقيام بنشاط معين وخدمة مُحدّدة والحصول على مقابل من المنتفعين⁽²⁾.

ويُعتبر الامتياز أسلوباً من أساليب تسيير المرفق العام، انتشر في كافة دول العالم خاصة في فرنسا التي تعتبر مهدياً له، فهو عبارة على توكيل المهمة الأصلية للشخص العام

¹- STÉPHANE Braconnier, droit des services publics, presses universitaire de France, 2004, p 383.

²- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص356، 357.

(تسيير المرفق) إلى شخص آخر لتأمين تسيير هذا المرفق العام الاقتصادي، فهو وجه من أوجه التسيير التي تتماشى مع النهج الجديد الذي اتخذته الجزائر بعد 1989⁽¹⁾. ويُعرّف الأستاذ أحمد محيو عقد الامتياز: "هو أسلوب تسيير، يتولى من خلاله شخص يسمى صاحب الامتياز، أعباء مرفق خلال فترة من الزمن، فيتحمل النفقات، ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق"⁽²⁾.

كما عرّفته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 25 مارس 1956: "امتياز المرافق العامة ليس إلاّ عقد إدارياً يتعهد أحد الأطراف أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي تُوضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل الترخيص له باستغلال المشروع (المرفق) لمدة محدّدة من الزمن والاستيلاء على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذو علاقة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلاّ لمدة محدّدة، ويتحمل الملتزم نفقات إدارة المرفق العام، ويتحمل نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى رسوماً يُحصّلها من المنتفعين"⁽³⁾.

وهذا التعريف دقيق لكونه يتضمن كافة عناصر الامتياز من الأطراف والشكل والمحل والمقابل المالي والمدة.

أمّا المشرع الجزائري أشار إلى عقد الامتياز كشكل من أشكال تفويض المرفق العام من خلال المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في بابه الثاني المتضمن الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، التي نصت: "...يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المُفوضّة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام...".

¹ - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دون طبعة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 162.

² - أحمد محيو، (ترجمة محمد صاصيلا)، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 440.

³ - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، (الكتاب الثاني)، نظرية المرفق العام، وأعمال الإدارة العامة، الطبعة العاشرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979، ص 90، 91.

والمقصود بعقد الامتياز في مفهومه التقليدي، هو أن يقوم الملتزم فقط باستغلال المرفق العام، دون إقامة هذا المرفق عن طريق إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية، لأنّ ذلك يعتبر نمط جديد وتطور لعقد الامتياز، وهو ما جاء في المادة 210 المذكورة أعلاه، حينما نصت: "... تعهد السلطة المَفُوضَة للمَفُوض له إمّا إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإمّا أن تعهد له فقط باستغلال المرفق العام...".

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

الطبيعة القانونية لعقد الامتياز طرحت إشكالاً في الفقه الفرنسي والجزائري والمصري، فحاول العديد من الفقهاء التحديد وبدقة الطبيعة القانونية لعقد الامتياز.

1- الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز:

يرى البعض أن عقد الامتياز ليس عقداً أو اتفاقاً بين صاحب الامتياز والإدارة العامة، بل هو تنظيم يستلزم تنفيذ وإبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة بين أطراف مختلفة⁽¹⁾. وذهب فريق من الفقهاء إلى أنّ الامتياز هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من سلطة، ويرضخ له الملتزم اختياراً لقبوله شروط الامتياز⁽²⁾.

2- الطبيعة العقدية لعقد الامتياز:

ظهرت هذه النظرية في فرنسا في أواخر القرن 19 وبداية القرن 20 تُؤيد فكرة أنّ الامتياز هو عقد بالمعنى الصحيح للكلمة، لكونه يحظى بموافقة ورضا الملتزم وبذلك يُعتبر

¹ هاني سر الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 69، سنة 1999، ص 05.

² سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 92، 93.

عقداً إدارياً ثنائياً ملزم لجانبين، أي يُحدّد الحقوق والالتزامات المُتبادلة بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز⁽¹⁾.

غير أنّ الأستاذ (أنري دي لوبادير) A.De Laubadère كتب: "... من جهة أخرى إنّ اتفاق إرادتين في العلاقات بين مانح الامتياز وصاحب الامتياز لا يمكن اعتباره ذا طبيعة تعاقدية بسبب الموضوع الذي يتضمنه هذا الاتفاق، إنّ هذا الموضوع هو تنظيم وسير مرفق عمومي الذي يجب على الإدارة دوماً المحافظة والتحكم فيه وكذلك وضع القواعد التي تحكمه وهو ما يسمى بقانون المرفق العمومي، إنّ مثل هذا الموضوع لا يخضع للمجال التعاقدية وذلك طبقاً للمبدأ الأساسي الذي يُعْتَبَرُ أنّ تنظيم المرافق العمومية هو من اختصاص السلطات العمومية فقط وبصفة انفرادية⁽²⁾.

3- الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز:

La théorie de la double nature de la concession

وترتكز هذه النظرية على الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز، وتُعْتَبَرُ أنّ الامتياز هو عمل مُزدوج له شقان، شق تنظيمي وشق تعاقدية، ففي مواجهة المنتفعين، يُعْتَبَرُ الامتياز هو بمثابة قانون المرفق تحكمه أحكام تنظيمية، لكنه يعتبر عقد في العلاقة بين صاحب الامتياز والمُلتزم⁽³⁾.

وهذا يعني أنّ عقد الامتياز له طبيعة تنظيمية تُجاه المنتفعين وطبيعة تعاقدية بين السلطة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز؛ وقد انتقدت هذه النظرية بسبب استحالة تصور

¹- YVES Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral, LGDJ, paris, France, 1971, p148.

أشارت إليه: نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 175.

²- A. De Laubadère, traité de droit administratif, T01, 08^{ème} Ed, L.G.D.J, paris, France 1980, p 669.

³- YVES Madiot, op-cit, p149.

تَغْيُر الطبيعة القانونية للتصرف بِتَغْيِير أطرافه لِأَنَّهُ لا يمكن أن يكون تنظيمياً حيناً وتعاقدياً في حين آخر⁽¹⁾.

كما أنَّ التسليم بأنَّ العلاقة بين الإدارة المانحة للامتياز والمُلتزِم هي علاقة عقدية بحتة يُعرقِل إمكانية الإدارة في التدخل لتعديل القواعد المتعلقة بتنظيم المرفق العام بإرادتها المنفردة، ما يؤدي إلى تجميد حسن سير المرفق العام، وهو ما يتعارض مع نظرية المجالات التعاقدية في القانون العام⁽²⁾.

4- الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز :Un Acte mixte

اتجه فريق آخر من الباحثين إلى إعطاء تكييف مغاير لعقد الامتياز الإداري، وجعلوا منه عملاً مُختلِطاً في كون بعض شروطه تكتسي الطابع التنظيمي والبعض الآخر الطابع التعاقدية، بمعنى أنَّ هذا التصرف في جزء منه تعاقدية وفي جزئه الآخر تنظيمي⁽³⁾.

إلّا أنَّ هذه الطبيعة المركبة لعقد الامتياز - على عكس نظرية الطبيعة المزدوجة - تتماشى وأنواع الشروط التي يمكن تمييزها في محتواه، باعتبار الشروط المتعلقة بتنظيم وسير المرفق تتمتع بالطبيعة التنظيمية في مواجهة كل من المُلتزِم والمنفعين على حد سواء، أمّا الشروط المتعلقة بالامتيازات التي تمنحها الإدارة للملتزم مقابل إدارته للمرفق تتمتع بالطبيعة التعاقدية⁽⁴⁾ قابلة للتفاوض وتُطبق عليها نظرية العقد شريعة المتعاقدين، وهذه الشروط لا تعني المنفعين عملاً بمبدأ الأثر النسبي للعقد وقد لاقت هذه النظرية صدى واسعاً وتُعتبر الأكثر قبولا لتبرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري، وهي ما أخذت بها العديد من الدول أمثال فرنسا، مصر والجزائر.

¹ - راضية بن مبارك، التعليق على التعليم رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 47.

² - نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 75.

³ - نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 76.

⁴ - AUBY (J.M): ROBERT (D.A) : Grand services publics et entreprises nationales, tome 1 3^{ème} trimestres, PUF, Paris, France, 1969, p 208, 209.

ثالثا: عقد الامتياز في التشريع الجزائري

من بين عقود الامتياز المنصوص عليها في التشريع الجزائري، نذكر عقد امتياز الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، المنصوص عليه في المادة 4 من القانون 10-03⁽¹⁾ التي عرفته بأنه: "الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعياً من جنسية جزائرية، يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب الامتياز"، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية تُضبط كميّات تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية".

وبالرجوع إلى قانون البلدية رقم 11-10⁽²⁾ نجد أنّ المادة 150 منه أجازت للبلدية تسيير بعض المصالح عن طريق الامتياز، وهذه المصالح نصت عليها المادة 149 من نفس القانون، أمّا المادة 155 فقرة 2 من نفس القانون، نصت على أنّ الامتياز يخضع لدفتر شروط نموذجي، يُحدّد عن طريق التنظيم.

أمّا المادة 149 من القانون رقم 12-07⁽³⁾ المتعلق بالولاية، نصت على أنّه: "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنّه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به، يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يُحدّد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها...".

¹ - القانون رقم 10-03، مؤرخ في 15 أوت 2010، المُحدّد لشروط وكميّات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج ر عدد (46) الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، ص 4.

² - القانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ 3 جويلية 2011، ص 04.

³ - القانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ر عدد (12) الصادرة في 29 فبراير 2012، ص 5.

أمّا المادة 101 الفقرة الثانية من القانون رقم 05-12⁽¹⁾ المتعلق بالمياه نصت: "يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليه عن طريق التنظيم...".

وتطبيقاً لما جاء في أحكام الفقرة الثانية من المادة 101 المذكورة أعلاه، صدر مرسوم التنفيذي رقم 08-54⁽²⁾ والذي نصت المادة 02 من دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم على: " - تعريف امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب:

يتمثل امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب في ضمان التزويد بالمياه عن طريق الاستغلال والصيانة والتجديد وإعادة تأهيل وتطوير منشآت هياكل الحشد والمعالجة والربط والتخزين وتوزيع ماء الشروب...".

أمّا المادة 166 من الأمر رقم 95-27⁽³⁾ المتضمن قانون المالية لسنة 1996، نصت على أنه: "يمكن أن يكون إنجاز الطرق السريعة ولواحقها وتسييرها، واستغلالها، وصيانتها، وكذا أعمال تهيئتها و/أو توسيعها، محل منح امتياز لصالح الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو القانون الخاص شريطة وجود طريق بديل وذلك وفق كفاءات مُحدّدة في اتفاقيات وفي دفاتر شروط يصادق عليها بنص تنظيمي".

¹ - القانون رقم 05-12، مؤرخ في 2005/08/04، المتعلق بالمياه، ج ر عدد (60) الصادرة في 2005/09/04، ص 3.

² - المرسوم التنفيذي رقم 08-54، مؤرخ في 2008/02/09، الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد (8) الصادرة في 2008/02/13، ص 15.

³ - الأمر رقم 95-27، مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد (82) الصادرة في 31 ديسمبر 1995، ص 03.

الفرع الثاني

عقد الامتياز بمفهومه الحديث (عقد البوت B.o.t)

أفرز الواقع الاقتصادي نوع جديد من العقود أصبح شائعاً في الوقت الحاضر، تسمى عقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكية) وتتضمن بعض الأنواع الأخرى المتشابهة، وهذه العقود مهمة جداً في الدول التي تتجه نحو تحويل اقتصادها إلى الاقتصاد الحر وفي الدول التي تسعى إلى التطور ولا تملك ميزانية كاملة، ويكون الاعتماد في هذا النوع من العقود على القطاع الخاص الخارجي أو الداخلي⁽¹⁾.

ويُقصد بعقود أو مشروعات البوت B.O.T تلك المشروعات التي تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أم أجنبية سواء أكانت من القطاع العام أو القطاع الخاص وذلك لإنشاء مرفق عام من أجل إشباع حاجات عامة على حساب الشركة وبنفقاتها، وتتولى هذه الشركة تشغيل المشروع وإدارته لمدة معينة بشروط معينة تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة، وأخيراً تنقل الشركة ملكية المشروع في حالة جيدة إلى الدولة أو الجهة المتعاقدة معها⁽²⁾.

ومصطلح البوت B.o.t هو مختصر لثلاث كلمات هي build وتعني بناء، و operate وتعني تشغيل، و transfer وتعني نقل الملكية.

وقد حَقَّقت هذه المشاريع نجاحات كبيرة في الدول التي اعتمدتها كونها تقدم حلاً لمشكلة تمويل المشاريع الكبيرة كالمطارات ومحطات الكهرباء والمُجمعات الصناعية.

وإذا كان مُصطلح البوت حديث نسبياً فإنَّ مفهومه معروف من فترة طويلة وقد كانت فرنسا رائدة في هذا المجال، ثمَّ تبعها مصر من الدول العربية، ولعلَّ مشروع قناة

¹ - مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 99.

² - أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2003، ص 356، أشار إليه: مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 100.

السويس من أشهر مشروعات البوت في العالم والتي تم افتتاحها عام 1782 وكانت مدة الامتياز 99 سنة، إلا أنه تم إنهاء الامتياز عام 1965 بتأميم القناة⁽¹⁾.

وإذا كان عقد الامتياز يتعلّق غالباً بإدارة مرفق عام، فإنّه يمكن القول إنّ عقود B.O.T ما هي إلا تطوير حديث لعقود امتياز المرافق العامة، ومن ثمّ فإنّ هذا العقد يخضع لذات القواعد التي تحكم عقد الامتياز، إلا أنّ هذا النوع من العقود يَمُنَحُ المُلتزم حقوق تفوق تلك التي تُمنَحُ له في حالة امتياز المرافق العامة⁽²⁾.

رغم الاختلاف الذي حصل بشأن الطبيعة القانونية لعقد البوت، إلا أنّ الجانب الغالب من الفقه ذهب إلى القول بأنّ عقود البوت هي امتداد لعقد الامتياز تحت مسمى جديد؛ إنّ بعض صور عقود البوت B.O.T كعقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T تمنح الشركة حق تملك المشروع في فترة تشغيله ملكية تامة، وهذا يتعارض مع مضمون عقد التزام المرافق العامة حيث يبقى المرفق مملوك للدولة.

مع أنّ عقد البوت هو صورة مُتطورة لعقد الامتياز لتعلّقه بنشاط مرفق عام، فإنّه يتميّز عنه في أنّ الدولة كثيراً ما تفتقد فيه امتيازاتها كسلطة عامة، وتكون على قدم المساواة مع الطرف المتعاقد معها، وبالتالي خضوع عقود البوت لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁾.

وما يُميّز عقد الامتياز بمفهومه الحديث (عقد البوت B.O.T) أنّ المستثمر يقوم ببناء المشروع وإقامته من ماله الخاص وغالباً ما يتطلب ذلك مبالغ ضخمة، على خلاف المُلتزم في عقد الامتياز بمفهومه التقليدي الذي لا يقع عليه عبء بناء وإنشاء المشروع، وقد جَمَعَ المشرع الجزائري بين الصورتين المختلفتين لعقد الامتياز، - المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث - من خلال المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽⁴⁾ المذكورة أعلاه،

¹ جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t، بحث منشور ضمن سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، أكاديمية السادات، 2001، ص82، أشار إليه: مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص101.

² مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص 171.

³ مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 107، 109.

- نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 87.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

حينما خيّر السلطة المَفَوَّضَة بين أن تعهد للمَفَوَّض له فقط استغلال المرفق العام، وهذا تجسيد لعقد الامتياز بمفهومه التقليدي، وبين أن تعهد للمَفَوَّض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، مسائراً بذلك التطور الذي وصل إليه عقد الامتياز تحت تسمية عقد البوت B.O.T.

الفرع الثالث

عقد إيجار المرفق العام

إنَّ العنصر الأساسي المُمَيِّز لعقد إيجار المرفق العام، هو عدم تحمل المستأجر لعمليات البناء والإنشاء المتعلقة بإقامة المرفق العام، ويُعرِّفه الأستاذ C.Boiteau : "هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاماً أو خاصاً استغلال مرفق عام، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتمُّ دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون متعلقة مباشرة باستغلال المرفق"⁽¹⁾.

ونكون أمام عقد إيجار عندما تكون منشآت المرفق العام موجودة قبل العقد ويتولى المستأجر بعض أعمال الصيانة والتجهيزات فقط، فكل من المستأجر والهيئة العمومية المؤجرة مسؤولين عن التجهيزات بنسب متفاوتة مُحدَّدة في عقد الإيجار، فالهيئة العمومية هي المسؤولة عن توسيع المرفق وتجديده وتجهيزه إذا كانت هذه التجهيزات ضخمة ويكون ذلك عن طريق إبرام صفقات عمومية⁽²⁾.

وعرف عقد إيجار المرفق العام تطوراً في السنوات الأخيرة مقارنة مع الامتياز في فرنسا، خاصة في المجال السياحي والثقافي، فقد قامت السلطات العامة بإنشاء عدة مرافق ثقافية واجتماعية ولجأت للإيجار لتسيير أغلب هذه المرافق العمومية للتقليل من أعباء التسيير⁽³⁾.

¹- CLAUDIE Boiteau, op-cit, p 98.

²- STÉPHANE Braconnier, op-cit, p 439.

³- نادية ضريفي ، مرجع سابق، ص 156.

وللايجار عدة مزايا، فالإدارة تقوم ببناء وتجهيز المرفق لتفسيح المجال للخواص لتسييره بفعالية، لما هو معروف عن القطاع الخاص بتسييره الفعّال واعتماده على أساليب حديثة وتكنولوجيات عالية⁽¹⁾، فهو بالفعل يرقى بنوعية الخدمة العمومية المقدمة من طرف المرافق العامة.

وعقد إيجار المرفق العام يجلب اهتمام المؤسسات الخاصة التي تهدف إلى الربح، لأنّ المستأجر لا يدفع أموال ضخمة في البناء، ويكتفي بالتسيير والاستغلال، وهذا ما لا يكلفه الكثير بالمقارنة مع عقد البوت لذلك نجد عقد الإيجار في أغلب الأحيان متوسط أو قصير المدى⁽²⁾.

ويشكل عقد تأجير استغلال المرافق العامة وسيلة لاستغلال المرفق العام وليس مجرد إدارته فقط، وعادة ما يستعمل في جباية الضرائب والرسوم⁽³⁾، ورغم اتحاد كل من عقد الامتياز الإداري وتأجير استغلال المرافق العامة، في اعتبارهما أسلوبين من أساليب التسيير، إلا أنّه توجد فوارق بينهما:

أولاً- من حيث تحمل مصاريف إقامة المشروع:

فالمُلتزم في عقد الامتياز الإداري- لاسيما عقد الامتياز بمفهومه الحديث BOT - إضافة إلى قيامه بتسيير المرفق، يتولى بنفسه إنجاز المنشآت اللازمة لهذا التسيير مع تحمله مصاريف ذلك، في حين صاحب الإيجار لا يقوم بإنشاء المرافق الأساسية للاستثمار التي توضع تحت تصرفه والتي تكون مُحَقَّقة من طرف الجماعات المحلية⁽⁴⁾، سواء أقامتها

¹- STÉPHANE Braconnier, op-cit, p 439.

²- نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 157.

³- وليد حيدر جابر، طرق الإدارة المرافق العامة والخصخصة، المؤسسة العامة والخصخصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 25.

⁴- FRANGI Marc: Les délégations de service public dans le domaine de la distribution d'eau potable, in RA, N°328, 2002, p 410.

- AUTIN Jean-Louis: RIBOT Catherine: Droit administratif générale, Edition de Juris-calsseur, Paris, France, 2004, p177.

بنفسها أو أُقيمت من طرف مُلتزم سابق، وهذا ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247: "الإيجار... تُمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام...".

ثانيا- من حيث مدة الالتزام:

تختلف مدة التزام المُلتزم في عقد الامتياز الإداري عنها في عقد تأجير إستغلال المرافق العامة، حيث تكون المدة طويلة نسبيا في عقد الامتياز الإداري عنها في عقد تأجير استغلال المرافق العامة، وذلك لتمكين المُلتزم من استرجاع ما أنفقه من أموال في سبيل إقامة المشروع، وحصوله على قسط من الربح الذي هو هدفه ودافعه للتعاقد، وتكون المدة تتراوح بين 30 و 50 سنة حسب كل قطاع، بينما مدة تأجير استغلال المرافق العامة حصرتها التعليمية الوزارية رقم 842/3.94⁽¹⁾ المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها في 12 سنة كحد أقصى.

ويختلف عقد تأجير المرفق العام عن عقد توكيله (عقد الوكالة) من حيث الشخص المستفيد من التصرف، ففي العقد الأول يتصرف المفوض له لحسابه وعلى مسؤوليته وهذا ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247: "الإيجار: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المُفَوِّضُ له، حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته...". أمّا في العقد الثاني (عقد الوكالة)، فإنَّ استغلال المرفق العام يكون لحساب السلطة المُفَوِّضة.

¹ - التعليمية رقم 842/3.94، الصادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1994 عن السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، موجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية البلدية.

الفرع الرابع

عقد الوكالة (تسيير واستغلال المرفق العام لحساب الشخص العام)

يعتبر عقد الوكالة صورة أخرى من صور تفويضات المرفق العام.

أولاً: تعريف عقد الوكالة

يُعرّف عقد الوكالة بأنه: "هو العقد الذي من خلاله تُوكل السلطات العمومية (التي أنشأت المرفق العام) تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المُفَوَّضَةَ، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المُحَقَّق في استغلال المرفق، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح"⁽¹⁾.

وكذلك يُعرّف بأنه: "طريقة من طرق تسيير المرفق العمومي، يضمن فيه المُسَيِّر استغلال المرفق، يكون له علاقة مباشرة بالمرتفقين، يُنفذ العمليات لحساب الهيئة المُفَوَّضَةَ ويُحَصِّل لحسابها الإيرادات ويدفع النفقات، ويتلقى المقابل المالي من الهيئة العمومية، وهو أجر يدخل في أعباء الهيئة، ويكون مرتبطاً باستغلال المرفق"⁽²⁾.

ثانياً: خصائص عقد الوكالة

ومن خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص الخصائص التالية لهذا النوع من عقود تفويض المرفق العام (عقد الوكالة):

- الاستغلال يكون لحساب الهيئة المُفَوَّضَةَ؛

- الهيئة العمومية هي المكلفة بأشغال البناء والصيانة والتجهيزات الضرورية لسير المرفق العام؛

¹- STEPHANE Braconnier, op-cit, p 440.

²- CLAUDIE Boiteau, les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, France, 1999, p 100.

- استقلالية محدودة للمسير وبالمقابل صلاحيات واسعة للإدارة؛
- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط بالاستغلال بنسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوات الإنتاجية وبذلك فهذا المقابل مرتبط بأرباح وخسائر تسيير المرفق، وفي بعض الأحيان وكضمان لمُسَيِّر المرفق فإنَّ هناك حداً أدنى مضمون يحدد جزافياً Forfaitaire في العقد⁽¹⁾؛
- مخاطر الاستغلال تتحمّلها الهيئة العمومية ويتحمل المُسَيِّر جزءاً منها، لأنَّ أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال، ويمكن إضافة علاوات متعلقة بالتسيير الفعّال ومرتبطة بالمردودية والإنتاجية، لكن في كل الحالات لا يجب أن تتعدى هذه العلاوات السقف المُحدّد في العقد⁽²⁾.

ثالثاً: أشكال عقد الوكالة

إذا كان المقصود بعقد الوكالة كأسلوب لتفويض المرفق العام هو تسيير واستغلال المرفق العام لحساب الشخص العام كما سبق ذكره، فإنَّ هذا النوع من العقود الإدارية ينقسم بدوره إلى نوعين، يتمثل النوع الأول في الوكالة المحفزة (1) أما النوع الثاني يتمثل في عقد التسيير (2).

1- عقد الوكالة المحفزة:

نصَّ المشرع على هذه الصورة في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي جاء فيها: "...- الوكالة المحفزة: تعهد السلطة المُفَوَّضَة للمُفَوَّض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المُفَوَّض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المُفَوَّضَة التي تُموّل بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته، ويُدفع أجر المُفَوَّض له مباشرة من السلطة المُفَوَّضَة بواسطة منحة

¹- CLAUDIE Boiteau , op-cit, p 101.

²- Ibid, p 102.

تُحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء...".

من خلال التعريف المذكور أعلاه، نستنتج أنّ المشرع ربط المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير نتيجة تسييره للمرفق، برقم الأعمال والإنتاجية والفعالية وهذا لتشجيع المُسَيِّر لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية وترقيتها وزيادة من فعالية المرفق.

2- عقد تسيير المرفق العام La Gérance:

بالرجوع إلى المادة 210 المذكورة أعلاه، يتضح لنا أنّ المشرع في تعريفه لعقد التسيير، اعتمد نفس التعريف الخاص بعقد الوكالة المحفزة لكون أنّ العقدين يتشابهان إلى حد كبير، كون أنّ كل من عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير يشتركان في أنّ أجر المُفَوَّض له يدفع بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية، إضافة إلى حصّة من الأرباح إذ تعلق الأمر بعقد الوكالة المحفزة -دون عقد تسيير المرفق- الذي يعتمد أساسا على تشجيع المُفَوَّض له للنهوض بالخدمة العمومية وترقية المرفق العام وبالتالي ارتفاع حصّة الأرباح الذي ينتج عنه الزيادة في أجر المُفَوَّض له (المسیر).

وهكذا يتضح لنا أنّ أجر المُفَوَّض له في كلا العقدين، يتأثر إيجابيا بمحاسن وأرباح تسيير المرفق العام، إلّا أنّ ما يميز عقد تسيير المرفق العام عن عقد الوكالة المحفزة يتمثل في أنّ أجر المُفَوَّض له (المُسَيِّر) في العقد الأول، - دون العقد الثاني - لا يتأثر سلبا بمخاطر وخسائر تسيير المرفق، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري عند تعريفه لعقد التسيير من خلال المادة 210 المذكورة أعلاه التي جاء فيها: "... تُحدّد السلطة المُفَوَّضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة العجز فإنّ السلطة المُفَوَّضة تُعوّض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا...".

وهناك من عرّف عقد التسيير، بأن يُفَوَّض شخص من القانون العام للغير، تسيير مرفق عام لحساب الجماعة العمومية بمقابل مالي جزافي، فهو يتضمن التسيير اليومي

والعادي للمرفق، فحسب هذا التعريف يُعتبر المُفوض له هو مجرد مسير بسيط للمرفق، لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام⁽¹⁾.

وهناك من يعتبر أنّ عقد التسيير ليس تفويضاً للمرفق العام بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه المُسير - جزافي وليس له ارتباط باستغلال المرفق - ولا يتحمل خسائر وأرباح التسيير⁽²⁾.

لكن كلاسيكياً هذا العقد هو من عقود تفويض المرفق العام في فرنسا رغم إنكار هذا من طرف العديد من الفقهاء الفرنسيين الذين يعتبرونه عقد خدمات (صفحة خدمات) أكثر منه عقد تفويض مرفق عام⁽³⁾.

الفرع الخامس

عقد الشراكة

إنّ دور الدولة في النشاط الاقتصادي -عالمياً- قد مرّ بتطور ملحوظ، من مجرد كون الدولة دولة حارسة تُوفّر الأمن والدفاع والقضاء دون أن تتدخل في النشاط الاقتصادي، إلى دولة لها دور اقتصادي تريد أن ترفع من شأن المستوى الاجتماعي والاقتصادي للشعوب، ومن مظاهر ذلك إقامة المشروعات الضخمة الخاصة بالبنية التحتية الأساسية للدولة على أعلى مستوى فني وتكنولوجي يحقق راحة المواطن.

والقطاع الخاص أصبح هو المُنفذ والضالة المنشودة للدولة، ولتحقيق ذلك الغرض تلجأ الدولة إلى أسلوب تعاقد مع القطاع الخاص يوازن بين مصلحة الأخير في تحقيق الربح ومصلحة الأولى في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن ذلك أسلوب الشراكة

¹ - نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 159.

² - CLAUDIE Boiteau, op-cit, p 96.

³ - نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 160.

بين الدولة والقطاع الخاص (PPP) Public Private Partnerships. في سبيل تنمية مشروعات البنية التحتية الأساسية⁽¹⁾.

أولاً: مفهوم عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

عندما يتعلق الأمر بالشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، نجد أن أغلب الهيئات الدولية تتفق حول مفهوم موحد لهذه العلاقة التعاقدية، حيث عرّف صندوق النقد الدولي (FMI) الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص على أنها: "الترتيبات التي يقوم فيها القطاع الخاص بتقديم أصول وخدمات تتعلق بالبنية التحتية جرت العادة على أن تقدمها الحكومة"⁽²⁾.

أمّا البنك العالمي فيعرّف الشراكة على أنها: "عقد طويل الأجل بين مؤسسة خاصة ووكالة حكومية لغرض تقديم مهام وخدمات عمومية يتحمل القطاع الخاص كل أو أغلب المسؤوليات المالية والمخاطر عن المشروع"⁽³⁾، كما تمّ تعريفه على أنه: "عقد مركب طويل الأمد موضوعه إنجاز مهمة من مهام المرفق العام ارتكازاً على مبدأ تقاسم المخاطر والمسؤوليات"⁽⁴⁾.

يتميّز عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بنوعين من المعايير إحداهما عضوي والآخر موضوعي، أمّا المعيار العضوي فيتمثل في أنّ عقد الشراكة يفترض التعاون

¹ - أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة (PPP)، مداخلة مقدمة بمناسبة ندوة: "الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها"، المنعقدة في شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011، ص 41.

² - برناردين أكيوي، الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص، قضايا اقتصادية، منشورات صندوق النقد الدولي، العدد 40، ص 06.

³ - لكحل الأمين، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الجزائر، دراسة حالة شركة المياه والتطهير لوهران (SEOR)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 40.

⁴ - كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونستيرال النموذجي والتشريعات العربية دراسة تحليلية، مداخلة مقدمة بمناسبة ندوة "الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها"، المنعقدة في شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011، ص 139.

بين الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة وبين شريك من أشخاص القانون الخاص وهنا يلتقي عقد الشراكة مع المفهوم العضوي للعقد الإداري، أمّا المعيار الموضوعي فيتمثل في أنّ عقد الشراكة هو عقد موضوعه إنجاز مهمة من مهام المرفق العام، "البنية التحتية Infrastructure"، كذلك هو عقد مركب طويل الأمد، ويرتكز على مبدأ تقاسم المخاطر⁽¹⁾.

ثانياً: مبررات الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

تعدّ عقود الشراكة وسيلة مثلى لنقل التكنولوجيا بتكلفة مقبولة نسبياً، بالنظر إلى التزام المتعاقد بالتمويل والإنشاء والتشغيل والصيانة في مقابل تقاضيه لمبالغ من جهة الإدارة، مما يعني أنّ المرفق العام يكون محدثاً دائماً في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة.

كما أنّ عقود الشراكة تؤدي إلى جذب الاستثمار الأجنبي، مما يؤدي إلى إنعاش الاقتصاد الوطني، بالإضافة إلى أنّ عقود الشراكة تنطوي على اقتسام للمخاطر دون أن تتحملها جهة الإدارة وحدها بل يشاركها القطاع الخاص، وتُخفّف شراكة القطاع العام والخاص من الأعباء الواقعة على الميزانية العامة للدولة.

وتظهر أهمية عقود الشراكة في الحد من اقتراض الدولة وما تتبعه من مخاطر، وخلق سوق محلي جديد للتمويل طويل الأجل، وخلق سوق جديد للقطاع الخاص لإدارة المشروعات وتنمية الاقتصاد، وخلق فرص عمل وزيادة كفاءة الخدمات العامة المقدمة للمواطنين⁽²⁾.

وما أدلّ على أهمية تلك العقود من أنّها عقود طويلة الأجل وذات قيمة مالية فائقة واقتصادية كبيرة جداً، حيث أنّ عقود الشراكة في بريطانيا مثلاً غير مناسبة للمشاريع التي تقل قيمتها عن 20 مليون يورو⁽³⁾.

¹ - كاميليا صلاح الدين، مرجع سابق، ص 140، 141.

² - أحمد سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 49.

³ - Standarisisation of PFI Contracts Version A March 2007 p 21 Site:
http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf.

وفي مصر فإن عقود الشراكة لا يجوز أن تقل مدتها عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه.

ونظراً لأهمية العقود التي ترد على مشروعات البنية الأساسية - كعقود الشراكة - أصدرت (الأونسيترال) سنة 2004 تشريعاً نموذجياً بشأن أحكام مشاريع البنية الأساسية الممولة من طرف القطاع الخاص⁽¹⁾.

ويعد هذا التشريع النموذجي إكمالاً للدليل التشريعي الذي أصدرته (الأونسيترال) سنة 2001، بعنوان الدليل التشريعي بشأن مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص، وقد جاء في حيثيات قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الذي اعتمده هذا القانون النموذجي، أنها قد اعتمدته أخذاً في الاعتبار بالدور الذي تلعبه علاقة الشراكة فيما بين القطاعين العام والخاص في تحسين وتقديم الخدمات العامة والبنية الأساسية على النحو الذي يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة، وكذلك تأكيداً من الجمعية العامة للأمم المتحدة على أهمية شفافية إجراءات ترسية عقود مشاريع البنية الأساسية الممولة من طرف القطاع الخاص، وكذلك تأكيداً على الرغبة في تطبيق قواعد الشفافية والعدالة وإزالة كل القيود على مشاركة القطاع الخاص في عملية تنمية البنية الأساسية⁽²⁾.

إن العقود الإدارية المذكورة أعلاه، تشكل أهم النماذج وأهم الأساليب لتفويض المرفق العام وأكثرها استعمالاً وانتشاراً، لكن هذا لم يمنع من ظهور نقاش واختلاف فقهي يتعلق بطبيعة المرافق المعنية بالتفويض والمرافق غير القابلة للتفويض، ولا توجد قائمة - سواء في فرنسا أو في دولة أخرى - تُحدّد المرافق القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض⁽³⁾.

وبقيت لمدة طويلة النشاطات المعنية بالتفويض هي تلك النشاطات التجارية والصناعية، ويقول الأستاذ Claudie Boiteau أن المرافق الصناعية والتجارية بحكم

¹ - أحمد سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 50.

² - المرجع نفسه، ص 50-51.

³ - CLAUDIE Boiteau, op-cit, p 67.

القانون المختلط المطبق عليها فإنها أسهل تفويضا، وتُشجع الخواص لتسييرها بسبب ربحيتها⁽¹⁾، أمّا المرافق العمومية الإدارية فإنها تطرح بعض الإشكالات بالنظر لخصوصيتها.

ويقول الأستاذ G.Marcou بأنّ تفويض المرفق لا يخص المرافق الإدارية ولا يطبق عليها القانون 93-122 (المنافسة والإشهار) بل هي مستبعدة من التفويض⁽²⁾.

بينما الأستاذ J-F Auby يقول أنّ قانون 1993 لا يفرق بين نوعي المرافق العمومية ولم يُحدّد مجال التطبيق وبذلك تكون كل المرافق قابلة للتفويض، إدارية، ثقافية، اجتماعية⁽³⁾.

وجاء رأي مجلس الدولة الفرنسي في 07 أكتوبر 1986 (غير منشور): "الطابع الإداري لمرفق عام لا يمنع الجماعة المحلية من توكيل تنفيذه لأشخاص خاصة، إلاّ بعض المرافق بسبب طبيعتها، أو إرادة المشرع أن تسيير بطريقة مباشرة من طرف الجماعة المحلية"⁽⁴⁾.

فمثلا المهام المُنفذة من قبل الجماعة المحلية كممثلة للدولة هي غير قابلة للتفويض، وهي نشاطات تدخل في امتيازات السلطة العامة للدولة وبذلك لا يمكن تنفيذها من طرف الخواص⁽⁵⁾، كالمهام المتعلقة بالحالة المدنية، الانتخابات، التزامات الخدمة الوطنية، العدالة، الدفاع، الأمن، فهي ذات طبيعة خاصة غير قابلة للتفويض⁽⁶⁾.

¹- CLAUDIE Boiteau, op-cit, p 61.

²- G.Marcou, La notion de délégation de SP après la loi du 29 janvier 1993, R.F.D.A juillet-août 1994, p 698-699.

³- نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 135.

⁴- CLAUDIE Boiteau, op-cit, p 61

⁵- Ibid, p.61

⁶- نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 136.

وبنهاية هذا المبحث نكون قد حدّدنا العقود الإدارية التي تكون محلاً للدعوى الاستعجالية الإدارية أمام القاضي الإداري، مُركّزين على أهم العقود التي تلجأ إليها الإدارة العامة عند مباشرتها لنشاطها، وهي تلك العقود المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 247-15 والمتمثلة صنفين رئيسيين، أمّا الصنف الأول من هذه العقود فيتمثّل في الصفقات العمومية بأنواعها، في حين الصنف الثاني يتمثّل في عقود تفويضات المرفق العام بأشكاله، مضيفين عقد آخر لا يقل أهمية - لم يتم ذكره في المرسوم الرئاسي 247-15 - في الحياة الاقتصادية وهو عقد الشراكة.

كل هذه العقود التي سبق التطرق إليها، تخضع لمبادئ معينة قبل إبرامها، والإخلال بإحدى هذه المبادئ يشكل المجال الخصب والسبب الرئيسي لتحريك الدعوى الاستعجالية الإدارية، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني

المبادئ التي تقوم عليها إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد

كان لابد علينا - من الناحية الأكاديمية - التطرق من خلال المبحث الأول إلى محل الدعوى الاستعجالية الإدارية، وذلك بالتطرق إلى أهم العقود الإدارية التي تخضع منازعات إبرامها إلى اختصاص القاضي الاستعجالي الإداري - ليس كل عقد إداري يكون محل لهذه الدعوى كما سبق بيانه -.

ثم بعد ذلك توجب علينا - إتباعا للمنطق القانوني والأكاديمي - التطرق من خلال هذا المبحث الثاني، إلى أهم المبادئ التي تقوم عليها إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد، أثناء قيام الإدارة العامة بإبرام إحدى هذه العقود الإدارية، - المحددة في المبحث الأول - ذلك أن الإخلال بإحدى هذه المبادئ من طرف المصلحة المتعاقدة يُخوّل المتعامل المتعاقد إخطار القاضي الاستعجالي الإداري وتحريك الدعوى الاستعجالية - كما سنرى في الفصل الثاني من هذه الدراسة-.

وعليه سوف نتطرق إلى أهم مبدئين تلتزم بهما المصلحة المتعاقدة أثناء إبرامها للصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام، أمّا المبدأ الأول فيتمثل في الإشهار (العلائية)، في حين يتمثل المبدأ الثاني في حرية المنافسة، وهما المبدئين المنصوص عليهما في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاءت في الفصل الخامس المعنون بـ: "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات" الذي جاء ضمن الباب الثالث المعنون بـ: "في الاستعجال" الوارد في الكتاب الرابع المعنون بـ: "في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية".

وبالتالي على المصلحة المتعاقدة عند إبرامها للصفقات العمومية أو عقود تفويضات المرفق العام، أن تقوم بتكثيف إجراءات الإبرام وفقاً للالتزامات أو مبادئ الإشهار (العلائية) (المطلب الأول) وكذلك وفقاً للالتزامات حرية المنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مبدأ الإشهار (العلانية) La Publicité

إنّ العلانية تضع المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي، لأنّها هي التي تؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، فدون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، ونظراً لأنّ العلانية هي المعادل الموضوعي الأساسي لمبدأ المنافسة الحرة، فقد تبناها المشرع الفرنسي بشكل واضح في كل التشريعات التي حكمت إبرام عقود الشراء العام، فقد جاء في نص المادة 38 من تقنين عقود الشراء العام: "...إنّ عقود الشراء العام تُطرح على أساس دعوة عامة للمنافسة..."، وكذلك تبناها المشرع المصري في المادة 2 من قانون المناقصات والمزايدات الجديد التي جاء فيها: "تخضع كل من المناقصة العامة، والممارسة العامة، لمبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص، والمساواة، وحرية المنافسة..."، وعلى نفس النهج سار المشرع السوري حيث نصت الفقرة "أ" من المادة 10 من المرسوم التشريعي 1969/228 على ما يلي: "يُعلن عن المناقصة قبل إجرائها بخمسة عشر يوماً على الأقل..."⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري لاسيما المرسوم الرئاسي 247/15⁽²⁾ نجد أنّ المشرع كان حريصاً على تحديد الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة - أثناء إبرامها للصفحة العمومية - إلى الإشهار الصحفي وسوف نتطرق إلى مفهوم الإشهار (الفرع الأول)، ثم مضمونه (الفرع الثاني)، ثم وسائله (الفرع الثالث)، وأخيراً نتطرق إلى مدده وحدوده (الفرع الرابع).

¹ - مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 589، 590.

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

الفرع الأول

مفهوم الإشهار (العلائية)

يتحدّد معنى العلائية من خلال قيام المصلحة المتعاقدة - عندما تريد التعاقد - بتسليم المرشحين المحتملين كل المعلومات الأولية المتعلقة بالعقد المنتظر، وبذلك فإنّ العلائية تسعى إلى تحقيق المنافسة العادلة عن طريق تأمين علم الكافة بما تريد الإدارة التعاقد عليه⁽¹⁾.

أولاً: الإشهار على المستوى الداخلي (الوطني)

1- تجاوز قيمة الطلب العمومي العتبة المالية:

ويعدّ الإشهار الصحفي إجراءً جوهرياً وفقاً للمادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، التي نصت على ما يلي: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح؛

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا؛

- طلب العروض المحدود؛

- المسابقة؛

- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء".

مقارنة بالتقنين القديم، لقد تمّ إدراج حالات أخرى للجوء إلى الإشهار الصحفي: "طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا" كذلك: "التراضي بعد الاستشارة"، ويتمّ الإشهار وفقاً لإجراءات محدّدة تختلف باختلاف طرق إبرام الصفقة، فإجراءات الإشهار المتعلقة بالصفقات التي يغلب عليها الطابع التنافسي، تكون مُفَنّنة ومُعَدّدة حسب أهمية

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 589.

الإجراء الذي يقوم على فكرة المنافسة، أمّا إجراءات الإشهار المرتبطة بالصفقات التي يغلب عليها الطابع التفاوضي تكون مرنة وأقل تعقيداً⁽¹⁾.

2- عدم تجاوز قيمة الطلب العمومي العتبة المالية:

نظراً لأهمية الإشهار في تجسيد المبادئ التي تقوم عليها العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص، نجد أنّ المشرع الجزائري كان حريصاً في إلزام المصلحة المتعاقدة بإجراء الإشهار حتى في الحالات التي لا تفوق فيها قيمة الطلبات العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، وهذا ما يتضح لنا بالرجوع إلى المادة 14 من نفس المرسوم التي نصت: "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل الإشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين..."، وبالتالي فإنّ المصلحة المتعاقدة لا يمكن لها أن تتدرع بالعتبة المالية كحجة لتصلها من إجراء الإشهار بل تكون ملزمة به كإجراء، لكن في نفس الوقت منح المشرع المصلحة المتعاقدة كامل حرية في أن تختار طريقة الإشهار الملائمة لقيمة تلك الحاجات التي لم تتجاوز قيمتها العتبة المالية، وهذا ما نستنتجه من عبارة "محل إشهار ملائم".

ثانياً: الإشهار في ظل اتفاقية تنظيم الصفقات العمومية لدول اتحاد المغرب العربي

تختلف إجراءات الإعلان على المستوى الوطني عن تلك الإجراءات المتبعة في ظل اتفاقية تنظيم الصفقات العمومية لدول اتحاد المغرب العربي⁽²⁾ والتي تعدّ الجزائر طرفاً فيها حيث تلتزم دول الاتحاد بالإشهار عنها على النحو التالي:

¹ نوال زيات، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، 2013، ص34.

² أبرمت هذه الاتفاقية بين دول الاتحاد المغرب العربي وتضم: الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الجمهورية التونسية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجماهيرية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، المملكة المغربية، انطلاقاً من أحكام معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي لاسيما المادة 03 منها سعياً منها لتحقيق أهداف الاتحاد وتنفيذاً لبرامج عمله وتشجيعاً للتعاون في مجال التجهيز والأشغال العمومية، تمّ إبرام الاتفاقية لتنظيم الصفقات العمومية في مجال التجهيز والأشغال العمومية، كما تهدف هذه الاتفاقية إلى وضع إطار مغربي للصفقات العمومية من أجل إنجاز الأشغال=

(التقديرات بالمليون)

طبيعة الصفقة	بالدينار الليبي	بالدينار التونسي	بالدينار الجزائري	بالدرهم المغربي	بالأوقية الموريتانية
الأشغال	2	4	80	40	40
التوريدات	0.5	1.0	20	10	10
الدراسات	0.1	0.2	4	2	2

تنص الاتفاقية في فصلها السادس عن الإشهار وإجراءاته في إطار الصفقات العمومية، حيث حدّدت إجراءات الإشهار بالنسبة للصفقات التي تساوي أو تفوق العتبة المبنية في الجدول المذكور أعلاه، وذلك عن طريق نشر الإعلانات المتعلقة بالعروض في جرائد دول الاتحاد، وفي هذا الإطار على كل دولة أن تقدم مسبقاً عناوين الجرائد المرخص لها بنشر هذا النوع من الإعلانات، وتبعث الإعلانات إلى جريدتين على الأقل في كل دولة من دول الاتحاد وهذا في غضون 30 يوماً قبل تاريخ نشرها⁽¹⁾.

يرفق الإعلان الذي يرسل لكل دولة من دول الاتحاد برسالة تنص على أن يتم نشر الإعلان 45 يوماً على الأقل قبل التاريخ المحدد للتوصل بالعروض، ويمكن توجيه نفس الإعلان إلى سفرات الدول الأعضاء المتواجدة بالدولة المعنية بالصفقة، وكذلك إلى كل هيئة مغاربية مشتركة تهتم بالنشر أو الإشهار، غير أنّ هذا الإجراء لا يُعد إلزامياً، ويبيّن الإعلان المدة الممنوحة للمشاركين لتقديم عروضهم، وذلك بتحديد التاريخ الأقصى لاستلام العروض من طرف صاحب المشروع، وإذا طرأت تغييرات في ملف المنافسة قبل التاريخ الأقصى المحدد لتقديم العروض، يُعلَن عن فحوى هذه التغييرات بنفس الترتيبات الزمنية ونفس الوسائل التي استعملت لنشر المعلومات المتعلقة بملف المنافسة الأصلي.

= والتزويد بالمواد والخدمات والدراسات في مجال التجهيز والأشغال العمومية داخل الاتحاد المغربي العربي من طرف أشخاص معنويين وذاتيين مغاربة.

¹ - نوال زيات، مرجع سابق، ص 35.

كما تُميّز في هذا الإطار بين الصفقات التي تقل تقديراتها عن المبالغ المشار إليها في اتفاقية اتحاد المغرب العربي، هنا يرجع الخيار إلى المصلحة المتعاقدة (صاحبة المشروع) في نهج الترتيبات التي تُستعمل لنشر المعلومات والإعلانات وفقاً للتشريع المعمول به في دولتها، وبين الصفقات التي تساوي أو تفوق التقديرات المحددة في الاتفاقية فإنّ اللجوء إلى الإشهار إجراء ضروري قبل التعاقد⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مضمون الإشهار

يُقصد بمضمون الإشهار جملة من المعلومات التي يجب أن تُذيعها الإدارة لتصل إلى علم المتعهدين، وهذه المعلومات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه، وإنّما تُشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة، كالإشارة إلى تسمية الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد تسليم العروض، وهذا الحد الأدنى يُمثّل البيانات الجوهرية التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين المحتملين، لذلك فإنّ المشرع ينص على وجوب أن يتضمنها الإعلان، مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء إليها⁽²⁾.

يكتسي محتوى الإشهار أهمية بالغة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، فغالبية القضايا المعروضة على الجهات القضائية الإدارية، تكون مرتبطة بالإشهار ومدى التزام المصلحة المتعاقدة بضمان منافسة حقيقية⁽³⁾.

أولاً: مضمون الإشهار المتعلق بإجراء طلب العروض

بالرجوع إلى المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، نجدها تحدد مضمون الإشهار على النحو التالي: "يجب أن يحتوي طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

¹ - نوال زيات، مرجع سابق، ص 35، 36.

² - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 590.

³ - نوال زيات، مرجع سابق، ص 37.

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

وكذلك يجب على المصلحة المتعاقدة إعلان المنح المؤقت للصفقة، وذلك بُغية تمكين المتعهدين من ممارسة حقهم في الطعن، وهذا ما نصت عليه المادة 2/82 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع: "...يجب على المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، أن تُبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة، عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً ورقم تعريفه الجبائي، عند الاقتضاء، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة...". كذلك المادة 2/65 من نفس المرسوم الرئاسي أشارت إلى إعلان المنح المؤقت ومضمونه.

وإذا بادرت الإدارة المعنية بنشر إعلان الصفقة بالكيفية المذكورة، تعيّن عليها تمكين المعنيين من دفتر الشروط للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد، وهذا من باب إضفاء الشفافية بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين.

يترتب عن إلزامية الإعلان بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم احترامها الأشكال الجوهرية، هو بطلان الصفقة برمتها، وهو ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي حينما حكم ببطلان المزاد إذا لم يتم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون، ولا يترتب البطلان إلا إذا تمت مخالفة إحدى الأشكال الجوهرية المقررة أساساً لمصلحة المتعاقدين كضمان لفائدتهم، أمّا الإجراءات غير الجوهرية فلا يترتب عنها البطلان كحالة حدوث أخطاء مادية التي من السهل أن ينتبه إليها المرشح⁽¹⁾.

ثانياً: مضمون الإشهار المتعلق بإجراء الاستشارة

بالرجوع إلى نص المادة 64 من الأمر 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، نجد أنها قد حدّدت المعلومات الضرورية التي يجب أن يحتويها ملف استشارة المؤسسات وذلك بنصها: "يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لاسيما ما يأتي:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات، وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية، إن اقتضى الأمر ذلك؛

- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني، والضمانات المالية، حسب الحالة؛

- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين؛

- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تُصاحبها؛

¹ - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 145.

- كيفيات التسديد وعملة العرض، إذ اقتضى الأمر؛
- كل الكيفيات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة؛
- الأجل الممنوح لتحضير العروض؛
- أجل صلاحية العروض أو الأسعار؛
- تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه؛
- تاريخ وساعة فتح الأظرفة؛
- العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات".

الفرع الثالث

وسائل الإشهار

يجب أن يتم النشر في فرنسا من حيث المبدأ في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام⁽¹⁾ Bulletin officiel des annonces des marchés publics، أو في أي نشرة مرخص لها بنشر الإعلانات القانونية، وإعمالاً للقواعد التي جاءت بها المشرع الأوروبي بشأن فتح المنافسة على مستوى أسواق الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فإن عقود الشراء العام التي يمكن أن تُبرمها الإدارات الفرنسية يجب أن تُعلن على المستوى الأوروبي أيضاً، ولكن هذا الالتزام ليس مطلقاً، وإنما يُطبق إذا بلغت قيمة العقد حداً مُعيّناً، وعندئذ يكون النشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي⁽²⁾ Journal officiel des communautés européennes وهي جهة النشر الوحيدة المختصة في هذا المجال⁽³⁾.

¹- يرمز لها بالأحرف التالية B.O.A.M.P

²- يرمز لها بالأحرف التالية J.O.C.E

³- مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 592، 593.

ولا يجوز أن يتمّ النشر على المستوى الوطني قبل إرسال الإعلان إلى مكتب الإعلانات الرسمية للاتحاد الأوروبي، كما أنّ الإعلان الذي يُنشر على المستوى الوطني يجب ألاّ يتضمن معلومات غير المعلومات التي نُشرت في الإعلان المُرسَل للنشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، وإلاّ أُعتبر ذلك إخلالاً بمبدأ المنافسة الحرة، ومُستوجباً لمسؤولية الدولة صاحبة العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

أمّا بالرجوع إلى التشريع الجزائري فنجد أن وسائل الإشهار متنوعة ومتعدّدة وذلك بُغية من المشرع في تكريس مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والشفافية والمنافسة الحرة، وتتمثل وسائل الإشهار وفقاً للمنظومة القانونية الجزائرية فيما يلي:

أولاً: النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) B.O.M.O.P

تمّ إنشاء النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي بموجب المنشور رقم 84-116 المؤرخ في 12 ماي 1984 بناء على تقرير وزير التجارة وتطبيقاً لنص المواد 45، 102 من المرسوم 82-145 المُتضمّن تنظيم الصفقات العمومية التي يُبرمها المتعامل العمومي⁽²⁾.

تصدر النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي بصفة دورية، ويُنشر فيها جميع الإعلانات القانونية أو التنظيمية المُتعلّقة بالصفقات التي يُبرمها المتعامل العمومي، وعند الاقتضاء كل المعلومات الاقتصادية أو التقنية التي تتعلّق بالصفقات التي تبرمها الإدارة.

تُحدّد أسعار الإشهار في النشرة الرسمية الخاصة بالصفقات التي تبرمها الإدارة بقرار من وزير التجارة بعد استطلاع رأي اللجنة الوطنية للأسعار.

بالإضافة إلى النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، تمّ إنشاء سنة 2001 نشرة جديدة لتوسيع دائرة الإشهار بخصوص الصفقات العمومية المتعلقة بقطاع المناجم والطاقة، والمتمثلة في نشرة الصفقات العمومية لقطاع الطاقة والمناجم B.A.O.S.E.M.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 594.

² - نوال زيات، مرجع سابق، ص 66.

وبالرجوع إلى المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15، نجد أنها تُلزم المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وذلك بنصها: "يُحرَّر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغه أجنبية واحدة على الأقل، كما يُنشر إجبارياً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، (ن.ر.ص.م.ع)...".

ثانياً: الصحافة المكتوبة (الجرائد)

بالإضافة إلى إلزامية نشر إعلان طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، تكون المصلحة المتعاقدة مُلزَمة بنشر إعلان طلب العروض في الصحافة المكتوبة عن طريق الجرائد، كما اشترط المشرع الجزائري أن تكون هذه الجرائد يومية وليست أسبوعية أو شهرية، وأن تكون جرائد وطنية وليست أجنبية، وأن تكون هذه الجرائد موزعة على المستوى الوطني وليس الجهوي أو المحلي، أمّا الحد الأدنى من الجرائد التي ينبغي النشر فيها، فقد حدّده المشرع بجريديتين على الأقل، وهذه الشروط حدّدتها المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع التي جاء فيها: "يُحرَّر إعلان طلب العروض... كما يُنشر... وعلى الأقل في جريديتين يوميتين وطنيتين مُوزعتين على المستوى الوطني...".

أمّا بالنسبة لإعلان المنح مؤقتة للصفقة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 65 المذكورة أعلاه: "...يُدْرَج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي تُنشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكناً، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية...".

كل هذه الشروط التي جاءت بها الفقرتين الأولى والثانية من المادة 65 المذكورة أعلاه، بخصوص النشر في الجرائد، تعكس الحرص الشديد الذي يوليه المشرع الجزائري من أجل وصول الطلب العمومي إلى علم كافة المتعاملين الاقتصاديين تحقيقاً للشفافية والنزاهة.

ثالثاً: الإشهار المحلي

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعلان طلب العروض على المستوى المحلي إذا تعلق الأمر بطلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، إذا كان التقدير الإداري بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم يساوي مبلغ مائة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنه، وبالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات إذا كان التقدير الإداري يساوي مبلغ خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنه⁽¹⁾.

الإشهار المحلي نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع حيث جاء فيها: "... يمكن إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنها، وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية:

➤ نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، و

➤ إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية:

- للولاية؛

- لكافة بلديات الولاية؛

- لغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية؛

- للمديرية التقنية المعنية في الولاية".

وهكذا يكون المشرع قد أجاز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى الإشهار المحلي

بتوافر شرطين هما:

¹ - يساوي مبلغ التقدير الإداري في التقنين القديم، تبعا خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) أو يقل عنها.

1- المعيار العضوي: أن تكون الصفقة مُبرمة من طرف الولايات أو البلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها.

2- معيار العتبة المالية: أن تكون طلبات العروض تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعاً لتقدير إداري على التوالي، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنها، وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها.

وسبب اعتماد الإشهار المحلي في هذه الحالات يرجع إلى مدى الأهمية الاقتصادية للطلب العمومي، ففي هذه الحالة فإنَّ الشخص العمومي الذي يرغب في التعاقد، له اختصاص إقليمي محدود هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنَّ المبلغ المالي التقديري للطلب العمومي ليس مبلغ مرتفع، وهذه كلها معطيات قد تُغني عن الإشهار الوطني، لكن في حالة اختلال أي شرط من هذه الشروط المذكورة أعلاه، تكون المصلحة المتعاقدة مُلزمة بالإشهار الوطني.

رابعاً: الوكالة الوطنية للنشر والإشهار

أُنشأت الوكالة الوطنية للنشر والإشهار سنة 1967⁽¹⁾ وجاء ذلك مواكبة لصدور قانون الصفقات العمومية لسنة 1967، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تُوضع تحت وصاية وزير الأنباء سابقاً، وحسب ما جاء في المادة 07 من القانون الأساسي للشركة يُحدّد رأس مالها عن طريق وزير الأنباء ووزير المالية والتخطيط آنذاك.

ومن بين أهداف الوكالة دراسة وتطوير الإشهار بكل الوسائل وبجميع الطرق البصرية والسمعية كالإعلانات والنشر، أمّا عن عملها فيتمثل في التعامل مع الهيئات

¹ - بموجب الأمر رقم 67-279، مؤرخ في 20 ديسمبر 1967، المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى بـ "الوكالة الوطنية للنشر والإشهار"، ج ر عدد (2) الصادرة بتاريخ 5 يناير 1968.

الصُّحُفِيَّة والمُنظَّمات الصنَّاعِيَّة والتجاريَّة بهدف إشهار المنتجات أو الخدمات، كذلك تُبرم العقود والاتفاقيات مع مؤسسات أخرى من أجل تنظيم متبادل ومُشترك للنشر والإشهار⁽¹⁾، والجدير بالذكر أنَّ تنظيم الصفقات العمومية لم يُجبر المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإشهار الطلب العمومي عبر هذه الوكالة، لكن بالرجوع مثلاً إلى المادة 14 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، نجدها قد منحت المصلحة المتعاقدة كامل السلطة التقديرية في أعمال إشهار ملائم وذلك في حالة عدم تجاوز مبالغ الطلبات العمومية العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من نفس المرسوم الرئاسي، فهنا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذه الوكالة بل أكثر من ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الإشهار عن طريق هذه الوكالة حتى في حالة تجاوز قيمة الطلبات العمومية العتبة المالية المحددة في المادة 13 المذكورة أعلاه، وذلك من أجل إضفاء شفافية أكثر على الطلب العمومي.

خامساً: النشر الإلكتروني

كان المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن ت ص ع، هو أوَّل من أشار للنشر الإلكتروني، وذلك بالرغم من اعتماد المشرع منذ سنة 2005 أسلوب التعاقد الإلكتروني في المنظومة المدنية، إذ جاء في المادة 174 من المرسوم الرئاسي 10-236 بأنه يُمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوى للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحن للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، وهو ما كرسه المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، إذ جاء الفصل السادس من الباب الأول تحت عنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، إذ نصت المادة 203 منه على ما يلي: "تُؤسَّس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تُسيَّر من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، كل فيما يخصه، ويُحدَّد في هذا المجال قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيات الإعلام والاتصال

¹ - نوال زيات، مرجع سابق، ص 69، 70.

صلاحيات كل دائرة وزارية. يُحدّد محتوى البوابة وكيفيات تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية⁽¹⁾.

أمّا المادة 204 من نفس المرسوم الرئاسي، نصت على النشر الإلكتروني حيث جاء فيها: "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوى إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني يُحدّد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية. يرّد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية، حسب الجدول الزمني المذكور سابقا. كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية. تُحدّد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

وإذا كان نشر طلب العروض في الموقع الإلكتروني للإدارة المعنية أمر نُثني عليه نظراً لمحاسنه الكثيرة وحتى تُسائر التطور التكنولوجي، إلا أنّنا نشير إشكالية الرد الإلكتروني من جانب المتعهد وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الإلكترونية، خاصة أمام ما نشهده من تطور رهيب في هذا المجال، فكلما تطورت المعلوماتية كلما تطورت أساليب القرصنة⁽²⁾.

أمّا بالنسبة للغة التي يُحرّر بها إعلان طلب عروض، فالمادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، نصت على أنّه: "يُحرّر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل...".

كذلك المادة 158 من نفس المرسوم الرئاسي نصت: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تُعدّ في بداية كل سنة مالية... ويجب أن تنشر المعلومات السالفة الذكر إجبارياً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و/أو في الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة. وتعفى من هذا الإجراء الصفقات العمومية التي تكتسي طابعاً خصوصياً لا يمكن نشرها".

¹ - قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، الذي يُحدّد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر، عدد (21) الصادرة في 9 أبريل 2014.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 147.

الفرع الرابع

مدد الإشهار وحدوده

أولاً: مدد الإشهار

المقصود بِمُدِّدُ الإعلان هي تلك المتعلقة بالفترة الزمنية التي يمكن للعارضين خلالها تقديم عروضهم أو ترشيحاتهم، وهذه المدة يجب أن تكون كافية لِيَتَّاحَ للمتعهدين دراسة أوضاعهم وأوضاع السوق، ومن ثمَّ تقديم عروض على درجة عالية من الدقة والوضوح⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، نجده قد منح المصلحة المتعاقدة كامل السلطة التقديرية في تحديد أجل تحضير العروض طبقاً لعناصر ومعايير مُعَيَّنة، كما يجوز للمصلحة المتعاقدة تمديد الأجل المُحدَّد لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك، ويُحسب الأجل بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، كما يجب أن يتضمن دفتر الشروط تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض، وتاريخ وساعة فتح الأظرفة، وعلى المصلحة المتعاقدة أثناء تحديدها لأجل تحضير العروض أن تراعي في ذلك بأن تكون هذه المدة كافية بالقدر اللازم لفتح المجال لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.

يوافق تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية، آخر يوم من أجل تحضير العروض، وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإنَّ مدة تحضير العروض تُمدَّد إلى غاية يوم العمل الموالي⁽²⁾.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 598.

² - هذه الإجراءات المتعلقة بأجال تحضير العروض نصت عليها المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

ثانياً: حدود الإشهار

إنَّ المصلحة المتعاقدة مُلزَمة كأصل عام في الحالات العادية بإعلان الطلبات العمومية إلى المتعاملين الاقتصاديين ضماناً لحياد الإدارة وشفافية الحياة الإدارية وتحقيقاً للمساواة في الوصول للطلب العمومي، لكن كما هو معروف أنَّه لكل قاعدة استثناء فقد تطرأ ظروف معينة تحول دون تَمَكُّن الإدارة من إشهار حاجياتها، إذ أنَّ آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتعقيد هذه الإجراءات، قد لا تتناسب مع طبيعة بعض المشاريع أو الطلبات المستعجلة التي تستلزم السرعة في تلبيةها، فتكون هنا المصلحة المتعاقدة معفاة من الإجراءات العادية لمواجهة هذه المستجدات الطارئة، على أن تُبرم المصلحة المتعاقدة صفقة عمومية على سبيل التسوية خلال ستة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المُقرَّر الذي تم بموجبه الترخيص في بداية تنفيذ الخدمات⁽¹⁾، وذلك إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، وهذا ما تناولته المادة 12 من نفس المرسوم الرئاسي ، التي جاءت تحت عنوان: "الإجراءات في حالة الاستعجال الملح"، وهكذا عندما تكون المصلحة المتعاقدة أمام حالة الاستعجال الملح، تتبع إجراءات خاصة بشأن إبرام صفقاتها، لكون الإجراءات العادية تكون غير مُجدية لمواجهة هذا الاستعجال، وبالتالي تكون المصلحة المتعاقدة معفاة كذلك من إجراء الإشهار، لأنَّ في هذه الحالة يتم الترخيص بموجب مُقرَّر مُعلَّل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات - الخدمات الضرورية لمواجهة الظروف - قبل إبرام الصفقة العمومية أصلاً.

كذلك المادة 23 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاءت في القسم الفرعي الثالث بعنوان "الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار" نصت على ما يلي: " تعفى من أحكام هذا الباب، لاسيما ما يتعلق منها بطريقة الإبرام، الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها...".

¹- يجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف الطارئة.

المطلب الثاني

مبدأ حرية المنافسة

إنَّ إعمال مبدأ حرية المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية يُعدُّ من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدُّد في العروض وتنوع في الخيارات، تسمح للإدارات العمومية باستخدام الأموال العامة استخداماً عقلانياً رشيداً، ويضفي على طلباتها قدراً من الشفافية والنزاهة، ويعتبر مبدأ حرية المنافسة أفضل وسيلة يمارس بموجبها المتعامل الاقتصادي حقوقه المشروعة المتمثلة في حريتي التجارة والصناعة⁽¹⁾.

من جهة أخرى يدل الاهتمام المتزايد بإعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية على وجود إرادة سياسة تهدف إلى تفعيل آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية، ومن ثمة إلزام المصلحة المتعاقدة والمتعامل العمومي على حد سواء باحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاته أثناء إبرام الصفقات العمومية، خاصة تحت ضغط الالتزامات الدولية التي تواجه الجزائر في الميدان الاقتصادي، لاسيما بعد المصادقة على اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي، كذلك سعيها الحثيث للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة (OMC)، إذ سعت الجزائر إلى تحسين الإطار القانوني للصفقات العمومية عبر العديد من التنظيمات المتعاقبة، كان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، وهذا بالاعتماد على مبادئ المساواة بين المتعاملين وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية.

لهذه الأسباب فقد أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة في العقود الإدارية عناية خاصة، وذلك من خلال عدة قوانين، تهدف إلى تحديد وحماية الأحكام الخاصة بالتباري لنيل الطلبات العمومية⁽²⁾.

¹ - مونية جليل، مرجع سابق، ص 01.

² - المرجع نفسه، ص 02.

وسنحاول من خلال هذا المطلب التطرف إلى مفهوم مبدأ حرية المنافسة (الفرع الأول)، ثم الإطار القانوني لهذا المبدأ (الفرع الثاني)، ثم الإجراءات المُكرّسة لمبدأ حرية المنافسة (الفرع الثالث) وأخيراً نتطرق إلى حدود مبدأ حرية المنافسة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

مفهوم مبدأ حرية المنافسة

يقضي مبدأ حرية المنافسة كمبدأ أساسي تقوم عليه إجراءات إبرام العقود الإدارية، إعطاء الحق لكل المقاولين أو المُوردين المنتمين للمهنة أن يتقدموا بطلباتهم إلى الإدارة، لتقوم هذه الأخيرة بالتعاقد مع أحدهم وفقاً للشروط التي تضعها⁽¹⁾.

لا يجوز للإدارة أن تُبعد أيّاً من الراغبين في التعاقد - المتعاملين الاقتصاديين - من المشاركة في المنافسة متى توافرت فيهم الشروط القانونية، بمعنى أن تقف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين، وهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتحديد فئات المقاولين أو المُوردين الذين تدعوهم والذين تُبعدهم، بل تكون سلطة الإدارة مُقيّدة طبقاً لما ينص عليه القانون⁽²⁾.

وهكذا يتضح لنا أنّ مبدأ المنافسة الحرة يعني فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يودُّ الاشتراك في التباري للوصول إلى الطلب العمومي، والمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي أن يُعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تُعط لأقرانه، أو على حسابهم، وهذا يعني أنّ الشروط المطلوبة للاشتراك في تقديم العروض يجب أن تكون واحدة للجميع⁽³⁾، وقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة منذ زمن طويل، حيث

¹ - وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 132.

² - المرجع نفسه، ص 132.

³ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 496.

قَرَّر: "...إنَّ القضاء يعترف للمتنافسين بمخاصمة مشروعية الإجراء، وذلك إذا لم يوضع كل المتنافسين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوب استيفائها..."⁽¹⁾.

كذلك في قرار صادر لها بتاريخ 23 ماي 1998 أقرت محكمة النقض الفرنسية المبدأ التالي: "إنَّ المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم، أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه، بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا..."⁽²⁾.

يقصد بمبدأ حرية الوصول للطلب العمومي في النظام القانوني للعقود الإدارية، أن يكون الترشح لنيل العقد حُرّاً غير مُقيد، ويتوجب على السلطة المتعاقدة خلق جو من المنافسة بين المتقدمين للصفقة، حيث لا يجوز لها إقصاء مرشحين على أساس شروط واعتبارات غير منصوص عليها في القانون⁽³⁾.

أمّا مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المرشحين، فهو يلتقي أيضا مع المبادئ السابقة، ونقصد بها المنافسة وحرية الوصول إلى الطلب العمومي، ويُقصد به (مبدأ المساواة) في إطار العقود الإدارية بأن يعامل جميع المرشحين والمشاركين معاملة متساوية، حيث أنه لا يجوز مثلا قبول طلب أو عدة طلبات بدون وجود تأمين بينما يُلزم الباقيون بإرفاق طلباتهم بتأمين⁽⁴⁾.

وتطبيقا لهذا المبدأ فإنَّ المصلحة المتعاقدة لا تستطيع أن تعفي بعض الأشخاص من بعض الالتزامات الواردة في دفتر الشروط دون البعض الآخر، فيجب عليها التقيد بهذه الالتزامات والشروط وتطبيقها على الجميع، لكن قد يحدث وأن تتدخل الإدارة باعتبارها سلطة متعاقدة وصاحبة المصلحة في اختيار المتعامل المتعاقد معها، بحيث تضع معايير وشروطاً لتأهيل المتنافسين، كما يحق لها حرمان بعضهم من الحصول على الصفقة وهذا في حالات

¹ - يراجع قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Caillet بتاريخ 12/03/1890، أشار إليه: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 496.

² - أشارت إليه، نادية تياب، مرجع سابق، ص 63.

³ - مونية جليل، مرجع سابق، ص 115.

⁴ - المرجع نفسه، ص 116.

معينة⁽¹⁾، ولا يخفى أنّ اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص، وجعلها من ركائز النظام العام الاقتصادي في الدولة، أن يُوفّر حماية فعّالة للمال العام، حيث سيسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية، ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة، تحقيقاً للأهداف المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽²⁾.

الفرع الثاني

الإطار القانوني لمبدأ حرية المنافسة

إنّ تطبيق قانون المنافسة في حزمة التشريعات الإدارية أدت إلى تطور كبير في قانون العقود العامة.

"L'introduction du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administratif a conduit à une évolution majeure du droit des contrats publics"⁽³⁾.

تمثل دراسة المنافسة في مجال العقود الإدارية في بلادنا إحدى المواضيع الأصيلة والحديثة في نفس الوقت، بل رُبّما تُعتبر من أهم مواضيع القانون الإداري المعاصر خاصة بعد صدور القانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المُعدّل والمُتمّم للأمر 03-03⁽⁴⁾ المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، وهذا بهدف جعله أكثر فعالية ومطابقة لمتطلبات السوق الوطنية وكذا التشريعات الدولية المتعلقة بالمنافسة، فمن أجل توفير الضمانات اللازمة لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، تمّ إدراج أحكام قانونية

¹ - مونية جليل، مرجع سابق، ص 117.

² - محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، عدد 2010/02، ص 74.

³ - CHRISTOPHE Cabanes , BENOÎT Neveu , Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics , Edition le Moniteur Collection Analyse Juridique, France, Juillet 2008, p.69.

أشارت إليه: مونية جليل، مرجع سابق، ص 136.

⁴ - الأمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، المتضمن قانون المنافسة، ج ر عدد (43)، الصادرة في 20 جويلية 2003، المُعدّل والمُتمّم بالقانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد (36)، الصادرة في 02 جويلية 2008.

خارج التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية، ضمن القانون رقم 06-01⁽¹⁾ المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، الذي أضفى حماية جزائية للحد من تجاوزات أعوان الإدارة المكلفين بملف الصفقات العمومية باعتبارها إحدى أهم أوجه الإنفاق العام، والذي لازمه صدور تعديل في مجال الصفقات العمومية، ألا وهو المرسوم الرئاسي رقم 08-338⁽²⁾ الذي كرّس المبادئ المُجسّدة لحرية المنافسة.

أتساءل في هذا السياق عن العلاقة الموجودة بين قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية، خاصة في ظل التعديل الجديد الذي جاء به القانون 08-12 المتعلق بالمنافسة؟ وهل تمّ فعلاً تكريس مبادئ منح الصفقات العمومية وفق آليات المنافسة؟.

سوف نحاول الإجابة عن كل هذه التساؤلات وأخرى، من خلال التطرق إلى الإطار القانوني لمبدأ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة (أولاً)، ثمّ نتطرق لمبدأ حرية المنافسة ضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (ثانياً)، وأخيراً نُبيّن كيف تمّ ردع كل من يحاول المساس بهذا المبدأ الجوهري، وذلك من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (ثالثاً).

أولاً: حرية المنافسة في الصفقات العمومية في إطار الأمر 03-03

رغم أنّ المشرع الجزائري نصّ على ألاّ يكون خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة متعارضاً مع مهام أداء المرفق العام وممارسة امتيازات السلطة العامة، فإنّ تطبيق قانون المنافسة وما يستتبعه ذلك من تدخل مجلس المنافسة في مراقبة مدى توفر حرية المنافسة في الصفقات، سيطرح إشكالا قانونيا لأنّه كما نعلم يعتبر القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص في مراقبة أعمال وتصرفات الشخص العام، ومنها الصفقات العمومية لذلك لا بد من إيجاد معيار فاصل لمعرفة متى يتدخل مجلس المنافسة في الصفقات عندما

¹ القانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (14) الصادرة في 8 مارس 2006، المعدّل والمتمم بالأمر 10-05، مؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر عدد (50) الصادرة في أول سبتمبر 2010، والقانون 11-15، مؤرخ في 2 غشت 2011، ج ر عدد (44) الصادرة في 10 غشت 2011.

² يراجع المرسوم الرئاسي 08-338، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، سالف الذكر.

تتعرض المنافسة للإخلال من طرف الشخص العام، وذلك دون النيل من مهامه في تسيير المرفق العام، ودون المساس بامتيازاته في ممارسة السلطة العامة، تحقيقاً للمصالح العام.

لقد أُستبعد تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام لفترة معينة، بحجة أن قانون المنافسة يتحدّد مجال تطبيقه في نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات أي يتحدّد بالنشاط الاقتصادي دون النشاط الإداري للشخص العام.

ورغم أنه لا يمكن إنكار ما للنشاط الإداري للشخص العام من مساس بالمنافسة في السوق من خلال قراراته وتصرفاته، فإنّ الاعتقاد السائد كان يرى أنّ تصرفات وقرارات السلطة العامة لا تؤثر في السوق، حيث أنها سلطة تنظيمية تهتم في المقام الأول بتنظيم المرافق العامة، وأنّ مركزها لا يتجاوز حدود الطلب على الأموال والأشياء والخدمات، وبالتالي لا يُتصوّر أن تُخلّ السلطة العامة بقواعد اللعبة في السوق لكونها طالبة وليست عارضة للأموال والخدمات، وبالرغم من أنّ هذا الطرح مُنقذ لكون قرارات السلطة العامة يمكن أن تؤثر في مجريات الأمور في السوق، فقد ظل الأمر على ما هو عليه في عدم الاهتمام بتأثيرات تلك القرارات في الأسواق رغم مجافاة ذلك للواقع وإنكاره للعدالة⁽¹⁾.

والواقع أنّ عوامل كثيرة تدخلت وساهمت في إدراج قواعد المنافسة في مجال الشرعية الإدارية، Inclusion des règles de la concurrence dans le bloc de la، منها ما كان سائداً في الماضي من عدم اهتمام الإدارة بقواعد المنافسة، وإقتصار دور القاضي الإداري بمنازعات المرفق العام، بتغليب الجوانب التي تهم مستعملي المرفق دون أن يتجاوز ذلك إلى الاهتمام بما يمكن أن يُفضي إليه تنظيم هذا المرفق من آثار تنعكس على المحيط الاقتصادي.

و لذا كان لابد من أخذ هذه المعطيات بعين الاعتبار وإعادة النظر في علاقات المرفق العام بمحيطه التنافسي، Repenser les relations du service public et son، environment concurrentiel⁽²⁾.

¹ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص75، 87.

² - المرجع نفسه، ص88.

وفي هذا السياق فقد جاء قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية مليون وماريس Million et Marais لوضع حد لمرحلة اتسمت بتجاهل الشخص العام لما يمكن أن يترتب على أعماله من انعكاسات سلبية على قواعد السوق، ومَهَّد هذا القرار لبداية مرحلة جديدة⁽¹⁾، أحدثت تغييراً جذرياً في الاجتهاد القضائي المُتعلق بتطبيق قانون المنافسة على ممارسات السلطة العامة، ذلك أنه و بعد أن كان القضاء ينفي تطبيق قانون المنافسة على قرارات الشخص العام، فإنَّ القضاء الإداري من خلال هذا القرار يُقَرُّ بخضوع تصرفات الأشخاص العمومية إلى قانون المنافسة، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأنَّ تقدير شرعية تصرف إداري ما، يُمكن أن تتم بالرجوع إلى أحكام الأمر الصادر في سنة 1986 والمتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، ومن الواضح أنَّ الجهة القضائية التي تتولى تطبيق هذا القانون على الشخص العام هو القضاء الإداري، الذي له صلاحيات الفصل في المنازعات التي تثيرها هذه القرارات وتمس بالمنافسة الحرة.

وقد أفضى تدخل القضاء الإداري لمراقبة نشاط الإدارة من زاوية قانون المنافسة إلى ظهور فرع جديد في قانون المنافسة يُعرف بالقانون العام للمنافسة Droit public de la concurrence، في مقابل القانون الخاص للمنافسة Droit privé de la concurrence الذي يطبق فقط على الأعوان الاقتصاديين عموميين كانوا أم خواصاً، ويختص مجلس المنافسة والمحاكم العادية بالفصل في النزاعات التي تثيرها الممارسات المرتكبة من قبل هؤلاء الأعوان.

إنَّ تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لا يثير الآن أي إشكال بعد إدخال قواعد قانون المنافسة في الشرعية الإدارية كما رأينا سابقاً، وقد أدخل المشرع الجزائري التعديلات الضرورية في تنظيم الصفقات العمومية من أجل حماية مبدأ المنافسة الحرة في تلك الصفقات، وأنَّ أي إخلال بحرية المنافسة في الصفقات من طرق الإدارة المتعاقدة يتولى القضاء الإداري الفصل فيه، ولا يكون لمجلس المنافسة صلاحية متابعة هذا الإخلال⁽²⁾.

¹ - C.E, Million et Marais , 3 Nov 1997, GAJA , n°107.

أشار إليه: محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 88 ، 89.

² - المرجع نفسه، ص 81، 88، 89.

إنَّ المشرع أضاف في القانون 08-12 فقرة جديدة إلى المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، التي نصت: "تطبق أحكام هذا الأمر على: -...- الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...؛" مما قد يُفهم أنَّ قواعد قانون المنافسة الموضوعية منها والإجرائية، تُطبق على إجراءات إبرام الصفقات من الإعلان عن طلب العروض إلى غاية المنح النهائي للصفقة، غير أنَّ المشرع استدرك الأمر ونص في نفس المادة: "...غير أنَّه يجب ألاَّ يُعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية؛" مما يعني استبعاد تطبيق الأمر المتعلق بالمنافسة، وأيضاً استبعاد مجلس المنافسة من مراقبة الصفقات العمومية لكونها نشاطاً إدارياً للشخص العام يدخل في إطار مهام المرفق العام وممارسة السلطة العمومية⁽¹⁾، وإنَّ قرارات مجلس المنافسة الجزائري التي اتخذها في هذا المجال، تُبيِّن عدم اختصاصه بمتابعة الصفقات العمومية التي لم تراع فيها حرية المنافسة.

لكن السؤال يبقى مطروحاً، حول الغاية من إضافة الفقرة المشار إليها أعلاه، وعمماً إذا كان مُمكناً أن يُعتبر ذلك ضماناً أخرى لحرية المنافسة في الصفقات تضاف إلى الضمانات المُقرَّرة في تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾.

إنَّ تطبيق قانون المنافسة على ممارسات الشخص العام التي تُخل بحرية المنافسة في الصفقات العمومية يحتاج إلى توضيح أكثر، لكون أنَّ هذا النوع من الممارسات لا يتعلق أساساً بالنشاط الاقتصادي، وإنَّما يتعلق بالنشاط الإداري للمرفق العام، وبالتالي فإنَّ الممارسات المُخلَّة بحرية المنافسة في الصفقات تكون من اختصاص القاضي الإداري، الذي يفصل فيها وفق تنظيم الصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، لهذا فإنَّ المشرع استثنى تطبيق المادة الثانية من الأمر 03-03 على تصرفات الشخص العام التي تتم في إطار ممارسة أداء المرفق العام وصلاحيات السلطة العامة، ومن ضمنها صلاحيات

¹ - مونية جليل، مرجع سابق، ص 220.

² - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 89، 90.

الشخص العام في إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾، وأبقى المشرع على هذا الاستثناء من خلال القانون 08-12.

غير أنه إذا مارس الشخص العام نشاطاً لا يدخل في إطار أداء مهام المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة، وإنما يدخل في النشاط الاقتصادي ويتصرف الشخص العام بوصفه عون اقتصادي، لا بوصفه سلطة عامة ويمارس بالتالي تأثيراً مباشراً على العرض والطلب في السوق، بواسطة قراراته وتصرفاته التي لا تتصل بمهام المرفق العام والسلطة العامة، فإنَّ قانون المنافسة يطبق على ما يصدر عنه من أفعال وممارسات مُعرقلة لحرية المنافسة في سوق الطلبات العمومية، وباستثناء هذه الحالة الخاصة التي تتطلب إثبات انفصال ممارسات الشخص العام المُعرقلة للمنافسة في الصفقات، عن مهام أداء المرفق العام وممارسة السلطة العامة، فإنَّ قانون المنافسة لا يمكن تطبيقه على الصفقات العمومية من طرف مجلس المنافسة، ويؤول اختصاص الفصل في المنازعات التي تثار بشأن عدم احترام حرية المنافسة في الصفقات إلى القضاء الإداري.

وفي هذا الصدد نود أن نوضح أنَّ عرقلة المنافسة في الصفقات العمومية بواسطة الاتفاق أو التفاهم أو التواطؤ بين أصحاب العروض التي تتقدم لنيل الصفقة، يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة، والاختصاص يعود في هذه الحالة إلى مجلس المنافسة، سواء كان العارضين أشخاص عامة أو خاصة، طالما أنها تمارس نشاطاً اقتصادياً⁽²⁾.

يتجلى لنا مما سبق أنَّ مجلس المنافسة يرفض النظر في القرارات الإدارية التي يتخذها الشخص العام والرامية إلى إدارة المرفق العام وممارسة السلطة العامة، ويعتبرها قرارات مرتبطة بالنشاط الإداري، فتَدْخُلُ الشخص العام بصفته طالباً لإنجاز أشغال البناء وليس عارضاً لها يُبْعَدُ هذا الشخص من مجال اختصاص المجلس، الذي يراقب فقط الممارسات التي يرتكبها الأعوان الاقتصاديون في سياق مباشرة أنشطتهم الاقتصادية مهما كانت صفتهم سواء كانوا من القطاع العام أو الخاص.

¹ - مونية جليل، مرجع سابق، ص 244.

² - المرجع نفسه، ص 245.

يُعتبر هذا الموقف انعكاساً للآراء والقرارات التي صدرت عن مجلس المنافسة الفرنسي، حيث نجده يقضي بأن اختصاصه لا يشمل القرارات التي يتخذها أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص المُرَوَّدة بامتيازات السلطة العامة قصد القيام بمهام تسيير المرفق العام، بصرف النظر عما إذا كانت هذه القرارات مصدراً لنشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات⁽¹⁾، ولهذا فإن المحاكم الإدارية هي المَحْوَلَة بالبت في المنازعات المتعلقة بقرارات السلطة العامة وما يتصل بها من ممارسات.

وعليه فلا يملك المتنافس المتضرر حق اللجوء إلى مجلس المنافسة لإخطاره بعدم احترام المنافسة في إبرام الصفقة بحسب مجلس المنافسة الفرنسي، فإنه لا يكون مختصاً إزاء كل ما يتعلق بتنظيم طلب العروض⁽²⁾، أو اختيار المتعاقد⁽³⁾.

وقدم مجلس المنافسة الفرنسي عدداً من التبريرات لما ذهب إليه، فأحياناً يستعبد تطبيق قانون المنافسة على المشتري العمومي لكونه في وضعية طالب اقتصادي نهائي للسلع والخدمات، Demandeur économique final وليس طالبا وسيطا Demandeur intermédiaire، بمعنى أن قرارات اختيار المؤسسات التي تتولى إنجاز الأشغال وتقديم الخدمات، تُتَّخَذُ من طرف المشتري العمومي لنفسه وليس لغرض إعادة تسويقها، وعليه يملك

¹– Conseil de la concurrence, décision N°05D23 du 18 mai 2005, BOCCRF, « il est de jurisprudence constante que l'appréciation de la façon dont les personnes publiques organisent leurs appels d'offre ne relève pas de la compétence de conseil de la concurrence mais de celle des juridictions administratives ».

أشارت إليه: مونية جليل، مرجع سابق، ص 250.

²– Conseil de la concurrence, décision N° 05D04 du 17 février 2005, BOCCRF « le choix des entreprises chargées de la fourniture de travaux, l'organisation de la mise en concurrence des entreprises lors de la passation de marchés publics ouvre des modalités d'attribution des lots, par l'acheteur public, ne constituent pas des actes de production ou de service au sens de l'article L410-1 du code de commerce et ne relèvent donc pas de la compétence du conseil de la concurrence ».

أشارت إليه: مونية جليل، مرجع سابق، ص 251.

³– Conseil de la concurrence, Décision N°92D62 du 18 nov 1992, BOCCRF du 15 juin 1993, p89.

أشارت إليه: مونية جليل، مرجع سابق، ص 251.

المشتري العمومي الحرية في أن يختار لنفسه ما يستجيب لحاجياته على غرار أي مستهلك أو متعامل في السوق⁽¹⁾.

ويتحدّد طبيعة النشاط الذي يقوم به الشخص العام (إذا كان النشاط يتعلق بالمرفق العام وممارسة امتيازات العامة أو كان نشاط اقتصادي) على أساس الاستعمال النهائي لطلبات المشتري العمومي موضوع الصفقة العمومية، فإذا أُعيد عرض هذه الطلبات على المستهلكين بهدف تحقيق أرباح تجارية، فإنّ قانون المنافسة يكون قابلاً للتطبيق ويكون مجلس المنافسة مختص في الفصل في المنازعات المتعلقة بقرارات وممارسات المشتري العمومي بعد أن زال عنها امتياز السلطة العامة وذلك بسبب الغرض التجاري الذي يُصاحبها.

ثانياً: حرية المنافسة في إطار تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

يُعدّ تنظيم الصفقات العمومية الرائد في استعمال تقنية المنافسة كوسيلة وأداة لتحقيق الاستعمال الأنجع والراشد للأموال العامة، واستعمل المشرع مصطلح "المنافسة" في أوّل النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية بموجب الأمر 67-90⁽²⁾.

أمّا المرسوم الرئاسي 08-338⁽³⁾، تضمّن لأوّل مرة المبادئ المُكرّسة لحرية المنافسة في الصفقات العمومية خلافاً للتنظيمات السابقة، حيث تمّ استحداث المادة 2 مكرر التي جاء فيها: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات"، وتمّ تكريس هذه المبادئ بموجب المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽⁴⁾ التي جاء فيها: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ

¹ - مونية جليل، مرجع سابق، ص 251.

² - الأمر 67-90، المتضمن قانون الصفقات العمومية، سالف الذكر.

³ - مرسوم رئاسي 08-338، يعدّل ويتم المرسوم الرئاسي 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سالف الذكر.

⁴ - مرسوم رئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سالف الذكر.

حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم".

وهو نفس المضمون الذي تضمنته المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽¹⁾، غير أنَّ الجديد في هذا المرسوم هو إخضاع إجراءات إبرام عقود تفويضات المرفق العام لنفس المبادئ التي تحكم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وهذا ما يتضح من خلال الفقرة الأولى من المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاءت في الباب الثاني المتعلق بالأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، والتي نصت: " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم...".

وهكذا يعتبر الأمر 03-03 القانون العام للمنافسة - بالنسبة للصفقات العمومية - ومنه يُمكننا اعتبار المرسوم الرئاسي 15-247 يتضمن أحكام يمكن إطلاق عليها تسمية قانون المنافسة الخاص.

وعليه فقد أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة في العقود الإدارية عناية خاصة، وذلك من خلال قانونين أساسيين، هما تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي يهدف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالتباري والمنافسة لنيل الطلبات العمومية، وقانون المنافسة الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها لزيادة الفعالية الاقتصادية، وبالرغم من أنَّ النصين معاً لم يتضمنا أي مقتضى للإحالة أو الربط بين أحكامهما، فإنَّ ذلك لا يعني القطيعة بينهما، حيث من المُتيسر استنباط عناصر التقاطع بين أحكامهما سواء من حيث الضمانات المتعلقة بحرية الدخول للطلبات العمومية أو المساواة بين المتنافسين وتوفير العلانية والشفافية لإجراءات إبرام الصفقات⁽²⁾.

ومن أجل توفير الضمانات اللازمة لحرية المنافسة، فإنَّ المشرع أدخل أحكاماً جديدة في قانون الصفقات مستوحاة من قانون المنافسة، الذي هو في الأصل قانون خاص بالنشاط الاقتصادي، وفي المقابل عمد المشرع إلى إدراج أحكام تنتمي إلى القانون العام في صلب

¹ - مرسوم رئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

² - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 73.

قانون المنافسة الذي يحكم النشاط الاقتصادي والتجاري، وذلك بقصد إضفاء مزيداً من الحماية لحرية المنافسة في الصفقات العمومية.

إذا كان الشخص العام مُطالب بعدم ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة بفعل العقود التي يبرمها والتصرفات الانفرادية التي يُصدرها، فإنّه في حالة ما إذا ثبت ارتكاب ممارسات قبل صدور القرارات والعقود الإدارية، فإنّ الإدارة مُلزّمة من التأكيد - عند إبرامها للعقود الإدارية - ألاّ يكون المتعامل المقبول لنيل الصفقة، قد نالها بفضل استخدام ممارسة مقيدة للمنافسة، ومن أجل تمكين الإدارة من أداء دورها في مراقبة هذه الممارسات المُحتملة للأعوان الاقتصاديين، تمّ إثراء تنظيم الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة، وهذه القواعد تفرض التزاماً جديداً على الإدارة يتمثل في مراقبة ومعاينة الممارسات المُقيّدة للمنافسة، ويندرج هذا الدور الجديد للإدارة في إطار إضفاء قدرّاً من الشفافية والنزاهة على العقود الإدارية⁽¹⁾، ومن تلك القواعد والمبادئ يمكن ذكر المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي حدّدت المبادئ المُجسّدة لحرية المنافسة والمتمثلة في:

- حرية الوصول إلى الطلبات العمومية؛

- المساواة في معاملة المرشحين؛

- شفافية الإجراءات.

كذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 54 من نفس المرسوم الرئاسي: "...يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها".

كذلك المادة 72 من نفس المرسوم الرئاسي، التي حدّدت مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فأناطت بهذه اللجنة مراقبة الممارسات المُقيّدة للمنافسة وذلك بنصها: "يتم تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنصوص عليها في المادة 71 أعلاه. وبهذه الصفة، تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام الآتية: -... تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد

¹ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 79.

المعني تُشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت، ويجب أن يُبيّن هذا الحكم في دفتر الشروط؛

- إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتاً، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضاً بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابياً، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق من التبريرات المُقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أُقرت أن جواب المتعهد غير مُبرّر من الناحية الاقتصادية، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمُقرّر معلل؛

- إذا أُقرت أنّ العرض المالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتاً، مُبالغ فيه بالنسبة لمرجع أسعار، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمُقرّر معلل...".

أمّا المادة 78 من نفس المرسوم الرئاسي، التي جاءت في القسم الخامس بعنوان "اختيار المتعاقل المتعاقد"، نصت على معايير الاختيار واشترطت أن تكون هذه المعايير مرتبطة بموضوع الصفقة لا غير، فنصت على ما يلي: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعاقل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة...".

أمّا المادة 81 من نفس المرسوم الرئاسي، أجازت للمرشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة.

ولقد خصّص المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، قسم ثامن بعنوان "مكافحة الفساد"، والذي جاء في الفصل الثالث بعنوان "إبرام الصفقات العمومية"، إذ أنّ المادة 88 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه، أناطت بسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إعداد مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،

كما ألزمت هذه المادة الأعوان العموميين الإمضاء على تصريح بعدم وجود تضارب المصالح، وهذا الإجراء يعد تكريساً لمبدأ حرية المنافسة.

أمّا المادة 89⁽¹⁾ من نفس المرسوم الرئاسي، فرتبت عن كل الأفعال والمناورات التي ترمي إلى منح مكافأة أو امتياز لعون عمومي، اتخاذ تدابير ردعية، قد تصل إلى حد فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعنى، وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، وذلك دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، وهذه التدابير الردعية جاءت لتجسّد وتحمي مبدأ حرية المنافسة.

وبالرجوع إلى المادة 90 من نفس المرسوم الرئاسي، نجد أنها ألزمت الموظف العمومي الذي يشارك في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية، وتعارض مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، أن يُخبر سلطته السُّلمية بذلك ويتنحى عن هذه المهمة، وهذا تدبير آخر أضافه المشرع تجسيداً لمبدأ حرية المنافسة.

أمّا المادة 92 من نفس المرسوم الرئاسي، منعت المصلحة المتعاقدة، ولمدة أربع (4) سنوات، أن تمنح صفقة عمومية بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، وذلك حتى لا يُؤثر هؤلاء الموظفين - السابقين - على زملائهم المُكلفين بإبرام الصفقات العمومية وما ينجم عنه من إخلال بمبدأ حرية المنافسة.

وبالرجوع إلى المادة 94 من نفس المرسوم الرئاسي، نجد أنها منعت صاحب صفقة عمومية من المشاركة في التباري لنيل صفقة عمومية أخرى إذا اطّلع بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً أثناء إجراءات الإبرام، إلاّ إذا أثبت المتعامل الاقتصادي أنّ المعلومات التي بحوزته لا تُخلُّ بمبدأ حرية المنافسة.

¹ نصت المادة 89 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ما يلي: "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سبباً كافياً لاتخاذ أي تدبير ردعي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعنى وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية...".

ذكرنا أنّ تنظيم الصفقات العمومية يضمن إلى حد كبير حرية المنافسة للأعوان الاقتصاديين المرشحين لنيل هذه الصفقات، غير أنّ الارتقاء بممارسة حرية الدخول في الطلبات العمومية وما يستتبعه من مراعاة المساواة والشفافية لتحقيق تلك الحرية، يقتضي عدم الاقتصار على القواعد القانونية التقليدية في مجال تنظيم الصفقات كمصدر وحيد لحماية المنافسة، وإنّما لابد من تعزيز تلك القواعد وتدعيمها بأخرى تتناسب مع متطلبات المرحلة الجديدة التي تتسم بفتح المجال للمنافسة في معظم القطاعات الاقتصادية، وبالتالي أصبح بإمكان القاضي الإداري استنادا إلى تلك القواعد الجديدة، إلغاء العروض المقترحة لنيل الصفقات العمومية، التي يتبين منها أنّها لا تحترم مبدأ المنافسة⁽¹⁾.

وقد سمحت هذه القواعد وغيرها للقاضي الإداري - كما سنرى لاحقا - بمراقبة التصرفات القانونية للشخص العام التي تُخل بالمنافسة الحرة أثناء إبرام الصفقات العمومية⁽²⁾.

ثالثا: حرية المنافسة في إطار القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته

كون أنّ الصفقات العمومية تعتبر أهم قناة تتحرك فيها الأموال العامة، وهي الطريقة المفضلة عند الدولة لتنفيذ سياستها العامة، حيث تُعد من الوسائل الهامة في تلبية الطلبات العمومية وخدمة الصالح العام، وباننتشار الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، ارتأى المشرع الجزائري ضرورة وضع منظومة قانونية لمكافحة هذه الجرائم عن طريق اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة، التي تُعتبر بأنّها كفيلة لمكافحة هذه الجرائم، وذلك قصد تعزيز الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة عند إبرام العقود الإدارية⁽³⁾.

ومن منطلق الصلة المباشرة للصفقات العمومية بالاتجار بالوظيفة، ولأنّ الفساد في هذا المجال يُشكل اعتداء على المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية كالمساواة بين

¹ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 80 ، 81.

² - KATZ David, Juge administratif et droit de la concurrence, Presses universitaires d'Aix Marseille, faculté de droit et de science politique, 2004, p79 .

³ - محالبي مراد، تجريم المحاباة كآلية لحماية الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، عدد 2، 2014، ص203.

المتنافسين وحرية الدخول إلى المنافسة والشفافية في الإجراءات، نجد أنّ مختلف النظم القانونية عبر العالم ومنها النظام القانوني الجزائري، قد عملت على توفير كل أنواع الحماية لمواجهة مخاطر الفساد الإداري والمالي، وكانت خطوات المشرع الجزائري في تحقيق ذلك متتابعة، شملت مصادقته على اتفاقيات دولية لمكافحة الفساد وإصداره لنصوص خاصة للوقاية منه ولمكافحته، فكانت أهم ثمرة لذلك صدور القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والذي تضمّن سياسة جنائية جديدة تجمع بين التجريم والردع والوقاية من كافة مظاهر الفساد لاسيما الفساد في مجال الصفقات العمومية التي تتميزّ بإعتمادات مالية ضخمة وبتنوع المشاريع والخطط الاستثمارية التي تسعى الدولة لتحقيقها، الأمر الذي يجعلها الأكثر عرضة للفساد بشتى صورته⁽¹⁾.

ولقد جسدت المادة 9⁽²⁾ من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، المبادئ التي يجب أن تؤسّس عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية تكريساً لمبدأ حرية المنافسة وذلك حينما نصت: "يجب أن تؤسّس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ويجب أن تُكرّس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية؛
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء؛
- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية؛
- معايير موضوعية و دقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية؛
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

وفي حالة الإخلال بأية قاعدة من القواعد المذكورة في المادة 9 أعلاه، يكون الموظف المكلف بإبرام الصفقة العمومية قد أخلّ بمبدأ حرية المنافسة، ويكون عرضة للمسائلة الجزائية.

¹- وردية فتحي، جريمة تلقي الهدايا، مداخلة في إطار الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 25، 24 أبريل 2013، ص54.

²- المادة 9 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدّلة بموجب الأمر 10-05، سالف الذكر.

وتأخذ الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، المنصوص والمعاقب عليها في المواد 26 و 27 و 34 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ثلاث صور وهي:

➤ جنحة المحاباة (Délit de favoritism) (المادة 1-26)؛

➤ استغلال نفوذ أعوان الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على امتيازات غير مُبررة (المادة 2-26)؛

➤ قبض العمولات من الصفقات العمومية أو الرشوة في مجال الصفقات العمومية (المادة 27) Perception de commissions.

وقد جمع المشرع الصورتين الأولى والثانية في نص المادة 26 تحت عنوان: "الامتيازات غير المُبررة في مجال الصفقات العمومية".

وكان قانون العقوبات ينص على هذه الصور الثلاث في المادتين 128 مكرر و 128 مكرر 1، قبل إلغائهما بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الثالث

الإجراءات المُكرّسة لمبدأ حرية المنافسة

(طرق الإبرام)

مكافحة الفساد في مجال الحياة الإدارية بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة، تقتضي تبني سياسة متكاملة، لذا لم تتوقف جهود المشرع على إخضاع الموظف العام لقواعد توظيف متطورة، وتقرير مبادئ هامة تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك، فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بإبرام صفقاتها - بخلاف الأفراد العاديين - وفق كفاءات و قوالب وطرق رسمها لها القانون مسبقاً⁽¹⁾.

فلا يُترك مجالاً لحرية المصلحة المتعاقدة وذلك من خلال اعتبار إجراء طلب العروض هو القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية (أولاً)، وجعل إجراء التراضي أسلوباً استثنائياً (ثانياً)، وهو ما أكدته أحكام المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، التي جاء فيها: " تُبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

أولاً: اعتبار طلب العروض أساس إبرام الصفقات العمومية

لقد عرّفت المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 إجراء طلب العروض على أنه: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تُعدّ قبل إطلاق الإجراء، ويُعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات".

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 84.

الجديد المُدرج في هذه المادة هو استعمال مصطلح "طلب العروض" بدلاً من مصطلح "المنافسة"، ومصطلح طلب العروض هو الأفضل والأكثر تناسب مع المصطلح الفرنسي Appel d'offre، كذلك الجديد الذي جاءت به هذه المادة، يخص منح الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وكذا إعطاء تعريف مُغاير لإجراء عدم الجدوى، من خلال البند الثاني من هذه المادة مقارنة بالتقنين القديم، وعليه لا يعتبر عدم جدوى عندما يتم استلام عرض واحد، إلى جانب إضافة شرط آخر لعدم الجدوى عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

ويتخذ إجراء طلب العروض أشكال عديدة بينها المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً و/أو دولياً، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

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

بقراءة متأنية لهذه المادة نجد أنّ المشرع قد أضاف شكل آخر لإجراء طلب العروض، مقارنة بالتقنين القديم، ويتمثل في " طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، كما تمّ الاستغناء عن شكل "المزايدة".

1- طلب العروض المفتوح: يُعبّر عنه باللغة الفرنسية Appel d'offre ouvert، وعرّفته المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: "طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً".

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: يُعبّر عنه باللغة الفرنسية Appel d'offre restreint وعرّفته المادة 44-1⁽¹⁾ من المرسوم الرئاسي 15-247، بأنه

¹ - تنص المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247: " طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء، =

إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تُحدِّدها المصلحة المتعاقدة مسبقاً، أمّا الفقرة الثانية من المادة 44 فحدّدت الشروط المؤهلة بالقدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع⁽¹⁾.

3- طلب العروض المحدود: يُعبّر عنه باللغة الفرنسية *Consultation sélective*، وعرّفته المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247 بأنّه: "طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تمّ انتقاؤهم الأولي من قِبَل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تُحدّد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة (5) منهم⁽²⁾، وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة، ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية، إمّا على مرحلتين طبقاً لأحكام المادة 46 أدناه، وإمّا على مرحلة واحدة..."⁽³⁾.

4- المسابقة: يعبر عنها باللغة الفرنسية *Concours*، لقد تمّ تعريف إجراء المسابقة من خلال المادة 47⁽⁴⁾ من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على

= بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة، تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع".

¹ - عباس زواوي، طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم 15-247، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص 7.

² - هذه الفقرة جديدة، حيث يمكن بموجبها للمصلحة المتعاقدة أن تحدّد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة (5) منهم.

³ - هذه الفقرة جديدة، فهي تتعلق باللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية، إمّا على مرحلتين وإمّا على مرحلة واحدة.

⁴ - لتسهيل فهم هذه المادة، تمّ إدراج عدة أحكام جديدة في الفقرات 2، 3، 4، 5.

جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة، وتُمنح الصفقة، بعد المفاوضات، للفائز بالمسابقة الذي قدّم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة، لاسيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة، أو معالجة المعلومات، ولا تُبرم صفقة الإشراف على إنجاز أشغال وجوبا عن طريق المسابقة، إذا:

- لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 13 من هذا المرسوم؛
- يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي لا تحتوي على مهام تصميم...".

لمّا كانت المسابقة شكلا من أشكال طلب العروض، ولمّا كان التعاقد يمكن أن يتمّ مع شخص طبيعي أو معنوي وطني أو أجنبي، فلماذا ورد في نص المادة 47 عبارة رجال الفن؟!، فكيف يمكن تبرير استبعاد الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة من مجال المنافسة وحرمانهم من تقديم عروضهم للمشاركة في المسابقة تحت غطاء أنّ هذه الأخيرة حكر على الأشخاص الطبيعية، وعليه كان من الأفضل لو جاء النص بالصيغة الآتية: "المسابقة هي إجراء يضع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين في منافسة".

أمّا المادة 48 من نفس المرسوم، فحدّدت أشكال المسابقة بأن تكون محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، ويبقى لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الأسلوب من أجل اختيار المتعامل المتعاقد محدوداً، ونادراً ما تلجأ إليه مقارنة بالأشكال الأخرى⁽¹⁾.

لا يكفي رسم طرق الإبرام حتى تتضح معالم الصفقة، بل يجب تدعيمها بإجراءات مترجمة لها تتبعها المصلحة المتعاقدة وفقا للحدود القانونية، لذا حرص المشرع على وضع قواعد إجرائية خاصة بأسلوب طلب العروض - بكل أشكاله - من خلال مواد كثيرة وردت في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كما خص المشرع الصفقات التي تتم عن طريق المسابقة بقواعد تفرد بها، والغاية من فرض هذه القواعد هو تقييد المصالح المتعاقدة رغبة من المشرع في تفعيل سياسة الوقاية من الفساد من جهة، وتكريس مبدأ حرية المنافسة من جهة أخرى.

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 91.

فمثلاً بالنسبة للقواعد الإجرائية الخاصة بأسلوب طلب العروض، وحرصاً من المشرع على تجسيد نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، تجسيدا لهذه المبادئ أُلزم (المشرع) المصالح المتعاقدة بعد حصولها على الغلاف المالي، إعداد دفتر شروط يتضمن الشروط الواجب توافرها والمواصفات المرغوب الوصول إليها، ودفتر الشروط هو عبارة عن وثيقة تضعها المصالح المتعاقدة بإرادتها المنفردة تُحدّد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة.

ولما كانت الصفقات العمومية وثيقة الصلة بالمال العام تعيّن على المشرع أن يفرض إطاراً رقابياً حتى على دفاتر الشروط لضمان سلامة المعاملات العقدية وإبعاد الجهات الرسمية عن كل ما يجلب الفساد المالي، لهذا الغرض نصّب المشرع لجان للرقابة - على اختلاف مستوياتها - تتولى دراسة دفاتر الشروط والمصادقة عليها قبل الإعلان عنها⁽¹⁾.

ثمّ بعد ذلك يأتي إجراء الإعلان عن الصفقة - كما سبق التطرق إليه في المطلب الأول من هذا المبحث - لكون أول إجراء تنقيد به المصلحة المتعاقدة تنفيذاً لإجراءات إبرام الصفقة العمومية، يتمثل في ضرورة تحقيق المنافسة بين المرشحين لنيل الطلب العمومي ولا يتحقّق هذا التنافس أصلاً إلاّ عن طريق الإعلان⁽²⁾.

بعد الإعلان عن الصفقة بالكيفية المنصوص عليها قانوناً، تأتي مرحلة استقبال العروض، فيمكن لكل من يرغب في التعاقد ممن هم مؤهلين في الاختصاص المطلوب، أن يقدموا عروضهم خلال الأجل المُحدّد، بعد تمكينهم من دفتر الشروط، وبعد تمكين المتنافسين من دفتر الشروط وإطلاعهم على كل الوثائق والمعلومات، يتعيّن على كل من يرغب في التعاقد تقديم عرضه أو عطائه وفقاً للشروط المطلوبة وفي الأجل المعلن عنه.

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 92.

² - المرجع نفسه، ص 92، 93.

بعد الانتهاء من مرحلة تقديم العروض، تأتي مرحلة فتح الأظرفة ودراسة العطاءات من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنشأة بموجب المادة 160⁽¹⁾ من المرسوم الرئاسي 15-247، وهذا يدخل في إطار الرقابة الداخلية باعتبارها إحدى مراحل إبرام الصفقة العمومية، وبعد إتمام عملية الفتح تأتي مرحلة دراسة العروض، وفي هذه المرحلة تُسجل صرامة المشرع الجزائري من خلال منعه لأي إجراء تفاوضي قد تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة مع المتعهدين حرصاً منه على ضمان الشفافية وتكافؤ الفرص بينهم، ومنعاً للمحاباة التي قد يستفيد منها أحدهم، وهذا ما نصت عليه المادة 80 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: "لا يُسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض، ويُسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط...".

وبعد قطع الصفقة لتلك الأشواط المُعقَّدة، تأتي مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت واعتماد الصفقة، وإنَّ منح الصفقة مؤقتاً لا يُعد المرحلة الأخيرة بل لابد من اعتماد الصفقة لإضفاء الطابع النهائي والرسمي للصفقة، ويُمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو على إلغاء هذا المنح المؤقت، أن يرفع طعناً لدى لجنة الصفقات المختصة⁽²⁾.

والجدير بالذكر أنَّ إجراء طلب العروض المحدود، وإجراء المسابقة، وإنَّ كانا يشتركان مع باقي الأشكال الأخرى لإجراء طلب العروض من حيث بعض القواعد الإجرائية السالف ذكرها، إلاَّ أنَّ المشرع أفرد لكل من إجراء طلب العروض المحدود، وإجراء المسابقة قواعد إجرائية خاصة تختلف حسب الإجراء المتبع، نظراً لطبيعة الطلب العمومي أو طبيعة العمليات المراد إنجازها، فمثلاً بالنسبة لإجراء طلب العروض المحدود يكون المرشحون الذين تمَّ انتقاءهم الأولي من قِبَل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، كما يُمكن للمصلحة المتعاقدة أن تُحدِّد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد⁽³⁾ - كما سبق بيانه -، أمَّا بالنسبة للمسابقة فلا يُمكن منح الصفقة لأحد الفائزين إلاَّ بعد صدور رأي

¹- لقد أعيد النظر في هذه المادة من أجل تكريس توحيد لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض في لجنة واحدة، وإعطاء المصلحة المتعاقدة إمكانية إنشاء عدة لجان من هذا النوع.

²- يراجع المادتين 4، 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

³- يراجع المادة 45 من نفس المرسوم الرئاسي.

لجنة التحكيم، وتكون مسابقة الإشراف على الإنجاز دائماً مُسابقة محدودة وليست مفتوحة⁽¹⁾، وبالتمغن في أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 كثيراً ما نجد المشرع قد أفرد وخصص لإجراء طلب العروض المحدود وإجراء المسابقة قواعد إجرائية خاصة بكل واحد منهما⁽²⁾.

ثانياً: اعتبار التراضي أسلوباً استثنائياً في إبرام الصفقات العمومية

إنَّ الأصل في الصفقات العمومية أن تُبرم بعد الدعوة إلى المنافسة، إذ يعتبر إجراء طلب العروض بأشكاله المختلفة القاعدة والأصل في إبرام الصفقات العمومية، ولا تُبرم الصفقة العمومية بالتراضي إلا في حالات استثنائية مُحددة حصراً في القانون، وفي هذه الحالة يتم تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة⁽³⁾؛ لأنَّه في حالات أخرى تحتاج المصلحة المتعاقدة الخروج عن الإجراءات المعروفة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإتباع أسلوب أكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة و يتمثل هذا الأسلوب في التراضي.

وباعتبار صفقات التراضي أكثر الصفقات عُرضةً للفساد، حرص المشرع على أن يتمَّ إعمال هذا الأسلوب وفق قواعد وإجراءات وضوابط خاصة، ورغم اعتبار إجراء التراضي أسلوباً استثنائياً في إبرام الصفقات العمومية، إلا أنه على المصلحة المتعاقدة أن تُفرغ تعاقدها في إطار الحالات التي قرَّرها المشرع تكريساً للطابع الاستثنائي للتراضي⁽⁴⁾.

ولقد عرّف المشرع الجزائري إجراء التراضي «Gré à gré» من خلال المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة...".

أمَّا أشكال التراضي فحدّدها نفس المادة التي نصت: "...ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل

¹ - يراجع المادتين 47، 48 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

² - يراجع على سبيل المثال المواد 67، 70، 72 من نفس المرسوم الرئاسي.

³ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 75.

⁴ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 98، 99.

الوسائل المكتوبة الملائمة، إنَّ إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلاَّ في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم".

وقد حدّدت المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط، وهي حالات مُحدّدة على سبيل الحصر، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التعاقد عن طريق إجراء التراضي البسيط خارج هذه الحالات.

أمَّا المادة⁽¹⁾ 50 من المرسوم الرئاسي 15-247 فحدّدت إجراءات التعاقد بأسلوب التراضي البسيط حيث جاء فيها: "يجب على المصلحة المتعاقدة، في إطار إجراء التراضي البسيط أن:

- تُحدّد حاجاتها، في ظل احترام أحكام المادة 27 أعلاه، إلاَّ في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم؛
- تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي، كما هي مُحدّدة في المادة 54 من هذا المرسوم؛
- تختار متعاملاً اقتصادياً يُقدم عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية، كما هي مُحدّدة في المادة 72 من هذا المرسوم؛
- تُنظّم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 أدناه؛
- تُؤسّس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية".

أمَّا حالات التراضي بعد الاستشارة، فتضمنتها المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، وهي حالات مُحدّدة كذلك على سبيل الحصر، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة إتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة إلاَّ عند توفر حالة من هذه الحالات.

أمَّا المادة 52 من نفس المرسوم الرئاسي، فحدّدت إجراءات التراضي بعد الاستشارة، فتستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة، وبنفس دفتر الشروط، ويمكن للمصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض، ولا يخضع دفتر الشروط في هذه الحالة لدراسة لجنة الصفقات العمومية.

¹ - وهي مادة جديدة لم يكن لها مثيل في المراسيم السابقة.

وأضافت الفقرة الثانية من المادة 52 أعلاه، أنه إذا قرّرت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة.

وإذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض أحكام دفتر الشروط التي تمس شروط المنافسة، فإنه يجب عليها تقديمه إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة من أجل دراسته وإطلاق طلب عروض جديد⁽¹⁾، ويتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة في الحالات المنصوص عليها في المطات 2، 3، 4، 5 من المادة 51 أعلاه، برسالة استشارة على أساس دفتر شروط يخضع، قبل الشروع في الإجراء، لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة⁽²⁾.

وفيما يخص العروض التي تستجيب لدفتر الشروط، فإنه يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تطلب بواسطة المصلحة المتعاقدة كتابياً، من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، توضيحات أو تفاصيل بشأن عروضهم، ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة، وتجري المفاوضات من طرف لجنة تُعيّنُها و تَرسُمُها المصلحة المتعاقدة، في ظل إحترام المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽³⁾.

هكذا يتضح لنا أن المشرع حدّد من جهة الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى إجراء التراضي البسيط أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، حسب الحالة، كما حدّد من جهة أخرى الإجراءات التي ينبغي على المصلحة المتعاقدة إتباعها بخصوص أسلوب التراضي بشكليته، فالمادة 50 من مرسوم رئاسي 15-247 التي حدّدت إجراءات التراضي البسيط، أحالت على المادة 54 من نفس المرسوم الرئاسي، وبالرجوع إلى هذه المادة نجدها تنص على ما يلي: "يتعيّن على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية

¹ - يراجع الفقرة الثالثة من المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

² - يراجع الفقرة الخامسة من المادة 52 من نفس المرسوم الرئاسي.

³ - يراجع الفقرة السادسة من المادة 52 من نفس المرسوم الرئاسي.

والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية، يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومنتاسبة مع مداها؛ كما أحالت كذلك على المادة 72 من نفس المرسوم الرئاسي، وبالرجوع إلى هذه المادة نجد أنها تُحدِّد مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والتي جاء في المطة الرابعة منها: "...تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أنّ بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت، ويجب أن يُبيّن هذا الحكم في دفتر الشروط..."; وهكذا يتضح لنا أنّ المشرع من خلال هذه الإحالات التي جاءت في المادة 51 أعلاه، قد كرّس وجسّد مبدأ حرية المنافسة حتى في إجراء التراضي البسيط بالرغم من أنّه قاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية.

أمّا المادة 52 التي حدّدت إجراءات التراضي بعد الاستشارة، فنصت في فقرتها الثانية على نشر إعلان الاستشارة - في حالة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض -، أمّا الفقرة الثالثة من نفس المادة تضمنت مصطلح المنافسة، وذلك عندما ألزمت المصلحة المتعاقدة تقديم دفتر الشروط إلى لجنة الصفقات المختصة وإطلاق طلب عروض جديد، وذلك في حالة تعديل بعض أحكام دفتر الشروط التي تمس بمبدأ حرية المنافسة، أمّا الفقرة السادسة من نفس المادة أحالت إلى المادة 5 التي تنص على ما يلي: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

ومن خلال استقراء المادتين 50، 52 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضح لنا أنّ المشرع تبني مبدأ حرية المنافسة حتى في حالة إبرام الصفقات العمومية عن طريق إجراء التراضي، سواء التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، لكن يختلف هذا المبدأ من حيث مداه ونطاقه وإجراءاته بحسب اختلاف الإجراءات المُتبع لإبرام الصفقة، فيتسع إذا كنا أمام إجراء طلب العروض، ويتم تقليصه وتقييده بإجراءات خاصة - لكن لا تنال منه كُليّةً -

إذا كنا أمام إجراء التراضي بشكليته، وهكذا يكون المشرع قد كرّس مبدأ حرية المنافسة مهما كان الإجراء المتبع في إبرام الصفقة العمومية.

الفرع الرابع

حدود مبدأ حرية المنافسة

أمام المنافسة القوية التي يمارسها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع الوطني الخاص الهش الذي يتميز بقلّة الكفاءة ونقص الإمكانيات التقنية والفنية لإنجاز المشاريع خاصة تلك التي تُطرح ضمن مناقصات دولية والتي تلجأ إليها في الغالب المصالح المتعاقدة نظراً لما تتطلبه مشاريعها، كذلك أمام ضغط ممثلي القطاع العام والخاص، وجد المشرع نفسه طيلة عقود من الزمن مُجبر على إدراج أحكام لحماية هذا الأخير (القطاع الوطني العام والخاص)، فالسؤال الذي نطرحه في هذا الإطار: هل هذا يتعارض مع مبدأ حرية التنافس والمساواة بين المرشحين؟.

لقد ازدادت حدة هذه الأحكام ضمن صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن ت ص ع، الذي رفع من هامش الأفضلية الوطنية (أولاً)، وتخصيص نسبة من الصفقات للمؤسسات الوطنية خاصة الصغيرة منها والمتوسطة (ثانياً)، وإخضاع المتعهدون الأجانب إلى الالتزام بالاستثمار في إطار الشراكة (ثالثاً)، وهناك حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية (رابعاً)، وهي نفس الأحكام التي كرّسها المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، لذلك سوف نتطرق إلى هذه النقاط في إطار أحكام هذا المرسوم.

أولاً: رفع هامش الأفضلية الوطنية

سعيًا من المشرع للتوفيق بين مبدأ المساواة وحرية المنافسة ومبدأ حماية المنتج الوطني، وبالتالي خلق بعض التكافؤ في الفرص بين المؤسسات الأجنبية والمؤسسات الوطنية الراغبة في الحصول على الصفقات الدولية المطروحة من قبل المصلحة المتعاقدة،

رفع المرسوم الرئاسي 10-236 هامش الأفضلية بـ 10 نقاط ليصبح بذلك 25%⁽¹⁾، وهو ما كرّسه المرسوم الرئاسي 15-247 بموجب المادة 83 منه التي جاءت في القسم السابع بعنوان " ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج" والتي نصت: "يمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه، وتخضع الاستفادة من هذا الهامش، في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، كما هو محدد في الفقرة السابقة، ومؤسسات أجنبية، إلى تبرير الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، والمؤسسات الأجنبية، من حيث الأعمال التي يتعيّن إنجازها ومبالغها، يجب أن يُحدّد ملف استشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية، تُحدّد كيفية تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

وبالتالي قد اتجهت نية الحكومة نحو التقليل من حصة المتعاملين الأجانب، وقد تساءل البعض حول تبرير هذا التحيز لصالح مؤسسات على حساب الأداء والجودة، كما أنّ الأمر يستدعي مزيداً من التفكير بشأن مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية وأهميتها في عالم المنافسة المفتوحة⁽²⁾.

ثانياً: تخصيص نسبة من الصفقات للمؤسسات الوطنية

لا يقتصر الأمر على فرض الأفضلية الوطنية، بل سعياً من المشرع لحماية وبناء القطاع الخاص الوطني، لجأ هذا الأخير(المشرع) إلى تخصيص نسبة من الصفقات المطروحة، لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

دائماً تحت ضغط المؤسسات الخاصة الوطنية، تدخلت الحكومة بشكل أكثر عمقاً، ليس فقط في منح هذه الأخيرة (المؤسسات الخاصة الوطنية) أفضلية على حساب

¹ - مونية جليل، مرجع سابق، ص 155، 156.

² - المرجع نفسه، ص 158.

المؤسسات الأجنبية، بل تعدى ذلك إلى حرمان هذه المؤسسات الأجنبية من تقديم تعهداتها في صفقات عمومية عُدَّت من قبيل الصفقات المحجوزة، يتجلى ذلك من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، فالمادة 65 الفقرة الثالثة تجيز للبلديات والولايات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، أن تعلن طلبات عروضها محلياً بمعنى أن يكون الإشهار محلي وذلك بشرط عدم تجاوز العتبة المالية المنصوص عليها⁽¹⁾.

وتجسيدا لمبدأ ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج، نصت المادة 85 على ما يلي: "عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإنَّ على هذه الأخيرة أن تُصدر دعوة للمنافسة وطنية، مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم...".

كذلك المادة 86 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي خصَّصت الصفقات الخاصة بالأشغال ذات الطابع الحرفي لهذه الفئة وحدها دون غيرها حسب التشريع المعمول به في هذا المجال، بالإضافة إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة 87 من نفس المرسوم الرئاسي التي تنص: "عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي مُعرَّفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنَّه يجب على المصالح المتعاقدة إلَّا في الحالات الاستثنائية المُبرَّرة قانونيا كما ينبغي، تخصيص هذه الخدمات لها حصريا مع مراعاة أحكام هذا المرسوم...؛ كما أنَّ الفقرة الثالثة من نفس المادة تنص على تخصيص نسبة من الطلبات العمومية حيث جاء فيها: "...يمكن أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه، في حدود عشرين في المائة (20%) على الأكثر من الطلب العام، حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط مُحصَّص، بغض النظر عن الأحكام المخالفة للمادة 27 من هذا المرسوم...".

¹ بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، إذا كان مبلغها التقديري يساوي أو يقل عن مائة مليون دينار (100.000.000 دج)، بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات إذا كان مبلغها التقديري يساوي أو يقل عن خمسين مليون دينار (50.000.000 دج).

إنّ مفهوم الصفقات المحجوزة لا يُعدّ حكراً على المرسوم الرئاسي 15-247، وإنّما نصّ عليها قبل ذلك المرسوم الرئاسي 10-236⁽¹⁾.

ثالثاً: إخضاع المتعهدون الأجانب إلى الالتزام بالاستثمار في إطار الشراكة

بداية من 2010⁽²⁾ تبنى المشرع توجهاً خاصاً يتناسب مع السياسة الجديدة للدولة في مجال الاستثمارات الأجنبية القائمة على فكرة الشراكة مع المتعامل الوطني، وهذا ما جسده المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 من خلال تكريس الالتزام بالاستثمار في شراكة عندما يتعلق الأمر بالدعوة للمنافسة الدولية، فالسؤال الذي نطرحه: هل هذا الالتزام يضمن لعملية الإبرام الشفافية اللازمة بما فيها احترام مبدأ المساواة بين العارضين؟.

يُمثل الالتزام بالاستثمار في إطار شراكة - بالنسبة للمتعهدين الأجانب - استثناء على القاعدة العامة في معايير اختيار المتعامل المتعاقد والمدرجة في دفاتر الشروط⁽³⁾، فنصت الفقرة الأولى من المادة 84 على ما يلي: "يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تُحدّد قائمتها بموجب مُقرّر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها...؛ وبالتالي يُعتبر الالتزام بالاستثمار في شراكة بالنسبة للمتعهدين الأجانب إجراء إلزامي لقبول العرض.

و الجهة المكلفة بمتابعة الاستثمار في إطار الشراكة، هي الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تُبلغ المصلحة المتعاقدة والوصاية بتنفيذ أو عدم تنفيذ الاستثمار في إطار الشراكة، وهذا بواسطة تقارير مرحلية⁽⁴⁾.

¹ - يراجع المواد 49، 55، 55 مكرر 01 من المرسوم الرئاسي 10-230 (ملغى)، سالف الذكر.

² - هذا ما جسده المادة 24 من نفس المرسوم الرئاسي.

³ - مونية جليل، مرجع سابق، ص 160.

⁴ - المرجع نفسه، ص 161، 162.

في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه بالاستثمار في إطار الشراكة الذي يكون قد كَوَّنه عند تقديم العرض، وبعد تأكد المصلحة المتعاقدة أنّ المتعهد الأجنبي لم يُجسّد الاستثمار طبقاً للرزنامة التعاقدية المنصوص عليها في دفتر الشروط وهذا بخطأ منه، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعداره حسب الشروط المُحدّدة في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، بضرورة تدارك ذلك في أجل يُحدّد في الإعدار، وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية مُحدّدة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 147، وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية؛ ويمكن للمصلحة المتعاقدة زيادة على ذلك، إذا رأت ضرورة في ذلك، فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي، بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، حسب الحالة⁽¹⁾.

رابعاً: حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

هذه الحالات نصت عليها المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي جاء فيها: "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71، 74 أعلاه؛
- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح؛
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح؛
- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية؛
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية؛

¹ - يراجع الفقرتين 3، 4 من المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم؛
 - الذين قاموا بتصريح كاذب؛
 - المسجلون في قائمة المؤسسات المُخَلَّة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مُفَرَّرات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع؛
 - المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم؛
 - المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة؛
 - الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي؛
 - الذين أخلوا بالتزاماتهم المُحدَّدة في المادة 84 من هذا المرسوم؛
- توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

وبالتالي فإنَّ أي متعامل اقتصادي كان عرضة لإحدى الحالات المذكورة في المادة 75 أعلاه، يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من الدخول إلى التباري لنيل الطلب العمومي، وهذا حماية للمنافسة الشريفة والنزيهة، وبالتالي فإنَّ هذه الاستثناءات المذكورة أعلاه الواردة على مبدأ حرية المنافسة، هي في حقيقة الأمر تُعزِّز هذا المبدأ وتحميه، ولا تسمح إلاَّ للمتعامل الاقتصادي النزيه بالمشاركة في إجراءات التباري، وهذه خطوة تحسب للمشروع كونه ارتقى بمبدأ حرية المنافسة والتباري الشفاف للفوز بالعقد الإداري.

جدول يوضح المبادئ الأساسية التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية⁽¹⁾:

المبدأ	التطبيق
<ul style="list-style-type: none"> ➤ حرية الوصول للطلب العمومي مع حضر إقصاء لأي مرشح إلاً طبقاً للقانون. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ الإشهار الواسع. ➤ سهولة الوصول للوثائق. ➤ اختيار طريقة إبرام الطلب العمومي يجب أن تُبَرَّر بالأهداف المرجوة للمصلحة المتعاقدة. ➤ آجال تحضير العروض يكون كافي لكافة المرشحين.
<ul style="list-style-type: none"> ➤ المساواة بين المرشحين على أساس معايير موضوعية مرتبطة بالصفة وغير تمييزية. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ الإعلان وطني أو محلي حسب الحالة. ➤ عناصر اختيار متعامل تكون موضوعية وغير موجهة. ➤ التطبيق الصارم لطريقة التتقيط التقني حسب دفتر الشروط.
<ul style="list-style-type: none"> ➤ الشفافية في الإجراءات. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ إجراءات واضحة ومفصلة. ➤ التأشير المسبقة لدفتر الشروط . ➤ فتح الأظرفة في جلسة علنية. ➤ نشر النتائج في إعلان المنح المؤقت. ➤ تقديم نفس الأجوبة ونفس التوضيحات لكافة المرشحين . ➤ حق الطعن.

¹ - حوحو شوقي، إجراءات إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية - أشغال، إنجاز-، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص8.

وبالتالي نكون من خلال هذا المبحث الثاني قد تطرقنا إلى المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، وهي عدة مبادئ تلتقي في مبدئين رئيسيين وهما مبدأ الإشهار ومبدأ حرية المنافسة، وهما مبدئين يُشكلان صمام أمان بالنسبة لنجاعة الطلب العمومي وحماية المال العام ومحاربة ظاهرة الفساد الإداري والمالي بكل أشكاله المختلفة.

وكما سبق وأن أشرنا، أنّ المنهج الأكاديمي ومنطق التسلسل الفكري، يفرض على الباحث أثناء معالجته لموضوع القضاء المستعجل في العقود الإدارية، التطرق أولاً إلى تحديد وحصر أهم العقود الإدارية التي تشكل المجال الخصب للدعوى الاستعجالية الإدارية، ثمّ في مرحلة ثانية لا بد من البحث عن الأسباب الرئيسية لتحريك الدعوى الاستعجالية الإدارية، وذلك لن يتأتى إلاّ بعد تحديد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، لكون أنّ الإخلال بإحدى هذه المبادئ يشكل السبب الرئيسي لإخطار القاضي الاستعجالي الإداري، وهي مبادئ عديدة تشترك وتلتقي عند مبدئين أساسيين هما: مبدأ الإشهار (العلانية) ومبدأ حرية المنافسة، وذلك تماشياً مع نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهكذا نكون قد حدّدنا النظام القانوني للعقد الإداري محل الدعوى الاستعجالية.

وبعد الانتهاء من الجانب النظري، ننتقل من خلال الفصل الثاني إلى الجانب التطبيقي للموضوع، وذلك بالتطرق إلى دور القضاء الاستعجالي الإداري في إرساء مبادئ إبرام العقود الإدارية، مُستدلين بمختلف التطبيقات القضائية المتعلقة بحماية هذه المبادئ.

الفصل الثاني

دور القضاء الاستعجالي الإداري في إرساء

مبادئ إبرام العقود الإدارية

الفصل الثاني

دور القضاء الاستعجالي الإداري في إرساء مبادئ إبرام العقود الإدارية

في إطار إضفاء الطابع الأخلاقي على الحياة العمومية عمل المشرع الفرنسي على عصرنه طرق ومناهج عمل القضاء الإداري تحت التأثير الإيجابي للقانون الأوربي Droit Européen⁽¹⁾.

يعدُّ القضاء الكامل هو الأصل لتسوية منازعات العقود الإدارية، سواء أكان في مرحلة تكوينها أم تنفيذها، ويمتد اختصاصه إلى كل ما يتفرع عن ذلك، وتتفرع الدعاوى في هذا النوع من القضاء إلى عدة أنواع، كدعوى بطلان العقد ودعوى طلب المبالغ المالية أو التعويض، ودعوى إبطال بعض التصرفات الإدارية المخالفة للعقد، ودعوى فسخ العقد، ودعوى الاستعجال الإداري في مجال العقود الإدارية، وهي الدعوى التي تقام بشأن المنازعات المتعلقة بمرحلة إبرام العقد الإداري ولهذا أُطلق عليها تسمية دعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقد⁽²⁾، والهدف من هذه الدعوى هو حماية المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، ضماناً لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

تكريساً للجهود الرامية إلى ضرورة الموازنة بين حماية المصلحة العامة التي تباشر باسمها الإدارة نشاطاتها، وبين حماية مصلحة الأفراد من تصرفات الإدارة التي قد تُضر بحقوقهم، فقد استحدث المشرع بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قواعد إجرائية جديدة تتعلق بالقضاء الاستعجالي في المادة الإدارية، كما هو الشأن

¹ - محمد بودالي، نظم الرقابة البرلمانية المالية والإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، يومي 24 و 25 أبريل 2013، ص 5.

² - عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015، ص 423.

في القوانين المقارنة التي اعتمدت نظام القضاء الإداري، الذي أوكل له المشرع صلاحية النظر والفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها⁽¹⁾.

على صعيد القضاء الإداري تم إنشاء على مستوى المحاكم الإدارية نظام قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد *Référé précontractuel* الذي يجيز للغير الذي أصابه ضرر من جراء الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة إخطار قاضي الاستعجال قبل إبرام العقد، من أجل فرض إحترام مبادئ الشفافية والنزاهة في إطار المنافسة⁽²⁾.

وتم إضفاء نوع من الفعالية على الإجراءات المذكور أعلاه، بعد إصدار القانون الخاص بالاستعجال أمام المحاكم الإدارية، والذي يمنح القاضي الاستعجالي قبل التعاقد إمكانية تأجيل الإمضاء على الصفقة إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوماً وهو ما يعرف بنظام قاضي استعجال الوقف *Le juge référé suspension*، وهو أكثر فعالية من نظام وقف التنفيذ المعروف في القواعد العامة تحت تسمية *sursis à exécution de droit commun*⁽³⁾.

رغم تقرير حق المرشحين في رفع دعوى الإلغاء على أساس القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، إلا أنه قضاء موضوع يؤدي إلى نتائج خطيرة تتمثل في إلغاء الصفقة العمومية، فضلاً عن تعقيد إجراءاته وطول آجال الفصل، مما أدى إلى استحداث قضاء تنسّم إجراءاته بالسرعة، يدعى قضاء الاستعجال سداً لمنافذ الفساد وتكريساً لمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية وتحقيق المساواة بين المرشحين وحماية المال العام.

إذا كان الاستعجال في علاقات القانون الخاص يحوز أهمية خاصة، فأهميته أكبر في المادة الإدارية لوجود الإدارة كطرف في النزاع، الأمر الذي يزيد من احتمال وجود التجاوزات خاصة في مجال العقود الإدارية.

¹ - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد - ترجمة للمحاكمة العادلة -، طبعة الثالثة منقحة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 499.

² - محمد بودالي، مرجع سابق، ص 5، 6.

³ - المرجع نفسه، ص 6.

لأجل ذلك تبنى المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باباً مستقلاً في الفصل الخامس بعنوان: "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، من الباب الثالث بعنوان: " الاستعجال "، من الكتاب الرابع بعنوان: " في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية"، حيث كرّس المادتين 946 و 947 لتنظيمه وبيان أحكامه⁽¹⁾. وسوف نتطرق من خلال هذا الفصل إلى الاستعجال القانوني في مجال منازعات إبرام العقود الإدارية (المبحث الأول)، ثم نبين بعد ذلك كيف كرّس المشرع الجزائري قواعد خاصة لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد تفعيلاً لدورها الوقائي (المبحث الثاني).

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 253.

المبحث الأول

الاستعجال القانوني في مجال منازعات إبرام العقود الإدارية

الاستعجال القانوني هو أبرز خاصية تتمتع بها منازعات إبرام العقود الإدارية، وقد أقره المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث خصّه بمادتين من هذا القانون⁽¹⁾.

هذا النوع من منازعات إبرام العقود الإدارية يؤول إلى اختصاص القضاء الاستعجالي الإداري بنص القانون، حتى ولو لم تتوافر شروط الاستعجال (عصر الاستعجال)، وحتى لو مسّ التدبير المطلوب اتخاذه بأصل الحق.

أي أنّ قاضي الاستعجال وهو يفصل في هذا النوع من المنازعة الإدارية - المتعلقة بإبرام العقد الإداري- التي آلت إليه بنص القانون، فإنّه لا ينظر إلى مدى توافر عنصر الاستعجال من عدمه، وإنّما يتحقق من مدى دخول الحالة المعروضة عليه ضمن الحالات المنصوص عليها قانوناً⁽²⁾.

والجدير بالذكر هنا أنّ بعض الكتابات الفقهية عندما عالجت موضوع الاستعجال في العقود الإدارية، تطرقت إلى شروط قبول دعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقد، وحددتها في شرطي توفر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، وهو تحليل قد جانب الصواب، لكون أن الاستعجال وفقاً للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ينقسم إلى نوعين، أمّا النوع الأول فيتمثل في الاستعجال بالطبيعة أو ما يعرف بالدعاوى الاستعجالية المبنية على ظرف الاستعجال، وفيها يتأكد القاضي من مدى توافر عنصر الاستعجال، كما ينبغي ألاّ يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق، ولا يحوز هذا الأمر حجية الشيء المقضي فيه، وإنّما يتضمن مجرد تدابير تحفظية⁽³⁾؛ أمّا النوع

¹ - هما المادتين 946، 947 من القانون رقم 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ، سالف الذكر.

² - نادية تياب، مرجع سابق، ص 261، 262.

³ - يراجع على سبيل المثال المادتين 299، 303، من القانون 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ، سالف الذكر.

الثاني من الاستعجال فيتمثل في الاستعجال بنص القانون أو ما يعرف بالدعاوى المنتمية للاستعجال بنص القانون⁽¹⁾، وهنا يكون القاضي الاستعجالي مختصاً في المواد التي ينص القانون صراحة أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر حجية الشيء المقضي فيه⁽²⁾، وبالتالي يمس الأمر الاستعجالي بأصل الحق لكونه لا يتضمن مجرد تدابير تحفظية - على خلاف الاستعجال بالطبيعة -، وإنما يفصل القاضي الاستعجالي في الموضوع (يمس بأصل الحق) طبقاً لآجال قصيرة، وهكذا عندما يُخطر القاضي الاستعجالي بموضوع يدخل في اختصاص القضاء الاستعجالي بنص القانون، فلا يبحث القاضي هنا في الشروط التي تمنحه الاختصاص، لأنه مُختص بالنظر في هذا الموضوع بصريح النص، ويختلف منطوق الأمر الاستعجالي - في حالة رفض الطلب - حسب اختلاف نوع الاستعجال المعروض على القاضي، بمعنى أنه إذا كان الموضوع المعروض على القاضي يدخل في نطاق الاستعجال بالطبيعة ولم تتوفر شروطه يأمر القاضي الاستعجالي هنا بعدم الاختصاص النوعي، أما إذا كان الموضوع المعروض على القاضي يدخل ضمن الدعاوى المنتمية للاستعجال بنص القانون وكان الطلب غير مؤسس قانوناً يأمر القاضي الاستعجالي هنا برفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني، ولا يبحث في مدى اختصاصه لكونه مختص بقوة القانون، وذلك بعد أن يتأكد القاضي الاستعجالي أن القضية المعروضة عليه تدخل في نطاق الدعاوى الاستعجالية المنصوص عليها قانوناً.

وهو الطرح الذي أكدّه الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا بقوله: " شرط الاستعجال هو شرط جوهري، وهو الذي يُبرّر اتخاذ تدابير استعجالية ذات طابع مؤقت، والذي نصت عليه المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المتعلقة بالاستعجال توقيف، كما نصت عليه المادة 920 من نفس القانون الخاصة بالاستعجال حرية، وأيضاً المادة 921 المتعلقة بالاستعجال التَحْفُظِي، هذه المواد استعملت على التوالي عبارات: "متى كانت ظروف الاستعجال تُبرّر ذلك...، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة...، في حالة الاستعجال

¹ - يراجع على سبيل المثال المواد 305، 308 فقرة 4، 613 فقرة 2، 717، من القانون 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ، سالف الذكر.

² - يراجع المادة 300 من نفس القانون.

القُصوى..."، وبالمقابل لم يشترط المشرع استيفاء شرط الاستعجال في نوازل الاستعجال الأخرى والمتمثلة في: "الاستعجال معاينة، الاستعجال تحقيق، الاستعجال تسبيق مالي، الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، وأخيراً الاستعجال في المادة الجبائية"⁽¹⁾.

وبالتالي يتضح لنا أنّ الاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية هو استعجال قانوني، بمعنى أنّه بمجرد إخطار القاضي الاستعجالي - من قبل كل من له مصلحة - عن إخلال المصلحة المتعاقدة بمبادئ إبرام العقود الإدارية - لاسيما الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة -، يكون مختص بصريح النص ويتطرق مباشرة إلى موضوع الطلب القضائي، ولا يمكن للقاضي الاستعجالي الإداري في هذه الحالة أن يأمر بعدم اختصاصه النوعي، وإثماً يأمر إمّا بإلزام المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، أو يرفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني، وبالتالي فنحن ننتقد الرأي الفقهي الذي يقول أنّ عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق هما شرطان لقبول الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية، لأنّ هذان الشرطان - كما سبق ذكره - يخصان الاستعجال بالطبيعة، ولا يخصان الاستعجال القانوني، حيث تعتبر منازعات إبرام العقود الإدارية إحدى أهم صور هذا النوع من الاستعجال.

وبما أنّ الهدف المُبتغى من الدعوى الاستعجالية هو إرساء وتكريس المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، أطلق عليها الفقه اسم الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (المطلب الأول)، وتتميّز هذه الدعوى الاستعجالية بنظام قضائي خاص بها (المطلب الثاني).

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الأول - في الاستعجالات الفورية (الاستعجال توقيف، الاستعجال حرية، الاستعجال التحفظي) - بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 11.

المطلب الأول

الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

Le référé précontractuel

يُعدُّ الاستعجال قبل التعاقد في مادة إبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية من المسائل التي قنَّها المشرع الجزائري لأول مرة في القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ورغم أنَّ هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنةً بنظيره الفرنسي الذي كرَّس الاستعجالي ما قبل التعاقد منذ سنة 1992، بمقتضى القانونين 92-10 الصادر في 04-01-1992، والقانون 93-1416 المؤرخ في 29-12-1993، إلاَّ أنَّه يُعدُّ اتجاهاً محموداً يؤكدُ إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية، ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال العقود الإدارية⁽¹⁾.

وإذا كان اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاصاً شاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها شأن الطلبات المستعجلة، فما دامت جهة القضاء الإداري مختصة بنظر الأصل فهي مختصة بنظر الفرع أي الطلب المستعجل، ما دام القانون لم يسلبها ولاية الفصل في الأمور المستعجلة التي تثيرها تلك المنازعات⁽²⁾.

يختص قضاء الاستعجال الإداري بعدة أنواع من الدعاوى المستعجلة، مثل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري، وطلب إثبات الحالة أو تهيئة الدليل، وهي من دعاوى الاستعجال الإداري المعروفة، والتي يجوز رفعها في منازعات إبرام العقود الإدارية، وأنَّ هذه الدعاوى لا تمس أصل النزاع، وبالتالي فهي ليست وسيلة لتسوية المنازعة، بل إجراء مؤقت وتحفظي، وقد تساعد في تسوية منازعات إبرام العقود الإدارية، ولكن التطور الحديث في هذا المجال قد حصل في فرنسا، وهو ظهور دعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقدية، التي تتجاوز كونها

¹ - سلوى بزاحي، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، السنة الثالثة، المجلد 05، عدد 01، 2012، ص29.

² - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007، ص 329، 330.

مجرد إجراء وقتي تحفظي، لأنها ليست من نوع الحماية الشكلية، بل تدخل ضمن الحماية الموضوعية للحق، وإنَّ ظهورها كان عقب التطور الهام الذي حدث بشأن إمكانية إصدار الأوامر إلى الإدارة من قبل القضاء الإداري⁽¹⁾.

وهدف المشرع الجزائري من استحداث الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هو تحقيق التطبيق الصارم لمبادئ إبرام العقود الإدارية (الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام)، حيث أنَّ وجود مثل هذا النص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سيضمن التطبيق الصارم للمادتين 5 و209 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع⁽²⁾، اللتان تُحددان مبادئ إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ونظراً للأهمية الخاصة لهذه الدعوى في حماية حقوق المرشحين للتعاقد مع الإدارة من جهة، وفي حماية المال العام من جهة أخرى، نجد أنَّ المشرع الجزائري قد خَوَّل حق إخطار القاضي الإداري الاستعجالي من قِبَل كل من له مصلحة في إبرام العقد الإداري والذي قد يتضرَّر من إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والمنافسة⁽³⁾.

فما هو مفهوم الاستعجالي ما قبل التعاقدية؟ هل هو مُجرَّد محاكاة قانونية لما هو مُكرَّس في القانون الفرنسي أم أنَّه تدبير ينفرد بخصوصية معينة؟، سوف نتطرق إلى مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقدية (الفرع الأول)، وبعد ذلك نتطرق إلى التطور التاريخي للاستعجال ما قبل التعاقدية في فرنسا ومجال تطبيقه (الفرع الثاني)، ثمَّ بعد ذلك نستعرض خصائص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (الفرع الثالث)، وأخيراً نُبيِّن العلاقة

¹ - عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص 452.

² - عبد الوهاب كسال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 05 فيفري 2015، ص 226.

³ - آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011/2012، ص 407.

الموجودة بين الاستعجال ما قبل التعاقد والاستعجال في مادة وقف تنفيذ القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقد

بالموازاة مع الاستعجال الإداري المنصوص عليه في القواعد العامة المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للجزائر، والقانون 2000-597⁽¹⁾ بالنسبة لفرنسا والمُدْرَج في قانون العدالة الإدارية (قانون القضاء الإداري الفرنسي)، نجد إستعجال إداري ذو طابع خاص يحتوي على ميكانيزمات مُعيَّنة الهدف منها هو اتخاذ تدابير ذات طابع نهائي، بحيث لا يجد قاضي الموضوع ما يفصل فيه، لكن المشرع - سواء الجزائري أو الفرنسي - جعل تلك التدابير الموضوعية تُتَّخَذ تَبَعاً للطرق الاستعجالية، بما في ذلك من تقليص لمواعيد رفع الدعوى - بالنسبة للقانون الفرنسي - والتحقيق وكذا الفصل فيها، وأيضاً طرق الطعن في الأوامر الاستعجالية⁽²⁾.

لقد أغفل المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي وضع تعريف للقضاء الاستعجالي، وتُركت المسألة للفقهاء والقضاء الإداريين. وقد عرفه الأستاذ Merignhac على أنه: "هو إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها، لكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق"⁽³⁾. وعرفته الأستاذة أمينة النمر بقولها: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيراً، أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في انقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد"⁽⁴⁾، كما عرّفته محكمة النقض المصرية بقولها: "يقوم اختصاص القضاء

¹ - Loi N° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administrative, JORF n°151 du 1 juillet 2000 page 9948.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري - دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة -، الطبعة الثالثة 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 255.

³ - المرجع نفسه، ص 12.

⁴ - المرجع نفسه، ص 13.

المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والاستعجال الذي يُبرّر تدخله لإصدار قرار وقتي يُراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنّه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت..."، لكن كل هذه التعاريف تتعلّق بالاستعجال طبقاً للقواعد العامة أي ما يسمى الاستعجال بالطبيعة.

أمّا القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد في مجال العقود الإدارية Référé précontractuel، فقد عرّفه الدكتور مهند مختار نوح بقوله: "القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد هو إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوروبي، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعّال قبل إتمام إبرام العقد، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية العادية"⁽¹⁾.

إنّ منازعات العقود الإدارية التي خصّها المشرع بالقضاء الاستعجالي القانوني هي منازعات موضوعية تتعلق بإجراءات الإبرام، على أن يتم الفصل فيها بسرعة، وذلك لاعتبارات أهمها المحافظة على المال العام وعلى الوقت، وعلى مشروعية العقد الإداري، لأنّ هناك الكثير من المشاريع ذات النفع العام تمّ إتباع إجراءات إبرامها في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق ففقدت أهميتها الاقتصادية، وزادت تكاليفها المالية بسبب توقف المشروع إلى غاية الفصل النهائي في منازعة دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء في إحدى قرارات الإبرام - القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية - أمام قاضي الموضوع، أي وفقاً للإجراءات العادية التي ليس لها طابع الاستعجال، ومن ثمّ فلا بد أن تستنفد المنازعة جميع طرق الطعن المقرّرة قانوناً حتى يتسنى استئناف المشروع من جديد، ممّا جعل موضوع الصفقة العمومية يفقد أهميته وزالت الغاية من وجوده وزادت قيمته المالية، ممّا أدى بالمشرع الجزائري إلى استدراك ذلك في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فخصّ منازعات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية بإجراءات الاستعجال القانوني، وهذا حماية للمصلحة المتعاقدة بأن يتم إنجاز المشروع ضمن آجاله تحقيقاً للنفع العام، ولمصلحة المتعامل المتعاقد حتى يتسنى له تنفيذ التزاماته، وكذلك لمصلحة الغير القائم

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 841.

بالطعن حتى يُحدّد مصيره بالنسبة للصفقة العمومية في أقرب الآجال، وذلك بالفصل في المنازعات التي تنشأ أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية، في آجال قصيرة، مقتدياً في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي سبقه بتنظيم هذا النوع من المنازعات ومقتبساً من نصوصه⁽¹⁾.

وهكذا يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري استحدث بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سلطات أخرى لقاضي الاستعجال الإداري، في مجال إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، تُسمّى بالتدابير الاستعجالية في المجالات الخاصة، وذلك حماية لمبدأي الإشهار والمنافسة اللتان تقوم عليهما عملية إبرام العقود الإدارية⁽²⁾ والصفقات العمومية، تجسيدا لنزاهة وشفافية ومشروعية النشاط الإداري⁽³⁾.

وبالتالي لكي تكون الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية فعّالة في معاقبة المخالفين لقواعد إبرام العقود الإدارية، لا بد أن تكون ذو طابع وقائي بإلزام الإدارة باحترام الالتزامات التي يفرضها عليها القانون فيما يتعلق بالعلانية والمنافسة قبل إتمام إبرام العقد، في إطار إجراءات تتسم بالبساطة والسرعة، وبالتالي هي ليست إجراء يهدف إلى إلغاء قرار إسناد العقد بعد مرور مدة طويلة على تنفيذه.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري - وفق قواعد مطابقة لحد كبير مع التشريع الفرنسي - طبقاً للمادتين 946، 947 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المستحدثتان ضمناً للتطبيق الصارم لقواعد الإشهار والمنافسة التي يجب أن تؤسّس عليهما كافة إجراءات عملية إبرام العقود الإدارية⁽⁴⁾.

¹ - عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية - على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية -، بدون طبعة، دار النشر جيطلي، برج بوعريبيج، الجزائر، 2012، ص 132، 133.

² - ونقصد بالعقود الإدارية هنا عقود تفويضات المرفق العام.

³ - رضية بركايل، الدعوى الإدارية الاستعجالية طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014/06/12، ص 122، 123.

⁴ - آمال يعيش تمام، مرجع سابق، ص 406.

الفرع الثاني

التطور التاريخي للاستعجال ما قبل التعاقد في فرنسا ومجال تطبيقه

إنَّ المشرع الأوربي عمل على إيجاد دعوى قضائية فعّالة تضمن احترام الأحكام الأوربية المتعلقة بالعلانية والمنافسة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية⁽¹⁾، وتنفيذاً لتعليمات الاتحاد الأوربي، كَيَّفَ المشرع الفرنسي قوانينه الداخلية مع هذا التوجه الجديد من خلال إصداره لقوانين تتضمن إجراءات قضائية إستعجالية هدفها تكريس وحماية مبادئ العلانية والمنافسة أثناء إبرام العقود الإدارية (أولاً)، وهذه الدعوى الاستعجالية اختلف نطاق ومجال تطبيقها من مرحلة لأخرى (ثانياً).

أولاً: التطور التاريخي للاستعجال ما قبل التعاقد في فرنسا

لقد تشدّد المشرع الأوربي بشأن تطبيق قواعد العلانية والمنافسة في نطاق إبرام عقود الشراء العام⁽²⁾، وفي سبيل تحقيق ذلك قام بإصدار التوجيهين المتعلقين بالتوريدات والأشغال، وذلك بغية التنسيق بين مختلف الأحكام التشريعية التي تحكم قواعد المنافسة والعلانية عند إبرام عقود التوريدات والأشغال، لضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد في مجال العلانية والمنافسة، وذلك فيما إذا بلغت هذه العقود قيمة معينة، ولكن المشرع الأوربي قد رأى من جهة أخرى أنه لا توجد في تشريعات الدول الأعضاء في الاتحاد دعوى قضائية فعّالة تؤمّن احترام الأحكام الأوربية في نطاق المنافسة والعلانية من ناحية،

¹ - حورية بن أحمد، الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية، مجلة دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، العدد 17، 2013، ص 52.

² - المقصود بمصطلح عقود الشراء العام، هي تلك العقود التي يكون محلها الشراء العام L'achat public أي أنّ محلها يكون تقديم أداءات معينة للإدارة مقابل ثمن Prix محدد تدفعه هذه الأخيرة باعتبارها طرفاً في العقد وتسمى مشترياً عاماً L'acheteur public ومن أبرز هذه العقود عقود الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، وبالتالي فإن المقصود بمصطلح عقود الشراء العام هو عقود الصفقات العمومية Les contrats des marchés publics، أشار إلى هذا التعريف: مهند مختار نوح، من خلال الموقع الإلكتروني - الموسوعة القانونية المتخصصة - <http://www.arab-ency.com>، تمّ تصفح الموقع بتاريخ 2016/06/01.

وتمكّن من مُجازاة المخالفات في هذا النطاق من ناحية أخرى. وبناء عليه، فقد صدر بتاريخ 1989/11/21 التوجيه رقم 665/89 المتعلق بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين الدول الأعضاء بشأن إيجاد دعوى قضائية تُعزّز من مشروعية العلانية والمنافسة، وتُفتَح لكل شخص له مصلحة في إبرام العقد، ويمكن أن يُضار بسبب المخالفات المرتكبة في مجال العلانية والمنافسة وقد سُمي هذا التوجيه بتوجيه الدعوى Directive de recours وقد تمّ تحويل هذا التوجيه إلى القانون الداخلي الفرنسي مع صدور القانون رقم 92-10 بتاريخ 1992/01/04، والذي أُدخِلت المادة الثانية منه إلى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية الفرنسية، وذلك تحت لواء المادة L.22⁽¹⁾.

إن إبرام عقود الأشغال والتوريدات في أحد مجالات الطاقة أو الماء أو النقل أو الاتصالات مع بلوغها قِيماً معينة، من شأنه أن يجعلها خاضعة لأحكام خاصة من حيث العلانية والمنافسة خصوصاً، والتي فنّتها المشرع في توجيه القطاعات المُستبعدة أو "الخاصة"، واستقبلها المشرع الفرنسي في المواد من 139 إلى 399 من تقنين عقود الشراء العام، وتفعيلاً لقواعد العلانية والمنافسة لعقود الأشغال والتوريدات التي تُبرم في مجالات الطاقة والماء والنقل والاتصالات، فقد صدر التوجيه رقم 92/13 بتاريخ 1992/02/22 عن المشرع الأوربي، والذي تضمّن أحكاماً لدعوى قضائية خاصة تحمي فعالية أحكام المنافسة والعلانية في معرض إبرام عقود الأشغال والتوريدات في نطاق أحد المجالات المستبعدة (الطاقة، الماء، النقل، الاتصالات)، وهي دعوى شبيهة في تفاصيلها وخطوطها العريضة، بالدعوى التي جاء بها التوجيه رقم 665/89 لسنة 1989 مع اختلاف في حجم السلطات الممنوحة للقاضي كما سنرى في موضعه⁽²⁾.

وبالنسبة لمعرفة ما يجب فهمه من عدم مراعاة التزامات الإشهار والمنافسة، كرّس القضاء مفهوماً موضوعياً، فلا يتعلق الأمر بالبحث عمّا إذا انشغل الشخص العمومي

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 842، 843.

² - المرجع نفسه، ص 843، 844.

بالتهرب من التزاماته - كما نفعه عندما نكون بصدد إثبات تجاوز للسلطة -، بل بمعاينة أن تنظيم المنافسة لم يتم على ما يرام.

وكما يوضحه القضاء، تُرَوِّد المادتان L.22, L.23⁽¹⁾ قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد "برقابة القضاء الكامل" على مدى احترام السلطة المسؤولة عن إبرام العقد، لالتزاماتها بشأن الإشهار والوضع تحت المنافسة، وهذا ما يَحْمِلُهُ (القاضي) على تفحص الدوافع التي على أساسها أُسْتُبْعِدَ المرشح من منح العقد Attribution de contrat⁽²⁾.

وبناءً عليه يكون المشرع الفرنسي قد تبنى هذا الإجراء القضائي بصور القانون 92-10 المؤرخ في 04 يناير 1992، والقانون 93-1416 المؤرخ في المؤرخ في 29 ديسمبر 1993، ل يتم إدراج أحكام قضاء الاستعجال قبل التعاقد في المادتين L.22, L.23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، ثم في المادتين L.551-1, L.551-2 في التعديل الجديد لقانون القضاء الإداري الفرنسي، بموجب القانون رقم 2000-597 المتعلق بالاستعجال أمام الجهات القضائية الإدارية، وكذلك بموجب الأمر رقم 2009-515، المتعلق بإجراءات الطعن المُطَبَّقة على عقود الشراء العام.

وبذلك كان المشرع الفرنسي سابقاً لإرساء معالم دعوى قضائية جديدة، من شأنها ضمان فعالية أحكام العلانية والمنافسة في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية⁽³⁾.

وإذا كان السبب المباشر لظهور نظام الدعوى المستعجلة الموضوعية ما قبل التعاقدية يتمثل في رغبة المشرع الأوروبي في تأمين أعلى قدر من شفافية المنافسة عند إبرام عقود الشراء العام، إلا أن هناك أسباباً خاصة بالبيئة القانونية الفرنسية التي قد فرضت على المشرع الفرنسي الاستقطاب السريع لهذا النمط من الإجراءات القضائية، فقد ثبت أن هناك

¹ - وهما حالياً المادتين L.551-1, L.551-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، و تمَّ تعديلهما كذلك بموجب الأمر رقم 2009-515 المؤرخ في 7 ماي 2009، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، والذي تمَّ تطبيقه على العقود التي أبرمت بداية من أول ديسمبر 2009.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص 269، 270.

³ - محمد زكرياء رقرقي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2013/2014، ص 224.

فراغاً تشريعياً فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد، فدعوى الإلغاء التي توجه ضد القرارات المنفصلة عن العقد، والتي تساهم في نفس الوقت في تكوين إرادة الإدارة بغية إبرام العقد، ظهرت لفترة طويلة من الزمن غير ذات فعالية، حيث أنّ القاضي يبت فيها غالباً بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذه وبعد تصفية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، وذلك فضلاً عن عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد نفسه، ما لم يتمسك طرفاه بهذا الإلغاء أمام قاضي العقد لترتيب البطلان، ممّا يعني عدم وجود أي مصلحة عملية يُحققها هذا الإلغاء بالنسبة للغير، الذي هُدِرَتْ حقوقه بسبب مخالفات مرتكبة عند تبادل الإيجاب والقبول التعاقيدين، وكذلك الأمر بالنسبة لدعوى الإلغاء الخاصة التي يُمكن أن توجه ضد عقود الجماعات المحلية، والتي ظهرت غير كافية وغير فعّالة، لأنّها تتدخل بعد إبرام العقد، وبالتالي فإنّ الجزاءات المترتبة عن خرق قواعد الإبرام تكون متأخرة جداً، كما أنّ الإحصائيات تبيّن أنّ استخدامها من جانب المحافظين قليل جداً، وذلك يعود بالدرجة الأولى إلى الحذر الذي تبديه السلطات المركزية والمتجسد في عدم التدخل في شؤون الإدارة المحلية⁽¹⁾.

وأجازت المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، إخطار رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي فوّضه، في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويض المرفق العام. أمّا الفقرة الأخيرة من نفس المادة نصت على أنّ الإخطار يكون قبل إبرام العقد.

أمّا المادة L.551-2 من نفس القانون فإنّها تضمنت السلطات التي يتمتّع بها القاضي الاستعجالي في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة.

ولم يأخذ المشرع في العراق ومصر بدعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقد، ويبدو أنّ المشرع في لبنان قد أدرك ضرورة هذه الدعوى لذا بادر باستحداثها بموجب المادة 66

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 844.

من نظام مجلس شورى الدولة المعدلة بالقانون رقم 227-2000 الصادر بتاريخ 2000/03/31⁽¹⁾.

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري، فكان يتميزّ بفراغ تشريعي انعكس سلباً على مبادئ الشفافية في مجال إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، وهو ما دفع بالمشروع لإيجاد حل قضائي مستعجل من خلال القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من خلال المادتين 946، 947 وذلك لمواجهة أي خرق للمبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويضات المرفق العام⁽²⁾.

وبالتالي يتضح لنا أنّ القضاء المستعجل الموضوعي ما قبل التعاقدية تمّ إنشاؤه باهتمام مزدوج، أوروبي بقصد تعزيز ضمانات عروض المرشحين لعقود الشراء العام وتأمين نزاهة المنافسة، وفرنسي يهدف إلى تحسين نظام شكاوى أصحاب العروض ضد المصلحة المتعاقدة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، أي بمعنى آخر فإنّ المشروع الفرنسي استمدّ نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدية من التشريع الناظم للعقود في دول الاتحاد الأوروبي، ومن ثمّ تحوّل إلى إجراء أصيل أساسي في التشريع الفرنسي⁽³⁾.

ونحن نعتقد أنّ المشروع الفرنسي فعل صواباً بالمسلك الذي انتهجه وأثبتت مواكبته للواقع، ذلك أنّ العقود الإدارية أثناء إبرامها، تُثير الكثير من المنازعات لاسيما تلك المتعلقة بمبادئ الإبرام المجسّدة بصفة عامة في حرية الوصول إلى الطلب العمومي.

ثانياً: مجال تطبيق الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية:

قد كان لاعتماد القضاء المستعجل في فرنسا مدى أوسع، فيما يُخصّص الالتزامات المتعلّقة بالعلانية والمنافسة، مقارنة مع نسبة تطبيقه بالنسبة لباقي دول الاتحاد الأوروبي،

¹ - عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص 455.

² - محمد مهدي لعلام، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، يونيو 2015، ص 20.

³ - محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 20، العدد 2/أ، 2014، ص 328.

وقد تمّ توسيع هذا النمط من الرقابة من المشرع الفرنسي بشكل تدريجي في مرحلة إبرام العقد، ففي البداية تمّ إنشاء القضاء المستعجل قبل التعاقد للعقود العامة وفقاً لحدود مالية معينة، ثمّ امتد بعد ذلك في مجال تطبيقه إلى اتفاقيات تفويضات المرافق العامة، ومن ثمّ امتد ليشمل عقود المشاركة⁽¹⁾.

قبل صدور الأمر رقم 515-2009 المتعلق بإجراءات الطعن المطبّقة على عقود الشراء العام، كان مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد محدداً بقائمة من العقود ما لبثت أن ازدادت بشكل تدريجي، فإنّ مجال اختصاص القاضي الإداري اتّسع بالتتابع بعد صدور قانون 1993/01/29 ليشمل عقود المشاركة بموجب الأمر رقم 559 الصادر بتاريخ 2004/06/17، وعقود امتياز الأشغال بموجب الأمر 646 الصادر بتاريخ 2005/06/06، وأخيراً صدر الأمر رقم 515-2009 بتاريخ 2009/05/07 الذي ألغى هذه القائمة من العقود، حيث أُعيد تحديد نطاق تطبيق القضاء المستعجل في العقود الإدارية لتشمل عقود الشراء العام (عقود الصفقات العمومية) وعقود تفويض المرفق العام⁽²⁾، كما تمّ استحداث الاستعجال التعاقدى *Référé contractuel*، - كما سنرى في حينه -.

وبالتالي فإنّ الأحكام الخاصة بالدعوى الجديدة (الدعوى الاستعجالية الموضوعية ما قبل التعاقدية) يمكن أن تثار في معرض النوعين الرئيسيين من العقود الإدارية، عقود الصفقات العمومية *Les contrats des marchés publics* وعقود تفويض المرفق العام *Les contrats de délégation de service public*.

فبالنسبة لعقود الشراء العام، يلاحظ أنّ التطبيق الأولي لقانون 1992/01/04 قد أثار إمكانية تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي ما قبل التعاقد على إجراءات إبرام عقود التوريد والأشغال فقط، وذلك إذا تجاوزت القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة ذات الأصل الأوربي، لكن قانون 1993/01/29 (المادة 50 منه) قد جعل

¹ - محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، مرجع سابق، ص 329.

² - المرجع نفسه، ص 332.

- وذلك بموجب المادة 1-551 L من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

إمكانية تطبيق هذه الدعوى شاملاً لمخالفات العلانية والمنافسة المرتكبة عند إبرام كل عقود الشراء العام وبغض النظر عن قيمة العقد، وقد نثار التساؤل في فرنسا عن إمكانية إثارة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في نطاق عقود الشراء العام قليلة القيمة، وذلك على أساس أنّ هذا الإجراء الجديد لا يمكن أن يتدخل إلا في مرحلة ما قبل إبرام العقد، في حين أنّ العقود قليلة القيمة يتم إبرامها بسرعة أكبر بكثير من العقود باهظة القيمة، وهذا ما يجعل الفترة الزمنية التي تستغرقها عملية إبرام العقود ذات القيمة المالية البسيطة، غير متناسبة أبداً مع المدة التي تستلزمها هذه الدعوى الجديدة، وهذا يعني أنّ دعوى القضاء المستعجل الموضوع قبل التعاقد لا يمكن اللجوء إليها إلا في نطاق العقود الهامة التي يأخذ إبرامها متسعاً من الوقت يسمح بإمكانية إثارة هذه الدعوى، ومراعاة مُددها من جهة، والمصاريف المترتبة عليها من جهة أخرى.

وقد مدّ قانون 1993/01/29 إمكانية اللجوء إلى هذه الدعوى الجديدة إلى نطاق إبرام عقود تفويض المرفق العام أيضاً (المادة 50 منه)⁽¹⁾.

كما قرّر مجلس الدولة الفرنسي حديثاً، أنّه لا يكفي وجود عقد امتياز للقول بإمكانية تطبيق المادة L.22⁽²⁾ بل يجب أن يشكل هذا الامتياز تفويض مرفق عام، ومن ثم لا يعتبر عقد استغلال أحد المطاعم المملوكة لإحدى البلديات تفويض مرفق عام مؤدياً إلى تطبيق إجراءات دعوى المادة L.22 على الرغم من مساهمته في تطوير الحركة السياحية في نطاق البلدية المذكورة⁽³⁾.

وبناءً على ما تقدم، يمكن القول أنّه لا يمكن قبول دعوى القضاء المستعجل ما قبل التعاقدية، بالنسبة لمخالفات العلانية والمنافسة التي يمكن أن تُقترف في معرض إبرام أحد العقود التي تقع خارج دائرة عقود الشراء العام (عقود الصفقات العمومية)، وعقود تفويض المرفق العام، وهي العقود التي تطرقنا إليها بشيء من التفصيل في الفصل الأول.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 846، 847.

² - وهي حالياً المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

³ - C.E, 12/03/1999, Ville de paris /c/ sté Stella Maillot-Orée, du Bois, A.J.D.A, 1999, P443.

أشار إليه: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 847، 848.

الفرع الثالث

خصائص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

تتميز الدعوى التي جاءت بها المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية (المادة 1-551.L من قانون القضاء الإداري الفرنسي حالياً)، بجملة من الخصائص أسبغت عليها أهمية خاصة في ضمان مبدئي العلانية والمنافسة عند إبرام العقود الإدارية، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

أولاً: هي تقنية قضائية قبل تعاقدية

أي تُثار في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وتهدف إلى منع كل مخالفات العلانية والمنافسة المتعلقة بإبرامه، وهي بذلك ذات طابع وقائي، من خلالها يمكن تجنب الرضوخ للأمر الواقع الذي يكون نتيجة تدخل الدعوى القضائية بعد إبرام العقد، بل بعد تنفيذه أحياناً (في حالة دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة)، وهذا يعني كما سنرى مفصلاً أنه متى أبرم العقد، فلا يمكن إعمال هذه الدعوى⁽¹⁾.

فالهدف الأساسي من هذه الدعوى يكمن في منع كل مخالفة تمس بمبدأ العلانية والمنافسة التي تتعلق بإبرام العقد الإداري، وبالتالي فهذا النوع من الدعاوى الاستعجالية الإدارية تتحرى المخالفات أثناء إجراءات التعاقد وقبل إتمام العملية التعاقدية⁽²⁾.

ثانياً: هي دعوى تُحوّل القاضي سلطات هامة

فهي تُحوّل القاضي سلطات واسعة، بل غير مألوفة في نطاق النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، فالقاضي عندما يبيّن في مثل هذه الدعوى يتمتع بسلطات الأمر Injonction والوقف Suspension والإلغاء L'annulation وإبطال بعض شروط

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 845.

² - محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، مرجع سابق، ص 330.

العقد، ولكنه لا يمكنه منح التعويض⁽¹⁾، وهذا ما سوف نوضحه بالتفصيل عند التطرق إلى سلطات القاضي الاستعجالي الإداري أثناء نظره الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

ثالثاً: هي دعوى قضاء مُستعجل

وذلك لأنَّ النظر في هذا النوع من الدعاوى يتمُّ بصيغة الاستعجال، بمعنى يتمُّ الفصل فيها وفقاً لآجال قصيرة تختلف عن آجال الدعاوى الإدارية العادية، وهذا أمر منطقي لكون أن محل هذه الدعوى هو عقد إداري الذي يُعتبر من أهم الوسائل القانونية الرضائية التي تستعملها الإدارة العامة من أجل مباشرة نشاطاتها المختلفة وذلك لإشباع الحاجات العامة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فمناط العقد الإداري أنه يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته تلبيةً وإشباعاً للحاجات العامة⁽²⁾، فمن أهم المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام هو السير بانتظام واطراد، وبالتالي نظراً للقيمة القانونية والاقتصادية التي تحتلها العقود الإدارية فإنَّ المشرع قرَّر لمنازعات إبرامها مواعيد وآجال خاصة تتميز بالسرعة في اتخاذ التدبير اللازم، وهذه الآجال تختلف - نظراً لخصوصية المنازعة - عن تلك المقررة للدعاوى الإدارية العادية التي لا تتطلب السرعة في الفصل.

رابعاً: يمكن للقاضي عند نظره في الدعوى أن يبتُّ في الموضوع

فالقاضي عند نظره في هذه الدعوى يبتُّ في الموضوع، وذلك بالتصدي للخروقات المرتكبة بشأن مبادئ العلانية والمنافسة، وذلك على خلاف الدعوى الاستعجالية الإدارية العادية التي يأمر فيها القاضي بتدابير تحفظية لا تمس بأصل الحق ولا يحوز الأمر الصادر بشأنها حجية الشيء المقضي فيه، أمَّا القاضي وهو ينظر في الدعوى الاستعجالية الإدارية ما قبل التعاقدية فيصدر أوامر تمس بأصل الحق (ينظر في موضوع الدعوى)، وتحوز تلك الأوامر حجية الشيء المقضي فيه.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 845.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 75.

وبناءً على هذه الخصائص الأربع التي تتميز بها الدعوى الإستعجالية الإدارية ما قبل التعاقدية، فقد اقترح الدكتور مهند مختار نوح تعريب المصطلح الفرنسي "Référé précontractuel" إلى مصطلح: "القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدية".

الفرع الرابع

علاقة الاستعجال ما قبل التعاقدية باستعجال وقف التنفيذ

تعددت سلطات قاضي الاستعجال الإداري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إضافة إلى الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، هناك ما يسمى باستعجال وقف التنفيذ أو ما اصطلح عليه باستعجال الوقف، الذي جاء في الفصل الثاني تحت عنوان " في الاستعجال الفوري " (أولاً)، فهل يمكن تحريك هذا النوع من الدعوى الاستعجالية أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية؟، سنحاول الإجابة عن هذا التساؤل القانوني الهام من خلال إجراء مقارنة بين الاستعجال ما قبل التعاقدية واستعجال الوقف وذلك بغية التوصل إلى معرفة أي الاستعجالين (الاستعجال ما قبل التعاقدية أو استعجال الوقف) أكثر نجاعة وفعالية في صون المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية (ثانياً).

أولاً: ماهية استعجال وقف تنفيذ القرارات الإدارية *Référé suspension*

يرتبط إجراء الاستعجال الفوري لوقف تنفيذ القرارات الإدارية بمبدأ الأثر غير الموقف للدعوى المرفوعة أمام الجهات القضائية الإدارية، كما يرتبط من جهة أخرى بخاصية التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، وعلى خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية القديم، فإن وقف التنفيذ طبقاً للمادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يعد ذو طابع استثنائي وهذا أسوة بالقانون الفرنسي الخاص بالاستعجال الإداري تحت رقم 597-2000، والذي اقتبست منه معظم مقتضيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية - دراسة قانونية تفسيرية -، طبعة 2013، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 459.

وهكذا رأى المشرع الجزائري ضرورة إنشاء نظام مستعجل لوقف تنفيذ القرارات الإدارية، والهدف من هذا الإجراء هو ضمان تدخل قضائي سريع وفعال ينسجم مع ظروف كل قضية، وذلك تقادياً لنتائج قد يصعب تداركها أو إصلاحها بعد تنفيذ الشخص العام للقرار الذي أصدره.

ومن الوسائل المقررة لتحقيق هذه الغاية - بالإضافة إلى تقليص آجال الفصل في الطلب -، نصّ المشرع على شرط الوجه الخاص الذي من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار *Doute sérieux* وذلك أسوة بما استقرّ عليه القضاء الإداري الفرنسي تطبيقاً لقانون القضاء الإداري، حيث نصت المادة 1-521-L: "مع استعمال وسيلة قابلة لأن تخلق في الوضعية الحالية للتحقيق شكاً جدياً بخصوص مشروعية القرار"⁽¹⁾، وهو الشرط الذي سنتطرق إليه عند عرض الشروط الموضوعية لدعوى وقف التنفيذ.

وهكذا وبناءً على طلب العارض المؤسّس على وسيلة جديّة، في مقدور قاضي الاستعجال الأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري لغاية صدور حكم قضائي في دعوى الموضوع، ويجب أن يمثل الشخص العمومي للأمر الصادر ضده وذلك بعدم تنفيذ قراره.

وتتبع في وقف التنفيذ إجراءات الاستعجال، إذ يفصل في الطلب في أقرب الآجال، ودون حضور لمحافظ الدولة في الجلسة، والذي لا يحق له تقديم طلبات أو التماسات شفووية، والأمر بوقف التنفيذ له طابع مؤقت، وينتهي أثره عند الفصل في دعوى الموضوع، وما ينبغي الإشارة إليه أنّ جميع قرارات الإدارة تقبل الأمر بوقف تنفيذها دون استثناء، على خلاف ما كان عليه الحال بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية⁽²⁾.

يُعدّ استعجال وقف التنفيذ الذي تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إجراء في غاية الأهمية جاء لتعزيز وتجسيد الآليات الضامنة لحقوق الأفراد تجاه تدخلات السلطة العامة، وتشتترط المادة 919 من ق إ م إ توفر نوعين من الشروط من أجل إخطار القاضي

¹ - عبد القادر عدو، الجديد في قضاء الاستعجال الإداري، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، 2013، ص 94.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 460.

الاستعجالي الإداري بوقف تنفيذ القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- شروط قبول دعوى وقف التنفيذ:

وتتمثل في ثلاث شروط:

أ- أن تكون دعوى الإلغاء قد رفعت:

وهو ما عبّرت عنه المادة 919 بنصها: "...ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي...". كذلك المادة 926 التي نصت: "يجب أن ترفق العريضة الرامية إلى قف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره، تحت طائلة عدم القبول، بنسخة من عريضة دعوى الموضوع" وعلى ذلك يجب أن تسبق دعوى الإلغاء دعوى وقف التنفيذ أو أن تكون مترامنة معها.

ويجب أن تكون دعوى الإلغاء قد رفعت في الميعاد القانوني لها، وإلا فإن قاضي الاستعجال لن يقبل دعوى وقف التنفيذ لعدم جدوى ذلك، ما دام أن القرار الإداري - نقصد القرار الإداري المنفصل عن عملية الإبرام - أصبح محصناً من أي دعوى موضوعية⁽¹⁾.

ب- ألا يكون الطلب دون موضوع:

يكون طلب وقف التنفيذ غير مقبول إذا كان خالياً من المحل، ويكون كذلك عندما تفصل الجهة القضائية في دعوى الإلغاء قبل فصل جهة الاستعجال في طلب وقف التنفيذ.

ج- أن يكون القرار الإداري تنفيذياً:

لا يكون طلب وقف التنفيذ مقبولاً إلا إذا انصبَّ على قرار تنفيذي، وهذا الشرط كرّسه مجلس الدولة الفرنسي في قضية Amoros بتاريخ 23 يناير 1970 والذي صرح بما يلي: "ليس في مقدور المحاكم الإدارية ومجلس الدولة الأمر بوقف تنفيذ القرار المحال عليهما إلا في حالة كونه تنفيذياً"، وكما أن دعوى وقف التنفيذ تنصب على قرارات الإدارة التي تتضمن مساساً بوضعية قانونية سابقة، فإنها تنصب أيضاً على قرارات الرفض، وهذا

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 459، 460، 461.

ما ذكرته المادة 919 أعلاه بقولها: "عندما تعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض..."، ويشترط في قرار الرفض أن يترتب عنه تعديل في الوضعية القانونية أو الواقعية التي كانت موجودة سابقاً⁽¹⁾.

والمقصود بالقرار الإداري في هذا الصدد هو ذلك القرار المنفصل عن العقد الإداري، لأنَّ العملية التعاقدية تُقسَّم إلى مرحلتين، مرحلة تكوين وإبرام العقد ومرحلة تنفيذه، في كل من هاتين المرحلتين تصدر الإدارة العديد من القرارات الأحادية الجانب التي يمكن فصلها عن العقد الإداري، ففي مرحلة تكوين وإبرام العقد تقوم الإدارة باتخاذ قرارات بعضها يسبق إبرام العقد ويُمهِّد له، والبعض الآخر يرافق عملية إبرام العقد، جميع هذه القرارات كانت قبل ظهور نظرية الأعمال المنفصلة *Les actes détachables* تُعتبر متصلة بالعقد الإداري وغير قابلة للانفصال عنه متى أبرم هذا العقد وأصبح نهائياً، أي أنَّ هذه القرارات لا تكون قابلة للإلغاء أمام القاضي الإداري إلاَّ إذا أمكن فصلها عن العقد، وهذا الأمر لا يمكن أن يتمَّ إلاَّ من خلال استعمال نظرية القرارات الإدارية المنفصلة⁽²⁾.

2- الشروط الموضوعية لوقف التنفيذ:

يتعلق الأمر بشرطين وهما وجود استعجال، ووجود وسيلة جدية، وأكدت المادة 919 عليهما بقولها: "...متى كانت ظروف الاستعجال تُبرِّر ذلك، ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار...".

أ- شرط الاستعجال:

وهنا يكمن الاختلاف بين الاستعجال ما قبل التعاقد واستعجال الوقف، فهذا الأخير هو استعجال بالطبيعة بمعنى يتحقق القاضي من مدى توفر عنصر الاستعجال ليُقبل الطلب، على خلاف الاستعجال ما قبل التعاقد فعنصر الاستعجال موجود بنص القانون ولا يناقشه القاضي - كما سبق بيانه أعلاه -، أمَّا الاختلاف الثاني بين الاستعجال

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 463، 464.

² - فاروق محمد معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقها في المنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 299.

ما قبل التعاقد واستعجال الوقف، يكمن في أنّ القاضي أثناء نظره في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري المنفصل عن العقد، يُصدر تدابير تحفظية لأنّه أمام الاستعجال الإداري التحفظي Référé conservatoire⁽¹⁾، أمّا عند نظر القاضي في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد فإنه يصدر تدابير نهائية، - كما سبق بيانه عند التطرق لخصائص هذه الدعوى -.

ويقوم ظرف الاستعجال على عنصرين اثنين، هما عنصر الخطر المحدق وعنصر عدم المساس بأصل الحق، أمّا العنصر الأول فيقصد به تلك الحالة التي يشعر فيها المدعي بأنّ حقاً من حقوقه التي يحميها القانون مُهدّد بالانتقاص منه أو على وشك ضياع هذا الحق بالكامل، وهو ما يُعبّر عنه عادة بحالة الضرورة أو الخشية من وقوع هذا الضرر والذي سيكون من الصعب تداركه في حالة وقوعه، وتوصف المصلحة هنا بأنها محتملة وبالتالي تكون الغاية من دعوى استعجال الوقف الحصول على حماية وقائية ووقائية⁽²⁾.

أمّا عنصر عدم المساس بأصل الحق، يقصد به عدم مناقشة مصدر الالتزام مع الحرص كل الحرص على ألاّ يؤدي الفصل في الدعوى إلى إنشاء حق أو تعديله أو إنهائه، فالقاضي عندما تُعرض عليه دعوى استعجال الوقف يتأكد دائماً من توفر العنصر الأول المتمثل في الخطر المحدق بالحق، ثم يراعي نتائج الأمر الذي سيصدره، هل من شأنه إنشاء حق لأحد طرفي النزاع أو تعديله أو إنهائه، وأكثر من ذلك على القاضي أن يتجنب - عند قيامه بتقصي مدى توفر ظرف الاستعجال -، مناقشة مصدر الالتزام القائم بين الطرفين، والذي عادة ما يكون محل منازعة جدية بينهما⁽³⁾.

¹ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث - الخصومة الإدارية، الاستعجال الإداري، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية -، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 127.

² - حمزة سلام، الدعاوى الاستعجالية، الطبعة الثانية 2014، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 10.

³ - المرجع نفسه، ص 10.

ب- الوسيلة الجديدة:

عبّرت عن هذا الشرط المادة 919 أعلاه بنصها: "...ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار..."، ويلاحظ بأن النص الفرنسي يتحدث عن الوسيلة وهو الأصح، ولم يُحدّد النص تلك الوسائل، ولهذا فإمّا أن تكون وسائل لعدم المشروعية الخارجية مثل عيوب عدم الاختصاص والشكل والإجراءات، أو وسائل لعدم المشروعية الداخلية وهي عيوب مخالفة القانون والانحراف بالسلطة وعبب السبب، ومهما تكن تلك الوسائل المُفحّمة، لا يمكن طلب وقف التنفيذ إلاّ إذا كان أحد الوجوه المثارة على الأقلّ جدياً.

بمعنى أنّه من غير الممكن دراسة هذه الوسائل بسرعة، وعلى ذلك لا يمكن القبول بوقف الطابع التنفيذي للقرارات الإدارية دون فحص لمشروعيتها، ودون أن يتضح من ذلك الفحص بأنّ مصيرها المحتمل هو الإلغاء.

كما يترتب عن مفهوم الوسيلة الجديدة إصدار حكم مسبق Préjugement عن دعوى الإلغاء، حتى ولو لم يتم التصريح بوجود مثل تلك الوسيلة أو نفيها في تسبب الأمر الاستعجالي الأمر بوقف التنفيذ، وقد يتصرف القاضي بطريقة أكثر تحفظاً وذلك بالتصريح بأنّ إحدى الوسائل على الأقلّ تبدوا جديّة⁽¹⁾.

وقد عبّر مجلس الدولة عن شرط الوسيلة الجديدة في قرار له بتاريخ 2002/04/30 بقوله: "حيث أنّ وقف التنفيذ ينبغي أن يُؤسّس على أوجه جديّة من شأنها أن تحدث شكوكاً فيما يخص الفصل النهائي في النزاع"⁽²⁾.

وبالتالي فإنّ إدراج دعوى وقف التنفيذ ضمن القضاء الاستعجالي هو إجراء يتماشى والمنطق القانوني السليم، كون أنّ دعوى الإلغاء (دعوى الموضوع) تأخذ الكثير من الوقت إضافة إلى ما تتميز به المنازعة الإدارية من تعقيد في الإجراءات.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 470.

² - قضية (د.خ) ضد مديرية الضرائب لولاية عنابة، مجلة مجلس الدولة، العدد 2، 2002، ص 226 وما بعدها.

دائماً في إطار الاستعجال الفوري، استحدث المشرع الجزائري بموجب المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ما يسمى باستعجال المحافظة على الحريات الأساسية التي عزز بموجبها من صلاحيات قاضي الاستعجال الإداري، إذ يمكنه - إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة - الأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة، من قبل الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساساً خطيراً وغير مشروع بتلك الحريات⁽¹⁾.

نحن إذاً بصدد الاستعجال الرامي إلى المحافظة على حرية أساسية - ومنها حرية الاستثمار والتجارة القائمة على أساس حرية التعاقد⁽²⁾ -، والتي اقتبسها المشرع الجزائري من القانون الفرنسي رقم 597-2000 المؤرخ في 2000/06/30 والمتعلق بالاستعجال الإداري، في المادة 6 منه، والتي أصبحت المادة L.521-2 من قانون القضاء الإداري، وتُتبع هنا إجراءات الاستعجال مع وجوب الفصل في ميعاد أقصاه ثمان وأربعين (48) ساعة ابتداءً من تاريخ تسجيل الطلب، مع استدعاء الطرفين للجلسة دون تأخير وبكل الوسائل، ولا دور لمحافظ الدولة في مثل هذه القضايا فلا يحضر الجلسة ولا يقدم التماسات مكتوبة⁽³⁾.

فالقانون سمح للقاضي هنا بالتدخل ولوفي غياب قرار إداري - القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية -، إذا كُنَّا بصدد مساس خطير بحرية أساسية، ونطاق تطبيق هذا النمط من الاستعجال أكثر اتساعاً، فهو يمتد إلى كل التدابير، بمعنى إلى جميع السلوكات الصادرة عن الإدارة ولو دون اتخاذ القرار الإداري المنفصل عن العقد.

وتتمثل الشروط الموضوعية لتطبيق هذا الاستعجال -استعجال الحريات الأساسية -

في ثلاث وهي:

¹ - يراجع المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - يراجع المادة 43 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدلة بالقانون رقم 01-16، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد (14) الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 478.

1 - حالة الاستعجال؛

2 - وجود مساس بحرية أساسية؛

3 - أن يكون المساس خطيراً وعدم مشروعيته ظاهرة⁽¹⁾.

ويُعد استعجال المحافظة على الحريات شق من الاستعجال الفوري لوقف التنفيذ، ويستخلص ذلك من صيغة المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه،..."، وهكذا فإنَّ الأمر بالتدابير الضرورية للمحافظة على الحريات يكون بمناسبة الفصل في طلب وقف التنفيذ، وفي هذه النقطة يختلف قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن قانون القضاء الإداري الفرنسي، حيث لم يشترط هذا الأخير أن يكون ثمة طعن موضوعي كشرط لقبول الطلب الاستعجالي في نظام استعجال المحافظة على الحريات.

غير أنَّ استعجال وقف التنفيذ يبقى رغم ذلك مُتميّزاً عن استعجال المحافظة على الحريات، من حيث تعلق هذا الأخير بحرية أساسية، ومن حيث تميّزه بطابع العجلة القصوى، ولذلك لا محلّ للأمر بالتدابير الرامية إلى المحافظة على الحريات إذا لم يكن ثمة حرية أساسية، كما لا محلّ له إذا كان الإجراء يفتقد إلى طابع العجلة القصوى⁽²⁾.

ثانياً: دور الطعن الاستعجالي الموقّف في تكريس مبادئ إبرام العقود الإدارية

قد يبدو أنَّ الطعن الاستعجالي الذي يكون موضوعه طلب وقف تنفيذ قرار إداري *Référé suspension* المنصوص عليه في المادة 919 أعلاه، ينافس الاستعجالي السابق للتعاقد نظراً لعدم اقتضاه على المتعاقدين، ويمكن استعماله لأسباب غير مخالفة لقواعد الإشهار والمنافسة، كما أنَّ البت فيه أسرع، إلا أنَّ الاستعجالي السابق للتعاقد يظل أوسع نطاقاً لأنَّه يشمل كل إجراءات إبرام العقود والصفقات، في حين تظل القرارات القابلة للانفصال وحدها عرضة للطعن فيها لتجاوز السلطة والتي تكون محلاً للطعن الاستعجالي

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 478 إلى 483.

² - عبد القادر عدو، الجديد في قضاء الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص 95، 96.

الموقف والأصح استعمال عبارة " تعليق " باعتباره موقفاً مؤقتاً وهي مرادفة لما جاء في النص الفرنسي للمادة 919 أعلاه Suspension، وقد مكن الطعن الاستعجالي الموقوف من سدّ ثغرات الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد⁽¹⁾، ودَعَمِه في حالة إذا تمَّ إبرام العقد ولم يتم إحترام الأمر الاستعجالي القاضي بتأجيل إمضاء العقد - لأنَّه بعد توقيع العقد يصبح الطعن الاستعجالي قبل التعاقد غير ذي موضوع كما سنرى -؛ وبالرغم من ذلك يبقى الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد وحده وسيلة فعّالة تخدم مبادئ إبرام العقود الإدارية⁽²⁾.

وهكذا يتضح لنا أنّ إجراء الطعن الاستعجالي الموقوف في مجال إبرام العقود الإدارية - أثناء مرحلة الإبرام - يُمكن تصوّره في حالة رفع دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري والذي جاء مخالفاً لقواعد الإشهار والمنافسة، ثمّ يقوم صاحب المصلحة برفع دعوى استعجالية طبقاً للمادة 919 أعلاه، طالباً وقف تنفيذ هذا القرار، لكن هذه النتيجة يمكن الوصول إليها مباشرة - دون المرور عبر هذه الإجراءات المعقدة والطويلة - عن طريق الطعن الاستعجالي ما قبل التعاقد لأنّ القاضي من خلال هذه الدعوى يمكن له أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية الفصل في الدعوى المعروضة عليه، كما يتمتع بسلطة إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والمخالفة لقواعد الإشهار والمنافسة - كما سنرى لاحقاً-، وهي نفس النتيجة التي يريد المتعامل الاقتصادي الوصول إليها في حالة مباشرته لإجراء الطعن الاستعجالي الموقوف لكن بإجراءات طويلة ومعقدة، والمشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أبقى كل من له مصلحة في إبرام العقد الإداري من إتباع هذه الإجراءات المعقدة، وذلك من خلال تزويد القاضي الاستعجالي في مادة إبرام العقود والصفقات بسلطات عديدة، ومن أهمها سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد، كما خصّ المشرع هذه الدعوى بإجراءات تتميز بالبساطة، كعدم إلزام القاضي من التأكيد بوجود عنصر الاستعجال ودون اشتراط رفع دعوى الإلغاء أمام قاضي الموضوع،

¹- PEISER Gustave, Contentieux administratif, 14^{ème} Édition, Dalloz, France, Paris, 2006, p 153.

²- حليلة برونك، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد 11، 2014، ص 303.

وهي سلطة تشبه إلى حد كبير تلك السلطة التي يتمتع بها القاضي الاستعجالي أثناء نظره في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.

وعليه فإنّ الطعن الاستعجالي ما قبل التعاقدية أشمل وأوسع من الطعن الاستعجالي الموقوف، كون الطعن الأول هو إجراء فعّال يُتيح للقاضي الاستعجالي التدخل قبل خرق قواعد الإشهار والمنافسة⁽¹⁾، وله أن يأمر بتأجيل إبرام العقد إلى غاية فحص الطلب المعروض عليه، وذلك كله بإجراءات بسيطة وغير معقدة.

أمّا الطعن الاستعجالي الموقوف فتظهر أهميته العملية في مجال منازعات العقود الإدارية، في حالة ما إذا تمّ إبرام العقد الإداري، فهنا تنتهي صلاحية الطعن الاستعجالي قبل التعاقدية، ويكون أمام صاحب المصلحة إمكانية اللجوء إلى نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، فاستناداً إلى هذه النظرية أجاز القضاء الإداري الطعن بإلغاء القرار - المنفصل عن العقد - الصادر بإبرام العقد وإرساله على متعاقد ما⁽²⁾، ثم يقوم بعد ذلك صاحب المصلحة برفع دعوى إستعجالية يطلب من خلالها وقف تنفيذ هذا القرار المنفصل إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء.

لكن ما ينبغي الإشارة إليه أنّه إذا كان من المفروض أن يؤدي حكم إلغاء القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد إلى بطلان ما يترتب عليه من نتائج، أي بطلان العقد الإداري، وذلك استناداً إلى قاعدة "ما بُني على باطل فهو باطل"، إلا أنّ مجلس الدولة الفرنسي منذ صدور قراره في قضية Martin بتاريخ 1905/08/04 قد سلك منحى آخر، بحيث أنّ إلغاء القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد الإداري، لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، ويبقى العقد صحيحاً وناظراً حتى قيام أحد أطرافه برفع دعوى أمام قاضي العقد ويطلب إبطاله، وعندئذ بإمكان قاضي العقد أن يحكم بإبطاله استناداً إلى إلغاء القرار

¹ - حليلة بروك، مرجع سابق، ص 303.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص، 27.

الإداري القابل للانفصال، وبذلك ليس بيدَ الغير أي طريقة مضمونة لجعل العقد الإداري باطلاً، طالما أن أطرافه يتمسكون به ومتفقون على تنفيذه.

وقد عبّر المفوض (روميرو) من خلال تقريره في قضية Martin عن هذا الاتجاه الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي، حيث اعتبر أن إلغاء القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد الإداري له قيمة نظرية، لأنه لا يؤدي تلقائياً إلى إلغاء العقد، وأن النتائج العملية لقرار الإلغاء تعتمد على إرادة الأطراف المتعاقدة، وحتى وقت قريب كان هذا هو الاتجاه السائد لمجلس الدولة، حيث كتب رئيس قسم التقرير رداً على سؤال إحدى الوزارات بأن: "إلغاء القرار القابل للانفصال عن العقد، ليس له بذاته أي أثر مباشر على العقد"⁽¹⁾.

ولأطراف العقد مراجعة قاضي العقد من أجل إبطاله، استناداً إلى صدور حكم بإلغاء قرار إداري ساهم في تكوينه، إلا أن قاضي العقد ينظر في العقد نظرة شمولية، فلا يرتب بطلان العقد بشكل آلي استناداً إلى حكم إلغاء القرار القابل للانفصال، إذ أن هذا الإلغاء لا يؤدي دائماً إلى بطلان العقد بنفس الدرجة، فإذا كان مراد إلغاء القرار المنفصل يتمثل في مخالفة الشروط التعاقدية، فإن ذلك يؤدي حتماً إلى إبطال العقد، لأن عدم مشروعية العقد ذاتها هي التي تسببت في عدم مشروعية القرار المنفصل، لكن الوضع يختلف في حالة قابلية وعدم قابلية الشروط غير المشروعة للتجزئة، فإذا كانت هذه الشروط قابلة للتجزئة، فإن بطلان العقد يكون جزئياً، وفي حالة عدم تجزئة الشروط غير المشروعة الموجودة في سبب حكم إلغاء القرار المنفصل، فإن ذلك يؤدي إلى البطلان الكلي للعقد. لذا فقد جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي: "إذا حُكِمَ بإلغاء القرار لأنه خول لأحد المتعاقدين ميزة بطريقة غير مشروعة، فإن إلغاء القرار يؤدي فقط إلى حرمان الشخص المتعاقد من تلك الميزة، ولا يؤثر على العقد في مجموعه"⁽²⁾.

وقد أيد هذا الاتجاه بعض الفقهاء، ويبدو أن تبريرهم في ذلك يكمن في أن الأخذ بترتيب أثر حكم إلغاء القرار المنفصل على العقد مباشرة يؤدي إلى زعزعة استقرار

¹ عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص 441، 442.

² المرجع نفسه، ص 443، 444.

المعاملات، وإهدار قواعد الاختصاص، لأنه يترتب على ذلك اعتداء قاضي الإلغاء على اختصاص قاضي العقد، وعدم انسجام ذلك مع المصلحة العامة، كما أنّ العقد بطبيعته يخرج من نطاق قضاء تجاوز السلطة⁽¹⁾.

وقد عارض البعض الآخر من الفقهاء في فرنسا هذا الاتجاه، ومنهم Piquignot الذي يرى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن غير منطقي، لأنه يجب على القضاء الإداري إبطال العقد المبني على قرار حُكِمَ بإلغائه، وفي حالة عدم إتباع القضاء ذلك، اقترح هذا الفقيه حلاً آخر، وهو أن يقوم القضاء بإحالة الأمر على الإدارة لِتُعْمَلَ حكم القانون، أي إلغاء العقد، ويفتضي ذلك الرجوع إلى نظرية الاندماج في ترتيب النتائج المنطقية لإلغاء القرار المنفصل عن العملية العقدية، والأخذ بوحدة العملية العقدية.

ويرى الفقيه Weil أنّ القصد من فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العملية المركبة هو مجرد قبول دعوى الإلغاء بشأنها، ولكن عند النظر في مشروعية العملية العقدية برمتها، يجب أن ينظر إلى تلك العملية ككل لا يتجزأ، بحيث يُبطل العقد إذا أُبطل أي قرار إداري يُبنى عليه هذا العقد⁽²⁾.

هذا التحليل الذي قدّمناه أعلاه - استعجال وقف التنفيذ المرتبط بدعوى الإلغاء -، يتعلق بالحالة التي يكون فيها العقد قد تمّ إبرامه، وبالتالي لا يبقى أمام صاحب المصلحة في إبرام العقد إلاّ إتباع هذه الإجراءات، أمّا في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها أثناء مرحلة الإبرام، فهنا يكون المجال الخصب لإعمال الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية التي يجمع من خلالها القاضي الإداري بين سلطات دعوى استعجال الوقف وسلطات دعوى الإلغاء معاً.

¹ - عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص 444، 445.

² - المرجع نفسه، ص 445.

المطلب الثاني

النظام القضائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

يعتبر اللجوء إلى القاضي الإداري الاستعجالي، من بين أهم الضمانات التي قررها المشرع للحماية العاجلة للحق⁽¹⁾، ومنذ الإصلاحات التشريعية التي أُدخِلت على سلطات القاضي الإداري بصفة عامة والاستعجالي بصفة خاصة، أصبح الاهتمام بإدارة جيدة للقضاء الإداري محل انشغال كبير، فمتطلبات السرعة والتجرد وجودة الأحكام وفعاليتها تشكل اليوم رهانات كبيرة في أسلوب التقارب بين المتقاضي والقاضي، حيث تُحرر هذا الأخير من الأشكال التقليدية لمراقبة شرعية عمل الإدارة العامة، فبموجب هذه الإصلاحات - المتعلقة بسلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة العامة - قد تحرر القاضي الإداري - لاسيما القاضي الاستعجالي - من القيود التي كانت مفروضة عليه وتوسعت سلطاته، وهذا كله يؤدي إلى تقوية النظام القانوني في الدولة وهذا ما يعكس صورة جيدة للقاضي أمام المتقاضي⁽²⁾.

وتعتبر الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية في مادة إبرام العقود والصفقات، من أهم الإصلاحات التي مسّت القضاء الإداري، كونها وسيلة فعّالة تتيح للقاضي الإداري الاستعجالي معاقبة اللامشروعية التي تلحق بإجراءات إبرام العقود الإدارية، وذلك عن طريق إلزام المصلحة المتعاقدة باحترام التزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية⁽³⁾.

¹ خليل مول الضاية، القضاء الإداري الاستعجالي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2013، ص 66.

² عبد الوهاب كسال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر (من الحظر إلى التراجم)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، عدد 01، 2015، ص 119.

³ أمينة غني، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص 194.

كون هذه الدعوى - الاستعجال ما قبل التعاقدى - تعتبر من الضمانات المستحدثة لمجابهة امتيازات السلطة العامة، فبالطبع كانت هناك أسباب معينة قد أدت إلى التكريس القانوني للاستعجال ما قبل التعاقدى في الجزائر (الفرع الأول)، كما أنه من جهة ثانية هناك هدف معين من إدراج منازعات إبرام العقود الإدارية ضمن قضاء الاستعجال القانوني (الفرع الثانى)، ومن جهة ثالثة هناك أسباب معينة تؤدي إلى تدخل القاضي الإداري الاستعجالي أو ما يعرف بحالات إخطار القاضي الاستعجالي أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أسباب التكريس القانوني للاستعجال ما قبل التعاقدى في الجزائر

إنَّ المنتبِع لحركة التشريع الجزائري يلاحظ بوضوح الإهمال التشريعي للقضاء الإداري الاستعجالي على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، فلم يكن قانون الإجراءات المدنية القديم يتناول إجراءات الاستعجال الإداري إلا في مادة وحيدة وهي المادة 171 مكرّر، والحقيقة أنّ هذه المادة لم تكن كافية لمعالجة جميع حالات الاستعجال⁽²⁾، وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية تدارك المشرع هذا النقص الذي كان موجود سابقاً والمتعلق بإجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، وتمّ أفراد الجهات القضائية الإدارية بإجراءات استعجالية خاصة بها، وبذلك يكون المشرع قد خطى خطوة هامة بشأن القضاء الإداري الاستعجالي حيث خصّص له باب كامل - الباب الثالث من الكتاب الرابع - وهكذا يكون المشرع الجزائري قد نظّم جميع التدابير الاستعجالية في المادة الإدارية⁽³⁾، ويُلاحظ بأنّ أحكام الاستعجال الإداري التي

¹ - خيرة هلابي، الاستعجال في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 116.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص 7.

³ - مجيدة خالدي، القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011-2012، ص 11.

جاء بها المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هي أحكام مستمدة من قانون القضاء الإداري الفرنسي بِقِسْمِيهِ التَّشْرِيْعِي والتَّظْمِيْمِي، ومن بين أهم هذه التدابير الاستعجالية المستحدثة هي: "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، والتساؤل الذي قد يتبادر إلى الأذهان هنا يدور حول الأسباب التي أدت بالمشرع الجزائري إلى تقنين الاستعجال قبل التعاقد في هذه المرحلة بالذات؟، ويمكن تحديد الأسباب التي أدت إلى استحداث هذا النوع من الدعاوى الاستعجالية فيما يلي:

أولاً: تعزيز آليات الرقابة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية

إنَّ هدف المشرِّع من استحداث المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هو فرض التطبيق الصارم لأحكام المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الذي كان سائداً آنذاك⁽¹⁾، وبالتالي تكون المادة 946 بمثابة صمام أمان لمبادئ إبرام العقود الإدارية الواردة في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع-ت م ع.

ثانياً: ارتباط العقد الإداري بإدارة المرفق العام وتنظيمه

كما سبق ذكره، فإنَّ للعقد الإداري ارتباط وثيق بمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، Principe de continuité des services publics، وهو مبدأ جوهرى تُمليه طبيعة وفكرة المرفق العام، فالمرافق العامة تنشئها الدولة لأداء الخدمات العامة للمواطنين ولإشباع حاجاتهم الأساسية، ومن ثمَّ وجب تأمين سير المرفق العام بانتظام ودوام أي بدون انقطاع⁽²⁾، وطالما أنَّ العقد الإداري له صلة بهذا المبدأ، كان لا بد من النظر في المنازعات التي تطرأ أثناء مرحلة إبرامه، عن طريق دعوى يتم الفصل فيها وفقاً لأجل قصيرة تختلف

¹ - أصبح هذا المرسوم الرئاسي - بعد 16 سبتمبر 2015 - يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تمَّ لأول مرة في الجزائر تقنين الأحكام المتعلقة بتفويضات المرفق العام.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري - طبيعة القانون الإداري، التنظيم الإداري، وظائف الإدارة العامة، الموظفون العموميون، أعمال الإدارة العامة، امتيازات الإدارة العامة، أموال الإدارة العامة -، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 288.

عن القضايا الأخرى، وذلك ضماناً لسير المرفق العام بانتظام ودوام تحقيقاً للخدمات والمشاريع العامة، وهو ما يتحقق عن طريق الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

ثالثاً: انتشار ظاهرة الإخلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية

لقد انتشرت ظاهرة الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، ممّا أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود غير مشروعة، وهو ما أثر سلباً على مجال الاستثمار، ممّا أدى إلى إحجام المتعاملين الاقتصاديين عن التقدم بعروضهم ضناً منهم مسبقاً أنها لن تحظى بالقبول، لأنّ معايير الاختيار تُجافي قواعد العلانية والمنافسة التي من المفترض أن تكون إجراءات الإبرام مؤسسة عليها.

رابعاً: الرغبة في تحقيق الشفافية أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية

رغبة المشرع في تأمين وتحقيق أكبر قدر ممكن من شفافية المنافسة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، بعد أن ثبت أن هناك فراغاً تشريعياً فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد، فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن، ذلك أنّ الإدارة قد تسارع في أغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي في دعوى الموضوع، بالإضافة إلى أنّ إلغاء القرار غير المشروع لا يؤثر على وجود الصفقة - كما سبق ذكره - التي تبقى قائمة ونافذة إلى أن يطلب صاحب المصلحة إبطالها.

خامساً: التأثير بالتجربة الفرنسية في مجال حماية مبادئ إبرام العقود الإدارية

تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقّق تطوراً كبيراً في مجال حماية مبادئ العلانية والمنافسة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، وذلك عن طريق آليتين متكاملتين هما التشريع والاجتهاد القضائي، وهو ما سيأتي بيانه في معرض الحديث عن سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية⁽¹⁾.

¹ - راشدة دهنجي، الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 94.

الفرع الثاني

الهدف من إدراج منازعات الإبرام ضمن قضاء الاستعجال

بموجب الإصلاحات التي عرفها القضاء الإداري في فرنسا، صدر القانون رقم 597-2000 بتاريخ 30 يونيو 2000 الخاص بقضاء الاستعجالات الإدارية والذي دخل حيز التنفيذ في 01 يناير 2001، وهو نفس اليوم الذي دخلت فيه حيز النفاذ أحكام الأمر رقم 387-2000 المؤرخ في 04 أبريل 2000، المتعلق بالقسم التشريعي لقانون القضاء الإداري، والذي أدمجت فيه الأحكام المتعلقة بقضاء الاستعجالات الإدارية تحت عنوان " قضاء الاستعجالات " (الكتاب الخامس من القسم التشريعي)، كما أنّ هناك أحكام أخرى تتعلق بقضاء الاستعجالات في القسم التنظيمي لقانون القضاء الإداري وذلك بموجب المرسوم رقم 1115-2000 المؤرخ في 22 نوفمبر 2000⁽¹⁾.

ولقد اقتبس قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري معظم أحكامه من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد وكذا من قانون القضاء الإداري الفرنسي المذكور أعلاه، فبالنسبة للكتاب الرابع منه (في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية) فإنه قد جاء في العرض المقدم أمام المجلس الشعبي الوطني ما يلي: "ويتضمّن (أي الكتاب الرابع) الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، ومُعظمها اقتبست من القوانين المقارنة مع مراعاة خصوصيات النظام القضائي الجزائري، وما استقرّ عليه الاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقاً ومجلس الدولة..."⁽²⁾.

إنّ من أهم المكتسبات الراهنة في مجال العدالة عندنا هو استحداث قضاء استعجالي مختص بمنازعات إبرام العقود الإدارية، وهي ضرورة لا مناص منها بسبب عدم استيعاب المسالك القضائية الأخرى لمثل هذه المنازعات.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 19، 20.

² - الجريدة الرسمية لمناقشات المجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى رقم 47، بتاريخ 28 يناير سنة 2008، ص 7 وما بعدها.

ونظراً للأهمية والمكانة التي تحتلها العقود والصفقات العمومية في الدولة، ارتأى المشرع الجزائري بأن يكون الفصل في منازعات إبرام هذه العقود والصفقات عن طريق إتباع إجراءات مُقلّصة وقصيرة، بالإضافة إلى أنه (المشرع) لم يشترط استيفاء شرط الاستعجال في نازلة الإخلال بمبادئ إبرام العقود والصفقات العمومية، وإنما اعتبر أنّ عنصر الاستعجال قائم بمجرد الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة (الاستعجال قائم بنص القانون).

وقد يقول قائل، ما الهدف من إدراج منازعات إبرام العقود والصفقات العمومية ضمن القضاء الاستعجالي؟، إنّ الإجابة على هذا التساؤل يمكن حصرها - في تقديرنا - في الدواعي التالية:

أولاً: عدم انسجام الدعاوى القضائية الأخرى مع طبيعة هذا النوع من القضايا

كما سبق وأن أوضحنا، فإنّ الدعاوى القضائية الأخرى - لاسيما دعوى الإلغاء - تستغرق مدة طويلة من الزمن، بالإضافة إلى إجراءاتها المعقّدة، وبالتالي لا تستجيب ولا تتناسب في الكثير من الأحيان مع الحالة المستعجلة التي تتطلب السرعة في الفصل، فإذا أبرم العقد وتمّ الشروع في تنفيذه، فقد يترتّب نتائج يصعب تداركها والتحكم فيها بعد ذلك، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنّ إدراج منازعات إبرام العقود والصفقات العمومية ضمن قضاء الاستعجال، يعود بالدرجة الأولى إلى ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام، وبالتالي ارتباطه بالمشاريع والحاجات العامة تجسيدا للتنمية في جميع المجالات، هذا ما يستوجب الفصل في منازعات إبرامه على وجه السرعة حتى لا تتعطل المشاريع والمصلحة العامة⁽¹⁾.

ثانياً: محدودية دور مجلس المنافسة

إنّ استجابة مجلس المنافسة لطلب الأطراف المتمثل في اتخاذ التدابير المؤقتة غير ممكن كما نعلم، إلّا إذا تضمّنت الممارسة موضوع الادعاء الأصلي تأثيراً خطيراً ومباشراً

¹ - سي محمد تيور، مرجع سابق، ص 451.

على المصلحة الاقتصادية العامة، وألحقت ضرراً بمصالح المؤسسة المدعية، وهذا يترجم الطابع الاستثنائي لهذه التدابير التي تظهر كإجراء يخرج عن الإجراءات المألوفة⁽¹⁾.

ثالثاً: الاستجابة للتوصيات الدولية

إنّ هذه الاستجابة كانت واردة وجاءت في سياق التوجيهات والتوصيات الدولية الصادرة في هذا الشأن، خاصة من الدوائر الاقتصادية والقانونية للاتحاد الأوروبي على أساس الشراكة الاقتصادية التي تربط بلدنا الجزائر بهذا الأخير، إنّ الاختلاف القائم بين النظام القانوني لمنازعات إبرام العقود والصفقات العمومية عندنا في الجزائر وبين الأنظمة المؤطرة لهذا النوع من المنازعات في الدول الشريكة، أدى بهذه الدول إلى العزوف عن الدخول في علاقات تعاقدية مع الجزائر، نظراً إلى طول المدة التي يستغرقها القضاء الإداري الجزائري من أجل الفصل في منازعات الإبرام، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى استحداث دعوى قضائية يتم بموجبها النظر في المنازعات التي تتعلق بمبادئ إبرام العقود والصفقات العمومية، على أنّ الفصل في هذا النوع من الدعاوى يتم وفقاً لإجراءات ومواعيد استعجالية.

إنّ أفراد منازعات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية بإجراءات استعجالية خصوصية تختلف عن تلك الإجراءات الاستعجالية العادية، هو خير دليل على إدراك المشرع واستيعابه لأهمية هذه العقود سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية، وبذلك يكون المشرع قد استكمل بناء الهيكل القضائي المجسّد والحامي للمبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، باعتبار أن القضاء هو ذلك الشكل الحي للقانون، وأنّه كما يُقال: "لا يمكن تغيير المجتمع بمراسيم"، "on ne change pas la société par des décrets"⁽²⁾.

¹ - سي محمد تيبور، مرجع سابق، ص 452.

² - المرجع نفسه، ص 453.

الفرع الثالث

حالات إخطار القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد

(أسباب تدخل القاضي الاستعجالي)

قلنا فيما سبق أنّ دعوى القضاء المستعجل ما قبل التعاقد قد ابتكرها المشرع الأوربي بقصد حماية مبادئ العلانية والمنافسة عند إبرام بعض العقود الإدارية، وقد مدّ المشرع الفرنسي مجال تطبيقها لتشمل كل عقود الشراء العام (الصفقات العمومية)، بالإضافة إلى عقود تفويضات المرفق العام، وهذا يعني أنّ هذه الدعوى لا يمكن أن تثار إلا في حالة حدوث مخالفات تخرق قواعد العلانية والمنافسة المنصوص عليها في التشريعات الوطنية والأوربية على حد سواء، فهي دعوى مُخصّصة لحماية مشروعية الشفافية عند تبادل الإيجاب والقبول أثناء إبرام العقد الإداري.

وإذا كانت المسائل التي قصد المشرع حمايتها بدعوى القضاء المستعجل ما قبل التعاقدية تنحصر في قواعد العلانية والمنافسة فقط⁽¹⁾، إلّا أنّه يلاحظ مع ذلك وجود نزعة من جانب القضاء في توسيع مفهوم القواعد المتعلقة بالمنافسة خصوصاً لتشمل حالات متعدّدة ومتنوعة، وقد توصل القضاء الإداري الفرنسي من خلال تطبيقاته لدعوى القضاء المستعجل ما قبل التعاقدية، إلى اعتبار الحالات التالية من قبيل خرق مشروعية العلانية والمنافسة، والتي تُجيز إمكانية إثارة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية⁽²⁾:

¹ - من الأهمية بما كان التذكير في هذا الصدد، أنّ القاضي وهو يراقب مدى احترام الإدارة لإجراءات الإشهار والمنافسة، لا يتقيد فقط بالمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بل هناك عدة نصوص أخرى، كالأمر 03-03 المتضمن قانون المنافسة، والقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، غير أنّه من ضمن هذه النصوص لا ينظر القاضي إلّا في المواد التي تتعلّق بقواعد المنافسة والإشهار، كما ينظر في أي نصوص أخرى قد لا تكون لها علاقة مباشرة بإجراءات الإشهار والمنافسة ولكن عدم احترامها من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بقواعدها أو بالتأثير على اختيار المتعامل المتعاقد.

- يراجع: خرشي النوي، مرجع سابق، ص 457.

² - مهنت مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 867، 868.

أولاً: خرق قواعد الإشهار (العلانية)

يُعدُّ انتهاك لقواعد الإشهار عدم قيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة مطلقاً أو قيامها بإعلان معيب، وذلك بعدم تضمُّن الإعلان للبيانات الإلزامية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، والتي سبق التطرق إليها في الفصل الأول من هذه الدراسة، كذلك المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية- المادة 1-551L من قانون القضاء الإداري الفرنسي حالياً - اعتبرت أنّ عدم تضمُّن العقد للبيانات الإلزامية، يعد خرقاً لقواعد العلانية.

غير أنّ مجلس الدولة الفرنسي فرّق في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى انتهاك قواعد العلانية والمنافسة، وبين الشكليات الثانوية التي لا تؤثر على الصفقة ولا يستدعي إغفالها اللجوء إلى القاضي الاستعجالي أصلاً⁽¹⁾.

لكن تُعتبر كل قواعد العلانية من قبيل الشكليات الجوهرية Formalités substantielles، وبالتالي فإنَّ الغياب الكلي للعلانية يعيب إجراءات إبرام العقد، ويُطخ التعبير عن إرادة الإدارة بشبهة الفساد، كما اعتبر القضاء الإداري أنّ عدم مراعاة نشر الإعلانات لدى الجهات المُحدّدة بنص القانون يعتبر مخالفاً لقواعد العلانية، وكذلك الأمر فيما يتعلق بخرق القواعد المتعلقة بمُدّد استلام العروض.

ثانياً: اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب

حدّدَ المشرع الجزائري آليات إبرام الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 - كما مرّ بنا سابقاً - وفق شروط قانونية مُلزمة لا يجوز الخروج عنها، وبالتالي فإنَّ استخدام إحدى تقنيات الإبرام في غير موضعها من شأنه أن يؤدي إلى خرق التزامات المنافسة، كأن تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام صفقة عمومية مع متعامل وحيد ودون الدعوى الشكلية إلى المنافسة، طبقاً لإجراء التراضي في غياب الحالات الداعية للجوء إليه⁽²⁾.

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 269.

² - AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUER Rachid, SABRI Mouloud, Management des marchés publics, séminaire I.S.G.P, du 26 au 19 Septembre 2006, p85-102.=

ثالثاً: وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي

يجب أن لا تنطوي المواصفات والخصوصيات التقنية على عنصر تفضيلي Discriminatoire لأحد المرشحين على حساب أقرانه، فقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي أنّ وضع مواصفات أكثر تعقيداً من المواصفات المنصوص عليها بشأن التوريدات المطلوبة من شأنه أن يؤدي إلى حصر المنافسة بين عارضين مُحدّدين تتوافر لديهم توريدات في مستوى هذه المواصفات، وهو ما يشكل في حد ذاته خرقاً بيئاً لالتزام الإدارة بحماية شفافية المنافسة⁽¹⁾.

رابعاً: الإخلال بمعايير اختيار المتعامل الاقتصادي

لقد ضبط المشرع المعايير التي على أساسها يتمّ إرساء الصفقة على المتعامل المتعاقد - كما مرّ بنا في الفصل الأول من هذه الدراسة -، فجاءت المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247 لتُحدّد معايير الاختيار من أجل انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، كما أوجبت نفس المادة بأن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، وأن تكون هذه المعايير مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية "Châlons-sur-Marne" بأنّ صفقة الدراسات المُبرمة بتاريخ 6 Octobre 1993 بين: SEDA, au nom du SIVOMAT, avec le cabinet Oth-Est، بأنّها صفقة باطلة لأنها جاءت بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض⁽²⁾.

وقد اعتبر القضاء الإداري الفرنسي، أنّ عدم احترام الإدارة للشروط المنصوص عليها في وثائق العقد يشكل أيضاً خرقاً واضحاً لالتزامات المنافسة، كما اعتبر مجلس الدولة

= أشارت إليه نادية تياب: مرجع سابق، ص 269.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 869.

² - BERBARI Mireille, Marchés publics, la réforme à travers la jurisprudence, Editions le Moniteur, Paris, France, 2001, p 79.

الفرنسي أنّ مَدَّ سريان العروض دون رضا المرشحين، ولمدة تؤدي إلى تشويه المعطيات الاقتصادية لهذه العروض، يشكل خرقاً لالتزامات شفافية المنافسة⁽¹⁾.

أمّا إذا قبلت الإدارة العروض رغم عدم احترامها لبعض الأوضاع القانونية، فإنّ ذلك لا يعتبر خرقاً لقواعد المنافسة، ما دام هذا التفاوض لم يؤثر على نقاء المنافسة وصحتها⁽²⁾، وبالتالي إذا كان تفاضي الإدارة عن بعض المخالفات التي تحتويها العروض من شأنه أن يُزيّف المنافسة، فإنّ ذلك يعتبر خرقاً لقواعد المنافسة يستدعي تدخل القاضي الاستعجالي.

وبالمقابل، فإنّ المخالفات التي تؤثر على مشروعية إجراء الإبرام، ولكن لا تؤثر على العلانية والمنافسة (غير منطوية على عنصر تفضيلي)، لا يمكن الطعن فيها عن طريق الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، بل على المدعي أن يلجأ عندئذ إلى الدعوى القضائية الأخرى⁽³⁾.

خامساً: عدم التقيّد بأحكام قانون المنافسة

كما سبقت الإشارة إليه، يمكن إخطار القاضي الاستعجالي في حالة مخالفة الأحكام الواردة في قانون المنافسة، مثل مشاركة المصلحة المتعاقدة في اتفاقات محظورة⁽⁴⁾، أو عدم إعادها لعروض قام أصحابها بممارسات مقيّدة للمنافسة في مفهوم قانون المنافسة⁽⁵⁾.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 869.

² - T.A, Lyon, 06-01-1997, S.N.F, floeger, Req, N° 96-05279.

حيث قرّرت المحكمة الإدارية:

"...Une candidature ne peut pas être rejetée au motif qu'un des documents du dossier transmis n' était pas signé par personne habilité à engager l'entreprise..."

أشار إليه: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 870.

³ - المرجع نفسه، ص 870، 871.

⁴ - وفقاً لإحدى الاجتهادات القضائية بفرنسا، يمكن تطبيق الاتفاق المحظور على إدارة عمومية لكون المادة L.420-1 من القانون التجاري، لا تحصر مجال تطبيقها على الاتفاقات بين المؤسسات، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أنّ الاتفاق حسب هذه المادة - التي تقابلها المادة 06 من قانون المنافسة الجزائري - لا تقتضي بالضرورة أن يتم بين شخصين يمارسان نشاطاً اقتصادياً في السوق.

أشار إليه: محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 79.

⁵ - C.E, 2 juillet 1999, Sté anonyme Bouygues et autres, précité.=

تجدر الإشارة في الأخير، إلى وجود نزعة في فرنسا نحو تضيق اللجوء للقضاء الاستعجالي قبل التعاقدى بمجرد وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة في إطار تقوية الأمن القانوني لإجراءات إبرام العقود والصفقات العمومية، حيث أشار اجتهاد قضائي حديث إلى ضرورة أن يكون هذا الإخلال من شأنه أن يمنح بطريقة غير مباشرة امتيازاً لمؤسسة متنافسة⁽¹⁾.

وفي نهاية هذا المبحث نكون قد سلطنا الضوء على الجانب النظري للاستعجال القانوني في مجال منازعات إبرام العقود الإدارية، وذلك بالتطرق إلى النظام القانوني للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، من خلال مفهومها، وتطورها التاريخي، وخصائصها، وعلاقتها باستعجال وقف تنفيذ القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، وكذلك النظام القضائي لهذه الدعوى، من خلال التطرق إلى أسباب التكريس القانوني للاستعجال ما قبل التعاقدى في الجزائر، والهدف من إدراج منازعات إبرام العقود الإدارية ضمن قضاء الاستعجال، وكذلك حالات إخطار القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدى.

وسوف نتطرق في المبحث الثاني من هذا الفصل إلى الجانب الإجرائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

= أشار إليه: محمد زكرياء رقرقي، مرجع سابق ص 233.

¹- La Haute juridiction administrative a en effet jugé que, désormais, pour avoir un intérêt à agir en référé, une entreprise devait non seulement avoir un intérêt à conclure le marché, mais devait aussi se prévaloir "de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente". CE, Sect., 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, n°305420. cité par: Cabinet d'avocats SEBAN & Associés, De nouvelles conditions de recevabilité du référé précontractuel pour renforcer la sécurité juridiques des procédures de passation des marchés publics, Lettre d'actualité juridique, n°05, Janvier - Février 2009, p. 03.

أشار إليه: محمد زكرياء رقرقي، مرجع سابق ص 233.

المبحث الثاني

تكريس قواعد خاصة لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية تفعيلاً لدورها الوقائي

عند الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يقتضي الأمر إخطار القاضي الاستعجالي من أجل تحريك الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية لحماية المبادئ المنتهكة من طرف المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾، وإنّ المشرع قد خصّ هذه الدعوى بإجراءات متميّزة ومَنَحَ القاضي سلطات وصلاحيات واسعة⁽²⁾، لعلّ الغاية الإجرائية من هذا الاهتمام بالدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، يرجع إلى استجابة المشرع للتطورات الاقتصادية العالمية، حيث أولى المشرع الإجراءات الجزائي أهمية منقطعة النظير لمنازعات العقود والصفقات العمومية لاسيما تلك الناشئة عند مرحلة الإبرام، وحسن فعل المشرع باستحدثه لهذه الإجراءات الاستعجالية التي تُكْرَس وتجدد ضمانات فعّالة حماية للمال العام⁽³⁾.

وبالرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها تزوّد المحكمة الإدارية الفاصلة تبعاً لإجراءات الاستعجال برقابة القضاء الكامل على مدى احترام السلطة المسؤولة عن إبرام العقد لالتزاماتها بشأن الإشهار والوضع تحت المنافسة، وذلك من خلال تزويد القاضي بسلطات يستطيع بموجبها تفحص الدوافع التي على أساسها استبعد المرشح من منح العقد Attribution du contrat وهو ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 29 يوليو 1998، في قضية Genicorp⁽⁴⁾، لكن هذه السلطات تمارس وفقاً لشروط وإجراءات معينة.

وسنطرق من خلال هذا المبحث إلى الإطار الإجرائي لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية (المطلب الأول)، ثم الحكم في هذه الدعوى (المطلب الثاني).

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 264.

² - عز الدين كلوفي، مرجع سابق، ص 140.

³ - راشدة دهنجي، مرجع سابق ص 90.

⁴ - أشار إليه: لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق ص 550.

المطلب الأول

الإطار الإجرائي لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية

يقتضي البحث في إجراءات الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية الرجوع إلى المادتين 946، 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتبارهما الإطار القانوني لهذه الدعوى⁽¹⁾، ويخضع الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد لقواعد خاصة بالإضافة إلى القواعد العامة في التقاضي.

يتم إخطار المحكمة الإدارية الفاصلة في قضايا الاستعجال، في حالة إخلال الإدارة بالتزامات الإشهار أو المنافسة، بموجب عريضة من طرف كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد تضرر من هذا الإخلال، وكذا من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية إذا كانت المصلحة المتعاقدة هي عبارة عن جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

وعندما تُخطر المحكمة الإدارية بهذه الدعوى، فإنَّ تشكيلة الحكم تتأكد أولاً من مدى توافر الشروط المنصوص عليها قانوناً، لمباشرة هذا النوع من دعاوى الاستعجال القانوني في مادة العقود الإدارية والصفقات العمومية.

وبعد استيفاء المدعي لكافة الشروط القانونية وقيامه بكافة الإجراءات اللازمة، تكون الدعوى مقبولة من الناحية الشكلية، بعد ذلك تنتظر المحكمة في موضوع الطلب وفقاً لإجراءات التحقيق المقررة للنزاع الإداري، لِتُصَدِرَ أخيراً أمر استعجالي فاصل في الموضوع ويحوز حجية الشيء المقضي فيه.

وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى شروط قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (الفرع الأول)، ثمَّ نُبيِّن بعد ذلك الإجراءات المتبعة بشأن الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية (الفرع الثاني).

¹ - سلوى بزاحي، مرجع سابق، ص 36.

الفرع الأول

شروط قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

إنّ شروط قبول دعوى القضاء المستعجل الموضوعي ما قبل التعاقدية تتعلق بعناصر أساسية، منها ما يتعلق باختصاص مرفق القضاء، ومنها ما يتعلق بشخص رافع الدعوى، ومنها ما يتعلق بالإجراءات الواجب اتخاذها من المدعي، وتتبنق أهمية هذه الشروط من كونها وضعت أساساً لتكون هذه الدعوى أداةً فاعلة تُحقّق الغاية المرجوة منها بما يتناسب والسرعة التي تتطلبها الإجراءات الخاصة بها.

أولاً: الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

إنّ الاختصاص القضائي يُعتبر مسألة من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، وإنّ أهمية تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاع، يكمن في تحديد القواعد الموضوعية - لاسيما في مادة العقود والصفقات العمومية - والقواعد الإجرائية المطبقة على النزاع⁽¹⁾، كما أنّه توجد محاكم عديدة تنتمي إلى نظام قضائي واحد مما يتعيّن على المدعي أن يرفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة إقليمياً، خاصةً في مجال المنازعات الإدارية.

1- الاختصاص النوعي:

بالرجوع إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها تنص: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، 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 طرفاً فيها".

القاعدة العامة طبقاً للمادة 800 أعلاه، أنّ المحاكم الإدارية هي صاحبة الولاية العامة في مجال المنازعات الإدارية، تماماً مثلما أنّ المحاكم الإدارية في فرنسا هي صاحبة الولاية

¹ - عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 13 جويلية 2011، ص 11.

العامة في المنازعات الإدارية، ما عدا ما استثنى بنص صريح وأحيل على اختصاص المحاكم العادية أو الهيئات الأخرى.

والقول بأن المحاكم الإدارية هي صاحبة الولاية العامة بمنازعات الإدارة يعني أنها لا تحتاج إلى نص لممارسة الاختصاص، بينما لا يجوز للمحاكم المدنية أو الهيئات الأخرى نظر أي نزاع إداري إلا بموجب نص صريح، لأن اختصاصها يأتي على سبيل الاستثناء، والاستثناء يحتاج دائما إلى نص صريح⁽¹⁾.

ولنكون أمام نزاع إداري، لا بد أن يكون أحد طرفي النزاع على الأقل شخصا من أشخاص القانون العام، وهم المحددين حصراً في المادة 800 أعلاه⁽²⁾.

إن المعيار الأساسي المعتمد لانعقاد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، هو أن يكون النزاع إدارياً، هذه هي مقتضيات القاعدة القائلة بأن المحاكم الإدارية هي جهة الولاية العامة المنصوص عليها بالمادة الأولى من قانون المحاكم الإدارية⁽³⁾، والمادة 1/800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعندما نتساءل عن مفهوم النزاع الإداري، أي متى نعتبر أن النزاع إداري؟ فإن الجواب يكون بناءً على قاعدة ثانية، وهي أن النزاع يكون إدارياً كلما كان أحد طرفي الدعوى شخصاً من أشخاص القانون العام التقليدي (الإدارية البحتة)، وقد حددت المادة 2/800 أعلاه، هذه الأشخاص على سبيل الحصر ب: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، ولأن العبرة هنا بالجهة التي تكون طرفاً في النزاع بغض النظر عن النشاط، فقد شاعت تسمية هذه القاعدة بالمعيار العضوي CRITERE ORGANIQUE.

عكس فرنسا، فإن معيار الاختصاص في الجزائر تشريعي وليس قضائي، والمقصود بالمعيار العضوي هو أن العبرة في تحديد اختصاص المحاكم الإدارية يرجع إلى وجود أحد

¹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني - نظرية الاختصاص -، الطبعة الخامسة منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 5، 7.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 36.

³ - القانون رقم 98-02، المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلّق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ أول يونيو سنة 1998.

أشخاص القانون العام كطرف في الدعوى - سواء مدعي أو مدعى عليه -، فكلما كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في النزاع كلما انعقد الاختصاص للمحاكم الإدارية، بغض النظر عن طبيعة النشاط⁽¹⁾.

وبالتالي فإنَّ المشرع أخذ بمعيار بسيط وهو المعيار العضوي، كما كان معمول به بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية القديم، ومن السهل - طبقا للمعيار العضوي - تحديد الجهة القضائية المختصة عادية كانت أم إدارية، وهذا بالنظر إلى طبيعة أحد طرفي النزاع، هل هو شخص من أشخاص القانون العام - ذو طابع إداري -، أم أنَّ كلا الطرفين هما من أشخاص القانون الخاص⁽²⁾ يسعون إلى تحقيق الربح.

وتظهر بساطة المعيار العضوي في الجزائر، في كون المتقاضي يعرف مسبقاً أنَّ المحاكم الإدارية هي المختصة بنظر دعواه كلما كانت موجهة ضد أحد الأشخاص المعنوية العامة ذات الطابع الإداري البحت (دولة، ولاية، بلدية، مؤسسة عمومية إداري) مع بعض الاستثناءات التي أشارت إليها المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو نصوص خاصة متفرقة⁽³⁾.

وهناك ملاحظة جدُّ مهمة لا بد من الإشارة إليها، مفادها أنَّ المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نصت على اختصاص المحكمة الإدارية بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية، لكنها لم تترك المجال مفتوح، بل اشترطت نفس المادة أن تكون هذه القرارات صادرة عن الولاية والمصالح الإدارية الأخرى للدولة على مستوى الولاية، أو تكون صادرة عن البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية، أو تكون هذه القرارات صادرة عن المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية، أمَّا بخصوص دعاوى إلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، فيختص بها مجلس الدولة

¹ - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 9، 10.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 36.

³ - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 11.

كدرجة أولى وأخيرة⁽¹⁾، هذا بخصوص المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية، أي تمّ توزيع الاختصاص بشأن إلغائها بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة.

أمّا بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية فالأمر يختلف، لكون المادة 801 أعلاه، أسندت الفصل في دعاوى القضاء الكامل - ومن أهمها وأشهرها منازعات العقود الإدارية - إلى المحاكم الإدارية، لكن لم تُحدّد لنا هذه المادة من هي الجهات الإدارية الصادر عنها هذا التصرف القانوني الرضائي (الدخول في علاقات تعاقدية رضائية)، أي من هي الجهة الإدارية المدعية أو المدعى عليها في دعاوى القضاء الكامل؟، وبالتالي تركت المادة 801 أعلاه المجال مفتوح، فتكون المحكمة الإدارية مختصة بجميع منازعات العقود الإدارية - ما يَهْمُنَا في هذا الصدد منازعات الإبرام دون منازعات التنفيذ - مهما كانت طبيعة الجهة الإدارية المتعاقدة، حتى ولو كانت سلطة إدارية مركزية أو هيئة عمومية وطنية أو منظمة مهنية وطنية؛ وبالتالي فإنّ المشرع لم يقدّم بتوزيع الاختصاص بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في مادة منازعات العقود الإدارية، كما فعل بشأن منازعات إلغاء القرارات الإدارية، بل خصّ المحاكم الإدارية بالفصل كأول درجة في منازعات العقود الإدارية بغض النظر عن طبيعة الجهة الإدارية المتعاقدة بمعنى حتى لو كانت سلطة مركزية، ولا يتدخل مجلس الدولة إلا كثاني درجة - جهة استئناف - كما يمكن له أن يتدخل باعتباره جهة نقض، وإذا كان الإشكال لا يظهر بخصوص الجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعات العقد الإداري، فالأمر يزداد تعقيداً أثناء نظر المحكمة الإدارية في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية وقيامها بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري لانطوائها على مخالفات للالتزامات الإشهار والمنافسة، في حين كانت المصلحة المتعاقدة المدعى عليها هي سلطة مركزية يعود لمجلس الدولة صلاحية إلغاء قراراتها غير المشروعة - حتى ولو اتخذت هذه القرارات بمناسبة إبرام عقد إداري - هذه إشكالية قانونية مهمة على المشرع معالجتها.

¹ طبقاً للمادة 901 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر. والمادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ أول يونيو سنة 1998، المعدّل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، ج ر عدد (43) الصادرة بتاريخ 3 غشت سنة 2011.

وتتشكل المحكمة الإدارية من عدة غرف مقسمة حسب نوع القضايا (منازعات الإلغاء، منازعات القضاء الكامل، منازعات الضرائب، المنازعات الانتخابية...)، كما تُقسّم هذه الغرف حسب طبيعة القضايا - قضايا استعجاليه وقضايا موضوع - إلى غرف تفصل في الموضوع (تتظر في أصل الحق) وغرف استعجاليه تُصدر تدابير تحفظية وتدابير نهائية في بعض الحالات، ويمكن للغرف أن تُقسّم إلى أقسام حسب كثافة النشاط القضائي للمحكمة وحجم القضايا؛ ومنازعات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، تحال على الغرفة الاستعجالية نظراً لأجلها القصيرة.

بالإضافة إلى المعيار العضوي، قد تكون المحكمة الإدارية مختصة بالنظر في النزاع المتعلق بإبرام العقود والصفقات استناداً إلى المعيار الموضوعي - المادي - أو ما يعرف بمعيار التمويل أو معيار المال العام⁽¹⁾.

2- الاختصاص الإقليمي:

المقصود بالاختصاص الإقليمي هو الاختصاص المحلي للمحاكم الإدارية، ولقد أحالت المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 37 و38 من نفس القانون، فالقاعدة العامة أنّ الاختصاص الإقليمي يعود للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

إلا أنّ المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أوردت ثمانية (8) استثناءات على مبدأ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه المنصوص عليه في المادة 37 من نفس القانون، وهذه الاستثناءات من النظام العام لأنّ المشرع أوجب رفع بعض الدعاوى أمام محاكم مُعيّنة دون سواها، ويلاحظ بأنّ المشرع لم يأخذ بموطن المدعى عليه - بالنسبة لهذه الاستثناءات -، بل أخذ بموضوع النزاع أو مكان حصوله لتحديد الاختصاص الإقليمي تسهيلاً للإجراءات التحقيقية، ولكون مكان تواجد الوسائل الثبوتية تابع لاختصاص محكمة مُعيّنة، كما يهدف الخروج عن المبدأ العام بالنسبة للاختصاص الإقليمي إلى:

¹ - يراجع المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث.

➤ ضمان توزيع متوازن للنزاعات بين مختلف المحاكم الإدارية؛

➤ ضمان حسن سير العدالة⁽¹⁾.

فبالنسبة لمنازعات الأشغال العمومية - ما يَهْمُنَا في هذا الصدد منازعات الإبرام - تختص بالنظر فيها إقليمياً المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، وهذا في مصلحة المدعي تسهياً لإجراءات المعاينات والخبرات المختلفة وإيصالها إلى المحكمة في أسرع وقت، كما أنّ المحكمة باستطاعتها الانتقال للمعاينة أو ندب رجل الفن للقيام بمهمة بخصوص هذه الأشغال⁽²⁾.

أمّا بالنسبة لمنازعات إبرام عقود اللّوازم أو الخدمات أو الدراسات، أو منازعات إبرام عقود تفويضات المرفق العام، فالمدعي يختار ما بين المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد والمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذه⁽³⁾.

كما أنّه باستطاعة المتعاقدين اختيار المحكمة المختصة في إطار الجهتين أعلاه - لكن بعد نشوب النزاع -، خاصة في الصفقات العمومية التي تنفذ في عدة ولايات مثل صفقات إنجاز الطرق السيارة⁽⁴⁾.

أمّا بالنسبة لطبيعة الاختصاص في مجال المنازعات الإدارية، فنصت عليه المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام، يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، يجب إثارته تلقائياً من طرف القاضي". وهكذا في مقدور الأطراف إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو الإقليمي في أية مرحلة كانت عليها الإجراءات أمام الدرجة الأولى للتقاضي، سواء كانت القضية في مرحلة

¹- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 62، 65، 66.

²- يراجع المادة 2/804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

³- يراجع المادة 3/804 من نفس القانون.

⁴- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 66.

التحقيق أو أثناء جلسة المرافعة، كما يمكن إثارة الدفع بعدم الاختصاص أثناء الاستئناف أو أمام قاضي النقض، وحتى ولو للمرة الأولى.

وعلى ذلك فإن قواعد توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية نفسها، أو بينها وبين جهات القضاء العادي هي من النظام العام.

كما أوجبت المادة 807 أعلاه، على القاضي أن يثير من تلقاء نفسه عدم الاختصاص النوعي للنظر في منازعات إبرام العقد إذا كان هذا الأخير غير إداري - كأن تكون مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري طرفاً في العقد وغير ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية -، أو يثير عدم الاختصاص الإقليمي للنظر في منازعات إبرام العقد الإداري، إذا كان مكان تنفيذ عقد الأشغال العمومية لا يقع في دائرة اختصاص المحكمة المطروحة عليها الدعوى، أو لا يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، بالنسبة لعقود اللوازم أو الخدمات أو الدراسات أو عقود تفويضات المرفق العام، فالقاضي يجب عليه سواء أمام الدرجة الأولى أو أمام الاستئناف أو النقض، أن يثير عدم اختصاصه، حتى ولو أحجم أطراف النزاع عن ذلك⁽¹⁾.

ثانياً: الصفة والمصلحة

بالرجوع إلى المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاءت في الفصل الأول تحت عنوان: "في شروط قبول الدعوى" من الكتاب الأول المتضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، نجدتها تنص على ما يلي: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه...".

والصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، وينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 79.

يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصياً بسبب عذر معين، وفي هذه الحالة يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات، كأن يحضر شخص آخر نيابة عن المدعي بموجب وكالة خاصة، ففي هذه الحالة يتأكد القاضي من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقاً في مدى توفر عنصر الصفة لدى المدعي، فقد يصح التمثيل مع فساد الصفة في الدعوى والعكس صحيح⁽¹⁾، وهناك خلط بين الصفة والتمثيل مع أنّ الصفة هي شرط أساسي لممارسة الدعوى، يعني أنّه يجب أن تتوفر في المدعي قبل أن يمنح للغير - سواء عن طريق القانون أو بواسطة الاتفاق - سلطة تمثيله، ومسألة التمثيل لا تُطرح في شروط قبول الدعوى بل تطرح بمناسبة شرعية الخصومة⁽²⁾.

من المبادئ الإجرائية أنّ الدعوى لا تُقبل إلا إذا رُفعت من ذي صفة وعلى ذي صفة، فكما يشترط القانون توفر عنصر الصفة لدى المدعي وإلا رفضت دعواه، يُشترط كذلك قيام عنصر الصفة لدى المدعي عليه⁽³⁾.

أمّا المصلحة فيقصد بها تلك المنفعة التي يُحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة تنزيهاً للقضاء عن الانشغال بدعاوى لا فائدة عملية منها كالدعاوى غير المنتجة⁽⁴⁾.

وحسب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنّه يجب أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة، غير أنّه يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة أي محمية قانوناً لا تخالف النظام العام أو الآداب العامة، ومن المسلّم به أنّه يجب أن تكون المصلحة قائمة، وهذا ما تعمل به الكثير من التشريعات لتفادي قيام دعاوى لا متناهية بسبب الضنّ لوحده، غير أنّ نفس التشريعات أدخلت الكثير من الاستثناءات التي تسمح برفع الدعاوى

¹ عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 34، 35.

² عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 68.

³ عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 36.

⁴ المرجع نفسه، ص 38.

الوقائية⁽¹⁾، فإذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق الضرر يُقال بأنّ المصلحة محتملة، فقد تتولد مستقبلاً وربما لن تتولد أبداً، والمصلحة المحتملة التي يُقرّها القانون وفقاً لنص المادة 13 أعلاه هي التي يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل⁽²⁾.

كما يجب أن يتوفّر في المصلحة الطابع الشخصي والمباشر إذ لا يمكن التقاضي عندما تكون مصلحة الغير هي التي تضررت ما عدا في حالة التمثيل التي تُقدّر المصلحة فيها بالنسبة للشخص الذي يقع تمثيله، كتمثيل الأشخاص المعنوية مثلاً⁽³⁾.

تنص الفقرة الثانية من المادة 13 أعلاه، على أنّ القاضي يثير تلقائياً مسألة انعدام الصفة لدى المدعي والمدعى عليه، وهذا تبني لاجتهاد المحكمة العليا الذي أكد مراراً على أنّ الصفة يجب أن تتوفر في المدعي والمدعى عليه، كما أنّ قراءة هذه المادة تُبيّن أنّ انعدام الصفة يثيره القاضي تلقائياً، فهي من النظام العام، في حين سكت المشرع عن الطبيعة الإجرائية لعنصر المصلحة، وهذا ما يُفسّر على أنها ليست من النظام العام ولا يثيرها القاضي تلقائياً بل لابد أن يدفع بانعدامها المدعى عليه في الدعوى⁽⁴⁾، أو يدفع بها المدعي في حالة تقديم المدعى عليه لطلبات مقابلة، كذلك يُشترط الصفة والمصلحة أثناء التدخل في النزاع.

وتُكتسب صفة المدعي، ضمن إجراء الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية، إما بحكم المصلحة وإما بحكم القانون:

1- اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة:

حيث تُفتَح هذه الدعوى لكل الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقد، والذين يمكن أن يُضاروا من جراء خرق قواعد العلانية والمنافسة، وإنّ مفهوم القابلية للضرر Susceptible de léser لا يستلزم إثبات وجود ضرر قد تسبّب فيه عيب العلانية

1- عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 67.

2- عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 39.

3- عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 67.

4- المرجع نفسه، ص 69.

والمنافسة محل الدعوى، بل يكفي أن يملك المعني فرصة جديّة للظفر بالعقد المحتمل إبرامه (المصلحة المحتملة).

ولا تقبل الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية من الأشخاص الغريباء كلياً عن عمليات إبرام العقد، بل تقبل من المرشحين الذين استبعدوا من نطاق المنافسة دون وجه حق من جانب الإدارة، وكذلك بالنسبة للأشخاص الذين لم يشتركوا في إجراءات العقد، إذا كان سبب عدم الاشتراك راجعاً إلى الخلل في التزامات العلانية التي استوجبها القانون، وقد طَبَّقَ القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصرامة، حيث حكمت المحكمة الإدارية بـ Rennes بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية، بسبب انعدام المصلحة⁽¹⁾.

ولنفس السبب رفضت المحكمة الإدارية بـ Nice دعوى مقدمة من جانب إحدى منظمات حماية البيئة، وكذلك قرّر مجلس الدولة الفرنسي أنّ نقابة مهندسي (المارتينيك) لا تملك الصفة لإمكانية إثارة دعوى المادة L.22 لأنّه لا علاقة لها بعملية إبرام العقد، ولكن المجلس نفسه قد قبل دعوى شركة Casa nostra international لأنّها تملك مصلحة في هذه الدعوى تتمثل في إمكانية الظفر بالعقد المحتمل إبرامه⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدتها تنص على ما يلي: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يتم هذا الإخطار من قِبَل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال..."، وبالتالي يكون المشرع قد كرّس عنصر الصفة بحكم المصلحة المحتملة، وهذا ما نستنتجه من عبارة "من قِبَل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال".

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 848، 849.

² - المرجع نفسه، ص 849، 850.

هل يمكن أن يكون الطاعن هو المتعامل الفائز؟ قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن في القرار المؤرخ في 2011/12/23 أين اعتبر "أن المؤسسة التي أُعلن عن فوزها بالصفقة لم تتضرر من جراء مخالفة قواعد الإشهار والمنافسة التي يخضع لها العقد وليس لها مصلحة في الطعن في إجراءات إبرامه وبالتالي فهي ليست مؤهلة لطلب إلغائه استناداً إلى المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي - وهي المادة التي تقابل المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية - وليس لها إلا الحق في سحب عرضها قبل إبرام العقد إذا تبين لاحقاً عدم صحة الإجراءات التي قد تؤدي إلى إلغائه"، وبالتالي فإن المتحصل على العقد أو الصفقة أصبح يخضع لنظام خاص يحرمه من تحريك القاضي الاستعجالي السابق للتعاقد والذي كان يُنظر له على أنه طعن موضوعي فأصبح طعنًا شخصياً لا يمكن استعماله إلا من طرف مرشح متضرر بسبب مخالفة التزامات الإشهار والمنافسة، أي أن مصلحة الطاعن أصبحت تُقدّر بالنظر إلى الوسائل التي يثيرها وليس بناءً على استنتاجاته وهذا ما تقوم عليه المنازعات الإدارية، وانتقد الفقه في فرنسا هذا المسلك واعتبره تشدداً من طرف القاضي الإداري الذي حشر الفائز بالصفقة في زاوية ضيقة وحرمه من تحريك القاضي الاستعجالي بسبب كونه الفائز بالصفقة⁽¹⁾.

2- اكتساب صفة المدعي بحكم القانون (الطعن المقدم من طرف ممثل الدولة):

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها تنص: "...يتم هذا الإخطار من قبل... وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية..."، وبالرجوع إلى المادة 110 من قانون الولاية⁽²⁾ نجدها تنص: "الوالي ممثل الدولة على مستوى الولاية، وهو مفوض الحكومة"، وبالتالي فإنّ المشرع منح الوالي - باعتباره ممثل الدولة - الصفة في رفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية وإخطار المحكمة الإدارية، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، بشرط أن يكون هذا العقد الإداري سيبرم من طرف جماعة

¹ - حليمة بروك، مرجع سابق، ص 305.

² - القانون رقم 07-12، يتعلق بالولاية، سالف الذكر.

إقليمية، وبالرجوع إلى المادة 16 من الدستور الجزائري⁽¹⁾ نجدتها تنص: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية، البلدية هي الجماعة القاعدية"، وكذلك يُحظرُ الوالي المحكمة الإدارية إذا كان العقد سَيَّبَرَمَ من طرف مؤسسة عمومية محلية، وتمَّ الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

وبالتالي فإنَّ الوالي له الحق - باعتباره ممثل للدولة - في استعمال الطعن وإخطار القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد، وفقاً للإجراءات والشروط الواردة في المادة 2/946 أعلاه، ودون أن يثبت الصفة والمصلحة عند رفع هذه الدعوى، لأنَّ الوالي هنا قد اكتسب صفة المدعي بنص القانون، وبالتالي لا يراقب القاضي الصفة والمصلحة عندما يكون ممثل الدولة على مستوى الولاية هو المدعي - الوالي -.

وفي الحقيقة أنَّ هذه الإمكانية المُعطاة للوالي من أجل ضبط المخالفات المرتكبة في نطاق المنافسة والعلانية في المرحلة السابقة على إبرام العقد الإداري، تتكامل مع الاختصاص الممنوح له برقابة أوجه المشروعية في عقود الجماعات الإقليمية في المرحلة اللاحقة على إبرامها، وبذلك يمكن القول أنَّ الوالي يملك دعويين لرقابة مشروعية إبرام العقود التي تبرمها الجماعات الإقليمية، الدعوى الأولى ذات طابع وقائي، وتتمثل في إمكانية ممارسة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، والثانية ذات طابع علاجي، وتتمثل في إمكانية ممارسة دعوى الإلغاء الخاصة *Déféré préfectoral* والتي توجه ضد العقد ذاته - إلغاء قرار منح الصفقة على أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية -، وهذا دون شك يحقق صرامة لا متناهية في نطاق رقابة المشروعية على إبرام هذه العقود⁽²⁾.

ولكن يلاحظ أنَّ القانون لم يلزم الجماعات الإقليمية بإعلام الوالي بالخطوات والإجراءات القانونية المتخذة لأجل إبرام العقود الإدارية، مما يعني مبدئياً أنَّه ليس للوالي

¹ - يراجع المادة 16 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدلة بالقانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري، سالف الذكر.

² - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 850، 851.

من مكنة لاكتشاف مخالفات المشروعية المتعلقة بالمنافسة والعلانية، إلا عن طريق شكاوى المرشحين المستبعدين.

والواقع العملي يكشف أنّ الولاة لا يميلون إلى استخدام دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، ولا توجد أية قضية استعجالية معروضة على المحاكم الإدارية تتعلق بمرحلة إبرام العقد الإداري، ويكون الوالي هو المدعي فيها، وذلك يرجع إلى صعوبة علم الولاة بالمخالفات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية⁽¹⁾.

غير أنّ نص المادة 2/946 أعلاه، يطرح العديد من الإشكاليات القانونية، فإن كان الوالي حارساً لشفافية العقود الإدارية والصفقات العمومية المحلية، فمن يحرس شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية؟ فكأنّ المشرع الجزائري يتجاهل وجود عقود و صفقات مركزية يجب ضمان مشروعيتها، وكيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في العقود الإدارية والصفقات العمومية المحلية في غياب الأطر القانونية التي تحدّد كليات تبليغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة؟.

وهو النقد نفسه الذي يواجهه نظام الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا، بعد أن أثبت التطبيق عدم لجوء المحافظين إلى ممارسة هذا الطعن، وذلك نظراً لعدم علمهم بالتجاوزات المرتكبة أثناء مرحلة إبرام العقد الإداري⁽²⁾.

ثالثاً: قاعدة القرار الإداري المسبق (التظلم أو الطعن المسبق)

رغم أنّنا في إطار منازعة متعلقة بعقد إداري يختلف في موضوعه وجوهره عن القرار الإداري، إلا أنّ القضاء الإداري الفرنسي أجاز الطعن بالإلغاء ضد القرارات المتعلقة بالعقد الإداري والصادرة عن السلطة الإدارية باعتبارها صاحبة سلطة عامة، وليس بصفقتها مصلحة متعاقدة وذلك عن طريق ابتكاره نظرية القرارات الإدارية المنفصلة La théorie des actes détachables، فيقبل الطعن فيها بالإلغاء مستقلة عن العقد الإداري⁽³⁾.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 851.

² - سلوى بزاحي، مرجع سابق، ص 37.

³ - محمد مهدي لعلم، مرجع سابق، ص 22.

والقاعدة العامة المتعارف عليها في فرنسا هي أنّ الدعوى القضائية الإدارية أياً كانت، لا يمكن أن توجه إلاً ضد قرار إداري، بمعنى أنّ اختصاص القاضي الإداري لا ينعقد إلاً إذا اتخذت الإدارة قراراً بشأن نزاعها مع المتعاقد، فإذا لم تتخذ الإدارة مثل هذا القرار، فإنّه يجب على المدعي استصدار هذا القرار في شكل طلب يتقدم به إلى الإدارة المعنية، مما يترتب على عدم القيام بهذا الإجراء عدم قبول الدعوى القضائية⁽¹⁾.

وتطبق هذه القاعدة بشكل عام في نطاق القضاء الكامل التعاقدية وغير التعاقدية، فالمتعاقد مع الإدارة الذي يطالبها بالتعويضات عليه أن يطلب منها دفع هذه التعويضات قبل إثارة الدعوى أمام القاضي⁽²⁾.

غير أنّ التشدد في هذا الشرط سوف يكون متعارض مع الهدف المبتغى من الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، لأنّ المصلحة المتعاقدة سوف تعلم مسبقاً بأنّ هناك من سيخاصمها، وبالتالي قد تسارع في إتمام إجراءات إبرام العقد، ونظراً لضرورة السرعة في تحريك هذه الدعوى، فإنّ القضاء الفرنسي أصبح يُخفّف من حدّة تطبيق هذا الشرط، وبصدور قانون القضاء الإداري المستعجل في 2000/06/30 تمّ التخلي عن شرط الطلب المسبق لجهة الإدارة⁽³⁾، وبالتالي تمّ إعفاء المضرور - المرشح لنيل العقد - من تقديم طلب مسبق لجهة الإدارة يطلب فيه مراعاة قواعد العلانية والمنافسة⁽⁴⁾.

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري، فبموجب القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أصبح التظلم إجراءً جوازي⁽⁵⁾، فالمشرع لم يشترط هذا القرار الإداري (الطلب المسبق لجهة الإدارة) ضمن أحكام المادة 946 من قانون الإجراءات

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 853.

² - المرجع نفسه، ص 854.

³ - محمد مهدي لعلم، مرجع سابق ص 24.

⁴ - شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية - دراسة تحليلية تطبيقية للمادة 521-2 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري -، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008-2009، ص 36، 37.

⁵ - يراجع المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

المدنية والإدارية، ويكفي تحرير عريضة افتتاحية تتضمن أوجه الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة⁽¹⁾.

رابعاً: الإطار الزمني لرفع الدعوى

لم يُحدّد القانون مدة زمنية يمكن رفع الدعوى خلالها، إلا أنّ الفقرة الثانية من المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي⁽²⁾ نصت: "...القاضي يُخطر قبل إبرام العقد...".

وقبل صدور الأمر رقم 515-2009، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، لم يكن هناك مجال للحديث عن ما يسمى بالاستعجال التعاقد في فرنسا، لكن مع صدور هذا الأمر بالإضافة إلى التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي تحت رقم (2007/66/CE)، تمّ استحداث الاستعجال التعاقدى Référé contractuel في فرنسا، الذي قال عنه رئيس الجمهورية الفرنسي أنّه يهدف إلى تطوير فعالية الدعوى الخاصة بالعقود الإدارية قبل وبعد توقيعها، كما أنّه يهدف إلى الحد من إبرام عقود التراضي غير القانونية.

وبالتالي تمّ استحداث الاستعجال التعاقدى في فرنسا بموجب الأمر رقم 515-2009 أعلاه، وأصبح بالإمكان إخطار القاضي الإداري الاستعجالي بشأن الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة وذلك حتى بعد إبرام العقد، وتمّ إدراج الأمر رقم 515-2009، ضمن قانون العدالة الإدارية (قانون القضاء الإداري الفرنسي)، ونظّم الاستعجال التعاقدى في المواد من L.551-13⁽³⁾ وما يليها من قانون العدالة الإدارية، وأصبح بإمكان قاضي الاستعجال الإداري الفرنسي أن يمارس سلطاته وصلاحياته حتى بعد إبرام العقد الإداري،

¹ - محمد مهدي لعلم، مرجع سابق ص 24.

² - Art. L. 551-1 «...Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

- هذه المادة L.551-1 عُدلت بموجب الأمر رقم 515-2009 المؤرخ في 7 ماي 2009، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، سالف الذكر، والذي تمّ إدماجه في قانون العدالة الإدارية الفرنسي.

³ - Art. L. 551-13 « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ».

- هذه المادة L.551-13 تمّ استحداثها بموجب الأمر رقم 515-2009، سالف الذكر.

وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها إجراءات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية⁽¹⁾.

ولعلَّ أهم إشكال يُثار بشأن الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، هو التناقض بين فكرة الطابع الوقائي الذي تتميز به هذه الدعوى من حيث أنَّها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟⁽²⁾.

لكن رغم ذلك فإنَّ المنطق الوقائي Préventive لإجراء الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية - من حيث أنَّها لا تهدف إلى مجازاة مخالفات المشروعية المقترفة بمقدار ما تهدف إلى إصلاح هذه المخالفات قبل إبرام العقد - هذا المنطق الوقائي قد دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير أنَّ منطوق المادتين L.22, L.23⁽³⁾ يقتضي بأن ترفع هذه الدعوى قبل إبرام العقد على أساس أنَّ تعبير قبل إبرام العقد Avant conclusion du contrat يُحدِّد المجال الزمني الذي يمكن خلاله للقاضي المختص بدعوى المادتين L.22, L.23 أن يمارس سلطاته المعهودة إليه بفعالية، وفقاً لمنطق هذه الدعوى نفسها، وبالتالي فمن الواضح أنَّ كل الأوامر الممكن صدورها عن القاضي الاستعجالي، تفقد كل غايتها ومحتواها وفعاليتها بعد إبرام العقد، فيؤدي التطرق إلى مشروعية القرارات المتعلقة بعملية إبرام العقد الإداري من طرف قاضي الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية بعد إبرام العقد، إلى التجاوز على اختصاص قاضي تجاوز السلطة صاحب الاختصاص العام في نطاق القرارات الإدارية المنفصلة كما رأينا سابقاً، إذ نكون قد انتقلنا بذلك من نطاق رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية.

وقد كرَّر مجلس الدولة الفرنسي موقفه هذا (وجوب رفع الدعوى قبل إبرام العقد) عدة مرات حتى أصبح مبدأ مستقر عليه في نطاق النظام القانوني للدعوى المستعجلة قبل التعاقدية⁽⁴⁾، وإنَّ استقرار هذا المبدأ على النحو المشار إليه قد دفع المحكمة الإدارية

¹ - أمينة غني، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 195، 196.

² - سلوى بزاحي، مرجع سابق، ص 39.

³ - وهما حالياً المادتين L.551-1, L.551-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

⁴ - C.E, 29-11-1996, Sablière et Gravière Guyanaise, Req, N° 162548.

- C.E, 10-02-1997, M.Moch, Req, N° 169694=

لمدينة Lille إلى تقرير أنّ إثارة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية من جانب اللجنة الاقتصادية في حالة الخرق البين للالتزامات العلانية والمنافسة الأوروبية يجب أن يتمّ قبل إبرام العقد⁽¹⁾.

وقد سار مجلس الدولة الفرنسي إلى آخر الشوط بخصوص هذا الشرط، حيث قرّر أنّ الدفع بتوقيع العقد يعتبر من النظام العام، ويمكن إثارته لأوّل مرة عند الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، وقد كان المبدأ الذي رسّخه مجلس الدولة بعدم إمكانية إثارة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية إلّا قبل إبرام العقد محل نقد بعض الفقه، الذين رأوا فيه منفاً للالتفاف على نزاهة إبرام العقود، حيث يكفي لكف أيدي القاضي عن هذه الدعوى، الإسراع في إجراءات إبرام العقد⁽²⁾، رغم ذلك أجمع الرأي القانوني العام في فرنسا على أنّ المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة السابقة لإبرام الصفقة العمومية⁽³⁾.

غير أنّ القاضي الإداري الفرنسي جاء باجتهاد حديث في مجال العقود الإدارية ومنازعاتها، وذلك بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 16-07-2007 في قضية société Tropic travaux signalisation والتي تتلخص وقائعها أنّه على إثر دعوى للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة ب Pointe à Pitre العرض الذي تقدمت به شركة Rugoway، فقامت شركة Tropic - باعتبارها مرشحة لنيل الصفقة - برفع دعوى استعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية: قرار رفض عرضها، قرار منح الصفقة لشركة Rugoway، وقرار إمضاء الصفقة⁽⁴⁾.

بتاريخ 02-03-2006 رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيساً على أنّه لا مجال لها، لأنّ العقد قد أبرم ونُفذ كلياً، استأنفت شركة Tropic الحكم أمام مجلس الدولة

= أشار إلى القرارين: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 859.

¹- T.A, Lille, 10-01-1997, Sté Biwater, Req, N° 3927.

أشار إليه: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 860.

²- المرجع نفسه، ص 860.

³- مونية جليل، مرجع سابق، ص 182.

⁴- المرجع نفسه، ص 183.

الذي أقرّ بأنّه: "يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها، بالتبعية لهم الحق في مخاصمة العقد ذاته"⁽¹⁾.

إلا أنّ مجلس الدولة رفض الاستئناف لأنّه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو إخلال بالعلانية و المنافسة، ويكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما:

1- إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية قبل أو بعد إبرام العقد، وهو ما جعل بعض الكتابات تقترح تسمية هذه الدعوى ب: "الدعوى شبه الاستعجالية في مجال العقود الإدارية"، بدلاً من تسمية: "الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية"⁽²⁾.

2- حق الغير في مخاصمة العقد ذاته بعد أن كان الأمر حكراً على أطراف العقد وهو ما سيؤدي إلى قلب نظرية العقد الإداري رأساً على عقب في سبيل ضمان مشروعية العقد⁽³⁾.

وفي قرار صادر له بتاريخ 2011/04/02، قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم قبول دعوى المدعي، وذلك لعدم توافر شروط تطبيق المادة L.551-14⁽⁴⁾ المتعلقة بالاستعجال التعاقدية⁽⁵⁾.

¹- SHWARTS Rémy, Le juge Français des référés administratifs, revue du Conseil d'Etat, N°4, Algérie, 2003, p72.

أشارت إليه: مونية جليل، مرجع سابق، ص 183.

²- المرجع نفسه، ص 183.

³- POUYAUD Dominique, un nouveau recours contentieux, RFDA, N° 523, Paris, France septembre-octobre, 2007, p923.

أشارت إليه، مونية جليل، مرجع سابق، ص 183.

⁴- Art. L. 551-14 «... Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision ».

- هذه المادة L.551-14 تمّ استحداثها بموجب الأمر رقم 515-2009، سالف الذكر.

⁵- C.E, 2 août 2011, N° 347526, Société CLEAN GARDEN - Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

أشار إليه: عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص 459.

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري، فلم يُحدّد المشرع أجلاً أو مدة زمنية لرفع الدعوى الاستعجالية المتعلقة بمنازعات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، غير أنّه وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها تنص: "...يتمّ هذا الإخطار من قبَل كل من له مصلحة في إبرام العقد... إذا أُبرِمَ العقد أو سيُبرَمُ..."، أمّا الفقرة الثالثة من نفس المادة تنص: "...يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد..."، وتقابل المادة 946 أعلاه، المادتين L.551-1, L.551-2، من قانون القضاء الإداري الفرنسي⁽¹⁾.

يُفهم من استعمال المشرع لعبارة "إذا أُبرِمَ العقد"، إمكانية رفع دعوى الاستعجال في مادة منازعات إبرام العقود والصفقات حتى بعد توقيعها، ونفس الشيء بالنسبة لعبارة "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"، فبمفهوم المخالفة هل يجوز إخطار المحكمة بعد إبرام العقد؟، كذلك كلمة "يجوز" من شأنها أن تؤدي بنا إلى التساؤل حول المقصود من هذه العبارة، هل أراد المشرع من خلالها إجازة إخطار المحكمة الإدارية قبل وبعد إبرام العقد؟ وهل المادة 946 جمعت بين نوعين من الدعاوى الاستعجالية، الاستعجال التعاقدية وقبل التعاقدية؟⁽²⁾.

إنّ المنطق الوقائي - كما سبق ذكره - يفرض بأن ترفع الدعوى الاستعجالية قبل إبرام العقد، لكي يمارس القاضي الاستعجالي سلطاته المخوّلة له، ويصدر أوامر يُلزم من خلالها المتسبّب في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة بأن يمتثل للالتزامات التي يفرضها عليه القانون، أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد، أمّا إذا أُبرِمَ العقد فما محل هذه الدعوى وما الفائدة منها؟⁽³⁾.

¹ - سلوى بزاحي، مرجع سابق، ص 39.

² - أمينة غني، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، مرجع سابق، ص 262، 263.

- يرى الأستاذ عبد القادر عدو أنّ هذا النوع من الاستعجال مفتوح حتى ولو بعد إبرام العقد أو الصفقة، يراجع عبد القادر عدو، الجديد في قضاء الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص 97.

³ - سلوى بزاحي، مرجع سابق، ص 39.

وبالرجوع إلى القضاء الإداري الجزائري (سواء المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة) نجده قد ساير الطابع الوقائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وقرّر بأنّ القضاء الاستعجالي يجب أن يتم إخطاره قبل إبرام العقد، وهذا أمر يتماشى مع المنطق القانوني السليم، لأنّه بعد إبرام العقد تزول الغاية المُراد تحقيقها من وراء هذا الإجراء الاستعجالي، ويصبح المرشح لنيل الصفقة أمام عقد إداري قائم بذاته ولم يعد أمامه سوى اللجوء إلى قاضي العقد وإجراءاته الطويلة⁽¹⁾، ومن أجل تفادي هذه العيوب تمّ استحداث هذه الإجراء الاستعجالي، ومن جهة أخرى فإذا قبل القاضي الاستعجالي الدعوى بعد إبرام العقد فيكون بذلك قد تجاوز اختصاصه، ودخل في اختصاص قاضي العقد، لأنّ إجراء الإمضاء على العقد من عدمه (أي إبرام العقد من عدمه) هو المعيار الذي بموجبه يتمّ تحديد مجال اختصاص كل من القاضي الاستعجالي قبل التعاقد و قاضي العقد.

فقد أصدرت المحكمة الإدارية بـغليزان أمر استعجالي بتاريخ 2015/03/23، بمناسبة فصلها بنزاع يتعلق بإبرام صفقة عمومية، وجاء في حيثيات هذا الأمر التسيب التالي: "...حيث أنّه ومن جهة أخرى فإنّه ليس من اختصاص القضاء الاستعجالي توجيه أوامر للإدارة أو الأمر بوقف الصفقات العمومية ما دام أنّ عقد الصفقة محل النزاع قد تمّ..."، كما جاء في حيثية أخرى من نفس الأمر: "...حيث أنّ القضاء الاستعجالي لا يكون مختصا إلا أثناء إبرام الصفقة وفي حالة عدم التزام الإدارة بإجراءات الإشهار والمنافسة وليس بعد إبرام العقد..."⁽²⁾.

كما جاء في إحدى حيثيات أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران بتاريخ 2014/12/28: "...حيث أنّه من المقرّر قانوناً أنّ القضاء الاستعجالي مختص في

¹ - شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص 36.

² - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بـغليزان، بتاريخ 2015/03/23، قضية رقم 15/00178، فهرس رقم 15/00399، بين مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحلها ممثلة بمسيرها (ر - م) وبين ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 1).

الأعمال التحضيرية قبل إبرام الصفقة طبقاً لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية...⁽¹⁾.

ونفس المحكمة الإدارية بوهران أصدرت بتاريخ 2015/03/29 أمر استعجالي، جاء في حيثياته: "...حيث وأخيراً لم يختصر طلب المدعي على تدبير استعجالي الذي نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يتعلق بالإجراءات الأولية الخاصة بإبرام الصفقة...حيث أن طلب الحصول على نسخة من الصفقة هو من اختصاص قاضي الموضوع..."⁽²⁾.

وبتاريخ 2015/07/26 أصدرت نفس المحكمة الإدارية أمر استعجالي جاء في حيثياته: "...لكن حيث أن الأمر الذي يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي إصداره في مادة الصفقات طبقاً لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يكون قبل إبرام الصفقة العمومية ويتعلق فقط بحالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية..."⁽³⁾.

وبتاريخ 2016/02/07 صدر عن نفس المحكمة الإدارية بوهران، أمر استعجالي جاء في حيثياته: "...حيث أن المدعي يؤسس دعواه بكونه تقدم بشكوى مصحوبة بإدعاء مدني أمام قاضي التحقيق ضد المدير العام لوكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وبعض موظفي هذه الوكالة المشرفين على لجنة الصفقات العمومية بالوكالة، وذلك نتيجة

¹ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2014/12/28، قضية رقم 14/01456، فهرس رقم 14/01463، بين شركة ذات المسؤولية المحدودة FMCB ممثلة من طرف مسيرها القانوني (ق - م - م) وبين الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية FNPOS الفرع الجهوي بوهران ممثلاً من طرف مديره الجهوي، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 2).

² - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2015/03/29، قضية رقم 15/00269، فهرس رقم 15/00329، بين شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب ممثلة بالرئيس المدير العام من جهة وبين ولاية وهران ممثلة في السيد الوالي وبين مديرية التكوين المهني لولاية وهران من جهة ثانية، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 3).

³ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2015/07/26، قضية رقم 15/00884، فهرس رقم 15/00805، بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران الممثل من طرف مديره العام وبين مؤسسة صال وهران موديرين بناء ممثلة من طرف مسيرها، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 4).

إغائها للمناقصة التي فاز بها والتي بدأ الأشغال فيها، إلا أن المدير العام لوكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وعند علمه بالشكوى واستدعائه من طرف السيد عميد قضاة التحقيق لمثوله أمامه، قامت الوكالة بإعلان نفس المناقصة لنفس المشروع بالجريدة اليومية LA VOIX DE LORANIE بتاريخ 2016/01/12، بالرغم من أن الإشكال لا يزال قائم حول هذه المناقصة ولم يتم الفصل فيه نهائياً وهو محل تحقيق من طرف المحكمة... حيث أن المدعي يناقش استحقاقه للمناقصة وذلك يمس بأصل الحق⁽¹⁾ ومن جهة أخرى فإن اختصاص القاضي الاستعجالي فيما يخص مادة إبرام العقود والصفقات العمومية يكون في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وهو ما لم يثبت في دعوى الحال...⁽²⁾.

أمّا مجلس الدولة الجزائري فقد كرّس هو الآخر الطابع الوقائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وفسّر المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن المحكمة الإدارية يتم إخطارها قبل إبرام العقد وليس بعد إبرامه.

وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قرار صادر له بتاريخ 2012/06/21، الذي جاء في حيثياته: "...حول الدفع المتعلق بعدم اختصاص قاضي الاستعجال... حيث تنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة... حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه قد امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة، وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتاً... حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصاً في مرحلة الإخلال

¹ - المقصود هنا أن القاضي الإداري الاستعجالي يأمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بأن يمتثل للتزامات التي حددها القانون، ولا يتعدى القاضي الاستعجالي ذلك لينظر في مسألة من يستحق الصفقة، لأن هذا من اختصاص قاضي العقد (قاضي الموضوع).

² - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2016/02/07، قضية رقم 16/00092، فهرس رقم 16/00143، بين (ط - س) مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلة من طرف مديرها العام، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 5).

بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أنّ الصفقة قد أبرمت والأشغال نُفِّدَتْ، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه...⁽¹⁾.

وبالتالي على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بشكل يتناسب والطابع الوقائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وذلك من أجل إزالة كل التأويلات والتفسيرات المختلفة التي أعطيت للمادة 946 أعلاه، لاسيما حذف عبارة "إذا أبرم العقد" الواردة في الفقرة الثانية، واستبدال عبارة "يجوز" الواردة في الفقرة الثالثة من المادة 946 بعبارة "يجب"، علماً أنّ تفسير النص القانوني قد يتم الاختلاف بشأنه، لكن التفسير الذي يقدمه القاضي للنص القانوني يعتبر هو التفسير النهائي المطبق على النزاع، مهما كانت نسبة صحة هذا التفسير، والقضاء الإداري الجزائري (سواء المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة) استقرّ على أنّ الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية يجب أن ترفع قبل إبرام العقد تحت طائلة عدم قبولها.

ويترتب على مبدأ عدم جواز إثارة دعوى القضاء المستعجل ما قبل التعاقدية إلاّ قبل إبرام العقد، أنّ هذه الدعوى لا يمكن أن تُوجه ضد قرار توقيع العقد ذاته، وهذا منطقي لأنّ قرار توقيع العقد هو الذي يؤدي إلى إبرام العقد، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 2015/12/17 والذي جاء في حيثياته: "...حيث أنّه ثابت من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنّ اختصاص قاضي الاستعجال ينعقد في حالة الإخلال بالتزامات المنافسة والإشهار فقط، في حين أنّ الطلب الحالي ينصب حول وقف المنح المؤقت، ولا يطعن في إجراءات المنافسة والإشهار... حيث أنّ صحة المنح المؤقت من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للإدارة من خلال الرقابة الذاتية الداخلية التي تمارسها بواسطة آليات الرقابة المتمثلة في اللجان الولائية واللجنة الوطنية للصفقات العمومية لفحص وتقدير المؤهلات الخاصة بكل مرشح ومدى استحقاقه لنيل الصفقة من عدمه... حيث أنّه أمام هذه الحالة التي ثبت فيها أنّ عنصر الاستعجال غير متوفر في

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2012/06/21، ملف رقم 12/074854، فهرس رقم 12/723، بين ولاية البيض ممثلة بالسيد الوالي ممثلاً بمديرية الري لولاية البيض وبين السيد (أ - ع) مسير مؤسسة لإنجاز المشاريع، قرار غير منشور، (ملحق رقم 6).

القضية لا بطبيعته، ولا بموجب نص قانوني يُخَوِّل القاضي الاستعجالي اتخاذ تدبير من التدابير المستعجلة، الأمر الذي يتعيّن معه تأييد الأمر المستأنف...⁽¹⁾.

وبالتالي إذا تمّ توقيع العقد قبل رفع الدعوى، فإنّ ذلك يمنع من رفعها ولو كان الطلب المُسَبِّق مقدماً إلى الإدارة قبل توقيع العقد، وتُكف يد القاضي عن النظر في الدعوى، على الرغم من رفع الدعوى وتسجيلها، فيما لو أبرم العقد قبل البت فيها، حيث تغدو الدعوى في هذه الحالة غير ذات موضوع - مع مراعاة أنّ القاضي لم يتخذ إجراء تحفظي بوقف إبرام العقد -، وكذلك لا يمكن للقاضي أن يقبل الدعوى أو يبت فيها ولو كان التأخير في رفع الدعوى يعود إلى وعد الإدارة بإمكانية إعادة النظر في الإجراءات المتخذة، أو إلى أسباب أدت إلى استحالة اللجوء إلى قاضي الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية مهما كانت هذه الأسباب⁽²⁾.

وترفع الدعوى بموجب عريضة تتضمن بيانات إلزامية نصت عليها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاءت في الكتاب الأول المتضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، وعند تنظيم المشرع للإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية بموجب الكتاب الرابع، لاسيما إجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية، اعتمد أسلوب الإحالة بخصوص عريضة افتتاح الدعوى - بالرغم من أنّ المادة 15 جاءت في الأحكام المشتركة -، فنصت المادة 816 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من هذا القانون"⁽³⁾.

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2015/12/17، ملف رقم 15/116955، فهرس رقم 15/02890، بين مؤسسة الأشغال العمومية والبناء الممثلة من طرف مسيرها (ق - ل) وبين بلدية واد تليلات ممثلة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، قرار غير منشور، (ملحق رقم 7).

² - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 860، 861.

³ - هذه المادة من باب التزيّد لا غير، لأنّ الأحكام المتعلقة بعريضة افتتاح الدعوى جاءت في الأحكام المشتركة بين جميع الجهات القضائية، وبالتالي تُطبق المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أمام الجهات القضائية الإدارية، لاسيما المحاكم الإدارية، دون حاجة إلى اعتماد أسلوب الإحالة.

ويجب أن تكون عريضة افتتاح الدعوى موقعة من محام، حيث نصت المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام"، أما المادة 827 من نفس القانون نصت: "تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه، من التمثيل الوجوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل، توقع العرائض ومذكرات الدفاع ومذكرات التدخل المقدمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم أعلاه، من طرف الممثل القانوني؛ وبالتالي أعفى المشرع الأشخاص المعنوية العامة (أشخاص القانون العام) الواردة في المادة 800 أعلاه، من التمثيل الوجوبي بمحام، أمّا أشخاص القانون الخاص (طبيعيين أو معنويين) فيخضعون لإجراء التمثيل الوجوبي بمحام.

ويرى الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا، أنّ القضايا الإدارية الاستعجالية، لا يشترط أن ترفع بواسطة محام، نظراً لطبيعة الدعوى والتي تتطلب الفصل في آجال قصيرة، لا يكفي الوقت عادة للتقاضي لتوكيل محام، مُستدلاً بأنّ المشرع خصّص الباب الثالث من الكتاب الرابع لقضاء الاستعجال، ولم يشترط التمثيل بواسطة محام أثناء رفع الدعوى⁽¹⁾.

أمّا الدكتور مهند مختار نوح، فيرى أنّه طالما أن قاضي الأمور المستعجلة قبل التعاقدية لا يختص بالحكم بالتعويضات - كما سنرى في موضعه -، وطالما أنّ النزاع محل الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية لا يكون ناجماً عن عقد، لأنّها تهدف إلى معالجة مخالفات المشروعية المتعلقة بالعلانية والمنافسة في المرحلة قبل التعاقدية، وبالتالي فإنّ مجالها الطبيعي يكون في المرحلة السابقة على وجود العقد ذاته، لذلك يرى الدكتور مهند مختار نوح، أنّ الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية لا تستلزم توكيل محام⁽²⁾.

لكن من باب المبدأ القانوني القائل أنّه "لا اجتهاد مع صراحة ووضوح النص"، نحن بدورنا لنا رأي آخر، ونرى من وجهة نظرنا أنّ المشرع الجزائري لم يستثني الدعاوى

¹- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 104.

²- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 861، 862.

الاستعجالية (لاسيما الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية) من إلزامية التمثيل بمحام، وذلك لأنَّ المشرع عندما نظَّم إجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية واشترط أن تكون عريضة افتتاح الدعوى موقعة من محام، لم يُفرق عندها بين دعوى الموضوع والدعوى الاستعجالية، وبالتالي فالمشرع عندما ألزم التمثيل بمحام كان يقصد الدعويين معاً (دعوى الموضوع والدعوى الاستعجالية)، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإنَّ المشرع عندما أراد أن يضع استثناءات عن وجوبية التمثيل بمحام، نصَّ عل ذلك صراحة بموجب المادة 827 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولم يُدرج القضايا الاستعجالية ضمن هذه الاستثناءات، ومن جهة ثالثة، فإنَّ الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية هي في حقيقة الأمر دعوى موضوع - كما سبق بيانه -، إلاَّ أنَّ الفصل فيها يكون وفقاً لمواعيد قصيرة نظراً لخصوصية وطبيعة العقد الإداري، لذلك من المفروض أن تخضع لإلزامية التمثيل بمحام.

لهذه الأسباب المذكورة أعلاه، وباستقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المُنظمة لرفع الدعوى الإدارية والمُنظمة للاستعجال الإداري، لا نجد ما يُفيد أنَّ المشرع أَعفى الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية من وجوبية التمثيل بمحام، وأنَّ القول بخلاف ذلك لمجرد أنَّ هذه الدعاوى تتطلب سرعة الفصل، هو تبرير غير كافي - في رأينا - لِنَقُولِ النصوص القانونية ما لم نَقُلْهُ⁽¹⁾.

¹ - وهو ما قرَّره مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 2013/04/18، في قضية ولاية بومرداس ضد كتلة حزب جبهة التحرير الوطني للمجلس الشعبي البلدي لبلدية بغيلة، حيث جاء في قراره: "...حيث أنَّه وبدون مناقشة أوجه دفاع الطرفين، فعريضة الطعن المقدمة من طرف كتلة حزب جبهة التحرير الوطني لبلدية بغيلة لم ترفع ولم توقع من طرف محام، وهو ما يخالف المادة 815 من ق.إ.م.إ، ممَّا يتعين إلغاء الأمر والمعاد والقضاء مجدداً بعدم قبول عريضة الطعن الأصلية، قرار غير منشور.

أشار إليه: حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 257.

الفرع الثاني

إجراءات الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية

إنَّ القاضي المختص بالنظر في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في التشريع الفرنسي، هو قاض فرد *un juge unique*، وهو رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه، وإنَّ إسناد البت في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية إلى قاض فرد يرجع إلى رغبة المشرع في إيجاد مرونة متجاوبة مع طبيعة الإجراء، إذ أنَّ نظر الدعوى عن طريق قاض فرد هو أكثر تكيُّفاً مع مقتضيات الشؤون المستعجلة⁽¹⁾.

مع أنَّ الأستاذ Richer يرى أنَّ القضاء في هذه الحالة ليس قضاءً مستعجلاً حقيقياً لأنَّ القاضي يبت بالموضوع أو بأصل الدعوى⁽²⁾، ولكن انعقاد النظر في هذه الدعوى لقاض فرد (رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه) لا يمنع هذا الأخير من أن يُحيل أمر البت في الدعوى إلى المحكمة الإدارية بتشكيلها الجماعي، ولو كان ذلك ضدَّ منطوق الإجراء الذي يتطلب المرونة والسرعة، إلاَّ أنه قد تُعرض حالات هامة، وعلى مستوى من التعقيد تستوجب أن تُبتَّ فيها المحكمة الإدارية بتشكيلها الجماعي، وقد أيدَّ مجلس الدولة الفرنسي ذلك بشكل صريح حينما قرَّر: "...عندما عهد المشرع إلى رئيس المحكمة الإدارية أو المستشار الذي يفوضه، سلطة البت في دعوى المادتين L.22, L.23⁽³⁾، لم يكن يقصد تأسيس جهة قضائية جديدة متميِّزة عن المحكمة الإدارية، وتتمتع باختصاص خاص بها، وإنما قصد فقط أن يُنظَّم ضمن هذه المحكمة إجراءً خاصاً، الذي يُمكن رئيس المحكمة أو من يفوضه - بسبب السرعة وطبيعة الدعوى - البت بالدعوى مكان المحكمة وبدلاً عنها،

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 862.

² - L. Richer, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, France, 1995, p144.

أشار إليه: مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 863.

³ - وهما حالياً المادتين L.551-1, L.551-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

وبناءً على ذلك، فإنّ المادة L.22 لا تحول دون أن يُحيل رئيس المحكمة أو المستشار الذي يُفوضه مسألة البت في الدعوى إلى المحكمة الإدارية بتشكيلها الجماعي...⁽¹⁾.

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري، فإنّ المشرع وهو بصدد تنظيم الاستعجال في المنازعات الإدارية، خصّص الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لقاضي الاستعجال، ونصّ في المادة 917 منه: "يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع"، وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتشكيلة الجماعية - المنوط بها البت في الموضوع - للفصل في الدعوى الإدارية الاستعجالية⁽²⁾، وعلى ذلك فقاضي الموضوع هو قاضي الاستعجال.

وسنطرق من خلال هذا الفرع إلى استقلالية قواعد إجراءات المنازعة الإدارية (أولاً)، ثمّ نتطرق بعد ذلك إلى إجراءات ووسائل التحقيق في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (ثانياً).

أولاً: استقلالية قواعد إجراءات المنازعة الإدارية

تتجسّد استقلالية قواعد المنازعة الإدارية في عدة مظاهر من أهمها، الطابع الخاص والتميّز لإجراءات المنازعة الإدارية، حيث تختلف عن إجراءات المنازعة العادية، فلقد اعترف المشرع بخصوصية المنازعة الإدارية حتى في ظل نظام وحدة القضاء، وذلك منذ صدور الأمر 66-145 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية القديم، حيث خصّ المشرع ضمن هذا القانون، المنازعة الإدارية بإجراءات خاصة، إلى جانب إجراءات المنازعة العادية⁽³⁾.

¹- C.E, 19-03-1997, S.A, Entreprise général de Terrassements et de Travaux publics, Req. N° 163293.

أشار إليه: مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 864.

²- في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم كان الفصل في مادة الاستعجال موكول إلى قاضي فرد، ويكون في غالب الأحيان رئيس المجلس القضائي، أو القاضي الذي ينتدبه، وهو غالباً رئيس الغرفة الاستعجالية.

³- عمار عوابدي، الطبيعة الخاصة لقانون الإجراءات القضائية الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 01، 1994، ص 228 وما بعدها.

ولقد أدى هذا الوضع إلى جعل البعض يصف النظام القانوني القائم أثناء تلك الفترة بوحدة القضاء وازدواجية المنازعات، في حين رأى البعض الآخر أنّ تخصيص المنازعة الإدارية بإجراءات خاصة، لا يعني أنّ تلك الإجراءات هي مستقلة، بل هي مجرد قواعد استثنائية أقرّها المشرع لاعتبارات عملية⁽¹⁾.

إلا أنّ الواضح أنّ إرادة المشرع كانت تتجه نحو الاعتراف بخصوصية المنازعة الإدارية عن المنازعات العادية، ذلك أنّ وحدة القانون الإجرائي تقتضي أن تطبق على المنازعة الإدارية نفس قواعد الإجراءات العادية، وما دام المشرع خصّ المنازعة الإدارية بقواعد إجرائية خاصة، فهذا يعني رغبته في الفصل بين المنازعة الإدارية والمنازعة العادية من حيث الإجراءات.

ولقد تأكّدت نية المشرع في الاعتراف بخصوصية المنازعة الإدارية، بصور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي خصّص الكتاب الرابع من هذا القانون للإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية⁽²⁾.

وتتجسّد استقلالية إجراءات المنازعة الإدارية، في تلك الخصائص التي تنفرد بها، في كونها إجراءات تحقيقية، وكتابية، ووجاهية، ولا يترتب عليها أثر موقف، كما أنّها إجراءات شبه سرية، وسريعة، وهي نفس الخصائص التي كانت تتميز بها الإجراءات الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم⁽³⁾.

¹ - بهية عفيف، القواعد الإجرائية الإدارية بين النصوص القانونية والتطبيق في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص 184.

² - المرجع نفسه، ص 185.

³ - هي نفس الخصائص التي تتميز بها إجراءات التقاضي الإداري في القانون الفرنسي، لتفصيل أكثر يراجع:

- BONNARD Roger, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Dalloz, Paris, France, 2006, p.110.

أشارت إليه: بهية عفيف، مرجع سابق، ص 185.

وسوف نتطرق إلى هذه الخصائص بشيء من التفصيل والتحليل، مُبرزين من الحين إلى الآخر نقاط التشابه والاختلاف بين خصائص التحقيق في المنازعة الإدارية وخصائص التحقيق في المنازعة العادية:

1- الطابع الحقيقي لإجراءات المنازعة الإدارية:

تخضع الدعوى القضائية عموماً لنظامين رئيسيين، النظام الاتهامي، وهو نظام يسود على وجه الخصوص في الدعوى المدنية، إذ يعطى فيها لأطراف الدعوى نوع من الحرية في إدارة دعواهم، لاسيما في تقديم دفعوهم بكل حرية، إلى غاية اكتفائهم واستنفاد كل وسائل دفاعهم، وذلك دون الإخلال بما للقاضي من دور في تسيير الدعوى، لاسيما في تحديد الآجال، واتخاذ الإجراءات اللازمة⁽¹⁾.

وإلى جانب النظام الاتهامي، يوجد النظام الحقيقي أو الاستقصائي، الذي يكون فيه للقاضي الدور الأكبر في إدارة الدعوى، ويسود هذا النظام في الدعوى الإدارية، إذ تعتبر هذه الخاصية من أهم الصفات التي تُميّز الإجراءات الإدارية عن الإجراءات المدنية، ولقد اتخذت الإجراءات الإدارية في النظام القضائي الجزائري طابعاً استقصائياً، منذ تعديل قانون الإجراءات المدنية السابق بموجب الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 9-12-1971، حيث تولى المستشار المقرّر إدارة الدعوى الإدارية⁽²⁾.

وهو نفس الطابع الذي تتميّز به الإجراءات الإدارية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتجسّد هذا الطابع الحقيقي في الدور الإيجابي الذي منحه المشرع للقاضي الإداري في إدارة الدعوى الإدارية، وذلك عبر مختلف مراحلها.

¹- بهية عفيف، مرجع سابق، ص 185.

²- لتفاصيل أكثر، يراجع: ليلي زروقي، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا، نشرة القضاة، عدد 54، سنة 1999، ص 178، 179.

وتؤكد الطابع التحقيقي للمنازعة الإدارية، مجموعة من النصوص القانونية الواردة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أنه وبمجرد قيد العريضة نُقلت زمام الأمور من يد أطراف الخصومة، ليتولى القاضي الإداري المفرّر إدارة الدعوى الإدارية⁽¹⁾.

وبصفة عامة يعني الطابع التحقيقي للإجراءات القضائية الإدارية، أنّ قيادة الخصومة الإدارية تتم تحت سلطة وسيطرة القاضي الإداري، ويسمح الطابع التحقيقي للقاضي الإداري أن يعيد التوازن بين وضعية أطراف القضية الإدارية، كما يسمح له بأن يفصل في القضية في أقرب الآجال⁽²⁾.

رغم سيطرة الطابع التحقيقي على الإجراءات القضائية الإدارية، إلا أنّ الطابع الاتهامي يبقى له مكانة ضمن الدعوى الإدارية، وهكذا لا يستطيع القاضي الإداري أن يفصل إلاّ في حدود طلبات الأطراف، كما يستطيع الأطراف تقديم طلبات أثناء الخصومة في حدود ما ينظمه القانون⁽³⁾، وبالتالي هناك بعض الإجراءات الاتهامية التي تمنح الخصوم دوراً في الدعوى الإدارية، لاسيما وأنّ الدعوى الإدارية لا تتحرك بدون مطالبة قضائية من الخصوم⁽⁴⁾.

ولا يفوتنا أن نشير إلى أنّ الصفة التحقيقية أصبحت تجد تطبيقاتها حتى في ميدان الدعوى المدنية، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث خصّ المشرع فصلاً كاملاً تحت عنوان: "في سلطات القاضي".

وبالتالي يجوز للقاضي (سواء القاضي المدني أو الإداري) أن يأمر شفهيّاً بإحضار أي وثيقة يراها ضرورية في حل النزاع، كما يمكنه أن يأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، أو أن يأمر بإرجاع المستندات المبلّغة للخصوم⁽⁵⁾.

¹ - بهية عفيف، مرجع سابق، ص 186.

² - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول - تنظيم واختصاص القضاء الإداري -، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 82، 83.

³ - المرجع نفسه، ص 83.

⁴ - بهية عفيف، مرجع سابق، ص 188.

⁵ - عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 25.

2- الطابع الكتابي للإجراءات القضائية الإدارية:

تتشرك إجراءات التقاضي سواء كانت إجراءات مدنية أو إجراءات إدارية في كونها ذات طابع كتابي كأصل عام، وهذا ما يُستنتج من أحكام المادة 9 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء فيها: "الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة".

إلا أن الصفة الكتابية تطغى أكثر على الإجراءات الإدارية، إذ يقتصر دور الكتابة في الإجراءات المدنية على تحرير العريضة، وتقديم المستندات والمذكرات، وكذا صياغة وتحرير الأحكام القضائية، بعكس الإجراءات الإدارية التي يغلب عليها الطابع الكتابي، وذلك في أغلب مراحل الدعوى الإدارية⁽¹⁾.

وتتخذ مختلف التدابير التحقيقية التي يتخذها القاضي الإداري طابعاً كتابياً، وتُختتم تلك الإجراءات بموجب تقرير يُعدّه القاضي المقرّر. مع الإشارة إلى أن الطابع الكتابي يشمل حتى الإجراءات أمام قاضي الاستعجال.

كما أنه من مظاهر الطابع الكتابي أن المحكمة غير ملزمة بالرد على الأوجه المقدمة شفهيّاً، ما لم تؤكد بمذكرة كتابية، وهو ما تؤكد المادة 886 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء فيها: "المحكمة الإدارية غير ملزمة بالرد على الأوجه المقدمة شفويّاً بالجلسة، ما لم تؤكد بمذكرة كتابية".

يضمن الطابع الكتابي للإجراءات القضائية الإدارية السير الحسن للعدالة بحيث يسمح للأطراف وبصفة مستمرة الإطلاع على سير القضية، كما يشارك الطابع الكتابي في تحقيق أهداف قاعدة إجرائية أخرى وهي قاعدة الوجاهية⁽²⁾.

¹ - نفس الطابع الكتابي يميّز إجراءات التقاضي الإداري بفرنسا، مع الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر خاصية الكتابة من المبادئ العامة للإجراءات، والتي يجب على القاضي الإداري الالتزام بها.

- LE BERRE Hugues, Droit de contentieux administratif, Ellipses, Paris, France 2002, p 154.

أشارت إليه: بهية عفيف، مرجع سابق، ص 189.

² - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول - تنظيم واختصاص القضاء الإداري -، مرجع سابق ص 81.

ومع ذلك لا يمكن استبعاد الطابع الشفهي للإجراءات الإدارية، إلا أن هذا الطابع لا يكون إلا استثناءً، حيث يجوز للخصوم تقديم ملاحظاتهم الشفوية تدعياً لطلباتهم الكتابية⁽¹⁾، وهكذا فإن الطابع الكتابي للإجراءات القضائية الإدارية لم يكن مطلقاً، بل يمكن في الحالات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تكون الإجراءات شفوية⁽²⁾، لاسيما في دعاوى الاستعجالية، وهذا ما تضمنته المادة 923 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها أن القاضي الاستعجالي يفصل وفقاً لإجراءات كتابية وشفوية.

3- الطابع الوجاهي لإجراءات المنازعة الإدارية:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ضرورة التزام كل من القاضي والخصوم بمبدأ الوجاهية، ويعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ العامة لإجراءات التقاضي الواجب احترامها أمام أي جهة قضائية، سواء كانت مدنية، أو إدارية، أو جزائية، ولقد نشأ هذا المبدأ عن حق دستوري هام، وهو حق الدفاع، كما أنه نابع من مقتضيات المحاكمة العادلة، التي نصت عليها أغلب اتفاقيات حقوق الإنسان لاسيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽³⁾.

إن مبدأ الوجاهية منبثق عن مبدأ مساواة الجميع أمام القانون، ويجب إتاحة الفرصة أمام الخصوم لمناقشة مزاعم بعضهم البعض والرد عليها، فكل خصم له حق الادعاء وحق الدفاع، كما له أن يطلع على المزاعم والادعاءات المقدمة في معرض النزاع ويناقشها، وكذلك يطلع على المستندات التي يقدمها خصمه، والشهادات التي يدلي بها الشهود، وله أيضاً أن يحضر الإجراءات المتعلقة بالإثبات⁽⁴⁾.

¹ - يراجع الفقرة الأولى من المادة 884 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

² - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول - تنظيم واختصاص القضاء الإداري-، مرجع سابق ص 81.

³ - بهية عفيف، مرجع سابق، ص 191.

⁴ - عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 23.

ويقتضي مبدأ الوجاهية، أنه لا يمكن اتخاذ أي عمل إجرائي دون علم الخصوم، وينبغي مواجعتهم بهذا الإجراء، سواء عن طريق القيام به في حضورهم، أو عن طريق إعلامهم به وتمكينهم من الاطلاع عليه⁽¹⁾.

وينبغي على القاضي أن يُجسّد مبدأ الوجاهية أثناء سير الخصومة، ويكون ذلك عن طريق تأكده من أن كل خصم قد تحصّل على نسخة من ملف الموضوع الذي قدمه الخصم الآخر للمحكمة، كما يتأكد من أن المزاعم والطلبات قد تمّت مناقشتها من طرف الخصم الآخر قبل الفصل فيها⁽²⁾، وتبعاً لذلك لا يكون الحكم صحيحاً إذا أصدره القاضي بناءً على وثائق لم يطلع عليها الخصوم لإبداء ملاحظاتهم بشأنها.

والجدير بالذكر أن هذا المبدأ يجب احترامه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وفي أي إجراء من إجراءاتها، بما فيها الإجراءات المتعلقة بالقضاء الاستعجالي، وبالرجوع إلى المادة 923 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص: "يفصل قاضي الاستعجال وفقاً لإجراءات وجاهية، كتابية وشفوية".

وتردّ على هذا المبدأ (الوجاهية) استثناءات، حيث يجوز مخالفته في حالات مُحدّدة حصراً، مثل الحالة التي يرى فيها القاضي الإداري أنه لا جدوى من التحقيق في القضية، طبقاً لنص المادة 847 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾، وقد قيل أن مبدأ الوجاهية وحق الدفاع هما وجهان لعملة واحدة.

¹ - لم ينص قانون الإجراءات المدنية القديم على هذا المبدأ صراحة، إلا أنه تجسّد من خلال الدور الذي منحه المشرع للمستشار المقرر، كما أن القضاء الإداري كرّس هذا المبدأ في تطبيقاته، نذكر من ذلك، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 115992، الصادر بتاريخ 1997/06/22، في قضية مديرية الوحدة التابعة للديوان الجهوي للحوم الغرب، ضد نائب مدير الضرائب لولاية سيدي بلعباس، حيث ألغت قرار صادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس، بسبب انعدام الطابع الحضوري المشار إليه ضمن المادة 3/170، فنصّ القرار في إحدى حيثياته على أنه: "حيث فعلاً أن المستشار المقرر ملزم وفقاً لمقتضيات المادة 3/170 من ق.إ.م بتبليغ المذكرات الجوابية أو الإجابات بنفس الطريقة المعتمدة بالنسبة للعريضة الافتتاحية للدعوى، وأنه لا يتبين من عناصر الملف أن المستشار المقرر قد احترام نص هذه المادة، وأنه يتعين بالنتيجة إلغاء هذا القرار".

قرار غير منشور، أشارت إليه: بهية عفيف، مرجع سابق، ص 191.

² - عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 23.

³ - بهية عفيف، مرجع سابق، ص 193.

4- إجراءات المنازعة الإدارية سريعة وشبه سرية:

القاضي مُلزمٌ بواجب الفصل في النزاع في أقرب الآجال، تجسيداَ لمبدأ الفصل في آجال معقولة⁽¹⁾، وذلك على مستوى مختلف الدعاوى القضائية مهما كان نوعها. وهو ما أكدت عليه الفقرة الرابعة من المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "...تفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة"، إلا أن أهمية تجسيد هذا المبدأ تزداد أكثر في مجال الدعاوى الإدارية بصفة عامة، والدعاوى الإدارية الاستعجالية على وجه الخصوص، ذلك أن طبيعة النشاط الإداري ومقتضيات المصلحة العامة، وسير المرفق العام بانتظام واطراد، تقتضي سرعة الحسم في النزاع.

وتبعاً لذلك نجد أن المشرع قد أعطى للقاضي الإداري دوراً إيجابياً في تسيير الدعوى الإدارية، حيث أن هذه الأخيرة تنتم بالطابع الاستقصائي، ويلعب القاضي الإداري دوراً هاماً في إدارة الخصومة الإدارية، ممّا يجعله يساهم بقدر كبير في تحقيق السرعة، وتجريد الدعوى الإدارية من أي تعطيل أو تماطل في الإجراءات، خاصة من قبل الخصوم⁽²⁾.

ومن مظاهر سرعة الإجراءات في الدعوى الإدارية، اهتمام المشرع بمجال القضاء الاستعجالي، وتوسيع صلاحيات القاضي الإداري الاستعجالي، وذلك نظراً لخصوصية الآجال المقررة في مجال الاستعجال والتميّز بقصرها، حيث يفصل قاضي الاستعجال في أقرب الآجال، فبالرجوع إلى المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير... ويفصل في أقرب الآجال"، هذا فيما يخص

¹ - نفس الوضع عرفته فرنسا، حيث سعى المشرع الفرنسي إلى تكريس مبدأ الفصل ضمن آجال معقولة، خاصة بعد الإدانات التي وجهت لفرنسا من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وذلك نتيجة لطول الإجراءات، راجع في ذلك:

- GROS. Manuel, Le juge administratif, la procédure et le temps, R.D.P, Paris, France, 1999, p.1701.

- STRUILLLOU. Yves, La condamnation de l'Etat pour délai excessif de jugement, R.F.D.A, Dalloz, Paris, France, 2006; p.299.

أشارت إليهما: بهية عفيف، مرجع سابق، ص 194.

² - المرجع نفسه، ص 194.

الدعوى الاستعجالية الإدارية بصفة عامة، أمّا بخصوص الاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، نجد أنّ المشرع قيّد القاضي الاستعجالي بآجال مُحدّدة لا يجوز له تجاوزها عند فصله في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية - كما سنرى في لاحقاً-.

وتجدر الإشارة إلى أهمية المستجدات الحاصلة في الواقع العملي، لاسيما ما يتعلق بالجهود المبذولة من أجل تطوير قطاع العدالة، وذلك بإدخال وسائل تكنولوجية حديثة في القطاع، والتي كان من شأنها مساعدة القضاة في مهامهم، الأمر الذي أدى إلى تسريع الفصل في القضايا⁽¹⁾.

وتحاط الإجراءات القضائية الإدارية بشبه السرية في مواجهة الغير⁽²⁾، ونلمس ذلك لاسيما في مرحلة التحقيق، إذ لا يمكن لغير أطرف الخصومة الإطلاع على وثائق ملف الدعوى - نفس الشيء يطبق أمام الجهات القضائية العادية -.

ولقد جاء هذا الطابع شبه السري لعدّة اعتبارات، أهمها أنّ تلك الإجراءات المتعلقة بالدعوى الإدارية والتي يتمحور النزاع فيها حول أعمال إدارية مادية أو قانونية، يتمّ اتخاذها في محيط إداري يسوده الكتمان، وذلك لمقتضيات المصلحة العامة⁽³⁾، ولا يعني ذلك أنّ الإجراءات الإدارية سرية في مختلف مراحلها، لاسيما إذا علمنا أنّ المبدأ العام في الجلسات هو العلنية، ما لم تمس هذه الأخيرة بالنظام العام والآداب العامة، كما أنّ النطق بالحكم يكون دائماً علنياً⁽⁴⁾.

¹ - بهية عفيف، مرجع سابق، ص 197.

² - طابع السرية في الإجراءات القضائية الإدارية، لا يتعلق بأطراف الخصومة وإنما يكون في مواجهة الغير.

³ - حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثانية، دار ربحانة، الجزائر، 2001، ص 63.

⁴ - بهية عفيف، مرجع سابق، ص 197.

5- الأثر غير الموقف للطعن:

يعتبر مبدأ الأثر غير الموقف للطعن من أهم خصائص إجراءات التقاضي الإداري⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 833 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء فيها: "لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية، تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك...".

ومفاد هذه القاعدة أنّ مخاصمة القرارات الإدارية (نقصد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري) أمام القضاء الإداري لا يمنع الإدارة من تنفيذها، حيث تظل هذه القرارات الإدارية سارية النفاذ، حتى وإن تمّ إيداع عريضة الطعن بإلغائها أمام المحكمة الإدارية - ما لم ترفع دعوى استعجالية لوقف تنفيذها -، وذلك لأنّ القرارات الإدارية تقوم على قرينة الصحة، حيث يفترض في كل قرار إداري أنّه مشروع حتى يثبت العكس⁽²⁾.

كانت هذه أهم الخصائص العامة لإجراءات المنازعة الإدارية، والتي تارةً تشترك مع الإجراءات القضائية العادية، وتتميز عنها تارةً أخرى.

ثانياً: إجراءات ووسائل التحقيق في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية

يوجد بعض الأحكام المشتركة بين إجراءات ووسائل التحقيق في الدعاوى الإدارية الاستعجالية (لاسيما الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات)، وبين إجراءات ووسائل التحقيق في الدعاوى الإدارية المتعلقة بالموضوع، مع بعض الخصوصيات التي تنفرد بها الدعوى الاستعجالية، لاسيما تلك المتعلقة بالمواعيد، بسبب طابع العجلة الذي يتطلب الفصل في الدعوى الاستعجالية في أقرب الآجال، وسوف نتطرق إلى إجراءات التحقيق (1)، ثم وسائله (2).

¹ - هو نفس المبدأ الذي كان مقرراً ضمن قانون الإجراءات المدنية القديم، يراجع المادة 170 فقرة 10 منه، وهو نفس المبدأ المعمول به في القانون الفرنسي، حيث أقرّ المشرع الفرنسي هذا المبدأ لأول مرة بموجب المادة 3 من المرسوم 1806/07/22. يراجع في ذلك:

- PEISER Gustave, op.cit, p139, 140.

² - بهية عفيف، مرجع سابق، ص 198، 199.

1- إجراءات التحقيق في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية:

يقصد بالتحقيق إقامة الدليل بشأن واقعة مدعى بها أمام القضاء بالطرق المُحدّدة قانوناً، فعملية التحقيق تعني التحري والتدقيق والتحصُّص ودراسة ملف الدعوى دراسة دقيقة ومعقدة، ووظيفة التحقيق على هذا النحو هي من صميم العمل القضائي، وبيّانها كل قاض سواء كان ينتمي لجهة القضاء الإداري أو جهة القضاء العادي، لأنَّ التحقيق يستوجب دراسة وفحص وسائل الإثبات المرفقة بالملف، وصولاً لتقديره في ميزان القضاء والقانون، بغرض المحافظة على المراكز القانونية وحماية الحقوق والحريات.

ويقترن التحقيق بالإثبات ولا يمكن أن يُفصل عنه، فلا يستطيع القاضي الإداري الوصول إلى نتيجة معيّنة إلاّ إذا تأكد من صحة أو عدم صحة إدعاء ما وضعه صاحب المصلحة أمام جهة القضاء، والتأكد يقتضي دراسة وسيلة الإثبات، وهنا تظهر لنا العلاقة بين التحقيق ووسائل الإثبات⁽¹⁾.

وإذا كان قاضي التحقيق في المجال الجزائي بعد إحالة الملف إليه، يتولى سماع المتهم والشهود والضحية، وقد ينتقل لإجراء معاينة ميدانية، وقد يطلب معلومات من جهات معيّنة، وغيرها من السلطات الممنوحة له من أجل كشف ملبسات الجريمة، فذلك القاضي الإداري يباشر ذات الدور ولكن في نطاق منازعة إدارية لها طابعها الخصوصي⁽²⁾.

لكن هناك نقطة قانونية نراها في غاية الأهمية لا بد من مناقشتها وإبداء الرأي القانوني بشأنها، وتتمثل في أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عندما نظم إجراءات الدعوى الاستعجالية من المواد 923 إلى 935، هذه المواد جاءت في القسم الثاني من الفصل الثاني المتضمن "الاستعجال الفوري"، وكما هو معلوم أنّ الاستعجال الفوري يتضمن استعجال توقيف (وقف تنفيذ القرارات الإدارية)، كما يتضمن استعجال الحرّيات، والاستعجال التحفظي، وبالتالي هل الإجراءات الاستعجالية المنصوص عليها في المواد من 923

¹ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية - دراسة مدعّمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع - القسم الأول - الإطار النظري للمنازعة الإدارية -، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 315، 316.

² - المرجع نفسه، ص 316.

إلى 935 تخص فقط الاستعجال الفوري (استعجال وقف، استعجال حرّية، استعجال تحفظي)، بحكم إدراجها في الفصل المخصّص لهذه الأخيرة؟ أم تطبق هذه الإجراءات الاستعجالية على جميع الدعاوى الاستعجالية، رغم إدراجها ضمن فصل مُنظّم لحالة واحدة من حالات الاستعجال الإداري؟.

يرى الأستاذ رشيد خلوفي أنّ لترتيب المواد القانونية وجمعها تحت فصول وأقسام وإعطاء كل فصل وقسم عنوان مُعيّن، آثار تتعلق بمجال تطبيقها وإلاّ ما الفائدة من ترقيم المواد وإدراجها في تقسيمات مختلفة تحت عناوين مختلفة؟.

ويرى نفس الأستاذ أنّه على هذا الأساس (المنطق القانوني) فإنّ المواد من 923 إلى 935 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاءت في القسم الثاني المتضمن الإجراءات، من الفصل الثاني المتضمن الاستعجال الفوري، لا تطبق إلاّ على ثلاث دعاوى استعجالية، تتمثل في استعجال الوقف، استعجال حرّية، استعجال تحفظي.

لكن نفس الأستاذ يعود مرةً أخرى ويقول أنّه انطلاقاً من ضرورة وجود إجراءات لكل دعوى قضائية، فإنّ جميع الدعاوى الاستعجالية الأخرى يُنظرُ فيها طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 923 إلى 935 بغض النظر عن تسمية الفصل الذي أدرجت فيه (في الاستعجال الفوري).

ويضيف الأستاذ رشيد خلوفي قائلاً، أنّه يبقى الحل السليم يكمن في تخصيص فصل مستقل تحت عنوان: "في إجراءات الدعوى الاستعجالية الإدارية"، وإلاّ تخصيص كل فصل من الفصول المتضمّنة أنواع الدعاوى الإدارية الاستعجالية، بقسم خاص تحت عنوان "في الإجراءات"، وهكذا تصبح لكل دعوى استعجالية إجراءاتها الخاصة بها⁽¹⁾.

ونحن بدورنا نضمُّ صوتنا إلى صوت الأستاذ رشيد خلوفي، ونؤيِّده فيما توصل إليه من تحليل قانوني حول مسألة مجال ونطاق تطبيق الإجراءات الاستعجالية المنصوص عليها في المواد من 923 إلى 935 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لاسيما ونحن بصدد

¹ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث - الخصومة الإدارية، الاستعجال الإداري، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية -، مرجع سابق، ص 155، 156.

التطرق إلى إجراءات التحقيق في الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات، هذه الدعوى التي وردت في الفصل الخامس من الباب الثالث تحت عنوان: " في الاستعجال"، ولكن لم يُخصَّص لها قسم يتضمن الإجراءات المتبعة من أجل التحقيق في هذه الدعوى، على خلاف الاستعجال الفوري الذي خصَّه المشرع بإجراءات واضحة.

لذلك نوجه نقدنا للمشرع الذي لم يضبط الإجراءات بدقة حين تنظيمه للاستعجال الإداري، لأنَّه لم يلجأ إلى أسلوب الإحالة بين المواد المُنظَّمة للإجراءات الاستعجالية، وإن كنا من جهة أخرى نُقدِّر صعوبة وضع أحكام مشتركة لجميع حالات الاستعجال الإداري، نظرا لاختلاف كل حالة عن الأخرى، لكن هذا لا يعني أننا نجد في الأعدار للمشرع، بل كان على هذا الأخير أن يضع لكل دعوى استعجالية الإجراءات الخاصة بها، ويضع أحكام مشتركة لهذه الدعاوى الاستعجالية تقادياً للوقوع في التكرار بشأن الإجراءات المشتركة بين جميع دعاوى الاستعجال الإداري.

أمام هذه الإشكالية القانونية التي وضعها المشرع، بنصَّه على إجراءات الاستعجال الفوري، وتجاهله لإجراءات باقي حالات الاستعجال الأخرى، لاسيما الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، يبقى لنا اللجوء الجهة المخوَّلة بتفسير النصوص القانونية (القضاء) لنرى من خلال التطبيقات القضائية الإجراءات المتبعة من أجل الفصل في دعوى الاستعجال المتعلقة بإبرام العقود والصفقات.

فلو رجعنا مثلاً إلى قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2012/06/21 عن الغرفة الاستعجالية بمناسبة منازعة متعلِّقة بصفقة عمومية⁽¹⁾، نجد هذا القرار قد أشار في تأشيراته إلى المادتين 923 و 924 وهاتين المادتين قد جاءتا في الفصل الثاني المتعلق بالاستعجال الفوري، وفي قرار آخر له بتاريخ 2015/12/17، صادر عن الغرفة الاستعجالية كذلك بمناسبة منازعة متعلِّقة بصفقة عمومية⁽²⁾، نجده قد أشار أيضاً في التأشيرات إلى المادتين 923 و 924 أعلاه، بل وقد ذهب مجلس الدولة إلى أبعد من ذلك

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2012/06/21، سالف الذكر.

² - قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2015/12/17، سالف الذكر.

حينما أشار في تأشيريات القرارين أعلاه، إلى المواد التي جاءت في القسم الأول بعنوان: "في سلطات قاضي الاستعجال"، والذي جاء بدوره في الفصل الأول بعنوان: "في الاستعجال الفوري"، وهكذا يكون مجلس الدولة اعتمد - أثناء فصله في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية - على المواد التي وردت في الفصل الأول المتعلق بالاستعجال الفوري، سواء تلك المواد المتعلقة بسلطات قاضي الاستعجال أثناء نظره في استعجال الوقف واستعجال الحريات والاستعجال التحفظي، أو تلك المواد المتعلقة بإجراءات التحقيق في هذه الأنواع الثلاثة من الاستعجالات.

وعلى نهج مجلس الدولة الجزائري، سارت المحاكم الإدارية الجزائرية، حيث يتضح لنا من خلال التأشيريات الواردة في الأوامر الاستعجالية، أنّ المحاكم الإدارية قد اعتمدت على المواد الواردة في القسم الثاني المتضمن إجراءات التحقيق في الاستعجالات الفورية.

وهو تفسير يتطابق إلى حد كبير مع المنطق والتفكير القانوني السليم، فطالما أنّ الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، جاء ضمن الباب الثالث المتضمن الاستعجال، وأنّ الاستعجالات الفورية جاءت ضمن نفس الباب، فإنّ لهما قاسم مشترك يتمثل في العجلة وقصر الآجال، فالمنطق القانوني يقتضي أن تخضع الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات لنفس إجراءات التحقيق المطبقة على دعوى استعجال الوقف واستعجال الحريات والاستعجال التحفظي، إلاّ أنه يوجد بعض الإجراءات لا تطبق إلاّ على حالات الاستعجال الفوري (المواد 1/924، 925، 926، 929، 930)، مع إنفرادها (الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية) ببعض الإجراءات الخاصة بها (لاسيما آجال الفصل في الدعوى).

لكن هذا لا يعني كل القطيعة بين إجراءات التحقيق في الدعوى الإدارية الفاصلة في الموضوع، وبين إجراءات التحقيق في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، بل هناك إجراءات تحقيق معيّنة، تخضع لها كل الدعاوى الإدارية على اختلاف أنواعها (سواء دعاوى موضوع أو دعاوى استعجال)، مع إنفراد الدعاوى الاستعجالية بإجراءات خاصة بها نظراً لارتباطها المباشر بعنصر الوقت.

وسوف نتطرق إلى إجراءات التحقيق في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية مُعْتَمِدِينَ تارةً على الإجراءات العامة المشتركة بين جميع الدعاوى الإدارية مهما كان نوعها، ومُبَيِّنِينَ الإجراءات التحقيقية التي تنفرد بها الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية تارةً أخرى، وتتمثل تلك الإجراءات في التبليغات المختلفة، وكذا إجراءات المحاكمة التي تدخل ضمن التحقيق أثناء الجلسة⁽¹⁾، وتبعاً لذلك سوف نتطرق إلى البدء في التحقيق قبل جلسة المرافعة (أ)، وبعد ذلك نتطرق إلى التحقيق أثناء جلسة المرافعة (ب).

أ- التحقيق قبل جلسة المرافعة:

يُمر التحقيق في ملف المنازعة الإدارية المتضمن الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية بمجموعة من الإجراءات، ويتعلق الأمر بمختلف التبليغات، ويدخل في ذلك تبليغ عريضة افتتاح الدعوى وتبليغ المذكرات والوثائق وتبليغ الأعمال الإجرائية وتبليغ الأوجه المتعلقة بالنظام العام.

- تبليغ عريضة افتتاح الدعوى:

بمجرد قيد عريضة افتتاح الدعوى (الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية) بأمانة ضبط المحكمة الإدارية، يقوم رئيس المحكمة بتعيين التشكيلة التي يؤول إليها الفصل في الدعوى⁽²⁾ (وهي تشكيلة الغرفة الاستعجالية)، وهذا الإجراء هو إجراء مشترك بين جميع الدعاوى الإدارية على اختلاف أنواعها.

وبعد قيد عريضة افتتاح الدعوى تأتي مرحلة تبليغها (نسخة منها) إلى المدعى عليهم، ولقد نصت المادة 928 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "تبلغ رسمياً العريضة إلى المدعى عليهم..."، ويلاحظ بأن المادة 928 أعلاه تتكلم عن التبليغ الرسمي Signification، والذي يقوم به المُحَضَّرُ القضائي، طبقاً للمادة 406

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 272.

² - نصت الفقرة الأولى من المادة 844 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يُعَيَّنُ رئيس المحكمة الإدارية التشكيلة التي يؤول إليها الفصل في الدعوى، بمجرد قيد عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط..."

وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتبعاً لذلك فإنَّ رئيس المحكمة الإدارية يقوم بواسطة أمانة الضبط بتسليم نسخة من عريضة افتتاح الدعوى إلى المدعي ليقوم هذا الأخير بتبليغها إلى الخصم أو الخصوم بواسطة المُحَضَّر القضائي⁽¹⁾، كذلك الفقرة الثانية من المادة 838 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، نصت على نفس الإجراء بشأن تبليغ عريضة افتتاح الدعوى، حيث جاء فيها: "...يتمُّ التبليغ الرسمي لعريضة افتتاح الدعوى عن طريق مُحَضَّر قضائي".

- تبليغ المذكرات والوثائق:

نصت الفقرة الثانية من المادة 931 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على إجراء تبليغ الوثائق والمذكرات الإضافية المُقدَّمة بعد الجلسة وقبل اختتام التحقيق، حيث جاء فيها: "...وفي الحالة الأخيرة يجوز أن توجه المذكرات والوثائق الإضافية المُقدَّمة بعد الجلسة وقبل اختتام التحقيق مباشرة إلى الخصوم الآخرين عن طريق مُحَضَّر قضائي، بشرط أن يقدم الخصم الدليل عمّا قام به أمام القاضي...".

لكن الملاحظ أنَّ الفقرة الثانية من المادة 931 أعلاه، بيَّنت كيفية تبليغ المذكرات والوثائق الإضافية في الحالة التي يكون فيها التحقيق قد تمَّ تأجيله إلى تاريخ لاحق ولم يُختتم بانتهاء الجلسة، لكن هذه المادة لم تُبيِّن لنا كيفية وطرق تبليغ المذكرات والوثائق خارج هذه الحالة (حالة تأجيل تاريخ اختتام التحقيق)، وبالتالي نطبق القواعد العامة لإجراءات الدعوى الإدارية بشأن تبليغ المذكرات والوثائق - باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 931 أعلاه -.

حيث أنَّه وبالرجوع إلى المادة 838 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾، نجدها تنص: "تودع المذكرات والوثائق المُقدَّمة من الخصوم بأمانة ضبط المحكمة

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 274.

² - هذه المادة - في شقِّها المتعلق بإجراء تبليغ عريضة افتتاح الدعوى - تصلح للتطبيق على جميع الدعاوى الإدارية مهما كان نوعها، لأنَّها جاءت في الأحكام العامة للتحقيق في الخصومة الإدارية.

³ - هذه المادة جاءت في الأحكام العامة للتحقيق في الخصومة الإدارية، كما سلف الذكر.

الإدارية... ويتم تبليغ المذكرات ومذكرات الرد مع الوثائق المرفقة بها إلى الخصوم عن طريق أمانة الضبط تحت إشراف القاضي المقرّر، وبالتالي فإنّ المذكرات ومذكرات الرد والوثائق المرفقة بها تودع لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية، ويتمّ تبليغها للخصم الآخر عن طريق أمانة الضبط وتحت إشراف القاضي المقرّر، وتمّ التأكيد على هذا الإجراء بموجب الفقرة الأولى من المادة 841 من نفس القانون التي جاء فيها: "تبلغ نسخ الوثائق المرفقة للعرائض والمذكرات إلى الخصوم بنفس الأشكال المقرّرة لتبليغ المذكرات..."⁽¹⁾.

ولابد من احترام الآجال التي تمنحها المحكمة للخصوم لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم، وهذا ما نصت عليه المادة 928 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "...وتُمنح للخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة، لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم ويجب احترام هذه الآجال بصرامة وإلاّ استغني عنها دون إعدار"، وبالتالي فإنّ المشرع قد تشدّد بشأن مسألة الآجال، وربّب على عدم احترامها آثار خطيرة، تتمثّل في الاستغناء عن مذكرات الرد وكذا الملاحظات التي قد يتقدم بها الخصوم ودون إعدارهم، وحسن فعل المشرع لأنّه من غير المعقول أن تُمنح آجال طويلة من أجل تقديم المذكرات الجوابية وإبداء الملاحظات الشفوية في الدعاوى الاستعجالية، وإلاّ ما الهدف من اشتراط سرعة الفصل في الطلبات الاستعجالية، والجدير بالذكر أنّ مبدأ الوجاهية يكون غير محترم إذا كانت المهلة الممنوحة للرد غير كافية⁽²⁾، أو لم تُمنح إطلاقاً، وبالتالي فإنّ الحكم الصادر دون مراعاة تلك الإجراءات يكون غير سليم ويتعرض للإبطال⁽³⁾.

أمّا الفقرة الثانية من المادة 841 أعلاه، بيّنت طريقة تبليغ الوثائق التي يصعب استخراج نسخ عنها، وذلك بنصها: "...عندما يحول عدد الوثائق أو حجمها أو خصائصها

¹ - بمعنى التبليغ يكون عن طريق أمانة الضبط تحت إشراف القاضي المقرّر، لكننا نرى أنّ هذا من باب التزديد، لكون أنّ الفقرة الثانية من المادة 838 تنص على نفس الإجراء، سوى أنّ المشرع أضاف في الفقرة الأولى من المادة 841 عبارة "نسخ" وعبارة "العرائض".

² - بمعنى إذا كانت الآجال قصيرة جداً إلى درجة الإخلال بحق الدفاع.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 165.

دون استخراج نسخ عنها، يُبلغ جرد مفصل لها إلى الخصوم أو إلى ممثليهم، للإطلاع عليها بأمانة الضبط، وأخذ نسخ عنها على نفقتهم".

يتعلق الأمر هنا بحالة خصوصية، وذلك عندما يصعب استخراج نسخ عن الوثائق بسبب عددها أو حجمها أو بسبب خصائصها، فيتمُّ جرد مفصل لهذه الوثائق ويبلغ هذا الجرد إلى الخصوم أو إلى ممثليهم، وذلك بُغية الإطلاع على هذه الوثائق بأمانة ضبط المحكمة الإدارية، لكن المشرع أجاز للخصوم أو ممثليهم أخذ نسخ عن الوثائق لكن على نفقتهم.

وبالرجوع إلى المادة 842 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على ما يلي: "يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أن يرخص في حالة الضرورة الملحة، بتسليم هذه الوثائق مؤقتاً إلى الخصوم أو ممثليهم خلال أجل يحدده"، فهنا يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أن يرخص بتسليم الوثائق مؤقتاً إلى الخصوم أو محاميهم أو إلى ممثلي الإدارة، وهذا خلال الأجل المحدد من طرف رئيس المحكمة، وغالباً ما يتم تسليم الوثائق أثناء جلسة المرافعة للإطلاع الفوري كما هو عليه الحال في القضايا الاستعجالية، أو في الحالة التي يُحدّد فيها القانون أجلاً للفصل في القضية⁽¹⁾.

وهكذا يتضح لنا أنّ تبليغ المذكرات والوثائق، أثناء سير الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يتمُّ وفقاً للإجراءات المتعلقة بالدعوى الاستعجالية (الفقرة الثانية من المادة 931 أعلاه)، ومن جهة أخرى تطبق على هذا التبليغ القواعد العامة (المواد 838، 841، 842)، وذلك في الحالات غير المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 931 أعلاه.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 167.
- كالأجل المنصوص عليه في المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

وقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 2002/12/13 في قضية بلدية Saint-Jean-d'Eyraud، المبدأ التالي: "...باستطاعة قاضي الاستعجال أن يُعدّل من طرق التبليغ، لكن ليس في مقدوره استبعاد مقتضيات التبليغ..."⁽¹⁾.

وفي قرار آخر له صادر بتاريخ 26 مارس 1979 في قضية المجلس الجهوي لنقابة صيادلة منطقة Aquitaine، قرّر مجلس الدولة الفرنسي ما يلي: "الطابع الوجاهي للإجراءات يكون غير محترم، إذا لم يُخطَر كل طرف من الجهة القضائية بمختلف الوثائق المطروحة بالملف، بهدف السماح لهم بالإطلاع عليها أثناء التحقيق"⁽²⁾.

وهكذا فإنّ تبليغ المذكرات والوثائق إنّما قرّر لاحترام مبدأ الوجاهية، فلا يمكن القول بأنّ المحكمة قد احترمت هذا المبدأ إذا كان أحد الخصوم لم يُبلّغ بالمذكرة أو الوثائق التي قدمها خصمه⁽³⁾.

- تبليغ الأعمال الإجرائية:

أجازت المادة 839 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تبليغ الأعمال الإجرائية إلى ممثلي الأطراف، ومن باب أولى فإنّها تبلغ للأطراف أنفسهم، وعلى ذلك يمكن تبليغ تلك الأعمال الإجرائية التي تصدر أثناء التحقيق إلى محامو الأطراف، حيث نصت المادة 839 أعلاه: "يجوز تبليغ الأعمال الإجرائية إلى ممثلي الأطراف"، وهو نفس الإجراء الذي نصت عليه المادة 845 من نفس القانون التي جاء فيها: "يتم تبليغ الطلبات والأعمال الإجرائية المختلفة أثناء التحقيق إلى الأطراف أو ممثليهم".

أمّا عن طريقة تبليغ الأعمال الإجرائية، فقد بينتها الفقرة الأولى من المادة 840 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "تبلغ كل الإجراءات المتخذة وتدابير التحقيق إلى الخصوم برسالة مُضمّنة مع الإشعار بالاستلام، أو عن طريق مُحضّر قضائي، عند الاقتضاء... ويتم تبليغ... أوامر اختتام التحقيق وتاريخ الجلسة بنفس الأشكال".

¹ - أشار إليه: لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 157.

² - المرجع نفسه، ص 164.

³ - المرجع نفسه، ص 165.

وقد يتمّ التبليغ في كتابة الضبط إذا حضر المحامي أو الممثل القانوني للأطراف أمام أمانة الضبط، ويتمّ التبليغ مقابل وصل، يوقع عليه المُبلِّغ له، وهذا تحت إشراف القاضي المقرّر⁽¹⁾.

ولقد استبعدت المادة 927 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تطبيق أحكام المادة 848 من نفس القانون (المتعلقة بطلب التسوية والإعذار) في مادة الاستعجال، حيث نصت المادة 927: "لا تطبق في مادة الاستعجال أحكام المادة 848 أعلاه، المتعلقة بطلب التسوية والإعذار"، وهذا أمر منطقي يتماشى وطبيعة القضاء الاستعجالي الذي يتطلب سرعة الفصل في الطلب وعلى ذلك إذا تبيّن لقاضي الاستعجال بأنّ العريضة أو الطلب مشوباً بعيب يُرتب عدم القبول، فإنّه يُثيره تلقائياً دون دعوة المعنيين إلى تصحيح العريضة أو الطلب، ولا يُعذرهم إلى ضرورة التصحيح، وبالتالي تعتبر الآجال في مادة الاستعجال من النظام العام، فهي واجبة الاحترام من طرف الأطراف تحت طائلة عدم قبول مذكرات الرد وغير ذلك من الوثائق، دون حاجة لإرسال إعذار إلى الخصوم عند التخلف عن القيام بالإجراء المطلوب في الميعاد⁽²⁾.

والسبب من اشتراط أن يكون التبليغ برسالة مُضمّنة مع إشعار بالاستلام أو عن طريق المُحضّر القضائي، يرجع إلى الرغبة في ضمان حصول التبليغ للخصوم وعلمهم بكل الأعمال الإجرائية المُتخذة أثناء مرحلة التحقيق هذا من جهة، ومن جهة ثانية يعتبر التبليغ بهذه الطرق بمثابة حجة على الخصوم، سواء من حيث حصول واقعة التبليغ أو من حيث إثبات تاريخه وساعته.

مع الإشارة بأنّه للتأكد من صحة التبليغ وحُصوله، يجب أن يودع الإشعار بالاستلام في ملف القضية، وكذا الشأن بالنسبة لمحضر التبليغ، في الحالة التي يكون فيها التبليغ قد تمّ عن طريق المحضّر القضائي⁽³⁾.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 161، 162.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 274، 275.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 164، 165.

- تبليغ الأوجه المتعلقة بالنظام العام:

بالرجوع إلى المادة 843 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدتها تنص على ما يلي: "عندما يتبين لرئيس تشكيلة الحكم، أنّ الحكم يمكن أن يكون مؤسساً على وجه مثار تلقائياً، يُعلم الخصوم قبل جلسة الحكم بهذا الوجه، ويُحدّد الأجل الذي يمكن فيه تقديم ملاحظاتهم على الوجه المثار دون خرق آجال اختتام التحقيق، لا تطبق أحكام هذه المادة على الأوامر"، والمقصود بهذه الأوجه تلك المتعلقة بالنظام العام *Moyen d'ordre public* كقواعد الاختصاص، انعدام الصفة، انقضاء ميعاد رفع الدعوى، وهي أوجه يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، ويمكن للخصم إثارتها ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف، بمعنى يمكن إثارتها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وتُمنح للخصوم آجال قصيرة تتلاءم وطبيعة الدعوى الاستعجالية، وذلك من أجل تقديم ملاحظاتهم حول الأوجه المتعلقة بالنظام العام والمثارة تلقائياً⁽¹⁾.

ذلك أنّ رئيس تشكيلة الحكم يُبلغ الخصوم بتلك الأوجه قبل جلسة الحكم⁽²⁾، قصد تنبيههم إلى ضرورة اتخاذ موقف إجرائي من طرفهم، وهو إمّا التنازل عن القضية أو المضي فيها إذا تبين لهم بأنّ ذلك الوجه المثار تلقائياً لا يؤثر على الفصل في القضية، أو تبين لهم أنّه ليس من النظام العام وبالتالي لا يمكن أن يثار تلقائياً.

ويجب أن تقدم الملاحظات في الأجل المحدّد من طرف رئيس تشكيلة الحكم دون أن يتجاوز ذلك آجال اختتام التحقيق، لأنّه في حالة حلول أجل اختتام التحقيق فإنّه لا يمكن أن تقبل أي عريضة أو وثيقة ما لم يؤمر بإرجاع القضية إلى التحقيق⁽³⁾.

مع الإشارة إلى أنّ هذه المادة لا تطبّق على الأوامر، ولم تذكر المادة 843 أعلاه هذه الأوامر، وهذا على خلاف القانون الفرنسي وعلى الخصوص المادة 7/611 من القسم

¹ عبد القادر عدو، التحقيق في الدعاوى الإدارية المستعجلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، عدد 02، 2015، ص 84، 85.

² أجازت المادة 932 من ق.إ.م.إ، لرئيس تشكيلة الحكم إخبار الخصوم بالأوجه المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 168.

التنظيمي والمأخوذة منها المادة 843 من القانون الجزائري، إذ نجدها تُحيل إلى الأوامر الصادرة طبقاً للمواد 1/122، 12/122، 8/611، من القسم التنظيمي لقانون القضاء الإداري، وكذا المادة 1/822 منه⁽¹⁾.

وفي قرار صادر لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1998/04/29، في قضية بلدية Hannappes، قرّر بأنّه: "يجب أن يُبطلَ الحكم الذي أسّس قضاؤه على وسيلة من النظام العام المثارة تلقائياً من طرف الهيئة القضائية، دون التنبيه المسبق للأطراف طبقاً لنص المادة 1/153 من القسم التنظيمي لقانون القضاء الإداري، والذي بُنيَ على أساس إجراءات غير سليمة"⁽²⁾.

وفي قرار آخر له بتاريخ 2000/11/29، في قضية Arvanitakis قرّر مجلس الدولة الفرنسي: "بأنه لزاماً على القاضي أن يُخطر الأطراف بأنّه ينوي تأسيس حكمه تلقائياً على مقتضيات قانون دخل حيز التطبيق بعد قفل التحقيق..."⁽³⁾.

وفي قرار آخر له صادر بتاريخ 1995/12/29، في قضية Gendre قرّر مجلس الدولة الفرنسي: "أنّه في حالة الإعفاء من التحقيق في قضية ما طبقاً للمادة 149 من القسم التنظيمي، فإنّه في مقدور الجهة القضائية أن ترفض العريضة، تأسيساً على وسيلة من النظام العام والمثارة تلقائياً دون الإخطار السابق للأطراف..."⁽⁴⁾.

كما قرّر (مجلس الدولة الفرنسي) بتاريخ 1996/10/02، في قضية شركة الكهرباء Noël: "بأنّ إجراءات تبليغ وسائل النظام العام تنطبق على الاستعجال لما قبل التعاقد"⁽⁵⁾.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 168، 169.

² - المرجع نفسه، ص 169.

³ - المرجع نفسه، ص 170.

⁴ - المرجع نفسه، ص 171.

⁵ - المرجع نفسه، ص 172.

وبالنسبة لإجراءات الاستعجال المنبثقة من قانون 30 يونيو 2000، قرّر مجلس الدولة الفرنسي، بأنّ تبليغ وسائل النظام العام وجوبي، لكن في مقدور القاضي القيام بذلك أثناء الجلسة، مع وجوب الإشارة إلى هذا الإجراء في الأمر الاستعجالي⁽¹⁾.

وهذا الإجراء يتمشى وطبيعة الدعوى الاستعجالية التي تقوم على عنصر الاستعجال - سواء الاستعجال بالطبيعة أو بنص القانون -، حيث يمكن للقاضي الاستعجالي أن يُعَلِّم الخصوم بالأوجه المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة، ومنحهم آجال قصيرة تتناسب مع طبيعة الدعوى لتقديم ملاحظاتهم، وهو ما نصت عليه المادة 932 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء فيها: "خلافًا لأحكام المادة 843 أعلاه، يجوز إخبار الخصوم بالأوجه المثارة الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة".

وتُتَّبَع في مجال الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية إجراءات مُخَفَّفَة، وذلك بالتقليص من الآجال الممنوحة للخصوم من أجل تقديم مذكرات الرد وملف الموضوع عند الاقتضاء، وقد لا تتعدى هذه الآجال أحياناً يوماً أو يومين⁽²⁾، لأنّ الفصل في هذا النوع من الدعاوى مُحدّد بآجال لا ينبغي تجاوزها - كما سنرى لاحقاً -، وإنّ أجل تقديم المذكرات والملاحظات والدفع يُحدّدُه القاضي المقرّر، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 844 التي جاء فيها: "...يُعيّن رئيس تشكيلة الحكم، القاضي المقرّر الذي يُحدّد، بناء على ظروف القضية، الأجل الممنوح للخصوم من أجل تقديم المذكرات الإضافية والملاحظات وأوجه الدفاع والردود، كما يجوز له أن يطلب من الخصوم كل مستند أو أية وثيقة تفيد في فض النزاع...". وبما أنّ الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية مقيّدة بآجال قصيرة، فلا تخضع لتطبيق أحكام المادة 848 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المتعلقة بطلب التسوية والإعذار، وذلك طبقاً للمادة 927 من نفس القانون.

¹- C.E, 27 juillet 2001, Société MFC, N° 233718, www.legifrance.gouv.fr (consulté le 28/08/2016).

²- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 274.

ب- التحقيق أثناء جلسة المرافعة:

بالرجوع إلى المادة 3 من القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية⁽¹⁾، نجد أنها تنص على ما يلي: "يجب لصحة أحكامها، أن تتشكل المحكمة الإدارية من ثلاثة (3) قضاة على الأقل، من بينهم رئيس ومساعدان اثنان (2) برتبة مستشار..."، أما المادة 4 من نفس القانون نصت: "تُنظَّم المحاكم الإدارية في شكل غرف ويمكن أن تقسَّم الغرف إلى أقسام، يُحدَّد عدد الغرف والأقسام عن طريق التنظيم"، أما المادة 5 من نفس القانون نصت: "يتولى محافظ الدولة النيابة العامة بمساعدة محافظي دولة مساعدين".

لا شك أنَّ التحقيق قبل جلسة المرافعة يعتمد في كُليته على الطابع الكتابي، حيث ينصب على تبادل المذكرات ومذكرات الرد والوثائق، أمَّا خلال جلسة المرافعة فإنَّ الغلبة تكون للطابع الشفوي، حيث يقوم القاضي بتقديم ملخص للقضية، ثمَّ يمنح الكلمة للخصوم أو ممثليهم، ويمكنه أن يطلب منهم أية توضيحات مُكمِّلة لما جاء في المذكرات المكتوبة، حتى تتحقق عنده معرفة كاملة بملف القضية، وللخصوم أو ممثليهم أن يعرضوا شفويًا خلال الجلسة ويتوسع أكبر، ما سبق أن عرضه في مذكراتهم المكتوبة من وسائل وأدلة⁽²⁾.

ويتمُّ التحقيق بالجلسة من طرف رئيس التشكيلة بصفته رئيساً للغرفة الاستعجالية، ويكون ذلك بحضور كامل التشكيلة (رئيس ومُستشارين)، وقد يكون رئيس المحكمة الإدارية هو رئيس تشكيلة الحكم، كما قد يكون رئيس القسم (إذا كانت المحكمة الإدارية تتشكل من أقسام)⁽³⁾، وتبعاً لذلك سوف نُعبّر عن رئيس الجلسة بعبارة الرئيس.

وعلى ذلك يقوم الرئيس أثناء جلسة المرافعة بما يلي:

- يتلقى مذكرات الرد من الخصوم، إذا كان قد منح لهم مهلة لتقديمها أثناء جلسة المرافعة، مع تبليغها إلى المدعي وتلقي ملاحظاته الشفوية أو ملاحظات دفاعه بالجلسة؛

¹ القانون رقم 98-02، يتعلّق بالمحاكم الإدارية، سالف الذكر.

² عبد القادر عدو، التحقيق في الدعاوى الإدارية المستعجلة، مرجع سابق، ص 86.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 277.

- يتلقى الملاحظات الشفوية للمدعي أو محاميه بالجلسة، رداً على المذكرات الدفاعية للخصوم؛

- باستطاعة الرئيس أن يوجه أي سؤال للأطراف، كما يستطيع المستشارين توجيه الأسئلة عن طريق الرئيس؛

- باستطاعة الرئيس الاستماع إلى الشهود أو إلى أي طرف آخر؛

- يجوز للرئيس أن يُخبر الخصوم بالأوجه الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة⁽¹⁾، والتي بإمكانه إثارتها تلقائياً، وهذا طبقاً للمادة 932 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويرى في هذا الصدد الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا، أنّ المشرع استعمل عبارة يجوز في المادة 932 أعلاه، وهذا معناه أنّ الرئيس ليس مُجبر بإخبار الخصوم بأوجه النظام العام، بل هذا الإجراء هو جوازي وله سلطة تقديرية في ذلك، وبالتالي قد يرى عدم إخبار الخصوم بذلك، لأنّ ما يُطلَبُ منه لا يقتضي الانتظار، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أنّه إذا قرّر الرئيس إخبار الخصوم بتلك الأوجه، فإنّ ذلك يتمّ أثناء جلسة المرافعة وقبل اختتام التحقيق، ويكون باستطاعة الأطراف تقديم ملاحظاتهم الشفوية⁽²⁾.

لكن نحن لا نؤيّد الأستاذ الفاضل لما توصل إليه في تفسير المادة 932 أعلاه، لكون أنّ رئيس تشكيلة الحكم هو مُلزم أن يُعلّم الخصوم بالأوجه المتعلقة بالنظام العام وليس للرئيس أي سلطة تقديرية في ذلك، لكن من جهة أخرى منح المشرع لرئيس تشكيلة الحكم السلطة التقديرية في اختيار توقيت القيام بهذا الإجراء، فالقاعدة العامة أنّ إعلام الخصوم بهذه الأوجه يكون قبل جلسة الحكم، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 843 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أمّا في القضايا الاستعجالية خرج المشرع عن القاعدة العامة نظراً لطبيعة الدعوى الاستعجالية التي تتطلب السرعة في الإجراءات، وأجاز من خلال المادة 932 أعلاه، لرئيس تشكيلة الحكم أن يقوم بإخبار الخصوم بالأوجه المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة وليس قبلها، وبالتالي فإنّ عبارة "يجوز" التي جاءت بها المادة

¹- يجب أن يتضمن الأمر الاستعجالي الإشارة إلى تطبيق أحكام المادة 932 أعلاه، وهذا وفقاً للمادة 933 من ق.إ.م.إ.

²- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 278.

932 أعلاه، يُقصد بها إمكانية إخبار الخصوم بتلك الأوجه أثناء جلسة المرافعة - خلافاً للقاعدة العامة في دعاوى الموضوع فالرئيس ينبه الخصوم بهذه الأوجه قبل جلسة المرافعة - وبالتالي فإنّ عبارة "يجوز" تعطي السلطة التقديرية لرئيس تشكيلة الحكم في إعلام الخصوم بالأوجه المتعلقة بالنظام العام أثناء جلسة المرافعة، ولا تعطيه السلطة التقديرية في عدم القيام بهذا الإجراء، وبالتالي تبقى السلطة التقديرية لرئيس تشكيلة الحكم في الخيار بين إعلام الخصوم بهذه الأوجه إمّا قبل الجلسة - حتّى ولو كنّا أمام دعوى استعجالية -، وإمّا إعلامهم أثناء الجلسة، وهذه الحالة الأخيرة لا يمكن اللجوء إليها إلاّ إذا كنا بصدد دعوى استعجالية، وبالتالي فإنّ السلطة التقديرية لرئيس تشكيلة الحكم في اختيار توقيت القيام بهذا الإجراء، لا يمكن أن تثار إلاّ بشأن الدعاوى الاستعجالية، دون دعاوى الموضوع التي تسري عليها الفقرة الأولى من المادة 843 أعلاه.

وغني عن البيان أنّ المناقشة الشفوية على مستوى التحقيق بالجلسة، تسمح بإعلام التشكيلة الجماعية بملاحظات القضية، كما أنّه باستطاعة الخصوم أثناء الجلسة إثارة أية مسألة تتعلق بالقانون أو بالوقائع، وباستطاعتهم أن يقدموا وسائل جديدة بمعنى أن تكون هذه الوسائل غير مذكورة ولا حتى متّوسّع في شرحها في المذكرات المكتوبة⁽¹⁾، لذلك قد يكون الحل الذي توصلت إليه الغرفة الاستعجالية بشأن مدى إحترام المصلحة المتعاقدة لقواعد الإشهار والمنافسة أثناء إبرامها للعقد الإداري، مؤسساً ومُسْتَدِداً على الأدلة التي ظهرت أثناء جلسة المرافعة، ومن المقبول قانوناً أن يشرح ممثل المصلحة المتعاقدة مجموع الأدلة القانونية التي بحوزته والتي يُثبت من خلالها أنّ المصلحة المتعاقدة قد راعت التزامات الإشهار والمنافسة أثناء إجراءات إبرام العقد الإداري.

ومن الممكن أيضاً عرض وسائل تتعلّق بالوقائع ولأوّل مرة أثناء جلسة المرافعة، وبالإمكان أيضاً تقديم عناصر مفيدة والتي تكون محلاً لمناقشة وجاهية، وباستطاعة الخصوم

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 278.

تقديم مُستندات إضافية أثناء الجلسة، كما تسمح جلسة المرافعة للخصوم بتوضيح طلباتهم أو إضافة طلبات أخرى جديدة⁽¹⁾.

ويثور التساؤل حول مدى إمكانية الأطراف في إثارة أوجه جديدة خلال جلسة المرافعة تدعياً للطلبات المقدمة سابقاً؟، يذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى القول بأن إمكانية الأطراف في تقديم مذكرات الرد والملاحظات عملاً بالمادة R.613-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي (والتي تقابلها المادة 928 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، يتضمّن بالضرورة جواز إثارة أوجه جديدة تدعياً للطلبات المقدمة، ويعتمد هذا الاتجاه في تبرير موقفه على قضاء محكمة النقض الفرنسية، حيث وسعت من مضمون عبارة "ملاحظات" "Observations" الواردة في المادتين 440، 441 من قانون الإجراءات المدنية، لتشمل جواز إثارة أوجه جديدة، وعلى غرار المرافعات المدنية فمن المقبول في المرافعات الإدارية المستعجلة إثارة وسائل جديدة تدعياً للطلبات المقدمة.

ولقد لقي هذا الاتجاه من الفقه سنداً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث أجاز في قرار له بتاريخ 2011/04/15 للخصوم أن يتقدموا بوسائل جديدة خلال جلسة الحكم⁽²⁾.

وغياب طرف ما عن جلسة المرافعة ليس من شأنه الانتقاص من الطابع الوجاهي للتحقيق - بشرط أن يكون مُبلّغاً بتاريخ انعقاد الجلسة تبليغ صحيح -، إذ يكتفي الرئيس بسماع الطرف الحاضر، ومن المُتصوّر خلال الجلسة أن تُعلن المصلحة المتعاقدة عن نيتها في إعادة إجراءات إبرام العقد حسب مقتضيات الإشهار والمنافسة النزيهة⁽³⁾.

مع الإشارة بأنّ محافظ الدولة ليس طرفاً في إجراءات الاستعجال، فلا تُبلّغ له العرائض، ولا يحظر أثناء جلسة المرافعة ولا أثناء النطق بالأمر الاستعجالي⁽⁴⁾.

¹- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 278، 279.

²- عبد القادر عدو، التحقيق في الدعاوى الإدارية المستعجلة، مرجع سابق، ص 88.

³- المرجع نفسه، ص 86.

⁴- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 280.

ويُعدُّ محافظ الدولة من أبرز الشخصيات في نظام القضاء الإداري، حيث يقوم بدور النيابة العامة، وبمقتضى هذا الدور يلتزم بتقديم تقرير مكتوب يتضمن عرضاً للوقائع والقانون والأوجه المثارة، ورأيه حول كل مسألة مطروحة، والحلول المقترحة للفصل في النزاع⁽¹⁾، كما يقدم محافظ الدولة ملاحظاته الشفهية قبل غلق باب المرافعات.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية (لاسيما الأحكام المتعلقة بالاستعجال الإداري) لا نجد أي نص صريح ينص على ضرورة أو عدم ضرورة تقديم محافظ الدولة لطلباته خلال جلسة الحكم في الدعوى المستعجلة، وهذا على خلاف قانون القضاء الإداري الفرنسي، حيث نصت المادة L.522-1: "باستثناء الإحالة على التشكيلة الجماعية، تعقد الجلسة دون طلبات المقرّر العام"⁽²⁾.

ويرى الدكتور عبد القادر عدو، أنّ سماع محافظ الدولة في الدعاوى الإدارية المستعجلة غير ضروري، طالما أنّ قاضي الاستعجال لا يمس بأصل الحق، وأنّه لا مجال للمقارنة في هذا الصدد بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، ذلك أنّ اعتماد المشرع الفرنسي مبدأ إبداء المقرّر العام لطلباته لا يكون إلّا في حالة الإحالة إلى التشكيلة الجماعية، متى رأى القاضي الفرد أنّه من الصعب عليه الفصل في الطلب الاستعجالي لتضمّنه مسائل معقّدة⁽³⁾.

لكن التساؤل المطروح في هذا الصدد هو: هل كل الدعاوى الاستعجالية لا تمس بأصل الحق؟ وهل القاضي الاستعجالي في كل أنواع الاستعجال الإداري يُصدر مجرد تدابير مؤقتة وتحفظية؟.

أکید أنّ الإجابة تكون بلا، فمثلاً كما سلف الذكر، أنّ الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية هي دعوى موضوع يأمر القاضي الاستعجالي

¹ نصت على دور محافظ الدولة، المادة 898 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

² عبد القادر عدو، التحقيق في الدعاوى الإدارية المستعجلة، مرجع سابق، ص 87.

³ المرجع نفسه، ص 87.

من خلالها بتدابير نهائية⁽¹⁾ تمس بأصل الحق، غير أنّ الفصل في هذه الدعوى يكون في آجال معينة، بمعنى أنّ هذه الدعوى تتطلب السرعة في الفصل، وهناك اختلاف بين حالة الاستعجال وبين السرعة في الفصل التي تخضع لها الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

ونظراً لأنّ الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، هي دعوى موضوعية يتمّ الفصل فيها طبقاً لمواعيد قصيرة، كان من المفروض أن تخضع هذه الدعوى لنفس الإجراءات التي تخضع لها باقي الدعاوى الإدارية الفاصلة في الموضوع، باستثناء المواعيد والآجال، بمعنى أنّه يتمّ تكييف هذه الإجراءات من حيث آجال القيام بها، بما يتماشى والأجل المحدد للفصل في الدعوى ذاتها، أمّا القول أنّ محافظ الدولة ليس له أي دور في هذه الدعوى التي تمس بأصل الحق، فهذا لا يتناسب إطلاقاً مع الهدف الذي من أجله تمّ استحداث منصب محافظ الدولة الذي له دور كبير في مساعدة وتنوير تشكيلة الحكم، لاسيما من خلال التقارير التي يُعدها والالتماسات الشفوية التي يُقدّمها بشأن الحلول المقترحة للنزاع⁽²⁾.

والأصل أنّ اختتام التحقيق يكون بانتهاء جلسة المرافعة، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 931 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويأمر بعد ذلك رئيس تشكيلة الحكم بوضع القضية في المداولة لليوم نفسه، أو ليوم آخر مع مراعاة وجوب الفصل بسرعة خلال الأجل المُحدّد للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

- إعادة فتح التحقيق:

لرئيس تشكيلة الحكم السلطة التقديرية في عدم اختتام التحقيق، وذلك بتأجيل اختتامه إلى جلسة أخرى لليوم نفسه أو ليوم آخر، مع إخطار الخصوم الحاضرين بالجلسة شخصياً أو بواسطة دفاعهم شفهيّاً، في حين يقوم الرئيس بإخطار الأطراف الغائبين بواسطة

¹ - باستثناء الحالة التي يأمر فيها القاضي الاستعجالي قبل التعاقدية، المصلحة المتعاقدة بتأجيل إبرام العقد إلى غاية نهاية الإجراءات، يمكن اعتبار هذا الإجراء هو تدبير مؤقت، لكنه يزول بمجرد فصل القاضي الاستعجالي في موضوع الطلب.

² - إن كنا نُسلّم بأنّ محافظ الدولة لا يظهر دوره الحقيقي في الدعاوى الاستعجالية التي ينتج عنها مجرد تدابير تحفظية لا تمس بأصل الحق، فإننا نعارض فكرة الاستغناء عنه في الدعاوى الاستعجالية التي ينتج عنها تدابير نهائية ماسة بأصل الحق، على غرار الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات.

جميع الوسائل المتاحة لاسيما رسالة مُضمَّنة الوصول أو عن طريق المُحضَّر القضائي⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 931 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "يختتم التحقيق بانتهاء الجلسة، ما لم يُقرَّر قاضي الاستعجال تأجيل اختتامه إلى تاريخ لاحق ويخطر به الخصوم بكل الوسائل... يُفْتَتَح التحقيق من جديد في حالة التأجيل إلى جلسة أخرى".

وإعادة فتح التحقيق يكون في الحالات التالية:

- إذا لم يتمكن القاضي من أن يُكوِّن قناعته خلال الجلسة بناء على الوثائق الموجودة أمامه ومذكرات الأطراف وملاحظاتهم المكتوبة والشفوية، فيجوز له تأجيل اختتام التحقيق إلى تاريخ لاحق⁽²⁾؛

- من الممكن فتح تحقيق من جديد في حالة ما إذا تقدّم أحد الأطراف بوثيقة منتجة في النزاع، أي حاسمة يتوقف عليها الفصل في الدعوى المستعجلة (لاسيما الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية)، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2001/12/10: "إنَّ الوثيقة التي تمَّ تقديمها في اليوم الموالي للجلسة، في حين كان التحقيق قد اختتم، وإنَّ طبيعة الوثيقة المقدّمة تفرض على قاضي الاستعجال، بالنظر إلى النقاش الذي دار أمامه، وضمن الظروف الخاصة بالدعوى، التزاماً بإعادة فتح التحقيق من جديد، بقصد جمع ملاحظات المدعى عليهم"⁽³⁾؛

- إذا أثار أحد الخصوم وجه خاص بالنظام العام خلال الجلسة، ومن شأن هذا الوجه أن يكون أساساً للأمر الفاصل في الدعوى.

وبصفة عامة فإنَّ رئيس تشكيلة الحكم يقوم بإعادة فتح التحقيق عندما يتبيّن له بأنَّ عناصر الملف لا تسمح له بالفصل في الطلب، وأنَّ ذلك يحتاج إلى بعض التوضيحات كتابية أو شفاهة من طرف الخصوم، أو تقديم وثيقة أو مذكرة أخرى من أحد الأطراف

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 280.

² - عبد القادر عدو، التحقيق في الدعاوى الإدارية المستعجلة، مرجع سابق، ص 89.

³ - المرجع نفسه، ص 89.

الحاضرين أو الغائبين، وأنداك يقوم الأطراف بتبليغ المذكرات والوثائق الإضافية المقدّمة من طرفهم بالجلسة وقبل اختتام التحقيق إلى الخصوم، ويجوز أن يكون التبليغ بواسطة المحضّر القضائي ربحاً للوقت، وعلى الطرف الذي قام بذلك الإجراء أن يقوم بإثباته أمام المحكمة، بمعنى أنّه من واجبه إقامة الدليل على قيامه بتبليغ خصمه بواسطة المحضّر القضائي مثلاً، أو أنّه سعى في ذلك لكن دون جدوى، كأن يُحرّر المحضّر القضائي محضراً بعدم الوجود، أو يُشير إلى أنّ المُبلّغ له قد رفض الاستلام والتوقيع⁽¹⁾.

وعند انعقاد الجلسة الجديدة التي أُجّل إليها اختتام التحقيق، فإنّنا نكون بصدد تحقيق جديد أثناء جلسة المرافعة وبإمكان الأطراف تقديم ملاحظاتهم الشفوية، وبعدها توضع القضية في المداولة لليوم نفسه أو ليوم آخر - مع وجوب مراعاة آجال الفصل في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية -، ليتم بعد ذلك النطق بالأمر الاستعجالي⁽²⁾.

وفي حالة إعادة فتح التحقيق لابد من الإشارة إلى ذلك في الأمر الاستعجالي، وهو ما نصت عليه المادة 933 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "يجب أن يتضمن الأمر الاستعجالي الإشارة إلى تطبيق أحكام المادتين 931 و932 أعلاه".

وهناك ملاحظة نراها في غاية الأهمية لابد من الإشارة إليها، مفادها أنّ المشرع عند تنظيمه لإجراءات الاستعجال الإداري من خلال المواد 923 إلى 935 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أشار إلى إجراء اختتام التحقيق وإعادة السير فيه، لكنه لم يشر إطلاقاً إلى إجراء الإعفاء من التحقيق المنصوص عليه في المادة 847 من نفس القانون، والتي نصت: "يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أن يُقرّر بألا وجه للتحقيق في القضية عندما يتبيّن له من العريضة أنّ حلها مؤكد، ويرسل الملف إلى محافظ الدولة لتقديم التماساته، في هذه الحالة يأمر الرئيس بإحالة الملف أمام تشكيلة الحكم بعد تقديم التماسات محافظ الدولة".

هل هذا يعني أنّ إجراء الإعفاء من التحقيق الذي يقوم به رئيس المحكمة الإدارية، والمنصوص عليه في المادة 847 أعلاه، يطبق على دعوى الموضوع دون الدعوى

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 280، 281.

² - المرجع نفسه، ص 280، 281.

المستعجلة، نظراً لعدم النص عليه ضمن إجراءات الاستعجال الإداري؟ في رأينا وطبقاً للمقولة المشهورة "القانون منطوق، فن وذكاء"، فإنَّ المشرع عندما منح رئيس المحكمة الإدارية صلاحية الأمر بالإعفاء من التحقيق بالنسبة لدعوى الموضوع الماسة بأصل الحق، إذا تبين له من العريضة أنَّ حلها مؤكد، فمن باب أولى أن يمارس الرئيس نفس الصلاحية بخصوص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وهنا يظهر دور محافظ الدولة بخصوص هذا الإجراء، إذ أنَّ المشرع ألزم رئيس المحكمة الإدارية - بعد أن يقرَّر بالألا وجه للتحقيق - أن يرسل الملف إلى محافظ الدولة لتقديم التماساته، والهدف من ذلك أنه قد يثير محافظ الدولة نقطة قانونية مهمة لم ينتبه لها رئيس المحكمة الإدارية، مما قد يجعل هذا الأخير يتراجع عن قراره ولا يحيل الملف أمام تشكيلة الحكم مباشرة، وإنما يُحيل القضية على التحقيق، ولذلك نناشد المشرع الجزائري بأن ينص صراحة على وجوب تقديم محافظ الدولة لتقريره المكتوب⁽¹⁾ والتماساته الشفوية أثناء جلسة المرافعة وذلك بخصوص الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات (الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية)، بالنظر لأهمية هذه الدعوى من حيث ارتباطها بالعقود والصفقات العمومية وما تستوجبه من نفقات باهظة هذا من جهة، ومن جهة ثانية لكون أنَّ القاضي يبت في هذه الدعوى بتدابير نهائية، لذلك فإنَّ فسح المجال لمحافظ الدولة لتقديم تقريره وملاحظاته والتماساته بخصوص الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية، سوف يكون له الأثر الكبير على نجاعة ونوعية الأوامر الاستعجالية الصادرة بشأن منازعات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

2- وسائل التحقيق في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (طرق الإثبات):

إنَّ الحق يتجرد من قيمته القانونية إن عجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء، فالدليل هو قوام حياة الحق، فيه يحيى وبعده يموت، فلا وجود للحق من الناحية العملية مجرداً من دليله عند المنازعة فيه، رغم أنَّ هذا الدليل ليس ركناً في الحق، فالإثبات هو فدية الحق *La preuve est la rançon du droit*، كما أنَّه لا يتَّصور قيام دعوى قضائية دون أن تثور مسألة الإثبات القضائي.

¹ - مع ضرورة منحه آجال قصيرة لتتلاءم وطبيعة الدعوى الاستعجالية، وذلك من أجل إعداد التقرير وتقديمه.

ونظراً لهذه الأهمية التي يكتسبها الإثبات في الدعوى القضائية بالنسبة للقاضي، وبالنسبة للمتقاضي من حيث وجود وعدم وجود الحق، فلا نجد دولة في الوقت الحاضر يخلو تشريعها من نصوص خاصة بالإثبات، سواءً باعتبارها قواعد إجرائية أو قواعد موضوعية.

ويُعرّف الفقه الإثبات القضائي بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حدّدها القانون حول وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"، ويُستخلص من هذا التعريف أنّ الإثبات القضائي يخضع للطرق التي حدّدها القانون، ويتمُّ أمام القضاء، كما أنّ النتائج التي تمّ التوصل إليها بواسطة أدلة الإثبات تصبح حقيقة قضائية لا يجوز الانحراف عنها حتى ولو ثبت فيما بعد عدم مطابقتها مع الحقيقة الواقعية⁽¹⁾

يعد مبدأ حياد القاضي في المواد المدنية من المبادئ الهامة المترتبة على الطابع الاتهامي للإجراءات القضائية، لذلك فإنّ الإجراءات تخضع أمام القاضي المدني لقاعدة « البينة على من ادعى actori incumbit probatio ».

وإذا كانت الإجراءات القضائية الإدارية متميّزة عن الإجراءات القضائية العادية، إلّا أنّ قاعدة « البينة على من ادعى » تطبق بالرغم من ذلك في المواد الإدارية، وإن كانت تخضع في هذا المجال لبعض الاستثناءات نظراً لأنّ القاضي الإداري - وعلى الخصوص القاضي الإداري الفرنسي - اعتبر نفسه هو السيد في مجال الإثبات في مختلف الدعاوى الإدارية، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى خصائص النزاع الإداري، ذلك أنّ المدعي (الشخص الخاص خاصة) لا يوجد دائماً في مركز متساوي مع المدعى عليه (الإدارة العامة)، فالإدارة تملك وسائل الإثبات التي يحتاجها المدعي في دعواه ويكون من الصعب على هذا الأخير الوصول إليها، لذلك ومن أجل إعادة التوازن بين المدعي والمدعى عليه، تمّ تزويد القاضي الإداري بسلطات واسعة تجعله لا يطبق قاعدة « البينة على من ادعى » تطبيقاً كلياً، وهذا ما يعطي لتدخل القاضي في مجال الإثبات طابعاً تحقيقياً.

¹ - عبد الرحمن ملزي، طرق الإثبات أمام القضاء المدني، محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة (غير منشورة)، السنة الأولى، الدورة 21، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2010-2011، ص 1، 3.

وهكذا يتضح لنا أنّ قواعد الإثبات - بصفة عامة - تحتل أهمية خاصة في مجال الدراسات القانونية، فالمنازعة موضوع التقاضي تتجرد من كل قيمة إذا لم يقدّم الدليل على حسم النزاع بشأنها، وهذا الدليل يجب أن يقع - من المفروض - على المدعي، ومع ذلك فإنّ الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه في مجال المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال بالنظر إلى احتفاظ الإدارة في غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات، لذلك فمن حق الأطراف المتنازعة - خاصة المدعي - أن تطلب من القاضي القيام ببعض الإجراءات التي تساهم في حماية مراكزها القانونية وللقاضي في المقابل رقابة هذه الطلبات⁽¹⁾.

والجدير بالذكر فإنّ عبء الإثبات لا يعني أنّه على أطراف الخصومة (لاسيما المدعي) إثبات القانون لأنّ القاضي يُفترض فيه معرفته للقانون، وإنّما يجب على الأطراف المتنازعة توضيح وضعيتها أمام القاضي المُطالب بتطبيق القانون، وذلك بتقديم الدليل (المُحدّد مسبقاً للقانون) فقط في مجال الوقائع (القانونية أو المادية)، ومتى قامت بذلك كان على القاضي أن يُطبق القانون على ما ثبت لديه من وقائع، ولذلك فإنّ القاعدة القانونية التي ينبغي على القاضي تطبيقها على النزاع المعروف عليه ليست محللاً للإثبات أي لا يكلف الخصوم بإثباتها فهو عمل القاضي وحده، ومع ذلك فقد يحدث أن يلجأ الخصوم إلى مناقشة مسألة تطبيق قاعدة قانونية على واقعة معينة معروضة على المحكمة، إلا أنّ هذا لا يعد من باب الإثبات على الإطلاق وإنّما هو من باب التفسير والاجتهاد لا غير، لأنّ القاعدة القانونية موجودة فعلاً ولا ينازع فيها أحد، وإنّما يدور النزاع حول مضمونها وحول المدى الذي يمتد إليه مفعولها وكيفية تطبيقها⁽²⁾.

إنّ المساهمة الأكثر فعالية في مجال الإثبات في المواد الإدارية هي تدخل القاضي وذلك نظراً لعدم تساوي أطراف الدعوى في المنازعة الإدارية، فالمدعى عليه هو الإدارة عادة التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، أمّا المدعي فهو في الغالب شخص خاص يحاول

¹ - مراد بدران، الطابع التحقيقي للإثبات في المواد الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 9، 2009، ص 9، 10.

² - المرجع نفسه، ص 11.

حماية مصلحته الخاصة، الشيء الذي يجعل الشخص العام في موقع قوة مقارنة مع الشخص الخاص، وإذا ما تمسكنا بقاعدة « البينة على من ادعى » فإنَّ عبئ الإثبات يقع على الشخص الخاص باعتباره المدعي وهي مسألة صعبة جداً نظراً لأنَّه في مواجهة شخص عام بيده امتيازات السلطة العامة، إنَّ عدم تساوي أطراف النزاع هو الذي كان السبب في منح القاضي الإداري دوراً تدخلياً في الدعوى للمساهمة في البحث عن الدليل وإعادة التساوي بين أطراف النزاع⁽¹⁾.

وإذا كان من حق الأطراف المتنازعة الدفاع عن مراكزها القانونية من خلال طلب القيام بإجراءات معينة تؤكد مزاعمها فإنَّ للقاضي سلطة رقابة هذا الحق من خلال السلطات الواسعة التي يتمتع بها في مجال البحث عن الدليل، وهو في هذا الصدد لا يخضع كلياً لرغبات الأطراف المتنازعة لأنَّ حياد القاضي لا يعني ضعفه، وعلى هذا الأساس واحتراماً لأحد المبادئ العامة لإجراءات الخصومة القضائية والمتمثل في "مبدأ المصلحة في الإجراء" فإنَّ للقاضي الإداري سلطة تقدير الدليل المُقدَّم أو الإجراء الذي طلب منه أطراف النزاع اتخاذه، فإذا كانت إجراءات الخصومة قد وُجدت من أجل تحقيق حماية المراكز القانونية لأطراف النزاع، فإنَّه بالمقابل لا يجب عليه (القاضي) أن يقبل من هؤلاء كل ما تقدموا به من إجراءات لحماية مراكزهم بل يُشترط توافر المصلحة في الإجراء المطلوب اتخاذه، بحيث يكون مُهماً للفصل في النزاع ولا يؤدي إلى تعطيل الفصل فيه.

ولقد استقرَّ القضاء على أنَّه بإمكان القاضي رفض طلب إجراء الخبرة إذا كانت الوثائق المُقدَّمة أمامه كافية لتكوين اقتناعه، وهذا الكلام يصدق كذلك على كل وسائل التحقيق الأخرى.

فإذا كانت جرأة القاضي الإداري الفرنسي قد أوصلته دون الاستناد على نصوص قانونية إلى إعادة التوازن بين طرفي الدعوى في المنازعة الإدارية، فإنَّنا ننتظر الكثير من

¹ - مراد بدران، مرجع سابق، ص 13.

القاضي الإداري الجزائري في هذا المجال خاصة وأن النصوص القانونية تسمح له باستعمال سلطاته التحقيقية وبالتالي إعادة التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده قد حدّد وسائل التحقيق التي يلجأ إليها القاضي الإداري - كذلك القاضي العادي⁽²⁾ - من أجل إيجاد حل للنزاعات المعروضة عليه، فالمادة 858 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على الخبرة، إلا أنه لا يمكن اللجوء إلى هذا الإجراء أثناء النظر في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية⁽³⁾، نظراً لخصوصيتها وارتباطها بعنصر الوقت، فالقاضي مُقيّد بآجال محدّدة لا بد عليه ألا يتجاوزها عند فصله في هذا النوع من الدعاوى الاستعجالية، وهذا ما يتعارض مع الخبرة التي تأخذ إجراءاتها الكثير من الوقت بداية بتعيين الخبير وإيداع التسبيق المالي وإعطاء مهلة للخبير من أجل إيداع تقريره، وغيرها من الإجراءات المعقدة والطويلة التي تتعارض مع طبيعة الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية لاسيما من حيث الآجال.

أمّا المادة 859 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فنصت على ما يلي: "تُطبق الأحكام المتعلقة بسماع الشهود المنصوص عليها في المواد من 150 إلى 162 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية"، وتلعب الشهادة دوراً كبيراً في مجال الإثبات سواء أمام القضاء العادي أو الإداري، وكثيراً ما يعتمد عليها القاضي في تكوين قناعته، أمّا المادة 860 من نفس القانون نصت: "يجوز لتشكيلة الحكم أو القاضي المقرّر الذي يقوم بسماع الشهود، أن يستدعي أو يستمع تلقائياً إلى أي شخص يرى سماعه مفيداً، كما يجوز أيضاً سماع أعوان الإدارة، أو طلب حضورهم لتقديم الإيضاحات"⁽⁴⁾.

¹ - مراد بدران، مرجع سابق، ص 13، 14، 22.

² - أغلب وسائل التحقيق التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هي وسائل مشتركة بين المنازعة العادية والمنازعة الإدارية، لذلك لجأ المشرع - أثناء تنظيمه لوسائل التحقيق في النزاع الإداري - إلى أسلوب الإحالة على وسائل التحقيق المعتمدة بشأن النزاع العادي، إلا أنه يوجد بعض وسائل التحقيق خاصة بالنزاع الإداري فقط نظراً لخصوصيته، وهي تلك الواردة في المادتين 863، 864 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 319.

⁴ - ما ينبغي الإشارة إليه أن أحكام المادة 151 من ق.إ.م.إ، لا تطبق على الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، بمعنى أن القاضي الاستعجالي يستدعي الشهود مباشرة للحضور أمامه من أجل سماعهم، ولا يصدر أمر استعجالي بسماع شاهد =

وهناك إجراء آخر نصت عليه المادة 861 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتمثل في المعاينة والانتقال إلى الأماكن، وأحالت هذه المادة إلى المواد من 146 إلى 149 من نفس القانون، لكن هذا الإجراء ليس له علاقة بالدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية التي تتطلب الإثبات بالكتابة أو ملاحظات شفوية أو شهود، أمّا الانتقال فيكون غالباً في دعاوى المسؤولية من أجل تقدير الأضرار اللاحقة بالبنائية مثلاً (معاينة الوقائع المادية)، وذلك بُغية التأكد من صحة المعاينات التي قام بها الخبير.

أمّا المادة 862 من نفس القانون نصت على ما يلي: "تطبق الأحكام المتعلقة بمضاهاة الخطوط المنصوص عليها في المواد من 164 إلى 174 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية"، وبالرجوع إلى المادة 164 من نفس القانون نجدها تُعرّف دعوى مضاهاة الخطوط، بأنها تلك الدعوى التي تهدف إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المُحرّر العرفي، لكن المصلحة المتعاقدة تتعامل - أثناء إبرامها للعقود - بوثائق رسمية وليس عرفية⁽¹⁾، وأي تزوير في الوثائق والمحرّرات الرسمية المتعلقة بإبرام العقود والصفقات نكون بصدد دعوى جزائية، وبما أنّ الإدارة العامة عند إبرامها للعقود والصفقات لا تستعمل المحرّرات العرفية وإنما تعتمد على المحرّرات الرسمية هذا من جهة، ومن جهة ثانية يُعد هذا الإجراء بمثابة خبرة ويتطلب الكثير من الوقت، فلا مجال لإعماله بخصوص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية المرتبطة بعنصر الزمن.

وبالرجوع إلى المادة 863 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها فتحت المجال للقاضي الإداري بخصوص التحقيق في الدعوى الإدارية، وأعطته كامل السلطة التقديرية للقيام بأي تدبير تحقيق آخر، حيث جاء في المادة 863 أعلاه: "يجوز لرئيس تشكيلة الحكم تعيين أحد أعضائها للقيام بكل تدابير التحقيق غير تلك الواردة في المواد من 858 إلى 861 أعلاه"، وبالتالي باستطاعة رئيس تشكيلة الحكم تعيين أحد أعضاء التشكيلة

⁼معيّن لأن ذلك يتنافى مع طبيعة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية التي تتطلب السرعة في الفصل، وبالتالي يكون سماع الشهود بواسطة أمر شفوي نظراً لخصوصية هذه الدعوى.

¹- ذلك أنّ المصلحة المتعاقدة تثبت جميع إجراءات إبرام العقود والصفقات في محاضر رسمية تلجأ إليها عند الضرورة حتى تثبت سلامة تلك الإجراءات.

وهو القاضي المقرّر في القضية، من أجل التوجه مثلاً إلى مقر المصلحة المتعاقدة قصد الإطلاع على الوثائق للتأكد من مدى احترامها للالتزامات الإشهار والمنافسة أثناء إبرامها لصفقة معينة.

وقد جاء المشرع بإجراء جديد من خلال المادة 864 من نفس القانون، التي جاء فيها: "عندما يُؤمر بأحد تدابير التحقيق، يجوز لتشكيلة الحكم أن تقرّر إجراء تسجيل صوتي أو بصري أو سمعي بصري لكل العمليات أو لجزء منها"، هذه المادة كسابقتها مُقتبسة من المادة 2/626 من القسم التنظيمي لقانون القضاء الإداري الفرنسي، ومثال ذلك أن ينتقل القاضي المقرّر إلى مكان تواجد شاهد معين من أجل سماع شهادته - والذي لا يستطيع الحضور للمحكمة لسبب ما -، أو ينتقل إلى مقر المصلحة المتعاقدة من أجل سماع رئيس لجنة الصفقات أو سماع الممثل القانوني لهذه المصلحة المتعاقدة، ويقوم القاضي المقرّر بتسجيل صوتي أو بصري أو سمعي بصري لهذا التحقيق⁽¹⁾.

وقد أحالت المادة 865 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بخصوص الإنابات القضائية إلى تطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد من 108 إلى 124 من نفس القانون أمام المحاكم الإدارية، ولقد نصت المادة 108 بخصوص الإنابات القضائية الداخلية على ما يلي: "إذا تعذر على القاضي الانتقال خارج دائرة اختصاصه بسبب بعد المسافة، أو بسبب المصاريف، جاز له إصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصة من نفس الدرجة، أو درجة أدنى، للقيام بالإجراءات المأمور بها"، لكن إجراءات الإنابة القضائية هي الأخرى تتطلب مدة زمنية طويلة لا تتلاءم مع آجال الفصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، هذا بالنسبة للإنابة القضائية الداخلية، أمّا الإنابة القضائية الدولية فإجراءاتها أكثر تعقيداً ويستحيل إعمالها بالنسبة للدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات، لأنها تتطلب وقت كبير لا يتناسب مع طبيعة هذه الدعوى.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 286، 287.

وقد يحدث أن تتخلل التحقيق مجموعة من العوارض من شأنها أن تعيق المجرى العادي للخصومة الإدارية⁽¹⁾، وهو ما يُعرف بعوارض التحقيق التي نصَّ عليها المشرع من خلال المادة 866 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "الطلبات العارضة هي الطلبات المقابلة والتدخل، ويُحقَّق فيها حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى"، الطلبات العارضة قد تكون مُقدَّمة من طرف المدعى عليه كما في حالة الطلبات المقابلة والتي لا يكتفي فيها المدعى عليه بالتماس رفض طلبات المدعي، بل يطلب الحكم له بطلبات خاصة به، وقد نصت المادة 867 من نفس القانون: "يكون الطلب المقابل مقبولاً إذا كان مرتبطاً بالطلب الأصلي"، أمَّا 868 جاء فيها: "يترتب على عدم قبول الطلب الأصلي عدم قبول الطلب المقابل"، وبخصوص الطلبات العارضة المُقدَّمة من طرف الغير، فتتمثل في التدخل في الخصومة، وقد جاء في المادة 869: "تطبق الأحكام المتعلقة بالتدخل في الخصومة المنصوص عليها في المواد من 194 إلى 206 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية"، وقد نصت المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريًا أو وجوبيًا، لا يقبل التدخل إلاَّ ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة، يتم التدخل تبعًا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى...". أمَّا المادة 870 من نفس القانون، نصت على أنه لا يُقبل التدخل بعد اختتام التحقيق، والجدير بالذكر أنه عند ممارسة إجراء التدخل - سواء التدخل الاختياري أو التدخل الوجوبي - يجب مراعاة الآجال المقررة للفصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وتقوم المحكمة الإدارية بضم الطلبات العارضة إلى الدعوى الأصلية للفصل فيها بموجب أمر استعجالي واحد⁽²⁾.

¹ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث - الخصومة الإدارية، الاستعجال الإداري، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية -، مرجع سابق، ص 83.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 299.

المطلب الثاني

الحكم في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية

بعد إخطار المحكمة الإدارية بالتجاوزات الحاصلة بخصوص التزامات الإشهار والمنافسة⁽¹⁾ التي تخضع لها إجراءات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، طبقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد نهاية مرحلة التحقيق في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، تأتي آخر مرحلة وهي مرحلة الحكم⁽²⁾ في هذه الدعوى، ونستطيع القول إنَّ هذا النظام القضائي الجديد (الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات) يتضمَّن تجاوزاً على بعض المحظورات التقليدية في نظام القضاء الإداري الفرنسي، فهو يُعطي القاضي مساحة واسعة غير مألوفة من السلطات، تصل إلى حد إرسال أوامر للإدارة Injonctions⁽³⁾، حيث كان من المستقر عليه في فرنسا أنَّ القاضي لا يأمر الإدارة تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، وتطبيقاً للمبدأ الإجرائي الذي مفاده أنَّ "القاضي يحكم ولا يدير"، وبالرجوع إلى المادة 947 من نفس القانون، نجد أنَّ المشرع قد قيَّد القاضي الاستعجالي بآجال معينة ينبغي عليه ألاَّ يتجاوزها عند فصله في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وذلك نظراً لخصوصية وطبيعة هذا النوع من دعاوى الاستعجال الإداري.

وسوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى السلطات التي خولها القانون للقاضي الاستعجالي أثناء فصله في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، حماية لمبادئ إبرام العقود

¹ - الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة قد يكون مرتكب من طرف المصلحة المتعاقدة، كما قد يكون مرتكب من طرف أحد المرشحين لنيل العقد، كما قد يكون هذا التجاوز حاصل بتواطؤ من المصلحة المتعاقدة مع أحد المرشحين لنيل الصفقة العمومية، ولا يشترط أن يكون هذا الإخلال حاصل من طرف المصلحة المتعاقدة فقط .

² - تنص الفقرة الخامسة من المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "...يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية".

³ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 871.

الإدارية والصفقات العمومية (الفرع الأول)، ثمَّ نتطرق بعد ذلك إلى آخر إجراء والمتمثل في صدور الأمر الاستعجالي الفاصل في هذه الدعوى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقد

لقد نصَّ المشرع الجزائري على سلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقد من خلال المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في فقراتها الرابعة والخامسة والسادسة، فهذه الفقرات الواردة في المادة 946 أعلاه، تُحدِّد سلطات المحكمة الإدارية في إطار الاستعجال القانوني المتعلق بمرحلة إبرام العقود والصفقات، والتي تتمثل أساساً في توجيه الأوامر، توقيع الغرامة التهديدية، بالإضافة إلى إمكانية الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات، وهي سلطات وصلاحيات واسعة ومُهمّة تتناسب وأهمية الأهداف المرجوة من إبرام العقود والصفقات⁽¹⁾.

كما سلف ذكره قد نصت المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي⁽²⁾، على إمكانية إخطار رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي يُفوضه وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها إجراءات إبرام الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام، كما زوّدت المادة L.551-2 من نفس القانون⁽³⁾

¹ - عز الدين كلوفي، مرجع سابق، ص 134.

² - Art. L 551-1 « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public... ».

³ - Art. L.551-2 « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations ».=

- التي تقابلها المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية -، رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي يُفوضه، بسلطات عديدة أثناء فصله في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، أمّا المشرع الجزائري فنصّ على سلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقدية من خلال المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرات الرابعة والخامسة والسادسة، وتدرج هذه السلطات ضمن زمرتين، الإجراءات التحفظية والإجراءات القطعية:

أولاً: الإجراءات التحفظية *Les mesures conservatoires*

وتتمثل هذه السلطات في سلطة الأمر (1)، وسلطة الوقف (2)، وسلطة الأمر بالغرامة التهديدية (3).

1- سلطة الأمر *L'injonction*:

هو سلطة تُمنح للقضاء لإلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، ومن المستقر عليه في فرنسا والجزائر منذ زمن طويل أنّ القاضي الإداري لا يستطيع إلزام الإدارة بأن تقوم أو تمتنع بعمل أو تمتنع عنه، أو أن يحل محلها في عمل أو إجراء هو من صميم اختصاصها، كما لا يملك إكراهها على فعل شيء عن طريق التهديدات المالية، إلا أنّ هذا المبدأ لم يكن مطبقاً على إطلاقه في فرنسا، لأنّ الإدارة تتلقى منذ زمن بعيد أوامر من جانب القضاء العادي، ويُعتبر الاعتداء المادي المجال الخصب لذلك⁽¹⁾، ولكن قانون القضاء الإداري، الذي أدخل المادة L.22 إلى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، قد أعطى للقاضي الإداري سلطة الأمر، بمعنى أنّ القاضي المختص بدعوى المادة L.22⁽²⁾ يستطيع أن يأمر الإدارة بأن تراعي التزاماتها المفروضة عليها قانوناً في مجال العالانية والمنافسة في إبرام عقود الشراء العام⁽³⁾ وعقود تفويض المرفق العام، فالقاضي

= هاتين المادتين (L.551-1, L.551-2) عدّلنا بموجب الأمر رقم 515-2009، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، سالف الذكر، وتمّ إدماج هذا الأمر في قانون العدالة الإدارية الفرنسي (قانون القضاء الإداري الفرنسي).

¹ - محمد زكرياء رقرقي، مرجع سابق ص 235.

² - أصبحت حالياً المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

³ - المقصود بعقود الشراء العام، عقود الصفقات العمومية.

الإداري يستطيع أن يأمر الإدارة على سبيل المثال بأن تنشر إعلاناً عن العقد في حال عدم قيامها بذلك، أو أن تُعيد نشر هذا الإعلان إذا كان النشر الأول غير مشروع، كما يستطيع أن يأمرها بالقيام بتصرفات مُحدّدة بحيث تكون إجراءات إبرام العقد مُتطابقة مع منطق المنافسة كما يفرضه القانون⁽¹⁾.

وقد وُضِعَتْ هذه السلطة موضع التطبيق الفعلي مرات عدة في فرنسا، فقد أمرَ رئيس المحكمة الإدارية لمدينة Strasbourg إحدى الجماعات المحلية بأن تُعيد الإجراء المتعلق بقبول الترشيحات، مع وجوب مراعاة ما يقتضيه تقنين عقود الشراء العام لمشروعية مثل هذا الإجراء، كما ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار صادر عن رئيس المحكمة الإدارية لمدينة Grenoble بتاريخ 1990/05/05 لأنّ هذا الأخير قد رفض أن يأمر الإدارة بأن تراعي الالتزامات التي فرضها القانون بشأن المنافسة⁽²⁾.

وبالنسبة للقانون الجزائري، فإنّ القاضي الإداري قد امتنع في الكثير من القضايا عن توجيه أوامر للإدارة بالرغم من عدم وجود أي نص قانوني يسلبه هذه السلطة، وهذا ما أكدّه مجلس الدولة في قرار صادر له بتاريخ 1999/03/08 والذي جاء في حيثياته: "...حيث أنّه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة..."⁽³⁾، لكن بصور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجده قد تضمّن أحكام صريحة وواضحة تؤكد على إمكانية توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة، فبالرجوع إلى الفقرة الرابعة من المادة 946 من نفس القانون نجدها تنص: "...يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتُحدّد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه..."، وهكذا في مقدور القاضي الإداري الفرنسي والجزائري توجيه أوامر للمصلحة المتعاقدة من أجل الامتثال لالتزاماتها فيما يخص الإشهار والمنافسة النزيهة أثناء إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية⁽⁴⁾.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 871، 872، 873، 874.

² - المرجع نفسه، ص 874.

³ - قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 1999/03/08، في قضية (ب - ر)، ضد والي ولاية ميلة ومن معه.

أشارت إليه، حورية بن أحمد، مرجع سابق، ص 62.

⁴ - المرجع نفسه، ص 62.

2- سلطة الوقف Suspension:

حيث يتمتع القاضي المختص بدعوى المادة 1-551.L من قانون القضاء الإداري الفرنسي، والمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، بسلطة وقف إبرام العقد ووقف تنفيذ كل قرار يتصل به، وهو بذلك يملك سلطة رهيبية *Le pouvoir redoutable*، لثقل العملية التعاقدية، وبالنسبة للشروط المطلوبة لوقف التنفيذ، فإنه يكفي وجود أسباب جدية لتقرير هذا الوقف، أمّا شرط صعوبة إصلاح الضرر الذي يمكن أن ينجم عن تنفيذ القرار المتصل بالعقد، أو عن إتمام عمليات إبرام العقد، فقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي صراحة عدم اشتراطه في معرض تطبيق وقف التنفيذ الذي يمارسه القاضي في حالة الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية⁽¹⁾، ودون شك فإنّ مجلس الدولة قد قدّر أنّه لو وُجد شرط الضرر غير قابل للإصلاح، لأدى إلى الحد من فعالية سلطات القاضي الممنوحة له في مجال دعوى المادة 1-551.L.

وقد كان يوجد في مشروع قانون 1992/01/04 (المودع من جانب الحكومة لدى الجمعية الوطنية في جوان 1991) نوع خاص من وقف تنفيذ إبرام العقد والقرارات المتصلة به، وهو وقف التنفيذ لضرورات المصلحة العامة، ولكن تمّ التخلي عنه بعد مناقشة مشروع القانون في الجمعية الوطنية.

ويذهب بعض الفقه في فرنسا إلى أنّ مسألة وقف إبرام العقد، أو وقف تنفيذ القرارات المتصلة بهذا الإبرام، إنما يخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف على الرغم من وجود أسباب جدية لدى المدعي⁽²⁾.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد الفقرة الأخيرة من المادة 946 تنص على ما يلي: "...ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً".

¹- C.E, 10/06/1994, Commune de Cabourg.

أشار إليه: مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 875.

²- المرجع نفسه، ص 874، 875.

ويلاحظ أنّ الفقرة الأخيرة من المادة 946 أعلاه، جاءت بصيغة الجواز وهذا ما يُستخلص من عبارة "يمكن" بحيث يخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الإداري الاستعجالي.

وقد قضت المحكمة الإدارية بوهران (القسم الاستعجالي) بتاريخ 2015/07/26، برفض طلب المدعي الرامي إلى تأجيل إبرام العقد، وجاء في حيثيات الأمر الاستعجالي: "...حيث أنّ المدعي لم يُقدم للمحكمة ما يُفيد إخلال المدعى عليها بالتزاماتها... حيث أنّ المدعي لم يُقدم للمحكمة ما يفيد بوجود إجراءات تعاقدية بموجبها سيتم منح الصفقة لمتعامل متعاقد آخر حتى يتسنى لها الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات وفقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية..."⁽¹⁾.

3- سلطة المحكمة الإدارية في الحكم بالغرامة التهديدية:

الغرامة التهديدية هي عبارة عن تهديد مالي يجب أن يؤدي في النهاية إلى هدفه الرامي إلى تحقيق الغاية المرجوة منه، والمتمثلة في رضوخ وإذعان المدين المُمْتنع عن الامتثال للتنفيذ العيني الشخصي طالما أنّ التنفيذ غير ممكن وغير ملائم من دون تدخله الشخصي، وعليه فإنّ الحكم بها لا يشترط قيام الضرر وتحققه - على عكس الحكم بتصفيته فيكون للضرر اعتبار حسب المادة 175 من القانون المدني - لذا يجب على القاضي أثناء الحكم بها أن يُقدرها تقديراً كافياً لإكراه المدين المُمْتنع عن التنفيذ بالامتثال، ليتحقق بها التهديد وليشعر المدين الممتنع أنّه كلما استمر في تعنته وتمادى في الامتناع عن التنفيذ زادت وتفاقت قيمة التهديد المالي بمرور الزمن والتأخير في التنفيذ.

¹ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران (القسم الاستعجالي)، بتاريخ 2015/07/26، قضية رقم 15/00886، فهرس رقم 15/00806، بين (ط - س) مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 8).

وبالتالي فالقصد من الغرامة التهديدية هو الضغط على المدین، لذلك تُحدّد بالقدر الذي يرى القاضي أنه مُنتج لتحقيق الغاية منه، وهي إخضاع المدین وحمله على أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً⁽¹⁾.

والتساؤل الذي قد يثار في هذا الصدد: ما مدى جواز الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإدارة العامة؟، لا بد من التمييز بين مرحلة ما قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومرحلة ما بعد صدوره، فالمرحلة السابقة على صدور هذا القانون تميّزت بأنه لا سلطة للقاضي الإداري في الحكم على الإدارة بغرامات تهديدية لإجبارها على تنفيذ القرارات القضائية المنطوق بها ضدها، حيث أنّ رفض الامتثال لمقتضيات قرارات الغرفة الإدارية للمجالس القضائية والمحكمة العليا - آنذاك - الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه والتي تصدر عن سلطة قضائية، يُعد من جهة تجاوزا للسلطة، ومن جهة أخرى عنصراً مُنتجاً لمسؤوليات السلطات العمومية، وأنّه يُمكن للمستفيد من القرار القضائي أن يرفع دعوى قضائية بهدف الحصول على التعويض في حالة الامتناع عن التنفيذ⁽²⁾.

أمّا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاء النص صراحة في المادة 981 منه التي نصت: "في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي، ولم تُحدّد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك، بتحديداتها، ويجوز لها تحديد أجل للتنفيذ والأمر بغرامة تهديدية"، أمّا المادة 982 من نفس القانون فنصت: "تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر"، أمّا المادة 983 جاء فيها: "في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو في حالة التأخير في التنفيذ، تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها"، وبالتالي وانطلاقاً من هاتين المادتين أصبح القضاء الإداري في الجزائر مختص بالحكم بالغرامة التهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة⁽³⁾.

¹ - مصطفى قويدري، الغرامة التهديدية في ظل أحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 53.

² - عمر حمدي باشا، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 243.

³ - المرجع نفسه، ص 245.

وبالرجوع إلى الفقرة السادسة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها تنص: "...ويمكن لها أيضاً الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المُحدَّد...". وبالتالي يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي أن يحكم بالغرامة التهديدية ضد المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة أثناء إجراءات إبرام العقود والصفقات⁽¹⁾، على أن يسري هذا التهديد المالي بداية من تاريخ انقضاء الأجل الذي حدّته المحكمة الإدارية للمتسبب في هذا الإخلال من أجل أن يمثل للالتزامات، غير أن الحكم بالغرامة التهديدية وفقاً للفقرة السادسة أعلاه، هو أمر جوازي للمحكمة الإدارية وهذا ما يمكن استنتاجه من عبارة "يمكن".

ويجوز للمحكمة الإدارية تخفيض قيمة الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة، كما يمكن لها أن تُقرّر عدم دفع جزء منها إلى المدعي إذا تجاوزت قيمة الضرر، وتأمّر بدفعه إلى الخزينة العمومية⁽²⁾.

والجدير بالذكر أنّ مجلس الدولة الفرنسي كان في البداية يرفض الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة في حالة امتناعها عن تنفيذ أحكامه، وهذا ما جاء في قراره المؤرخ في 1933/01/27: "...حيث أنّه إذا كان للقاضي الحق في بيان الحقوق والالتزامات المتقابلة للأطراف وكذا التعويض المستحق، فإنّه لا يمكن أن يتعدى ذلك ويتدخل في تسيير المصالح العامة، ويؤجبه تحت التهديد بعقوبات مالية..."⁽³⁾.

إنّ تبني مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف كان نتيجة تأثره بظروف نشأته التاريخية والسياسية، حيث نشأ في أحضان الإدارة وارتبط بها ارتباطاً وثيقاً، كما يُعد هذا الموقف تجسيداّ لمبدأ الفصل بين السلطات الذي تبناه رجال الثورة الفرنسية⁽⁴⁾، ومن جهة أخرى يُلاحظ أنّ المادة L.22⁽⁵⁾، لم تتضمن حكم خاص بإجبار السلطات المسؤولة

¹ - سواء كان الإخلال حاصل من طرف المصلحة المتعاقدة أو من طرف أحد المرشحين لنيل الصفقة العمومية.

² - يراجع المادتين 984، 985 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ - أشارت إليه، حورية بن أحمد، مرجع سابق، ص 63.

⁴ - المرجع نفسه، ص 63.

⁵ - وهي حالياً المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

عن إبرام العقد بأن تلتزم بالإجراءات التي أمر بها القاضي، بمعنى أنّ السلطة التي تنطوي على أمر الإدارة بمراعاة التزاماتها في مجالي العلانية والمنافسة يجب أن تكون مقترنة باحتمال فرض غرامة تهديدية *Astreinte* على الإدارة، وإلاّ فإنّ إجراء الأمر لن يكون له أي فعالية، وإزاء هذا الفراغ التشريعي فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى إمكانية أن يُقرن قاضي دعوى المادة L.22 أوامره بفرض غرامات تهديدية في مواجهة الإدارة، وذلك استناداً إلى سياسية مجلس الدولة الفرنسي القائمة على إضافة الغرامات التهديدية إلى أوامره عندما يتلفظ بها في مواجهة الأفراد، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته الشهيرة *Barre et Honnet* الصادر بتاريخ 10/05/1974، من أنّ إضافة الغرامة التهديدية إلى الأمر يعتبر من قبيل المبادئ العامة للقانون⁽¹⁾.

ثانياً: الإجراءات القطعية *Les mesures définitives*

تتمثل الإجراءات القطعية في سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد (1)، وسلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية (2).

1- سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد:

إنّ الإدارة تقوم بإصدار مجموعة من القرارات حين تُعبّر عن إرادتها الموضوعية في معرض إبرامها لعقودها - كما رأينا سابقاً - وهذه القرارات تشكل جوهر عملية الإبرام تلك، والقاضي حين يبيّن في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، فإنّه يتمتع بسلطة إلغاء هذه القرارات إذا كانت مُنطوية على مخالفات لالتزامات العلانية والمنافسة، كما هو الحال -غالبا- في قرارات استبعاد بعض المرشحين دون وجه حق، وفي الحقيقة إنّ سلطة الإلغاء هذه التي منحت للقاضي المختص بالدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، من شأنها أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة - القرارات الإدارية المنفصلة -، وذلك بعدما كان أثر هذا الإلغاء نظرياً بحتاً وفقاً لنظرية قضاء القرارات المنفصلة، مع ملاحظة أنّ القرار المتعلق باختيار المتعاقد (قرار الإرساء)

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 879، 880.

في عقود الشراء العام (عقود الصفقات العمومية)، وفي عقود تفويض المرفق العام على حد سواء، إنّما ينطوي غالباً على مساحة واسعة من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، لذلك فإنّ القاضي الاستعجالي - وفقاً للقواعد العامة - لا يمارس إلاّ رقابة الحد الأدنى على قرارات الإرساء تلك، وغني عن البيان أنّ قاضي دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد لا يمكن له أن يُلغي قرار توقيع العقد - على خلاف قاضي الإلغاء عندما يتصدى للقرارات المنفصلة - ولا أن يُلغي العقد ذاته، وذلك يعود إلى أنّه بمجرد صدور قرار التوقيع من جانب السلطة المختصة بذلك، فإنّ العقد يصبح مُبرماً، ومع خروج العقد إلى حيز الوجود القانوني - وإن كان معيباً - فإنّ قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يستنفد سلطاته⁽¹⁾ كما رأينا سابقاً.

2- سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية:

حيث أنّ القاضي الاستعجالي وفقاً للسلطات الممنوحة له بموجب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة L.551-2 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي (قانون القضاء الإداري الفرنسي)، يُمكنه أن يُبطل بعض الشروط التعاقدية، وذلك إذا كانت هذه الشروط في حد ذاتها مُخالفة لقواعد العلانية والمنافسة، وذلك كما هو الحال بالنسبة للشروط التي تنطوي على عنصر تفضيلي.

علماً أنّ قاضي الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية لا يحق له أن يبنت بطلبات التعويض، لأنّ ذلك يبقى من اختصاص قضاء القانون العام، حسب تعبير المحكمة الإدارية لمدينة Lille : "Le contentieux de l'indemnisation reste entièrement un contentieux de droit commun."⁽²⁾

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 875، 876.

² - المرجع نفسه، ص 878.

الفرع الثاني

صدور الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

سوف نتطرق من خلال هذا الفرع إلى المدة المحددة للفصل في الدعوى (أولاً)، ثم نتطرق إلى حجية الأمر الاستعجالي الفاصل في هذا النوع من دعاوى الاستعجال وإجراءات الطعن فيه (ثانياً).

أولاً: المدة المحددة للفصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

بالرجوع إلى المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد ما تنص: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقاً للمادة 946 أعلاه"، إن المادة 947 أعلاه تمنح للقاضي الاستعجالي مدة عشرين (20) يوماً لأجل البت في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، وذلك أيّاً كانت الطلبات التي تقدم في صحيفة الدعوى، إلا أن هذه المدة ليست إلا مدة دلالية Indicatif وليست مدة سقوط، بمعنى أن انقضاء هذه المدة دون البت في الدعوى لا يكف يد القاضي عن النظر في الدعوى⁽¹⁾، وهذا ما نستنتجه من المادة 947 أعلاه التي لم ترتب أي جزاء إجرائي على عدم إحترام هذه المدة.

وإن مدة عشرين (20) يوماً للفصل في المنازعة مسألة مهمة لصالح المصلحة المتعاقدة ومشروع الصفقة العمومية وكذلك لصالح المتعامل المتعاقد ولصالح الغير، حتى لا تتعطل مصالح كل واحد منهم، إلا أن هذه المدة قصيرة ولا تتناسب وأهمية المنازعة وتعقيداتها، كما أن مدة الفصل في حقيقة الأمر تخضع للسلطة التقديرية لهيئة المحكمة وتدخل في صميم صلاحياتها، باعتبار أن كل منازعة تختلف عن غيرها من حيث الوثائق المُحتج بها وعددها وما تحتاجه هذه الوثائق من وقت لدراستها، كذلك من حيث الدفع المثار، ومن جهة ثانية فإن المحكمة سوف تنظر في الموضوع لذلك لا بد من آجال معقولة

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 882.

تتناسب وطبيعة النزاع، ومن جهة ثالثة لا بد أن تكون هذه الآجال متناسبة و الكم الهائل من الملفات والمنازعات المعروضة على جهاز القضاء.

إنَّ المشرع الجزائري غير معتاد على تحديد مُدة مُعينة للفصل في المنازعات القضائية - مع وجود بعض الاستثناءات -، وكان يشترط فقط بأن يتم الفصل في أقرب الآجال، إلا أنه ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده قد حدّد آجال الفصل في نوع معين من الدعاوى، كما هو عليه الحال في الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنّ هذه المدة قصيرة بالمقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن يثيرها إبرام بعض العقود، ولكن باستقراء الحالات التي طبقت فيها الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، يدل على أنّ المحاكم الإدارية قد نجحت عموماً في البت في هذه الدعوى خلال ثلاثة أسابيع على الأقل⁽²⁾.

ثانياً: حجية الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى وإجراءات الطعن فيه

سوف نتطرق إلى حُجية الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (1)، ثم نتطرق إلى إجراءات الطعن في هذا الأمر الاستعجالي (2).

1- حجية الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية:

إنَّ الأمر الذي يصدر عن قضاء الاستعجال القانوني والذي يتعلق بالبت في منازعات العقود الإدارية والصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام، هو حكم⁽³⁾ قطعي ماس أصل الحق⁽⁴⁾، ومن ثمَّ فهو يتميَّز بنفس حُجية الحكم الذي يصدر عن قضاء

¹ - عز الدين كلوفي، مرجع سابق، ص 137.

² - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 882.

³ - تنص الفقرة الخامسة من المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "...يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية"، ونحن نقصد في هذا الصدد بمصطلح الحكم، الأمر الاستعجالي.

⁴ - لا يفهم من ذلك أنّ القاضي الاستعجالي يُحدّد بموجب الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، المتعامل المتعاقد الذي يستحق نيل العقد، وإنما القاضي الاستعجالي عندما يلزم المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بأن يمثل =

الموضوع، وبالتالي يحوز هذا النوع من الأوامر الاستعجالية حجية الشيء المقضي فيه لأنه يفصل في الموضوع، فهو ليس بأمر مؤقت ولا يتعلق بتدابير وقائية، على عكس الأمر الاستعجالي الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة طبقاً للمادتين 299، 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإذا تضمن الأمر الاستعجالي الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني إلغاء قرار إداري صادر عن المصلحة المتعاقدة، فإنَّ هذا الأمر يحوز حجية الحكم بالإلغاء الذي له الحجية العامة والمطلقة في مواجهة الكافة ومن بينها جميع السلطات العامة في الدولة⁽¹⁾.

2- إجراءات الطعن في الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى:

بالنسبة لطرق الطعن وإن كان المشرع لم يُفرد الأمر الاستعجالي الصادر في مادة إبرام العقود والصفقات بإجراءات طعن خاصة به، ومن ثمَّ فهو يخضع للقواعد العامة المقررة للطعن في الأوامر الاستعجالية، وبالتالي يصدر الأمر الاستعجالي في أول درجة ويكون قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة، وذلك طبقاً للمادة 950 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "يُحدَّد أجل استئناف الأحكام بشهرين (2) ويخفض هذا الأجل إلى خمسة عشر (15) يوماً بالنسبة للأوامر الاستعجالية، ما لم توجد نصوص خاصة، تسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم إلى المعني، وتسري من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابياً، تسري هذه الآجال في مواجهة طالب التبليغ".

هذا الطعن يسري كذلك على الأمر الاستعجالي الصادر طبقاً للمادة 946 من نفس القانون، وذلك لكون أنَّ المشرع لم ينص على إجراءات الطعن في الأوامر الاستعجالية

=للتزاماته، فإنَّ الإجراءات سوف تُعاد من جديد، وهذا فيه مساس بحقوق المتعامل المتعاقد الذي قد فاز بالعقد وبقيت إجراءات التوقيع عليه فقط، لكن عند إعادة إجراءات الإبرام من جديد ممكن أن يفوز بالعقد نفس المتعامل المتعاقد الذي تمَّ استبعاده في المرحلة الأولى، لذلك فضلنا استعمال مصطلح أمر استعجالي "ماس بأصل الحق" بدلاً من مصطلح أمر استعجالي "فاصل في أصل الحق"، لأن هذا المصطلح الأخير يفيد بأنَّ القاضي الاستعجالي هو من يُحدِّد الفائز بالعقد، وهذا أمر غير صحيح.

¹ - عز الدين كلوفي، مرجع سابق، ص 136.

الصادرة في مادة إبرام العقود والصفقات، لذلك يخضع الطعن في هذا النوع من الأوامر الاستعجالية، للقواعد العامة المقررة في المادة 950 أعلاه.

وذلك عكس المشرع الفرنسي الذي حدّد الطابع النهائي للأوامر الصادرة عن القضاء الاستعجالي الإداري في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، حيث نصت المادة L.551-3 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي (قانون القضاء الإداري الفرنسي)، على أنّ رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي ينوبه يفصل في أول وآخر درجة وبشكل استعجالي.

وفي نهاية هذا الفصل نكون قد بيّنا دور القاضي الاستعجالي الإداري في حماية وإرساء المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، لاسيما مبادئ الإشهار والمنافسة، وذلك من خلال التطرق إلى الاستعجال القانوني في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، ثمّ التطرق إلى القواعد الخاصة التي كرّسها المشرع الجزائري لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد تجسيدا لدورها الوقائي.

خاتمة

خاتمة:

إنّ الطعن في العقود الإدارية يشكل هاجسا بالنسبة للإدارة المتعاقدة نظراً لما يمكن أن ينجر عنه من آثار مالية - خاصة عند بداية التنفيذ -، لذا فإنّ الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد يُعد وسيلة قانونية وقائية تحول دون تدخل القاضي الجزائي أو حتى قاضي مجلس المحاسبة، ونظراً للعلاقة المباشرة الموجودة بين العقد الإداري وبين مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، فقد أخذ المشرع هذه العلاقة بعين الاعتبار واستحدث هذه الدعوى التي يتمّ الفصل فيها طبقاً لآجال قصيرة، وذلك ضماناً لاستمرارية سير المرفق العام وتقديم الخدمة العمومية تحقيقاً للصالح العام، لأنّ إخضاع منازعات الإبرام لنفس آجال الدعاوى القضائية الأخرى - وهي آجال طويلة - سوف يؤثر بالسلب على سير المرفق العام وتقديم الخدمة العمومية.

مما سبق بيانه نخلص إلى أنّ منازعات العقود الإدارية (عقود الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام) التي تؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال القانوني هي تلك المنازعات التي تطرأ في مرحلة الإبرام وعند الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، وذلك عن طريق الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية والتي تُصدرها المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة، وذلك نظراً لأهمية مرحلة الإبرام وتأثيرها المباشر على العقد وتكوينه.

وإنّ المشرع قد خص منازعات إبرام العقود الإدارية بإجراءات جد متميّزة وزوّد القاضي الاستعجالي بصلاحيات واسعة - كما سلف الذكر -، وذلك تجسيداً لمبادئ المنافسة الحرة، والنزاهة والشفافية والمساواة بين المرشحين، خلال مرحلة إبرام العقود الإدارية، حمايةً للمال العام من جهة وضمان نجاعة الطلبات العمومية من جهة ثانية.

والطعن الاستعجالي قبل التعاقد هو إجراء يمنح القاضي سلطة اتخاذ تدابير نهائية - باستثناء سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد الذي يعتبر تدبير مؤقت -، فهذا الطعن ليس إستعجالياً إلاّ من حيث الشكل، لأنّ صلاحيات القاضي الاستعجالي تفوق أحياناً صلاحيات

قاضي الموضوع، فهو يشبه منازعة الإلغاء من حيث كونه يمكن للقاضي التأثير في العقد أو على الأقل التعديل في أطرافه (ويكون ذلك في حالة إعادة إجراءات الإبرام ومنح العقد الإداري لمتعامل متعاقد آخر)، وبذلك يمكن القول أنّ الطعن الاستعجالي قبل التعاقد هو طعن ذو طبيعة خاصة، بمعنى أنّه يجمع بين خصائص الطعن الاستعجالي من حيث الشكليات وأجال الفصل وبين خصائص دعوى الموضوع من حيث سلطة الأمر بتدابير نهائية تمس بأصل الحق (الفصل في موضوع النزاع).

إنّ الهدف البعيد الذي أراده المشرع الجزائري من خلال استحداثه لسلطة قاضي الاستعجال الإداري في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية قبل إمضاءها - فضلاً عن حماية مبادئ الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام هذه العقود - هو قطع رؤوس الفساد من جذورها، لكن هذه الرقابة تبقى محدودة، إذ تقتيد سلطة قاضي الاستعجال بعد إبرام العقد ولا تمتد لما بعد الإمضاء عليه.

وفي ختام دراستنا لموضوع القضاء المستعجل في العقود الإدارية، نود أن نشدّ على يدي المشرع الجزائري ونقترح عليه بعض التعديلات التي يمكن أن تضاف للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لاسيما وأنّ هذه المادة جاءت بنظام جديد تجاوز بعض المحظورات التقليدية كما سبق بيانه، وتتمثل هذه الاقتراحات فيما يلي:

1- تحديد بدقة ووضوح العقود الإدارية التي يمكن أن تكون محلاً لممارسة الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وعدم الاكتفاء بمصطلح العقود الإدارية والصفقات العمومية، ومن الأفضل أن يستعمل المشرع عبارة "الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، وذلك حتى يكون تناسق بين المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبين المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لاسيما المادة الأولى منه.

2- تجسيد الأطر والإجراءات القانونية التي تُمكن ممثل الدولة على مستوى الولاية (الوالي) من العلم بالانتهاكات الحاصلة بشأن مبادئ الإشهار والمنافسة أثناء إجراءات إبرام العقود الإدارية.

3- منح الوزير الصفة في إخطار القاضي الاستعجالي قبل التعاقد، في حالة الإخلال بمبادئ الإشهار والمنافسة أثناء إجراءات إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الوطني (المركزي) والتابعة لقطاع هذا الوزير.

4- حذف عبارة "إذا أبرم العقد أو سيبرم"، واستبدالها بعبارة "أثناء مرحلة الإبرام".

5- استبدال عبارة "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"، بعبارة "يجب إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

6- النص على إجراءات وآجال الطعن في الأمر الاستعجالي الصادر مادة إبرام العقود الإدارية.

هذه بعض الاقتراحات التي يُمكن من خلالها تدارك النقص الوارد في المادة 946 أعلاه، لكن عموماً نقول أنّ المشرع الجزائري قد أحسن صنوعاً عندما كرّس هذه الدعوى الاستعجالية الوقائية، وقبّد المحكمة الإدارية بآجال قصيرة من أجل الفصل فيها، ويكون بذلك المشرع قد كرّس حماية قضائية فعّالة لمبادئ إبرام العقود الإدارية، ضماناً لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، وتجسيد حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

وفي الأخير ينبغي التنبيه إلى مسألة نراها في غاية الأهمية، مفادها أنّ الدعوى الاستعجالية الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية هي دعوى تختلف حسب اختلاف طبيعة النزاع المثار، فمثلاً يوجد الدعوى الاستعجالية المتعلقة بعلاقة الدائنية (المطالبة بدين) فيجوز للدائن أن يرفع دعوى أمام القاضي الاستعجالي للمطالبة بتسبيق مالي، لاسيما إذا كان هذا الدين ناتج عن عقد إداري، وذلك وفقاً لشروط معينة نصت عليها المادة 942 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاءت في الفصل الرابع تحت عنوان:

"الاستعجال في مادة التسبيق المالي"، كذلك هناك ما يسمى بالاستعجال في مادة إثبات الحالة وتدابير التحقيق المنصوص عليه في المواد من 939 إلى 941 من نفس القانون، ويمكن تحريك هذا النوع من الدعاوى الإدارية في مجال العقود الإدارية خصوصاً أثناء مرحلة التنفيذ، كمعايينة مدى تقدّم نسبة الأشغال، أو معايينة مدى وجود صعوبات مادية غير متوقعة أو مدى وجود قوة قاهرة (فيضان مثلاً)، وذلك عن طريق تعيين خبير مختص، كذلك الاستعجال الفوري (استعجال الوقف واستعجال الحريات والاستعجال التحفظي) يمكن تفعيله بمناسبة منازعات العقود الإدارية، خاصةً وأنّ تكوين العقد الإداري يقوم على مجموعة من القرارات الإدارية المنفصلة يمكن أن تكون محلاً لطلب وقف التنفيذ أمام القاضي الاستعجالي، ويُمكن لهذا الأخير أن يأمر باتخاذ كل التدابير اللازمة للمحافظة على حرية التجارة - القائمة على حرية التعاقد -.

إلّا أنّنا ارتأينا معالجة موضوع القضاء المستعجل في العقود الإدارية من خلال التطرق إلى أهم المنازعات الاستعجالية التي قد تُثار بشأن هذه العقود، وهي بلا منازع تلك المنازعات التي تتعلق بمبادئ الإبرام، وذلك نظراً لأنّ المشرع قد خصّ هذا النوع من المنازعات بدعوى مستقلة، أمّا باقي الدعاوى الاستعجالية الأخرى والتي يُمكن تحريكها أثناء منازعة متعلقة بعقد إداري، فهي دعاوى تتضمن أحكام مشتركة بمعنى يمكن تحريكها بخصوص جميع المنازعات الإدارية الاستعجالية، وليست مقصورة على منازعات العقود الإدارية لوحدها، لذلك استبعدناها من هذه الدراسة وركزنا على الدعوى الاستعجالية التي أفردها المشرع للمنازعات المتعلقة بمبادئ إبرام العقود الإدارية دون سواها.

الحمد لله الذي بنعمته تتمّ الصالحات

الملاحق

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: غليزان
الغرفة رقم: 01
القسم الاستعجالي

رقم القضية: 15/00178

رقم الفهرس: 15/00399

جلسة يوم: 15/03/23

مبلغ الرسم / 1000 دج

المدعي:

مؤسسة اشغال البناء في
مختلف مراحل ممثلة بواسطة
مديرها "

المدعي عليه:

ولاية غليزان ممثلة في السيد
الوالي ممثلا في رئيس اللجنة
الولائية للصفقات العمومية
لولاية غليزان

إن المحكمة الادارية غليزان القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات

لقصر العدالة في الثالث والعشرون من شهر مارس سنة ألفين وخمسة عشر

برئاسة السيد (ة): فلوح محمد

وعضوية السيد(ة): غاني عفيف

وعضوية السيد(ة): بن داني يوسف

والمحضر السيد (ة): وهراني محمد

والمساعدة السيد (ة): حريزي مصطفى

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 15/00178

بين:

1 (مؤسسة اشغال البناء في مختلف مراحل ممثلة بواسطة المدعي

مديرها "

العنوان: بحي لالة عودة رقم 384 الشلف

المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): مصطفى بوحجلة

وبين

1 (ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي ممثلا في رئيس المدعي عليه

اللجنة الولائية للصفقات العمومية لولاية غليزان

المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): هواري محمد بشير

إن المحكمة الإدارية بـغليزان

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2015/03/23

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 885، 888، 889، 896، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) بن داني يوسف المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) وهراني محمد

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

الوقائع والاجراءات :

بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية بغيليزان بتاريخ 12-23-2015 تحت رقم 15-178 أقامت مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحلها ممثلة بواسطة مديرها..... عن طريق الأستاذ مصطفى بوحجلة دعوى قضائية ضد المدعى عليها ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي جاء فيها : أنه و على اثر إعلان بمناقصة وطنية من طرف المدعى عليه تقدمت مؤسسة العارض أمام مديرية التجهيزات العمومية بولاية غليزان من أجل المشاركة في مناقصة وطنية حاملة لرقم 111 خاصة بمشروع إنجاز فرقة متنقلة للشرطة القضائية بالمكان الرئيسي للولاية و انه و بعد العروض من طرف المدعى عليها تحصلت مؤسسة العارض على اقل عرض في حصة vrd + جدار إحاطة + مرآب للسيارات الا انه و بعد الإعلان على المنح المؤقت للصفقة بتاريخ 16/12/2014 بجريدة الوصل ' تفاجأ العارض بفوز متعهد آخر رغم تقديم العارض لاقل عرض مالي و ملف تقني يستجيب لمكونات العرض التقني المطلوبة في موضوع المناقصة محل النزاع و ان مصلحة الصفقات العمومية بمديرية التجهيزات العمومية بولاية غليزان بررت اقصائها للعرض المقدم من طرف العارض بعدم تاهيلها تقنيا و حصولها على 48 نقطة علما ان النقطة الاقصائية في دفتر الشروط للمناقصة السالفة الذكر هي 50 نقطة و ان سبب اقصاء مؤسسة العارض هو رفض المدعى عليها لشهادة المهندس المقدمة و المرفقة بجدول التصريح السنوي للإجراء لدى صندوق الضمان الاجتماعي ' و حصولها على نقطة 00 من اصل 10 نقاط الخاصة بالمهندس و انه و خلافا لما تذرعت به المدعى عليها ' فان ملف المناقصة المقدم من طرف العارض يحتوي على صورة طبق الأصل لشهادة مهندس في الهندسة المدنية مرفوقة بصورة طبق الأصل لجدول التصريح السنوي للإجراء المؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي و الذي يثبت انتساب المهندس السالف ذكره منذ سنة 2010 و أن المدعى عليها أقصت العارض بسبب تفسيرها الخاطئ لنص المادة 122 من المرسوم 10/236 و ان الوثيقة المتمثلة في شهادة انتساب المهندس لدى صندوق التأمينات الاجتماعية ، و التي ارتأت المدعى عليها اعتبارها ناقصة و تم بسببها إقصائه لا تدخل ضمن العرض التقني المقصود في نص المادة 122 من المرسوم الرئاسي 10/236 ، و ذلك ما استقر عليه عليه القضاء و هو من خلال النص الفرنسي لنفس المرسوم و أن توقيف عملية منح هذه الصفقة هو تدبير تحفظي ضروري و ذلك الى غاية الفصل النهائي في النزاع المطروح على قضاة الموضوع و لهذا فهو يلتمس في الشكل قبول الدعوى شكلا و في الموضوع: أمر المدعى عليها ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي ممثلا في رئيس اللجنة الولائية للصفقات العمومية لولاية غليزان بوقف تنفيذ عملية منح الصفقة العمومية المتمثلة بفرقة التنقلة للشرطة القضائية بالمكان الرئيسي للولاية ، حصة vrd + جدار إحاطة + مرآب للسيارات وذلك الى غاية الفصل في دعوى الموضوع المجدولة لجلسة 09/03/2015 تحت رقم 177/15

..... بتاريخ 2-3-2015 أجابت المدعى عليها ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي بمذكرة جوابية جاء فيها :حول طلب رفض الدعوى شكلا :فان المشروع كان لمصلحة مديرية التجهيزات العمومية لولاية غليزان ، هذه المديرية التي لها أهلية التقاضي و الذمة المالية المستقلة ، و التي هي تابعة لوزارة السكن و العمران و المدينة و بالتالي كان للمدعى أن يرفع دعواه مباشرة ضد المستفيد من الصفقة او على الأقل إدخاله في النزاع و هو الأمر الذي لم يحدث و بالتالي يتعين رفض الدعوى الحالية شكلا و حول طلب رفض الدعوى لعدم التأسيس :انه و بعيدا عن تصريحات المدعى التي لا تستند إلى أي أساس قانوني فان المدعى عليه يصرح بان المدعى سبق و ان قدم طعنا في قرار المنح المؤقت للصفقة و الذي تمت دراسته أمام اللجنة الولائية للصفقات العمومية بتاريخ 29/01/2015 و قد تبين انه المدعى لم يقدم قائمة العمال المصرح بهم لسنة 2014 و هو تاريخ فتح الأظرفة بل قدم قائمة العمال المصرح بهم لسنة 2013 و استنادا الى ذلك ران اللجنة ان النقطة الممنوحة من طرف لجنة تقييم العروض التقنية هي 00 نقطة فيما يخص التاطير التقني و استخلصت في الأخير ان طعن المدعى لم يكن مؤسسا مضمونا لعدم تجاوزه النقطة الاقصائية المحددة في دفتر الشروط ب 50 نقطة و أن المدعى راح

يحاول ان يفسر نص المادة 122 من مرسوم 10/236 حسب رغباته لا حسب القانون و هو بذلك يريد من القضاء الاستعجالي ان يناقش موضوع الصفقات العمومية و الذي هو ليس من اختصاصه و ان الصفقة منحت لمتعهد آخر توفرت فيه الشروط القانونية و الذي بدا العمل و ان طلب المدعي بتوقيف منح الصفقة من شأنه ان يعرض المدعى عليه لخسائر مادية فادحة لا يمكن تداركها خاصة و ان القضية التي يدعي المدعي بأنه رفعها في الموضوع قد تستغرق وقتا طويلا و في هذه المدة المشروع يكون قد تم الانتهاء منه و أن طلب المدعى لا يدخل في نطاق اختصاصات القاضي الاستعجالي لان المدعى لم يبين دواعي الاستعجال ، كما ان القاضي الاستعجالي لا يمس بأصل الحق عكس دعوى المدعي الحالية التي هدفها الأساسي الباطن هو إلغاء منح الصفقة حتى و ان كان ظاهرها هو وقف المنح المؤقت و لهذا فهو يلتزم اصالة الحكم برفض الدعوى شكلا و احتياطيا: الحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس .

- و عملا بأحكام المادة 884 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تم تحرير هذا التقرير الذي تمت تلاوته بجلسة المرافعات من طرف القاضي المقرر بتاريخ 2015-03-23 و أبدى الخصوم بملاحظاتهم الشفوية دعما لمذكراتهم الكتابية ، و تم تأكيد التماسات السيد محافظ الدولة ، ثم أدخلت القضية في المداولة لنفس الجلسة و في هذا التاريخ و بنفس الأعضاء الذين شكروا جلسة المرافعات أصدرت المحكمة الإدارية الحكم التالي :

**** وعليه فإن المحكمة ****

- بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية و المذكرات الجوابية .
- بعد الاطلاع على التماسات السيد محافظ الدولة المؤرخة في 15-03-2015 الرامية إلى رفض الدعوى لعدم التأسيس .
- بعد الاطلاع على وثائق المدعية و هي نسخة من عريضة الطعن - نسخة من رد الوالي - نسخة من عريضة افتتاحية لدعوى الموضوع - نسخة من إعلان عن منح مؤقت .
- بعد الاطلاع على المواد 815-816-844-845-846-884-889-919-923-924 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- " بعد المداولة طبقا للقانون .
- من حيث الشكل :
- حيث يرافع المدعي بواسطة محاميه المدعى عليها ملتزما بقبول الدعوى شكلا و في الموضوع أمرها بوقف تنفيذ عملية منح الصفقة العمومية المتضمنة إنجاز الفرقة المتنقلة للشرطة القضائية بالمكان الرئيس للولاية و وذلك إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع .
- حيث أجابت المدعى عليها ولاية غليزان ممثلة بوالي الولاية و بواسطة محاميها ملتزمة أصلا الحكم برفض الدعوى شكلا و احتياطيا الحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس.
- حيث أن موضوع الدعوى يتمثل في طلب وقف تنفيذ عملية منح الصفقة .
- حيث تبين للمحكمة أن المدعي يزعم أنه شارك في مناقصة وطنية خاصة بمشروع إنجاز فرقة متنقلة للشرطة القضائية و تحصلت مؤسسة على أقل عرض بعد فتح العروض إلا أنه تفاجأ بيفوز متعهد آخر بعد الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة بتاريخ 2014-12-16 و هذا بحجة عدم تأهيله تقنيا و حصوله على 48 نقطة من أصل 100 نقطة مع العلم أن النقطة الاقصائية في دفتر الشروط للمناقشة هي 50 نقطة التي لم يتجاوزها المدعي.
- حيث أن المدعي قدم طعنا أمام لجنة الصفقات للولاية و تم رفض طعنه و بلغ به بتاريخ 7-2-2015 .
- حيث أن المدعي يركز من خلال هذه الدعوى على دفع موضوعية باعتبار أنه تتوفر فيه شروط منح الصفقة و أن المدعى عليه لم تقم بمراسلته من أجل استكمال العرض التقني طبقا لأحكام المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
- حيث أن الدفوع الموضوعية تمس بأصل الحق و بالتالي فإن الدعوى الحالية لا تتوفر على ركن الاستعجال .
- حيث أنه و من جهة أخرى فإنه ليس من اختصاص القضاء الاستعجالي توجيه أوامر للإدارة

- أو الأمر يوقف الصفقات العمومية ما دام أن عقد الصفقة محل النزاع قد تم .
- حيث أن القضاء الاستعجالي لا يكون مختصا إلا أثناء إبرام الصفقة و في حالة عدم التزام الإدارة بإجراءات الإشهار و ليس بعد إبرام العقد.
- حيث أنه - و الحالة هذه - يتعين الحكم برفض الطلب لعدم التأسيس.
- حيث من خسر دعواه يتحمل مصاريفها .

**** لهذه الأسباب ****

تقرر المحكمة الادارية الغرفة الاستعجالية علنيا ابتدائيا حضوريا:
في الشكل: قبول الطلب.

في الموضوع: رفض الطلب لعدم التأسيس.

المصاريف القضائية تتحملها المدعية والمقدرة ب 1000دج.

- بدأ صدر هذا الحكم وأفصح عنه جهازا بالجلسة العلنية وأمضي أصله من طرف الرئيس والمستشار المقرر وأمين الضبط.

أمين الضبط

المستشار المقرر

الرئيس(ة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران
القسم الاستعجالي

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في الثامن والعشرون من شهر ديسمبر سنة ألفين و أربعة عشر

رقم القضية: 14/01456

رقم الفهرس: 14/01463

جلسة يوم: 14/12/28

رئاسة السيد (ة): طيبي رشيدة
عضوية السيد (ة): قارة تركي نسيمة
و عضوية السيد (ة): خالد خيرة
و بمحضر السيد (ة): خدام منير
و بمساعدة السيد (ة): بوحجر فريدة

المدعى:

شركة ذات المسؤولية المحدودة
آف ، أم ، سي، بي FMCB
الممثلة من قبل مسيرها
القانوني

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 14/01456

بين:

1 () شركة ذات المسؤولية المحدودة آف ، أم ، سي، بي المدعي
FMCB الممثلة من قبل مسيرها القانوني

المدعى عليه:

الصندوق الوطني لمعادلة
الخدمات الاجتماعية FNPOS
الفرع الجهوي بوهران الممثلة
من قبل مديرها الجهوي

العنوان: مقرها 28 نهج الامير عبد القادر عين الترك وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): بن صالح امين محامي لدى المجلس

ويبين

1 () الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية المدعى عليه
FNPOS الفرع الجهوي بوهران الممثلة من قبل
مديرها الجهوي

العنوان: مقرها بحي العقيد لطفى حي خميستي وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): دوسن محمد محامي لدى المجلس

من جهة

من جهة ثانية

إن المحكمة الإدارية بوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2014/12/28

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد
876، 884، 885، 888، 889، 896، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة). خالد خيرة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيدة(ة) خدام منير

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

صفحة 1 من 3

رقم الجدول: 14/01456

رقم الفهرس: 14/01463

وبعد المداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

الوقائع والاجراءات :

بموجب طلب مسجل لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية بتاريخ 04-12-2014 تحت رقم 1456-14 تلتمس شركة ذات المسؤولية المحدودة آف أم FMCB الممثلة بمسيرها القانوني من المحكمة الإدارية بواسطة وكيلها الأستاذ بن صالح أمين أمر الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية FNPOS وقف تنفيذ المقررين للفسخ رقم BIS 1357 / 1358 ص و م خ ا / ف ج و / 2014 الى حين الفصل نهائيا في دعوى الإلغاء المطروحة أمام نفس الجهة القضائية تحت رقم 1455/14 مفاد هذا الطلب أنه بموجب مناقصة وطنية للصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية تحصلت على صفقة عمومية بتاريخ 26-05-2011 تحت رقم FMPOS/CCM/90/11 الممثلة في اتمام مشروع 74 مسكن من بين 120 (74/120) بمد معسكر خلال مهلة محددة لاجال التسليم و ان الشركة شرعت في التنفيذ وفقا لأمر بالخدمة المؤرخ في 24-08-2011 تحت رقم 33/2011 و بموجب مناقصة لاحقة تحصلت الشركة على اتمام مشروع انجاز 10 مسكن على 120 (10/120) بتاريخ 21-04-2012 رقم FMPOS/CCM/99/12 اتماما لنفس المشروع الواقع بنفس المقر خلال مدة محددة الاجال و شرعت في الخدمة بموجب امر بالخدمة المؤرخ في 08-07-2012 و بموجب المناقصة الأخيرة تحصلت الشركة على المشروع المتبقي المتمثل في انجاز 36/120 بتاريخ 04-07-2012 تحت رقم FMPOS/CCM/99/12 اتماما للمشروع الاجمالي خلال مهلة محددة لاجال التسليم أين شرعت في المهام بموجب أمر بمهة مؤرخ في 28-08-2012 و أنه مباشرة بعد الشروع في الاعمال موضوع الصفقة تدخل مصالح ctc (المراقبة التقنية للبناءات الاسمنت المسلح بموجب مختلف اوامر الوقف للبناءات ثم باضافة ملحقات المشروع الأصلي اين مدد اجال تسليم المساكن موضوع الصفقة وفقا للبطاقة التقني للمشروع الاتي ذكرها:

1-اجال تسليم 74 مسكن / 120 الى حين 02-08-2015.

2-اجال تسليم 36 مسكن / 120 الى حين 02-07-2016

3-اجال تسليم 10 مسكن / 120 الى حين 07-06-2015 .

وانها لما اصبحت على وجه اتمام المشروع تأكد لها عبر الجرائد والانترنت انها مضوع فسخ منذ تاريخ 06-11-2014 دون اي سبب جدي و لذلك التمس وقف تنفيذ الفسخ.

و بجلسة 21-12-2014 اجاب المدعى عليه بواسطة وكيله الأستاذ دوسن محمد في الشكل ان المدعية ترفع دعاوها ضد الفرع الجهوي ممثلا بمديره الجهوي الا ان الصندوق الوطني يمثله مديره العم و مقره الاجتماعي بالجزائر العاصمة و بالتالي تنعدم فيه الصفة و فيما يخص مبدا تفريد الدعوى القضائية اذ ان موضوع الدعوى يتضمن طلبين يتعلق بوقف تنفيذ مقرر فسخ الصفقة رقم 130 و الطلب الثاني متعلق بوقف تنفيذ الصفقة رقم 99 و لذلك فانه لم يحترم مبدا تفريد الدعوى القضائية و عليه التمس عدم قبول الدعوى شكلا و في الموضوع : فان طلب وقف تنفيذ مقرر الفسخ امام القضاء الاداري الاستعجالي الا انها لم تبين الخط المحقق او الخسارة المحتملة التي لا يمكن تداركها و بالتالي لا يوجد ظرف الاستعجال ، كما ان المدعى عليه لجا الى فسخ الصفقتين بعد اتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة من اعداد المدعية كما لاحظ تقاعس من طرف المدعية في الانجاز و هذا من خلال محاضر الزيارات للورش و كذا تقرير مكتب الدراسات المعتمد ، ثم التمس اصلا رفض الدعوى شكلا لانعدام الصفة و احتياطيا رفضها لعدم تفريد الدعوى القضائية و احتياطيا جدا رفضها لعدم التأسيس القانوني.

و بجلسة المرافعة المحددة ليوم 21-12-2014 حضر الطرفان و تمسك كل واحد بطلباته و وضعت القضية للمداولة لجلسة 28-12-2014 .

**** وعليه فإن المحكمة ****

- بعد الإطلاع على ملف القضية والوثائق المرفقة به .

- بعد الاستماع إلى التماسات محافظ الدولة.
- بعد الإطلاع على المواد 917 - 918 - 923 - 924 - 931 - 932 - 933 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- بعد المداولة قانونا .
- حيث أن المدعية تلتزم وقف تنفيذ المقررين للفسخ رقم BIS 1357 / BIS 1358 ص و م خ / ف ج و / 2014 الى حين الفصل نهائيا في دعوى الإلغاء المطروحة أمام نفس الجهة القضائية تحت رقم 1455/14 .
- حيث دفع المدعى عليه برفض الدعوى لعدم التأسيس .
- حيث ثبت للمحكمة أن الأمر يتعلق بوقف تنفيذ صفقة .
- حيث انه من المقرر قانونا ان القضاء الاستعجالي مختص في الأعمال التحضيرية قبل إبرام الصفقة طبقا لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- حيث أنه لوقف تنفيذ مقرر فسخ الصفقة يتعين مناقشة أسباب الفسخ و مناقشة الصفقة في حد ذاتها مما يعتبر مساس بأصل الحق .
- حيث أنه إضافة إلى أن الطلب يمس بموضوع الدعوى فلا يتوفر فيه عنصر الاستعجال .
- حيث أنه بناء على ما تقدم يتعين التصريح برفض طلب المدعية .
- حيث أن المصاريف القضائية على عاتق خاسر دعواه طبقا لأحكام المادة 896 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

**** لهذه الأسباب ****

- بتاريخ 2014/12/28 أمرت المحكمة الإدارية علنيا حضوريا ابتدائيا برفض الطلب .
- إبقاء المصاريف القضائية المقدرة بخمسة آلاف (5000) دج على عاتق المدعية .
- بدا صدر هذا الأمر وأفصح به جهازا بالجلسة المذكورة أعلاه وأمضى على أصله كل من

أمين الضبط

المستشار المقرر

الرئيس (ة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران
القسم الاستعجالي

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات لقصر العدالة في التاسع والعشرون من شهر مارس سنة ألفين وخمسة عشر برئاسة السيد (ع): طيبي رشيدة
بعضوية السيد (ع): قارة تركي نسيمة
وبعضوية السيد (ع): خالدي خيرة
وبمحضر السيد (ع): خدام منير
وبمساعدة السيد (ع): طاهر محمد

رقم القضية: 15/00269
رقم الفهرس: 15/00329
جلسة يوم: 15/03/29

مبلغ الرسم/ 1000 دج

المدعى:

شركة المساهمة للاشغال
البحرية للغرب ، (صوگرامو)
(شركة ذات اموال الدولة)
ممثلة برئيس مديرها العام

المدعى عليه:

والي ولاية وهران
مدير التكوين المهني لولاية
وهران

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 15/00269

يبين:

1 (شركة المساهمة للاشغال البحرية للغرب ، (صوگرامو) المدعى
(شركة ذات اموال الدولة) ممثلة برئيس مديرها العام
العنوان: مقرها برقم 27 اسطو وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ع): عيساني عبد الكريم محامي دى المجلس

من جهة

وبين

1 (والي ولاية وهران
المباشر للخصام بنفسه
المدعى عليه

2 (مدير التكوين المهني لولاية وهران
المباشر للخصام بنفسه
المدعى عليه

من جهة ثانية

وبحضور:

1 (مؤسسة ***** للاشغال والبناء ETB ، باسمها مالکها
العنوان : الكائنة برقم 14 شارع اول ماي ببطيوة

2 (مؤسسة و***** م للاشغال والبناء ETB باسمها مالکها

3 (السيد محافظ الدولة

إن المحكمة الإدارية بـوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2015/03/29

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق
لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لاسيما المواد 876، 884، 885، 888، 889، 896، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) طيبي رشيدة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) خدام منير محافظ الدولة والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد مداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

الوقائع والاجراءات :

حيث وبعريضة مسجلة بتاريخ 2015/03/02 قامت شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب "صوگرامو" بمديرها وبواسطة الأستاذ عيساني عبد الكريم بمرافعة ولاية وهران بممثلها ومديرية التكوين المهني لولاية وهران ومؤسسة لـ للأشغال والبناء E.T.B بممثلها من أجل أمر المدعى عليهما استعجاليا والي ولاية وهران ومدير التكوين المهني لولاية وهران بتسليم المدعية شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب، (صوگرامو) أو الصفقتين رقم 14/32 المتحدث عنهما بالقضيتين 14/1475 و 14/1476 والتي تمت بين مدير التكوين المهني لولاية وهران بتفويض من والي ولاية وهران مع مؤسسة الأشغال والبناء ولد قادة المؤسسة للأشغال والبناء ولد قادة بلقاسم .

حيث تعرض المدعية شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب "صوگرامو" ذات أموال الدولة تتقدم باسمها رئيس مديرها العام، ممثلة بوكيلها بدعواها ضد المدعى عليهما السيد والي ولاية وهران ومدير التكوين المهني لولاية وهران بحضور مؤسسة ولد قادة الأشغال والبناء E.T.B باسمها مالكة، وكذا مؤسسة الأشغال والبناء ولد قادة بلقاسم وذلك تحت الأسباب الآتية .

أن شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب " صوگرامو" شركة ذات أموال الدولة مالكة لقطعة أرضية بلدية بطبقة بمساحة 06 هكتار 55 آر و 88 سنتييار بموجب عقد إداري للملكية بتاريخ 1977/12/19 محرر من مديرية أملاك الدولة لولاية وهران مشهر بالمحافظة العقارية لولاية وهران بتاريخ 04 جانفي 1978 (وثيقة رقم 01) الترجمة باللغة العربية (وثيقة رقم 02) (وثيقة رقم 03) عقد توثيقي بتغيير اسم المدعية التي أصبحت باسمها الحالي .

أن المدعية التمس من خبير عقاري معاينة ملكيتها بموجب الوثائق، وعلى الأرضية حيث حرر خيرة عقارية بين من خلالها مساحة ملكية المدعية الأرضية الكاملة حسب عقد ملكيتها ب06 هكتار 55 آر و 88 سنتييار والمساحة المشغولة حاليا من قبلها بناءات وورشات عمل 05 هكتار 02 آر و 73 سنتييار والمساحة المعتدى عليها حيث يقام بها مركز تكوين مهني، وهي بمقدار 01 هكتار 28 آر و 59 سنتييار (خيرة الخبير وثيقة رقم 04) .

أن المدعية مالكة للقطعة الأرضية المذكورة وضعت عليها لآفة تبين ملكيتها لها، وكذا معالم للقيام بأشغال البناء عليها كما يثبت محضر المعاينة المرفوق (وثيقة رقم 05) . حيث أن المدعية فوجئت عند قيام مديرها العام يقوم بدورية عمل بالأمكنة بأن وجد مجموعة من الأشخاص باليات وعتاد يقومون بأعمال الحفر والتهينة للقطعة الأرضية بغرض البناء عليها . أنه على اثر ذلك تقدمت المدعية باسم مديرها العام بطاب الى السيد رئيس المحكمة لاستصدار أمر على ذيل عريضة طلب من خلالها تعيين محضر قضائي للانتقال الى قطعها الأرضية المذكورة من أجل المعاينة واثبات حالة على الأشغال التي يقوم بها الأشخاص المذكورين وكذا استجواب المكلفين بالأشغال عن هويتهم وعن السنن القانوني الذي بحوزتهم للقيام بهذه الأشغال .

أن السيد رئيس المحكمة أصدر أمرا على ذيل عريضة بتاريخ 2014/09/30 (وثيقة رقم 06) يقضي بتعيين محضر قضائي للقيام بالمهمة المشار إليها أعلاه .
 وأن المحضر القضائي انتقل الى عين المكان وحرر محضرا بالمعينة والاستجواب بتاريخ 2014/10/01 (وثيقة رقم 07 ثبت من خلالها " وجود أشغال حفر ووجود معالم الجير على العقار كما وجد شاحنة وآلة حفر " .
 وأن المحضر القضائي قابل شخص بالأمكنة يدعى درها ابراهيم الذي أجاب بأن مؤسسة ولد قادة بلقاسم هي التي تقوم بالأشغال وبحوزتها الأمر للقيام بها .
 وأن المحضر القضائي عابن أيضا وجود لآفة على حافة العقار بها كتابة متمثلة في وزارة التكوين والتعليم المهني مديرية التكوين المهني لولاية وهران مؤسسة
 وانه تبين للمدعية بأن السيد مدير التكوين المهني لولاية وهران وبتفويض من السيد والي ولاية وهران قام بتنصيب المؤسسة الخاصة؛ بالأمكنة للقيام بأشغال بناء معهد تكوين مهني .
 - بمحضر تنصيب الشركة الخاصة المذكورة بتاريخ 2014/09/14 (وثيقة رقم 08) .
 - وأمر بالخدمة مسلم للمؤسسة الخاصةم غير مؤرخ وبدون رقم (وثيقة رقم 09) وأن المدعية أقامت دعوى أمام المحكمة الإدارية ضد السيد والي ولاية وهران ومدير التكوين المهني لولاية وهران ومؤسسة البناء الخاصة طالبة استعجاليا بوقف تنفيذ محضر التنصيب المؤرخ فيلا 2014/09/14، والأمر بالخدمة الغير مؤرخ والغير مرقم الاثنان من مدير التكوين المهني لولاية وهران بتفويض من السيد والي ولاية وهران .
 وأن المدعية أقامت أيضا دعويين في الموضوع أمام القضاء الاداري طالبة بإلغاء محضر التنصيب والأمر بالخدمة المذكورين، دعوى مسجلة تحت رقم 14/1283 و 14/1284 .
 وأنه أثناء سريان الدعويين أمام المحكمة الإدارية ذكر المدعى عليهم كلاهما بأنه تمت صفقة عمومية بين مدير التكوين المهني لولاية وهران بتفويض من السيد والي ولاية وهران ومؤسسة البناءة للبناء وم . وهذه الصفقة أو الصفقتين تحملان رقم 2014/32 دون تقديمها للمحكمة الإدارية الامر الذي جعل هذه الأخيرة تقضي بأمر استعجالي بتاريخ 2015/01/11 رقم 14/1475 (وثيقة رقم 10) ورقم 14/1476 (وثيقة رقم 11) يقضيان برفض الطلب على أساس تسبب مفاده :
 أن الأمر يتعلق بصفقة عمومية بين مديرية التكوين المهني لولاية وهران تحت رقم 2014/32 من أجل انجاز وتجهيز معهد مهني متخصص في التكوين المهني .
 وأنه من المقرر قانونا أن القضاء الاستعجالي مختص في الأعمال التحضيرية قبل ابرام الصفقة طبقا لأحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .
 وأن المدعية والتعدي حاصل على ملكيتها والصفقة المذكورة تمت بصفة غير قانونية، تعديا على ملكيتها للقطعة الأرضية . لهذا تلتزم وبغرض إلغاء الصفقة رقم 14/32 تطلب أمر المدعى عليهما بتسليم المدعية الصفقة كما ورد أعلاه .
 حيث أجابت ولاية وهران بممثلها أن طلب المدعية استدعى أحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وأن هذه المادة تتعلق بالاستعجال في مادة ابرام صفقات عمومية بين المتعهدين مع الادارة وأن طلب المدعية غير مؤسس لأن المدعية لم تكن طرفا في الصفقة حتى تتمسك بأحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .
 ومن جهة أخرى لم تقم الولاية بإبرام الصفقة مع أي شخص وانما مديرية التكوين المهني لولاية وهران خلال التفويض الذي بحوزتها وهي التي أبرمت الصفقة ومن ثم يكون لا يمكن الزام الولاية بتقديم الصفقة على أساس أنه ليست بحوزتها وولاية وهران لا علاقة لها بالنزاع . لهذا يلتزم اخراجها من النزاع مع رفض الطلب لعدم التأسيس .
 حيث أجابت مديرية التكوين المهني لولاية وهران بممثلها وبواسطة الأستاذ فراح ادريس بوحفص أن المدعية صرحت احدى عشرة وثيقة (11) . وأن الوثائق المرقمة من 01 - 02 - 03 - 05 - 06 - 07 - 08 و 09 تتعلق بعقود ووثائق سبق وأن طرحتها المدعية أمام المحكمة

الإدارية الفاصلة في القضايا الاستعجالية تحت رقم 14/1475 - 14/1476 (وثائق 10 و11) و14/1536 (وثائق رقم 01 و02 و03) والتي تم الفصل فيهم برفض الطلب والاكتسب قوة الشيء المقضى فيه .

وأن الوثيقة رقم 04 (خبرة الخبير) لا قيمة لها لأنها أتجزت بطلب من المدعية وحدها في غياب الأطراف المدخلة في الخصام أو الأطراف المعنية بالأمر وأن كل الإجراءات التي تتم غيابيا لا قيمة لها طبقا للمواد 49 - 50 - 60 - 61 و63 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ومن جهة أخرى أن المدعية تطلب تسليمها نسخة من الصفقة رقم 14/32 المتحدت عنها ضمن القضية رقم 14/1475 و14/1476 التي تمت بين مديرية التكوين المهني ومؤسسة الأشغال والبناء ■■■■■■ وهذا بغرض القيام بدعوى قضائية بإلغاء الصفقة رقم 14/32 . وتتساءل العارضة على أي أساس قانوني أو أي مبدأ واستنادا على أي أحكام تشريعية أو اجتهادات قضائية أو على أي مفهوم منطقي تريد اللجوء الى العدالة لإلغاء صفقة لا دخل لها فيها .

وأن الطلب يرفض طبقا للمواد 67 - 68 - 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أنه لا يسند على أي حق مهما كان نوعه ويتعين رفض الطلب لأن اختصاص القاضي الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات يكون قبل إبرامها . لهذا يلتزم أصلا الحكم برفض طلبات المدعية طبقا للمواد 496 - 50 - 60 - 61 - 63 - 67 - 68 - 69 - 924 و946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واحتياطيا في الموضوع رفض الطلب لعدم التأسيس .

الرد على مذكرة السيد والي ولاية وهران حول مفهوم نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :

حيث أن المدعى عليه السيد والي ولاية وهران يدفع على أن المدعية لم تكن طرفا في الصفقة ويتمسك بنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

حيث أن المدعية فعلا لم تكن طرفا في الصفقة التي تمت بغير وجه حق على ملكيتها وقامت المدعية بدعوى في الموضوع بغرض إلغاء التصرف أو بالأحرى التعدي الذي قام به مدير التكوين المهني مفوضا من والي ولاية وهران وقبل ذلك أقامت المدعية دعويين استعجاليين ضد المدعى عليهم ترمي الى وقف تنفيذ التصرفات الغير قانونية التي تمت على ملكيتها .

وحيث أنه لتذكير المدع عليه السيد والي ولاية وهران والسيد مدير التكوين المهني لولاية وهران أنه أثناء الدعويين الاستعجاليين احتج المذكورين بوجود صفقة أو صفقتين تمت بين مدير التكوين المهني لولاية وهران دائما بتفويض من السيد والي مع المؤسستين التجاريتين الخاصتين ببناء معهد تكوين مهني على أرضية المدعية .

حيث أنه كان على المدعى عليهما أثناء سريان الدعويين تقديم وثيقة الصفقة أو الصفقتين لتطلع عليهما المدعية للقيام بالإجراءات القانونية في موضوعها لكن لم يتم المدعى عليهما بذلك والمحكمة الادارية لم تطلب منهما أيضا تقديم الوثيقة المذكورة وقضت بعدم قبول دعوى المدعية على أساس وجود صفقة بين الطرفين .

أنه من حق المدعية قانونا طلب تسليم وثيقة الصفقة التي تمكت تعديا على ملكية المدعية . حيث أن نظرق المدعي عليه لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، في غير محله ، ذلك أن المادة القانونية المذكورة تتعلق بإخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع إليها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات .

وتضيف المادة القانونية المذكورة أن هذا الإخطار يكون من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقود والذي قد يتضرر من هذا الإخلال وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية ويجوز إبطار المحكمة قبل إبرام الصفقة إلى آخره من نص المادة .

أن مغزى نص المادة القانونية السالفة الذكر هو أنها جعلت للإنصاف في المنافسة بين المتعاملين مع الإدارية بصفة عامة في مجال الصفقات العمومية ، وكذلك وهو الأهم الحفاظ على أموال الدولة في هذه الصفقات في إبرام الصفقات، يذكر المادة أيضا لممثل الدولة الحق كذلك بإخطار المحكمة الإدارية في هذا المجال .

أنه بناء على ما سبق ذكره ونص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصريح ، فإنه لا علاقة للمدعية بموضوع نص هذه المادة ، فهي ليست بمتعامل مع الإدارة في إبرام

الصفقة ، ولا هي من الغير المنافس على إبرام الصفقة .
 أن دعوى المدعية مؤسسا قانونا على أنه تم التصرف في ملكيتها للقطعة الأرضية بدون وجه حق ، فهي علمت بوجود هذه الصفقة (أو الصفقتين) برقمها عند قيامها بدعويها الإستعجاليين دون أن يقدم المدعيين هذه الوثيقة للمحكمة الإدارية حتى تطلع عليها المدعية ، وبالرغم من ذلك قضت المحكمة في الدعويين الإستعجاليين بعدم القبول لوجود هذه الصفقة .
 حول دفع المدعى عليه السيد والي ولاية وهران " أن لا علاقة له بالنزاع " بعد دفعه الأول في الموضوع على أساس المادة 946 السالفة الذكر .
 أن المدعى عليه السيد والي ولاية وهران ، يدفع بأن لا علاقة له بالنزاع بعد دفع في الموضوع بطرحه لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
 أن المدعى عليه يتحدث بنفسه عن تفويض من والي ولاية وهران إلى مدير التكوين المهني لولاية وهران في موضوع الصفقة ، ثم بعد ذلك يذكر عن نفسه صفته القانونية في الدعوى .
 حيث أن للمدعى عليه السيد والي ولاية وهران الصفة القانونية في دعوى الحال عهلى أساس التفويض ذاته ، إذ أن المتعاقد القانونية في الصفقة المذكورة هو السيد والي ولاية وهران مفوضا للسيد مدير التكوين لولاية وهران ، هذا الأخير الذي هو وكيل فقط عن السيد والي ولاية وهران وبالتالي ، فهو معني بالدرجة الأولى في هذه الدعوى .
 ومن ثم ، فتان دعوى المدعية موجهة توجيها صحيحا ضد كل من السيد والي ولاية وهران بصفته مفوضا (بعلامة الكسرة على الواو) ، والسيد مدير التكوين المهني بصفته مفوضا (بالواو مجرورة) (أي وكيل) .
 الرد على مضمون مذكرة مدير التكوين المهني لولاية وهران حول طرح المدعى عليه الخاطيء لقوة حجية الشيء المقضى فيه في المادة الاستعجالية :
 حيث أن المدعى عليه مدير التكوين المهني لولاية وهران يعتبر خطأ أن الأمر الاستعجالي قوة حجية الشيء المقضى فيه .
 أنه بخلاف ما ذكره المدعى عليه فإن الأوامر الاستعجالية سواء كانت في دعاوى القضاء العادي أو القضاء الاستعجالي ، فهي لا تكسب لا حجية الشيء المقضى فيه لكون الأمر الاستعجالي لا يقضى في الموضوع وإنه يتخذ تدابير مؤقتة يمكن مراجعتها عند الحاجة الى ذلك .
 وعليه فإن طرح المدعى عليه جانب القانون وبالتالي فهو غير مؤسس .
 حول تساءل المدعى عليه لماذا تطلب المدعية صورة للصفقة (أو صفقتين) :
 حيث أنه للرد على المدعى عليه في هذا الوجه هو بتساؤل آخر من المدعية كيف أن المدى عليه بتعويض من المدعى عليه السيد والي ولاية وهران يبرم صفقة مع مؤسسة تجارية خاصة بدون وجه حق بالتعدي على ملكية المدعية للقطعة الأرضية .
 وسؤال ثاني : كيف أنه بعد التعدي على ملكيتها لا تقوم المدعية بالاجراءات القانونية التي تسمح لها بالظعن في كل الاجراءات القانونية والعملية التي قان بها المدعى عليهما على ملكيتها وتترك لهما السبيل ليفعلا ما يشاءا .
 ان الدفع الذي جعل المدعية تقيم هذه الدعوى ضد المدعى عليهما بحضور باقي الطرفين الآخرين هو تعدي المدعى عليهما على ملكيتها بالتصرف فيها عمليا وقانونيا بإبرام صفقة حولها وذكر المدعى عليهما لهذه الصفقة خلال الدعويين الاستعجاليين التي أقامت المدعية ضدتهما ، ولم يقدمتا لا نسخة ولا صورة لهذه الصفقة والمحكمة قضت بعدم قبول دعوي المدعية بسبب وجود هذه الصفقة برقمها .
 عن طرح المدعى عليه لنص المادة 924 و946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :
 حيث أن طلب المدعية لصورة أو نسخة من الصفقة المبرمة تعديا على ملكيتها يتوفر على عنصر الاستعجال يخص به القاضي الاداري الاستعجالي كون المدعى عليهما وباقي الأطراف يقومون بالتعدي على ملكيتها بالحفر والبناء عليها هذا من جهة .
 ثم من جهة ثانية للمدعية الحق للظعن في وثيقة الصفقة المبرمة تعديا على ملكيتها وهي تملك نسخة أو صورة منها لنقضها قانونا ولطرحها على قاضي دعاوى الالغاء .
 وعليه فإن طلبها مؤسسا قانونا .

وأنة في موضوع نص المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ومغزاها القانوني فإن المدعية توجه المدعى عليه مدير التكوين المهني لولاية وهران الى الفقرة السابقة الخاصة بالرد على والي ولاية وهران . وتلتبس العارضة الاشهاد لها أن كل دفع المدعى عليهما تفتقد للجدية وغير مؤسسة قانونا يجب رفضها وأن المدعية تتمسك بمضمون عريضتها الافتتاحية والحالية ..

**** وعليه فإن المحكمة ****

بعد الاطلاع على الطلب والمذكرات الجوابية .

بعد الاطلاع على الوثائق :

- عقد إداري بتاريخ 1977/12/19 مشهر في 1978/01/04 .

- عقد توثيقي بتغيير اسم .

- خبرة .

- محضر معاينة + نسخ من صور فوتوغرافية + محضر اثبات حالة وانذار باستجواب في

2014/10/01 .

- محضر تنصيب بالورششة في 2014/09/14 .

- أمر بالخدمة .

- أمر استعجالي رقم 14/1475 بتاريخ 2015/01/11 .

- أمر استعجالي رقم 11/1476 بتاريخ 2015/01/11 .

بعد الاطلاع على المواد 917 - 918 - 923 - 924 - 925 - 931 - 932 - 934 - 935

و 946 .

- حيث تلتبس المدعية شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب (صوگرامو) بمديرها العام أمر

المدعى عليهما والي ولاية وهران مفوض ومدير التكوين المهني لولاية وهران بتسليم المدعية

شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب (صوگرامو) الصفقة (أو الصفقتين) رقم 14/32

المتحدث عنها ضمن القضية رقم 14/1475 و 14/1476 والتي تمت بين مدير التكوين المهني

لولاية وهران بتفويض من والي ولاية وهران مع مؤسسة الأشغال والبناء ولد قادة بلقاسم .

- حيث أن ما يطالبه المدعي لا يؤسس تدبيرا من التدابير المتعلقة بآثبات وقائع مادية محضة فإن

طلب المدعي لا يتوفر على عنصر الاستعجال .

- حيث وأخيرا لم يختصر طلب المدعي على تدبير استعجالي مؤقت الذي نصت عليه المادة

946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية والذي يتطرق باجراءات الأولية الخاصة بإبرام

الصفقة .

- حيث أن طلب نسخة من الصفقة يفصل فيه قاضي الموضوع الذي يطرح نزاع بين المتعاملين

المتعاقدين في اطار الصفقة .

- حيث وللأسباب السالفة الذكر يتعين رفض الطلب لعدم تأسيسه قانونا .

- حيث من خسر الدعوى يتحمل مصاريفها عملا بالمادة 896 من قانون الاجراءات المدنية

والإدارية ..

**** هذه الأسباب ****

- بتاريخ 2015/03/29 أمرت المحكمة الإدارية برفض الطلب .

- إبقاء المصاريف القضائية المقدرة بألف (1000) دج على عاتق المدعية ..

بدا صدر هذا الأمر وأفصح به جهازا بالجلسة المذكورة أعلاه وأمضى على أصله كل من

أمين الضبط

الرئيس (ة) المقرر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران

القسم الاستعجالي

رقم القضية: 15/00884

رقم الفهرس: 15/00805

جلسة يوم: 15/07/26

مبلغ الرسم/ 5000 دج

المدعى:

ديوان الترقية والتسيير العقاري
لولاية وهران الممثل من طرف
مديره العام

المدعى عليه:

مؤسسة صارل وهران موديرين
بناء ممثلة من طرف مسيرها

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في السادس والعشرون من شهر جويلية سنة ألفين وخمسة عشر

برئاسة السيد (ة): طيبي رشيدة
بعضوية السيد (ة): رضوان مليكة
وبعضوية السيد (ة): رحوي خير الدين
وبمحضر السيد (ة): بخالد فاطمة
وبمساعدة السيد (ة): طاهر محمد

رئيسا
مستشارا مقرر
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 15/00884

بين:

1 (ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران الممثل المدعى
من طرف مديره العام

العنوان: 08 ساحة بودالي حسني سيدي الهواري وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): مشري المشري المحامي لدى المجلس

من جهة

وبين

1 (مؤسسة صارل وهران موديرين بناء ممثلة من طرف المدعى عليه
مسيرها

العنوان: مقره 52 شارع مارسيل سان جيرمان شويو وهران
المباشر للخصام بنفسه

من جهة ثانية

إن المحكمة الإدارية بـوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2015/07/26

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 885، 888، 889، 896، 897، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) رضوان مليكة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) بخالد فاطمة

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

صفحة 1 من 3

رقم الجدول: 15/00884

رقم الفهرس: 15/00805

الوقائع والاجراءات :

بموجب عريضة مسجلة بتاريخ 2015/6/28 تحت رقم 2015/884 بأمانة ضبط المحكمة الإدارية -القسم الاستعجالي -تقدم ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلا في مديره العام بواسطة محاميه الأستاذ مشري المشري ممثلا في مديره العام بواسطة محاميه بطلب تعيين خبير للانتقال إلى مكان تواجد السكنات المنجزة من طرف المدعى عليها مؤسسة صارل وهران موديرن بناء ممثلة في مسيرها والإطلاع على وثائق المشروع والصفقة المبرمة بينهما وتحديد الأشغال الواجب إنجازها لاستدراك النقائص التي شابته المنشآت المنجزة من طرف المدعى عليها لجعلها متطابقة مع المعمول به حسب المواصفات المتفق عليها في الصفقة المبرمة بينهما .

دافعا :

أنه تعاقدا مع المدعى عليه بموجب الصفقة العمومية رقم 2011/33 بتاريخ 2011/08/07 من أجل إنجاز سكنات إيجارية .

أن المنشآت التي أنجزتها المدعى عليها غير مطابقة للمواصفات التقنية المطلوبة إذ تظهر عليها عيوب كثيرة حالت دون استيلاء هذه المنشآت بصفة قانونية .

-أنه وجه عدة إغذارات للمدعى عليه من أجل استدراك تلك العيوب دون جدوى فاضطر إلى القيام ببعض الترميمات وبقي الكثير منها .

عن المدعى عليها مؤسسة صارل وهران موديرن بناء ممثلة في مسيرها تعذر على المحضر القضائي تبليغ لها عريضة افتتاح الدعوى فأرسلت لها برسالة موصى عليها لم يرجع وصل يفيد تبليغها بها.

-بعد سماع السيدة : رضوان مليكة المقرر في تلاوة تقريره.

-بعد سماع السيدة بخالد فاطمة محافظ الدولة في طلباته الرامية إلى تطبيق القانون .

-بعد الاطلاع على أوراق الملف .

-بعد الاطلاع على أحكام المواد 917-918-923-930-931-932-933-946-924-1/

896 و 1/419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

بعد المداولة قانونا .

** وعليه فإن المحكمة **

-حيث أن طلب المدعي ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلا في مديره العام

يرمي إلى إصدار أمر بتعيين خبير في مادة الصفقات

-لكن حيث أن الأمر الذي يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي إصداره في مادة الصفقات طبقا

لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون قبل إبرام الصفقة العمومية

ويتعلق فقط بحالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المناقصة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات

العمومية وعليه متى كان كذلك .

تعين اعتبار طلب المدعي الرامي إلى تعيين خبير بعد الصفقة العمومية التي أبرمها مع الشركة

المدعى عليها غير مؤسس .

ومنه وجب طبقا لأحكام المادة 1/924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رفضه .

-حيث أن المصاريف القضائية تبقى حينئذ عملا بأحكام المادتين 896 و 1/419 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية على عاتق الديوان المدعي ممثلاً في مديره العام .

**** هذه الأسباب ****

أمرت المحكمة الإدارية بتاريخ 2015/07/26 برفض الطلب .
إبقاء المصاريف القضائية على عاتق المدعي والمقدرة بـ 5000 دج .
بذا صدر هذا الأمر وأفصح به جهازاً بالجلسة المذكورة أعلاه وأمضى على أصله كل من :

أمين الضبط

المستشار المقرر

الرئيس (ة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران
القسم الاستعجالي

رقم القضية: 16/00092

رقم الفهرس: 16/00143

جلسة يوم: 16/02/07

مبلغ الرسم/ 1500 دج

المدعي:

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في السابع من شهر فيفري سنة ألفين و ستة عشر

رئيسا مقرا
مستشارا
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

برئاسة السيد(ة): بن جريو كريمة
بعضوية السيد (ة): خالد خيرة
وبعضوية السيد(ة): بلملياني خيرة
وبمحضر السيد (ة): خدام منير
وبمساعدة السيد(ة): طاهر محمد

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 16/00092

بين:

1 ():

المدعي
العنوان: الساكن بحي 106 تجزئة المستقبل رقم 03 بنر الجير وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): بو عيط مصطفى المحامي

من جهة

المدعي عليه:
الوكالة للتنظيم والتسيير
العقاري لولاية وهران ممثلة
من طرف مديرها العام

وبين

1 ():

الوكالة للتنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلة المدعي عليه
من طرف مديرها العام
العنوان: مقرها شارع باهي اعمر السانيا وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): فريد بن زوبارة المحامي .

من جهة ثانية

و بحضور:

1 (): السيد محافظ الدولة

إن المحكمة الإدارية بـوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2016/02/07

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 885، 888، 889، 896، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) بن جريو كريمة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) خدام منير

محافظ الدولة

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

الوقائع والاجراءات :

بموجب عريضة افتتاح دعوى مسجلة بأمانة ضبط المحكمة الإدارية بوهران القسم الإستعجالي رافع المدعي ***** بواسطة محاميه الأستاذ بو عيط مصطفى محامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة المدعى عليها الوكالة للتنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلة من طرف مديرها العام الكائن مقرها شارع باهي عمر السانبا وهران. بحضور السيد محافظ الدولة جاء فيها أنه سبق وأن طرح شكوى مصحوبة بإدعاء مدني ضد المدير العام للوكالة للتنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران المدعى عليها وبعض موظفوا نفس الوكالة المشرفة على لجنة الصفقات العمومية وتم تحديد مبلغ كفالة لذلك والتي تم دفعها من طرفه أمام أمانة كتابة الضبط وتم تحريك الدعوى العمومية وإجراء تحقيق ضد المشانكي منهم .

أن السيد عميد قضاة التحقيق فتح تحقيق تبعا للشكوى مطروحة من قبله وتم تحديد أول جلسة لسماعه أمامه بصفته ضحية ليؤكد شكواه يوم 2016/01/17 حسب الإخطار الموجه له. وقد وصل إلى علمه على أن المناقصة التي تم الفوز بها من طرفه والتي بدأ الأشغال فيها من طرف مؤسسته وتم إلغائها من طرف الوكالة من تلقاء نفسها وبدون علمه وبالمناورات التي كان بسببها قيامه بطرح شكوى مصحوبة بإدعاء مدني حسب الوقائع التي تم شرحها بصلب الشكوى المرفقة والمطروحة أمام السيد عميد قضاة التحقيق لوقائع إبرام الصفقات المشبوهة ومخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته ولمخالفتهم المادة 11 منه و33 وذلك بإساءة إستغلال وظائفهم عمدا ومخالفتهم المواد 34 و 09 التي تتطلب قواعد الشفافية والمناقشة الشريفة والتزوير في محرر رسمي وذلك بكتابة في السجل والتغيير في الوقائع بعد إتمامها وقفلها من قبل لجنة مراقبة العروض تغيير حقيقة الوقائع والإعلان عن عدم جدوى إعلان الصفقة وفق المادة 44 من قانون الصفقات العمومية رغم أن الحقيقة الوقائع غير ذلك ومخالفين بذلك المادة 44 من نفس القانون ناهيك عن إسقاط وتزييف الشروط أو القرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المحررات وفق المادة 216 فقرة 3 من قانون العقوبات وكل هذه التهم بما فيها التزوير تم طرح عليها شكوى والقضية لا تزال محل تحقيق أمام السيد عميد قضاة التحقيق لدى محكمة السانبا.

إلا أن الوكالة للتنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وعند علمها وإستدعائها من قبل السيد عميد قضاة التحقيق لم تولها لأول جلسة فإنها قامت بإعلان نفس المناقصة لنفس المشروع بالجريدة اليومية *la voix de l'oranie* يوم 2016/01/12 بالرغم من أن الإشكال المطروح على هذه المناقصة لم يتم الفصل فيه نهائيا وهو تحت التحقيق من طرف المحكمة. لذا يلتزم الأمر بوقف المناقصة الوطنية المفتوحة رقم 2016/01 الخاصة بمشروع أشغال البناء كل هياكل الدولة 78/50 مسكن ترقوي تساهمي مع 22 محل تجاري و05 مكاتب بعين البية بطبوة لحين الفصل نهائيا في الشكوى المرفوعة أمام السيد عميد قضاة التحقيق لدى محكمة السانبا .

وأجابت المدعى عليها الوكالة للتسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران ممثلة من طرف مديرها بواسطة محاميتها الأستاذ فريد بن زويرة . بعريضة جاء فيها بأنها قامت بإعلان أول عن مناقصة وطنية محدودة بتاريخ 2014/09/20 تحت رقم 2014/09 تتعلق بإنجاز 78/50 سكن ترقوي مدعم مع 22 محل تجاري و05 مكاتب بعين البية دائرة بطبوة والذي تم الإعلان عن عدم جدواها نظرا لاستلام عرض واحد فقط

وتبعا لذلك قامت بإعلان ثاني عن مناقصة وطنية محدودة بتاريخ 2014/11/09 تحت رقم 2014/13 تم نشره في الصحافة على التوالي بتاريخ 2014/11/09 و 2014/11/18 . وأن لجنة فتح الأظرفة لدى المدعى عليها انعقدت بتاريخ 2014/11/30 في جلسة علنية تم

..... والثاني باسم المدعو

وأن اللجنة الدائمة لتقييم العروض في اجتماعها المنعقد بتاريخ 2014/12/21 قامت في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض ثم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولى تقنيا وقد خلصت اللجنة في محضرها إلى انتقاء العرض الذي تقدم به المدعي لإنجاز مشروع 78/50 سكن ترقوي مدعم بعين البية دائرة بطيوة على ضوء التقدير الإداري الأول وكذا تقرير تحليل العروض التقنية والمالية من طرف مكتب الدراسات. وأنه بناء على مراسلة مؤرخة في 2014/12/28 موجهة إلى اللجنة الدائمة لتقييم العروض تم لفت انتباه هذه اللجنة بأن العرض الذي تم انتقائه الخاص بالمدعي يتجاوز السقف المحدد بموجب القرار الوزاري المشترك بتاريخ 2011/05/14 الجريدة الرسمية عدد 51 لا سيما المادتين 9 و 10 التي تنص على أن ثمن التنازل عن السكن الترقوي المدعم يجب أن لا يتجاوز مبلغ 40.000 دج للمتر المربع الواحد مع جميع الرسوم وأن التقدير الإداري لمكتب الدراسات الذي تم اعتماده في تحليل العروض المقدمة خاطئ باعتبار أن مكتب الدراسات قام بتقدير المشروع بكامله الذي يضم إنجاز 78 مسكن ترقوي مدعم بعين البية دائرة بطيوة بدلا من تقدير 50 مسكن فقط المعنية بالمناقصة محل النزاع وهذا بإقرار صريح من طرف مكتب الدراسات بموجب إرساليته في 2014/12/28 بوجود خطأ في الحساب أين تم إعادة إنجاز التقرير الإداري الثاني وكذا تقرير تحليل العروض التقنية والمالية بعد تصحيح الأخطاء السابقة واعتماد أسعار وحدوية جديدة والذي خلص إلى اقتراح إقصاء المتعهدين وعدم انتقاء أي منهما بعدما تبين عدم حصولهما

على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط .

وأن اللجنة الدائمة لتقييم العروض انعقدت من جديد بتاريخ 2015/01/15 تبعا لمحضر المحرر بنفس التاريخ لإعادة تقييم العروض المقدمة أين خلصت إلى التصريح بعدم الجدوى وقد تم نشر الإعلان عن عدم الجدوى في الصحف بتاريخ 2015/01/31 ، لذلك فإن القول بفوز المدعي بالصفقة وبدأ الأشغال المرتبطة بها لا أساس له من الصحة وهو مفقور للإثبات لا سيما وأن المدعي لم يقدم أي وثيقة تفيد ذلك.

فشرعت بعد ذلك في إجراء استشارة محدودة وقد تم استشارة زيادة علي متعاملين اقتصاديين مؤهلين جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة من بينهم المدعي السيد إلا أنه رفض تقديم أي عرض .

وأن المدعي تقدم بطعن أمام لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران التي قررت بموجب محضرها المؤرخ في 2015/02/26 رفض الطعن شكلا وموضوعا ، باعتبار أن الطعن ينصب على إعلان عدم الجدوى وليس بخصوص إعلان عن قرار المنح المؤقت للصفقة. فقامت بعد ذلك تبعا لما توصلت إليه لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران بإلغاء جميع إجراءات إبرام الصفقة ونشر هذا الإعلان في الصحافة بتاريخ 2015/06/01 وبتاريخ 2016/01/12 قامت بالإعلان عن مناقصة وطنية مفتوحة رقم 01/2016 متعلقة بنفس المشروع وأضافت بأن المشرع نظم الإستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات في المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأجاز رفع دعوى في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال ويمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه في حين أن الطلب الذي تقدم به المدعي الرامي إلى وقف المناقصة الوطنية المفتوحة رقم 2016/01 المعلن عنها بتاريخ 2016/01/12 لا يدخل من بين الحالات المذكورة على سبيل الحصر ولم يقدم ما يفيد إخلال المدعي عليها بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

أما عن الشكوى المصحوبة بادعاء مدني التي يتحجج بها المدعي ليس لها أي أثر موقف للمناقصة الوطنية المفتوحة المعلن عنها ناهيك عن الأهمية القصوى للبرنامج المزمع إنجازه المتعلق بالسكنات الترقوية المدعمة التي تدخل في إطار برنامج فخامة السيد رئيس الجمهورية

وسياسة الدولة ، خصوصا وأن المستفيدين في هذا البرنامج لا يمكنهم الانتظار أكثر مما هو عليه الحال .
وأن المدعي سبق له رفع دعوى أمام محكمة الحال بتاريخ 2015/06/29 بموجب عريضة افتتاحية التمس فيها أمر المدعي عليها بإتمام إجراءات التعاقد بخصوص نفس الصفقة محل النزاع مع تحديد أجل مناسب تحت طائلة غرامة تهديدية وقد انتهت بصور الأمر الاستعجالي المؤرخ في 2015/07/26 رقم القضية 15/00886 رقم الفهرس 15/00806 الذي قضى في منطوقه برفض الطلب وقد جاء في أسبابه أنه " لا يسوغ لقاضي الاستعجال أن يأمر بإبرام العقد دون المساس بأصل الحق وأن المدعي لن يقدم ما يفيد قبول عرضه ولم يثبت أي إجراء لمنح الصفقة ليتسنى للمحكمة تأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات كما نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولهذه الأسباب يتعين رفض الدعوى لعدم التأسيس ."
"لا سيما وأن الأوامر الاستعجالية الفاصلة في الموضوع تحوز حجية الشيء المقضي فيه طبقا للمادة 300 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
لذا نلتزم برفض طلب المدعي للأسباب المفصلة أعلاه .
وإلتزم السيد محافظ الدولة بتطبيق القانون .

** وعليه فإن المحكمة **

-من حيث الشكل : أن دعوى الحال رفعت من ذي صفة وطبقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا وخاصة المواد : 800-801-815-920-921-923-925-926-933 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لذا يتعين قبولها شكلا .
-من حيث الموضوع :
حيث أن المدعي رافع المدعى عليها الوكالة التنظيم والتسيير العقاري بوهران ملتصقا الأمر بوقف المناقصة الوطنية المفتوحة رقم 2016/01 الخاصة بمشروع أشغال البناء كل هياكل الدولة 78/50 مسكن ترقوي تساهمي مع 22 محل تجاري و 05 مكاتب بعين البنية بطبوة لحين الفصل نهائيا في الشكوى المرفوعة أمام السيد عميد قضاة التحقيق لدى محكمة السانبا .
وحيث أن المدعي عليها التمس برفض الدعوى .
وحيث أن السيد محافظ الدولة التمس بتطبيق القانون .
وحيث أن المدعية تأسس دعواه بكونه قد تقدم بشكوى مصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق ضد المدير العام لوكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وبعض موظفي هذه الوكالة المشرفة على لجنة الصفقات العمومية وذلك نتيجة إلغائها للمناقصة التي فاز بها والتي بدأ الأشغال فيها إلا أن الوكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وعند علمها وإستدعائها من قبل السيد عميد قضاة التحقيق لمثلها لأول جلسة فإنها قامت بإعلان نفس المناقصة لنفس المشروع بالجريدة اليومية LA VOIX DE LORANIE يوم 2016/01/12 بالرغم من أن الإشكال المطروح على هذه المناقصة لم يتم الفصل فيه نهائيا وهو تحت التحقيق من طرف المحكمة .
وحيث أن المدعي تناقش إستحقاقه لمناقصة وذلك يمس بأصل الحق ومن جهة أخرى فإن اختصاص القاضي الاستعجالي فيما يخص مادة إبرام العقود والصفقات يكون في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار وهو مالم يثبت في دعوى الحال .
وحيث أنه بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يوجد ما يخشى تداركه من إبرام الصفقة المعلن عن إشهاره نظرا لكون المدعي لم يتم بأي أشغال يمكن أن تكون محل منازعة بينه وبين متعاقد آخر مما يتعين رفض الدعوى لعدم التأسيس .
وحيث أن كل من خسر دعواه ملزم بالمصاريف طبقا للمادتين 419 و 896 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

**** لهذه الأسباب ****

أمرت المحكمة الإدارية بتاريخ 2016/02/07 حضوريا علنيا وإبتدائيا .
في الشكل : قبول الدعوى .
في الموضوع : رفض الدعوى لعدم التأسيس .
تحميل المدعي المصاريف القضائية .
بذا صدر هذا الأمر وأفصح به جهازا بالجلسة المذكورة أعلاه وأمضى على أصله كل من :

أمين الضبط

الرئيس (ة) المقرر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
باسم الشعب الجزائري

مجلس الدولة

قرار

الغرفة الخامسة

فصلا في الدعوى الإستعجالية المرفوعة:

بين:

ملف رقم:

074854

فهرس رقم:

723

ولاية البيض ممثلة بالسيد الوالي ممثلا بمديرية الري لولاية البيض و القائم في حقها الأستاذة يعقوبي موني المحامية المعتمدة لدى المحكمة العليا الكائن مقرها بحي 01 نوفمبر 54 الأبيض سيد الشيخ، ولاية البيض، والأستاذ محند مسعود المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مقره بحي أرماف عمارة C 3 شوفالي.

من جهة

قرار بتاريخ:

2012/06/21

وبين:

- السيد (أ ع م)، الساكن بموزاية و القائم في حقه الأستاذ علال عبد الكريم المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مقره بحي السرسور 09، ولاية سعيدة.

من جهة أخرى

قضية:

ولاية البيض

إن مجلس الدولة:

- في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الواحد و العشرين من شهر جوان سنة ألفين و إثني عشر.

ضد:

السيد (أ ع م)

- بمقتضى القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 30 ماي 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل و المتمم.

(إستعجالي)

- بمقتضى القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لا سيما المواد 917 ، 923 ، 846 ، 876 ، 884 ، 885 ، 899 ، 915 و 916 منه.

- بعد الاستماع إلى السيد بن عبيد الوردى رئيس الغرفة المقرر في تلاوة تقريره المكتوب.

- بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد قجور عبد الحميد محافظ الدولة و الإستماع إلى ملاحظاته الشفوية.

.../...

ص(02) من القرار رقم: 074854 (م - س)

- وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي :

- الوقائع والإجراءات:

تقدمت ولاية البيض ممثلة بالوالي بعريضة لدى أمانة ضبط مجلس الدولة في 2011/08/24 بواسطة الأستاذة يعقوبي موني استأنفت القرار المؤرخ في 2011/07/25 الصادر عن الغرفة الإدارية الاستعجالية لمجلس قضاء سعيدة القاضي بإلزام المدعى عليها ولاية البيض ممثلة بالوالي باحترام بنود الصفقة وبالنتيجة يكون المبلغ المنفق عليه في الكشف الكمي والتقييمي والذي تم الإعلان في الجريدة اليومية، هو الواجب الدفع بعد انتهاء العمل وهو مبلغ (186.041.683 دج).

تذكر المستأنفة أنه تم الإعلان عن مناقصة وطنية محدودة في الجزائر تتضمن إنجاز مشاريع للري لفائدة المستأنفة.

وبعد فتح الأظرفة المالية والتقنية وتم تقييم العروض وانتقاء الفائزين حيث تأهلت مؤسسة المستأنف عليه التي تحصلت على الحصة 07 بمبلغ (186.041.683,40 دج) وتم الإعلان عن المنح المؤقت لهذه الصفة في الجريدة اليومية وبعد عرض الصفقات العمومية للولاية قررت وجوب تخفيض مبلغ الصفقة إلى (135.457.294,00 دج) وقد أعلمت مديرية الري لاستدعاء المتعاقد أحمد عياد من أجل تخفيض مبلغ الصفقة حيث وافق على ذلك بموجب رسالة موجهة إلى مديرية الري مؤرخة في 2009/07/24 رقم 309 وقد شرع في الإنجاز وتم تسليم الأشغال مؤقتا في 2010/09/06.

إلا أن المستأنف عليه أقام دعوى استعجالية التمس فيها احترام بنود الصفقة الأولى أسفرت عن صدور القرار المذكور أعلاه والمطعون فيه بالاستئناف من قبل الولاية التمس إلغاء القرار المستأنف ورفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أودع المستأنف عليه مذكرة جوابية بواسطة الأستاذ علال عبد الكريم التمس فيها تأييد القرار المستأنف.

حيث أودعت المستأنفة مذكرة تدعيمية بواسطة الأستاذ محند مسعود تلتمس إلغاء القرار المستأنف.

حيث أن محافظ الدولة قدم تقريره المكتوب ملتصقا بالتصريح بإلغاء القرار المستأنف والحكم بعدم الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال.

.../...

ص(03) من القرار رقم: 074854 (م - س)

- وعليه فإن مجلس الدولة

- من حيث الشكل:

حيث أن الطلب استوفى أوضاعه القانونية وورد في آجاله مما يتعين قبوله.

- من حيث الموضوع:

حيث أن ولاية البيض استأنفت القرار الاستعجالي الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سعيدة المؤرخ في 2011/07/25 القاضي بإلزام المدعى عليها باحترام بنود الصفقة المتضمنة لمبلغ (186.041.683 دج).

حيث تدفع المستأنفة أن القرار المعاد خرق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ما دام هناك اتفاق بين المتعاقدين على مبلغ 135457.294,00 دج) علاوة على ذلك فالمستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية بتخفيض المبلغ وقام بتنفيذ الأشغال وتم تسليمها مؤقتا. حيث تضيف المستأنفة أن قاضي الاستعجال غير مختص لكون القرار جاء خرقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت بدقة تدخل القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

حول الدفع بعدم اختصاص قاضي الاستعجال:

حيث أن النزاع الحالي يتعلق بالمطالبة بإلزام المدعى عليها (المستأنفة) باحترام بنود الصفقة.

حيث تنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة... إلخ.

حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة، وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتا.

حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نفذت، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه.

حيث في هذه الحالة تبقى المصاريف على المستأنف عليه.

.../...

ص (04) من القرار رقم: 074854 (م - س)

لهذه الأسباب

- يقرر مجلس الدولة حال فصله في القضايا الإستعجالية ، علنيا حضوريا:
- في الشكل: قبول الاستئناف.
- في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف والتصريح من جديد بعدم اختصاص قاضي الاستعجال.
- تحميل المستأنف عليه المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الواحد والعشرين من شهر جوان سنة ألفين و إثني عشر من قبل الغرفة الخامسة المشكلة من السيدة والسادة:

الرئيس المقرر	بن عبيد الوردي
مستشارة الدولة	عمارة يمينة
مستشار الدولة	حمدان عبد القادر
مستشار الدولة	دالي الهادي

بحضور السيد قجور عبد الحميد محافظ الدولة وبمساعدة السيدة سعيد سعاد الدين أمينة الضبط
- الرئيس المقرر
- أمينة الضبط

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قرار

مجلس الدولة

الغرفة الخامسة

رقم الملف: 116955

رقم الفهرس: 15/02890

قرار بتاريخ:

2015/12/17

قضية:

مؤسسة الاشغال والبناء

الممثلة من قبل مسيرها

ضد

بلدية واد تليلات .

(إستجالي)

مبلغ الرسم: 1500 دج

فصلا في الدعوى الإستعجالية المرفوعة بين:

1 (مؤسسه الاشغال العمومية والبناء الممثلة من قبل مسيرها

الكائن مقره (هم) ب: 76 شارع محمد خميستي قديل وهران

و القائم في حقه(هم) الأستاذ (ة): فكيرين الطاهر

الكائن مقره ب: رقم 10 شارع 20 اوت وهران .

وبين:

1 (بلدية واد تليلات الممثلة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي

الكائن مقره (هم) ب: واد تليلات وهران

و القائم في حقه(هم) الأستاذ (ة): ساري حميد

الكائن مقره ب: 06 شارع زيتوني احمد واد تليلات وهران

من جهة

من جهة أخرى

إن مجلس الدولة

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

السابع عشر من شهر ديسمبر سنة ألفين وخمسة عشر

بمقتضى القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، المعدل و المتمم.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

846، 876، 884، 885، 899، 915، 916، 917، 918، 921، 923 و 924 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) مرسلتي وهيبة مستشار الدولة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) فجور عبد الحميد محافظ الدولة

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي:

الوقائع و الإجراءات

بعريضة مودعة لدى أمانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 18 جوان 2015 الحاملة لرقم 116955 إستأنفت المدعية مؤسسة الأشغال و البناء الممثلة من قبل مسيرها ***** الوكيل عنها الأستاذ فكيرين طاهر المحامي المعتمد لدى مجلس الدولة الأمر الإستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بوهران بتاريخ 17-05-2015 أهم ما جاء في عريضة الإستئناف أن موضوع الصفقة يتمثل في إتمام أعمال إنجاز المركب الثقافي بواد تليلات و أن المنح المؤقت للصفقة لمؤسسة عبد الله سلمي غير قانوني، مما دفع بالمستأنفة إلى رفع دعوى في الموضوع تحمل رقم 516-15 تطالب من خلالها إلغاء المنح المؤقت للصفقة المعلن عنه في جريدة التحرير بتاريخ 29-03-2015 لعدم قانونية و بالنتيجة منح الصفقة المتعلقة بإتمام أعمال إنجاز المركب الثقافي بواد تليلات الحصة الثانية للمستأنفة على اعتبارها قدمت أقل عرض مالي و بمدة إنجاز أقل كذلك، و تتوافر فيها الشروط التقنية المطلوبة بدفتر الشروط، و أنه و بموازاة هذا قيدت دعوى إستعجالية للمطالبة بوقف المنح المؤقت المعلن عنه بتاريخ 29-03-2015 بواسطة الجريدة اليومية التحرير لصالح مؤسسة عبد الله سلمي لحين الفصل في دعوى الموضوع، و خلافا لما توصل إليه قضاة الدرجة الأولى فإن المنح المؤقت بصفته إجراء وقتي، فإن عدم إيقافه يؤدي إلى المنح النهائي و في هذه الصورة ينقض ركن الإستعجال الأمر الذي يجعل من تسبب المحكمة تسبباً ناقصاً و غير قانوني ينبغي معه إلغاء الأمر الإستعجالي و التصدي من جديد بوقف المنح المؤقت للصفقة المعلن عنه في جريدة التحرير بتاريخ 29-03-2015 لصالح مؤسسة عبد الله سلمي لحين الفصل في دعوى الموضوع الحاملة لرقم 516-2015.

أجابت المستأنف عليها بلدية وادي تليلات ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي الوكيل عنها محاميها الأستاذ صاري حميد المحامي المعتمد لدى مجلس الدولة بعد عرض الوقائع و الإجراءات أنه من المقرر قانوناً أن القضاء الإستعجالي مختص في الأعمال التحضيرية قبل إبرام الصفقة طبقاً لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و أنه و لوقف تنفيذ المنح المؤقت للصفقة يتعين مناقشة الصفقة في حد ذاتها مما يعتبر مساساً بأصل الحق، لذلك إلتصت تأييد الأمر المستأنف.

أن محافظ الدولة قدم تقريره المكتوب جاء فيه أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف تبين و أنه مسبب بما فيه الكفاية خلافاً لما تدعيه الطاعنة لذلك إلتمس رفض الإستئناف و تأييد الحكم المستأنف.

وعليه فإن مجلس الدولة

في الشكل:

حيث أنه لا يوجد بالملف ما يفيد تبليغ الأمر الإستعجالي للمستأنفة و عليه فإن الآجال تبقى مفتوحة و الإستئناف مقبول شكلا عملا بالمادة 950 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

في الموضوع:

حيث أن موضوع النزاع ينصب حول طلب المدعية وقف المنح المؤقت المعلن عنه بتاريخ 29-03-2015 لحين الفصل في دعوى الموضوع الحاملة لرقم 516-2015. حيث أن المحكمة الإدارية بوهران و بموجب الأمر الإستعجالي الصادر عنها بتاريخ 17-05-2015 فهرس رقم 15-00519 أمرت برفض الطلب لعدم التأسيس بحجة أن الطلب يمس بموضوع الدعوى و لا يتوفر فيه عنصر الإستعجال. حيث أن المدعية رفعت إستئناف ضد الأمر الإستعجالي السالف الذكر ملتزمة بإلغاءه و القضاء بوقف المنح المؤقت مؤسسة إستئنافها على أن المستأنف عليها منحت الصفقة مؤقتا لمؤسسة عبد الله سلمي و تم الإعلان عن ذلك بتاريخ 29-03-2015، و عند رفعها طعن إداري على مستوى بلدية تليلات ردت عليها بتاريخ 15-04-2015 أنه تم إقصائها تقنيا على أساس أنها لم تتحصل على أية نقطة في معيار المراجع المهنية و خوفا من قيام المؤسسة التي منح لها المنح المؤقت بالبداية في الأشغال تتقدم بهذه الدعوى.

حيث أنه عملا بالمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية و يمكن للمحكمة أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لالتزاماته و تحدد لأجل الذي يجب أن يمتثل فيه و يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية، و يمكن لها ذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات و لمدة لا تتجاوز 20 يوما.

حيث ثابت من المادة 946 المذكورة أعلاه إن إختصاص قاضي الإستعجال ينعقد في حالة الإخلال بالالتزامات المنافسة و الإشهار فقط في حين الطلب الحالي ينصب حول وقف المنح المؤقت و لا يطعن في إجراءات المنافسة و الإشهار. حيث أن صحة المنح المؤقت من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للإدارة من خلال الرقابة الذاتية الداخلية التي تمارسها من خلال آليات الرقابة تتمثل في اللجان الولائية و اللجنة

الوطنية للصفقات العمومية لفحص و تقدير المؤهلات الخاصة بكل مترشح و مدى إستحقاقه لإبرام الصفقة من عدمه.
حيث أنه أمام هذه الحالة التي ثبت فيها أن عنصر الإستعجال غير متوفر في القضية لا بطبيعته، و لا بموجب نص قانوني يخول القاضي الإستعجالي إتخاذ تدبير من التدابير المستعجلة التحفظية، الأمر الذي يتعين معه تأييد الأمر المستأنف.
حيث أن المصاريف القضائية تتحملها المستأنفة.

فلهذا الأسباب

يقرر مجلس الدولة حال فصله في القضايا الإستعجالية علنيا، حضوريا، نهائيا في الشكل: قبول الإستئناف.
في الموضوع: تأييد الأمر المستأنف.
المصاريف القضائية على المستأنفة.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السابع عشر من شهر ديسمبر سنة ألفين و خمسة عشر من قبل الغرفة الخامسة بمجلس الدولة المتشكلة من السيدات والسادة :

الرئيس	عدة جلول امحمد
مستشار الدولة مقررا	مرسلي وهيبة
مستشار الدولة	حمدان عبد القادر
مستشار الدولة	دالي الهادي
مستشار الدولة	شلي حسين
مستشار الدولة	لوراد يمينة
محافظ الدولة	وبحضور السيد (ة): فجور عبد الحميد
أمين الضبط	و بمساعدة السيد (ة): بالراحي وحيد
أمين الضبط	الرئيس
	المستشار المقرر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران
القسم الاستعجالي

رقم القضية: 15/00886

رقم الفهرس: 15/00806

جلسة يوم: 15/07/26

مبلغ الرسم/ 5000 دج

المدعي:

مسير مؤسسة
اشغال البناء TS ETUDE
Conception et
Realisation

المدعي عليه:

وكالة التسيير والتنظيم العقاري
الحضري لولاية وهران ،
مؤسسة

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في السادس والعشرون من شهر جويلية سنة ألفين وخمسة عشر

برئاسة السيد (ة): طيبي رشيدة
بعضوية السيد (ة): رضوان مليكة
وبعضوية السيد (ة): رحوي خير الدين
وبمحضر السيد (ة): بخالد فاطمة
وبمساعدة السيد (ة): طاهر محمد

رئيسا مقرا
مستشارا
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 15/00886

بين:

1 () مسير مؤسسة اشغال البناء TS المدعي

ETUDE Conception et Realisation

العنوان: مقرها ب206 مستقبل 03 بنر الجير وهران

المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): قنيش فتيحة محامية لدى المجلس

وبين

1 () وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران المدعي عليه
، مؤسسة

المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): فريد بن زوارة محامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس
الدولة

من جهة

من جهة ثانية

إن المحكمة الإدارية بـوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2015/07/26

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 885، 888، 889، 896، 897، 918، 919، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) طيبي رشيدة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) بخالد فاطمة

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد مداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

صفحة 1 من 5

رقم الجدول: 15/00886

رقم الفهرس: 15/00806

الوقائع والاجراءات :

حيث و بعريضة مسجلة بتاريخ 2015/6/29 قام ***** مسير مؤسسة اشغال البناء TS Etude Conception et Realisation و بواسطة الاستاذ قنيش فتيحة بمرافعة وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران بممثليها من اجل اتمام اجراءات التعاقد معه بخصوص مناقصة لانجاز 50 سكن تساهمي 5 مكاتب و 22 محل تجاري ببلدية عين البية مع تحديد اجل مناسب لذلك تحت طائلة غرامة تهديدية تقدرها المحكمة و تسري من تاريخ انقضاء الاجال الذي تركى المحكمة مناسباً.

حيث يعرض المدعى انه تم فتح مناقصة من اجل انجاز صفقة اشغال لبناء 50 مسكن تساهمي 5 مكاتب و 22 محل تجاري من طرف الوكالة و ذلك لاجراءات الاستشارة الانتقائية (وثيقة1). و انه و نتيجة لذلك تم تاهيل عرضين تقنيا و ليس عرض واحد او انعدام ذلك العرض الخاص بالعارض و العرض الخاص بالمسمى كحيل نور الدين المتنافس الثاني .

و انه بعد خوض المنافسة انعقدت لجنة تقييم العروض بتاريخ 2014/12/21 لتقييم العرضين تقنيا و ماليا الامر الذي انتهى بانتقاء العرض الخاص بالعارض الاحسن عرض من الناحية المالية.

و انه بذلا من اجراء المنح المؤقت للصفقة و ذلك بعد اتخاذ اللجنة قرارها بتقييم العرض ماليا و فوجيء بتبليغه لاجراءات استشارة انتقائية من جديد بتاريخ 2015/1/19 كحجة ان سعر التكلفة مرتفع (وثيقة).

و انه بعد ذلك تم مباشرة نشر عدم الجدوى في احد الجرائد المعدة لهذا الغرض (وثيقة) و نتيجة ذلك قام العارض بتوجيه طعن على مستوى لجنة الصفقات المختصة الامر الذي تم قبوله شكلا و موضوعا لكونه مؤسسة (وثيقة).

اما من حيث القانون :

ان المدعي يخطر المحكمة بوجود اخلالات بالالتزام الاشهار و المنافسة في اجراء ابرام الصفقة التي اعتمدها وكالة التسيير و التنظيم العقاري الحضري لولاية وهران.

ان جوهر الامر يتمحور حول التطبيق السليم لنص المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المتمم و المعدل.

ان المحكمة الموقرة ستلاحظ من خلال الوقائع ، ان لجنة تقييم العروض المالية قامت بانتقاء العرض الخاص بالعارض ماليا و بصفة نهائية ، و من اجل ارادتها في اقصائه بشتى الوسائل كان لا بد للمصلحة المتعاقدة من الاستناد على سند ما من اجل الانحراف بالاجراءات لتحقيق هذه الارادة.

ان السند الذي اتخذته المصلحة المتعاقدة هو الادعاء بان السعر المقترح من طرف العارض (و الذي على اساسه تمت لجنة تقييم العروض انتقائه) مرتفع ، و بالنتيجة لجأت الى اجراء عدم الجدوى بكل بساطة.

ان نص الفقرة 02 من المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر ، واضح في هذا الشأن ، و يقصد بذلك انه لا يمكن ابدا ان يكون السعر المرتفع (على حسب ما تدعيه المصلحة المتعاقدة) سببا للجوء الى عدم الجدوى ، خاصة و ان لجنة تقييم العروض المالية اتخذت قرارها بناء على السعر المقترح من طرف العارض مقارنة مع عرض المترشح الثاني.

حيث ان التمسك بارتفاع سعر التكلفة لا يمكن التدرج به الا قبل ان تتخذ لجنة تقييم العروض قرارها. اين يمكن للمصلحة المتعاقدة اما ان تطلب من العارض تقديم توضيحات اكثر في حالة ما اذا كانت لها نية في مواصلة الاجراءات معه ، او اختيار العرض الخاص بالمترشح الثاني.

انه و طالما اتخذت لجنة تقييم العروض قرارها فلا يمكن للمصلحة المتعاقدة الا منح الصفقة مؤقتاً.

خاصة و ان قرار لجنة تقييم العروض مدون في السجل المعد لهذا الغرض و المؤشر عليه.

ان و اكثر من ذلك ، تنص الفقرة 08 من المادة 125 من نفس المرسوم على انه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول الا في حالتين ، تتمثل الحالة الاولى في خشية منح وضعية هيمنة للمتعامل المقبول ، اما الحالة الثانية فتتمثل في انخفاض السعر المنافس به بشكل

غير عادي حسب نص الفقرة التاسعة ، و ليس العكس، اي سعر التكلفة مرتفع.
ان و تنمة لذلك يتطلب الامر اتمام المصلحة المتعاقدة لاجراءات التعاقد المتمثلة في المنح المؤقت
للمصلحة حسب مفهوم نص الفقرة الحادية عشر من نفس المادة 125 ، بدلا من تقييم العرض من
الناحية المالية للمرة الثانية بعد ان رسا عليه قرار لجنة تقييم العروض مخالفة لتنظيم الصفقات
العمومية ككل.

حيث ان الامر الذي يحسم لنا الوضع ، هو انه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة الا ان تطلب
توضيحات من المترشح المنافس حول السعر الذي تنافس به، و ذلك عن طريق لجنة تقييم
العروض و قبل ان يرسو قرارها على العرض المعني، تحت طائلة بطلان جميع باقي
الاجراءات ما عدى اجراء المنح المؤقت للمصلحة (المصير الحتمي للمصلحة و الاجراء الوحيد
المؤسس قانونا).
و لهذه الاسباب:

-يخطر السيد ***** ، مسير مؤسسة الاشغال و البناء ، المحكمة المؤقتة بوجود اخلا لا
بالتزامات الاشهار و المنافسة في اجراءات ابرام المصلحة التي اعتمدها وكالة التسيير و التنظيم
العقاري الحضري لولاية وهران و المتمثلة في انجاز 50 سكن تساهمي ، 05 مكاتب و 22
محل تجاري ببلدية عين البية ، و ذلك قبل ان تبرم هذه الاخيرة المصلحة تعسفا مع الغير الحسن
النية .

نتيجة لذلك يلتمس المعارض من المحكمة المؤقتة امر الوكالة باتمام اجراءات التعاقد معه وفقا
لمبادئ الشفافية و المنافسة ، مع تحديد اجل مناسب لذلك تحت طائلة غرامة تهديدية تقدرها
المحكمة المؤقتة تسري من تاريخ انقضاء الاجل الذي ترونه مناسباً.
حيث اجابت الوكالة للتسيير و التنظيم العقاري الحضري لولاية وهران بمديرها و بواسطة
الاستاذ فريد بن زوارة.

ان المدعي اقام الدعوى الحالية بموجب عريضة افتتاحية التمس فيها امر المدعي عليها باتمام
اجراءات التعاقد مع تحديد اجل مناسب تحت طائلة غرامة تهديدية ، مما يتعين معه تقديم الدفوع
الاتية:

ان المدعي عليها قامت باعلان اول عن مناقصة وطنية محدودة بتاريخ 2014/09/20 تحت
رقم 2014/09 تتعلق بمشروع انجاز 78/50 سكن ترقيوي مدعم مع 22 محل تجاري و 05
مكاتب بعين البية دائرة بطيوة و الذي تم الاعلان عن عدم جدواها نظرا لاستلام عرض واحد
فقط.

انه تبعا لذلك ، قامت المدعي عليها باعلان ثاني عن مناقصة وطنية محدودة بتاريخ
2014/11/09 تحت رقم 2014/13 تم نشره في الصحافة على التوالي بتاريخ
2014/11/09 و 2014/11/18 .

ان لجنة فتح الاظرفة لدى المدعي عليها انعقدت بتاريخ 2014/11/30 في جلسة علنية تم
خلالها تسجيل عرضين الاول يخص المدعي السيد و الثاني باسم المدعو

ان اللجنة الدائمة لتقييم العروض في اجتماعها المنعقد بتاريخ 2014/12/21 قامت في مرحلة
اولى بالترتيب التقني للعروض ثم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم
تاهيلهم الاولي تقنيا و قد خلصت اللجنة في محضرها الى انتقاء العرض الذي تقدم به المدعي
لانجاز مشروع 78/50 سكن ترقيوي مدعم بعين البية دائرة بطيوة على ضوء التقدير الاداري
الاول و كذا تقرير تحليل العروض التقنية و المالية من طرف مكتب الدراسات.
انه بناء على مراسلة مؤرخة في 2014/12/28 موجهة الى اللجنة الدائمة لتقييم العروض ، تم
لفت انتباه هذه اللجنة بان العرض الذي تم انتقائه الخاص بالمدعي يتجاوز السقف المحدد بموجب
القرار الوزاري المشترك بتاريخ 2011/05/14 الجريدة الرسمية عدد 51 لاسيما المادتين 9 و
10 التي تنص على ان ثمن التنازل عن السكن الترقوي المدعم يجب ان لا يتجاوز مبلغ
40.000 دج للمتر المربع الواحد مع جميع الرسوم ، و ان التقدير الاداري لمكتب الدراسات
الذي تم اعتماده في تحليل العروض المقدمة خاطيء ، باعتبار ان مكتب الدراسات قام بتقدير

المشروع بكامله الذي يضم انجاز 78 مسكن ترقوي مدعم بعين البية دائرة بطبوة بدلا من تقدير 50 مسكن فقط المعنية بالمناقصة محل النزاع ، و هذا باقرار صريح من طرف مكتب الدراسات بموجب ارساليته في 2014/12/28 بوجود خطأ في الحساب ، اين تم اعادة انجاز التقرير الاداري الثاني و كذا تقرير تحليل العروض التقني و المالية بعد تصحيح الأخطاء السابقة و اعتماد اسعار و حدودية جديدة ، و الذي خلص الى اقتراح اقضاء المتعهدين و عدم انتقاء اي منهما بعدما تبين عدم حصولهما على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط. (وثائق رقم 01 الى 04).

ان اللجنة اللجنة الدائمة لتقييم العروض انعقدت من جديد بتاريخ 2015/01/15 تبعا لمحضرها المحرر بنفس التاريخ لاعادة تقييم العروض المقدمة ، اين خلصت الى التصريح بعدم الجدوى، و قد تم نشر الاعلان عن عدم الجدوى في الصحف بتاريخ 2015/01/31. (وثيقتين رقم 05 و 06).

ان المدعى عليها شرعت بعد ذلك في اجراء استشارة محدودة، و قد تم استشارة زيادة على متعاملين اقتصاديين مؤهلين ، جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة من بينهم المدعي السيد طبال سفيان ، الا انه رفض تقديم اي عرض . (وثيقة رقم 07).

ان المدعي تقدم بطعن امام لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران ، التي قررت بموجب محضرها المؤرخ في 2015/02/26 رفض الطعن شكلا و موضوعا ، باعتبار ان الطعن ينصب على اعلان بعدم الجدوى و ليس بخصوص اعلان عن قرار المنح المؤقت للصفقة ، و هذا عكس ما يزعمه المدعي الذي استدلل بمراسلة من طرف لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران التي يبدوا من استقرائها بان تضمنت مجرد خطأ مادي ، و في كل الاحوال فان العبرة بمحضر اجتماع هذه اللجنة الذي تم الرجوع اليه عند الحاجة. (وثيقة رقم 08).

حيث ان المدعى عليها قامت بعد ذلك تبعا لما توصلت اليه لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران بالغاء جميع اجراءات ابرام الصفقة ، و نشر هذا الاعلان في الصحافة بتاريخ 2015/06/01 خصوصا بعد انشاء لجنة الصفقات لوكالة التسيير و التنظيم العقاري الحضري لولاية وهران بموجب قرار ولائي رقم 110 بتاريخ 2015/05/04. (وثيقتين رقم 09 و 10).

حيث ان يتبين مما سبق ذكره ، بان طلب المدعي الراي الى امر المدعى عليها باتمام اجراءات التعاقد تحت طائلة غرامة تهديدية على الشكل الذي تقدم به ، يمس بالموضوع ، و بذلك فهو يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل الذي شرع لاتخاذ تدابير احترازية فقط. لا سيما في

وجود محضر اجتماع اللجنة الدائمة لتقييم العروض بتاريخ 2015/01/15 التي قررت التصريح بعدم الجدوى نظرا لعدم حصول المدعي و امتعهد الاخر المدعو كحيل نور الدين على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط الذي يرتب كامل آثاره القانونية، و كذا محضر اجتماع لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران بتاريخ 2015/05/26 الذي بموجبه رفض الطعن المقدم من طرف المدعي شكلا و موضوعا ، نأهيك عن الاعلان عن الغاء جميع اجراءات ابرام الصفقة بتاريخ 2015/06/01 تبعا لتوجيهات لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران، وان المنازعة في ذلك ان وجدت تكون امام قضاء الموضوع ، و لا يتسع لها نطاق القضاء الاستعجالي.

لهذا تلتمس العارضة رفض طلب المدعي.
حيث التمس السيد محافظ الدولة تطبيق القانون.

** وعليه فإن المحكمة **

-بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية .
-بعد الاطلاع على الوثائق -مراسلة في 2015/1/19 رقم 80 -اشعار بعدم جدوى بجريدة يومية 2015/1/31 - اعلان عن ثاني مناقصة وطنية محدودة رقم 2014/13 جواب على طعن في 2015/3/17 * مرأسة 2014/12/28 تقرير اداري (بعدد2).
محضر اللجنة الدائمة بتاريخ 2015/1/15 اعلان في 2015/1/31 - رسالة محضر اللجنة الصفقات اعلان بتاريخ 2015/05/18 .

بعد الاطلاع على المواد 917-918-923-924-925-926-927-928-931. حيث يلتزم المدعي امر الوكالة باتمام اجراءات التقاعد معه وفقاً لمبادئ الشفافية و المنافسة مع تحديد اجل مناسب لذلك تحت طائلة غرامة تهديدية تقدرها المحكمة و تسري من انقضاء الاجل الذي تراه المحكمة و مناسباً.

في الشكل : حيث ان الدعوى جاءت موافقة لما نصت عليه المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ذلك انه في حالة الاخلال بالتزامات الاشهار او المنافسة التي تخضع لها عمليات ابرام العقود الادارية و الصفقات العمومية يتم اخطار المحكمة الادارية بعريضة و انه يجوز للمحكمة ان تامر المتسبب في الاخلال بالامتثال للتزاماته و تحدد الاجال الذي يجب ان يمثل فيه.

حيث ان الدعوى مقبولة شكلاً بتطبيق المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية. في الموضوع :

حيث بالرجوع الى عناصر الملف و الوثائق المدرجة به يتضح منها ان الوكالة المدعى عليها قامت باعلان عدم جدوى المناقصة الخاصة بالاعلان الاول والثاني رقم 2014/14 الذي تم نشره بجريدي الجمهورية بتاريخ 2014/12/14 و جريدة صوت وهران بتاريخ 2014/12/18 الخاص ببرنامج اشغال انجاز 50/78 سكن تساهمي (LPA).

حيث ان اعلان بعدم جدوى المناقصة المحدودة تم نشره بجريدة صوت وهران تحت رقم 31001530 بتاريخ 2015/1/31 بعد الاعلان الثاني رقم 2014/13 بتاريخ 2014/11/9 المنشور بجريدة الجمهورية بنفس التاريخ.

حيث استدعي المدعى بمراسلة في 2015/1/19 لاستخراج دفتر الشروط الخاص بمشروع انجازه 50/78 سكن ولايذا عه عرضه باجل 2015/2/3

حيث ان المدعى و عبر هذه الاجراءات لم يقدم ما يفيد انه تم قبول عرض كما انه لم يقدم ما يفيد اجراءات منح الصفقة لمتعامل آخر و لم يقدم ما يفيد اخلال المدعى عليها بالتزاماتها و فيما تكمن هذه الالتزامات.

حيث انه لا يسوع لقاضي الاستعجال ان يأمر بابرام العقد دون المساس باصل الحق و انه لم يقدم المدعى ما يفيد قبول عرضه و على كل حال لم يثبت اي اجراء لمنح الصفقة ليتسنى للمحكمة تاجيل امضاء العقد الى نهاية الاجراءات كما نصت عليه المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

حيث و لهذه الاسباب يتعين رفض الدعوى لعدم التأسيس. حيث من خسر الدعوى يتحمل المصاريفها عملاً بالمادة 896 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

**** لهذه الاسباب ****

امر 2015/7/26 .

امرت المحكمة برفض الطلب .

المصاريف على المدعي 1000 دج .

بدا صدر هذا الامر جهاراً بالجلسة المذكورة اعلاه و امضى على نسخته الاصلية كل من :

أمين الضبط

الرئيس (ة) المقرر

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

I – باللغة العربية:

أولاً: الكتب

أ – الكتب العامة:

1. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2003.
2. أحمد محيو، (ترجمة محمد صاصيلا)، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
3. تيور سي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، الطبعة الثانية 2015، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
4. ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، دون طبعة، دار النهضة، مصر، 1973.
5. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2000.
6. حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثانية، دار ربحانة، الجزائر، 2001.
7. خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
8. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول – تنظيم واختصاص القضاء الإداري –، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
9. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991.
10. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، (الكتاب الثاني)، نظرية المرفق العام، وأعمال الإدارة العامة، الطبعة العاشرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979.

11. عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
12. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد - ترجمة للمحاكمة العادلة -، طبعة الثالثة منقحة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
13. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.
14. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
15. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015.
16. عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية - على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية -، بدون طبعة، دار النشر جيطلي، برج بوعريريج، الجزائر، 2012.
17. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية - دراسة مدعّمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع - القسم الأول - الإطار النظري للمنازعة الإدارية -، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
18. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
19. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
20. عمر حمدي باشا، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

21. فاروق محمد معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقها في المنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
22. فؤاد العطار، القانون الإداري، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972.
23. لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري - دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة -، الطبعة الثالثة 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
24. لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الأول - في الاستعجالات الفورية (الاستعجال توقيف، الاستعجال حرية، الاستعجال التحفظي) - بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
25. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية - دراسة قانونية تفسيرية -، طبعة 2013، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
26. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
27. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري - طبيعة القانون الإداري، التنظيم الإداري، وظائف الإدارة العامة، الموظفون العموميون، أعمال الإدارة العامة، امتيازات الإدارة العامة، أموال الإدارة العامة -، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
28. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
29. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007.

30. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني - نظرية الاختصاص-، الطبعة الخامسة منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
31. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
32. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
33. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
34. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دون طبعة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
35. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني...العقود الإدارية...، الطبعة الأولى، الإصدار السادس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009.
36. يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سورية، 2010.

ب- الكتب المتخصصة:

1. أمينة غني، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
2. حمزة سلام، دعاوى الاستعجالية، الطبعة الثانية 2014، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
3. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث - الخصومة الإدارية، الاستعجال الإداري، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية -، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

4. شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية - دراسة تحليلية تطبيقية للمادة 521-2 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري -، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008-2009.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه:

1. آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011/2012.
2. بهية عفيف، القواعد الإجرائية الإدارية بين النصوص القانونية والتطبيق في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015.
3. عبد الوهاب كسال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 05 فيفري 2015.
4. عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1992.
5. عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 13 جويلية 2011.
6. مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
7. نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013.

8. هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 1975.

ب- مذكرات الماجستير:

1. أمينة غني، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012.

2. خليل مول الضاية، القضاء الإداري الاستعجالي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2013.

3. خيرة هلالبي، الاستعجال في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.

4. راشدة دهنجي، الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014.

5. راضية بن مبارك، التعليق على التعليم رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.

6. رضية بركايل، الدعوى الإدارية الاستعجالية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014/06/12.

7. فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة الأشغال العمومية، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/07/03.

8. لكحل الأمين، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الجزائر، دراسة حالة شركة المياه والتطهير لوهران (SEOR)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة تلمسان، 2013-2014.
9. مجيدة خالدي، القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011-2012.
10. محمد زكرياء رقراقي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2013/2014.
11. نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.
12. نوال زيات، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، 2013.
13. وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.

ثالثا: المقالات والمدخلات

1. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة (PPP)، مداخلة مقدمة بمناسبة ندوة: "الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها"، المنعقدة في شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011.

2. بدرة لعور، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015.
3. برناردين أكيثوبي، الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص، قضايا اقتصادية، منشورات صندوق النقد الدولي، العدد 40.
4. جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t، بحث منشور ضمن سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، أكاديمية السادات، 2001.
5. حاحة عبد العالي، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015.
6. حليلة بروك، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد 11، 2014.
7. حوحو شوقي، إجراءات إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية - أشغال، إنجاز -، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015.
8. حورية بن أحمد، الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية، مجلة دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، العدد 17، 2013.
9. سلوى بزاحي، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، السنة الثالثة، المجلد 05، عدد 01، 2012.

10. عباس زواوي، طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم 15-247، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015.
11. عبد الرحمن ملزي، طرق الإثبات أمام القضاء المدني، محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة (غير منشورة)، السنة الأولى، الدورة 21، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2010-2011.
12. عبد القادر عدو، التحقيق في الدعاوى الإدارية المستعجلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، عدد 02، 2015.
13. عبد القادر عدو، الجديد في قضاء الاستعجال الإداري، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، 2013.
14. عبد الوهاب كسال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر (من الحظر إلى التراجع)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، عدد 01، 2015.
15. عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012.
16. عمار بوضياف، معايير تحديد الصفة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، العدد الثاني والعشرون، 2014.
17. عمار عوابدي، الطبيعة الخاصة لقانون الإجراءات القضائية الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 01، 1994.
18. كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونستيرال النموذجي والتشريعات العربية دراسة تحليلية، مداخلة مقدمة بمناسبة ندوة

- "الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعتها"، المنعقدة في شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011.
19. ليلي زروقي، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا، نشرة القضاة، عدد 54، سنة 1999.
20. محالبي مراد، تجريم المحاباة كآلية لحماية الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، عدد 2، 2014.
21. محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، عدد 2010/02.
22. محمد بودالي، نظم الرقابة البرلمانية المالية والإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، يومي 24 و 25 أبريل 2013.
23. محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 20، العدد 2/أ، 2014.
24. محمد مهدي لعلام، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، يونيو 2015.
25. مراد بدران، الطابع التحقيقي للإثبات في المواد الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 9، 2009.
26. مراد بلكعبيات، مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الوطني السادس حول قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20 ماي 2013.

27. مصطفى قويدري، الغرامة التهديدية في ظل أحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
28. هاني سر الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 69، سنة 1999.
29. وردية فتحي، جريمة تلقي الهدايا، مداخلة في إطار الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 25، 24 أبريل 2013.
30. وليد حيدر جابر، طرق الإدارة المرافق العامة والخصخصة، المؤسسة العامة والخصخصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

رابعاً: النصوص القانونية

أ- الدستور:

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد (76) الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد (25) الصادرة بتاريخ 14 أبريل 2002، والمعدل كذلك بالقانون رقم 08-19، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد (63) الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008، والمعدل كذلك بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد (14) الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

ب- القوانين العضوية:

1. القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ أول يونيو سنة 1998، المعدّل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، ج ر عدد (43) الصادرة بتاريخ 3 غشت سنة 2011.

ج- القوانين العادية:

1. قانون رقم 62-157، مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج ر عدد (02)، الصادرة بتاريخ 11 جانفي 1963.
2. الأمر 67-90، مؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر العدد (52) الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967 (ملغى).
3. الأمر رقم 67-279، مؤرخ في 20 ديسمبر 1967، المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى ب "الوكالة الوطنية للنشر والإشهار"، ج ر عدد (2) الصادرة بتاريخ 5 يناير 1968.
4. الأمر رقم 95-27، مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد (82) الصادرة في 31 ديسمبر 1995.
5. القانون رقم 98-02، المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلّق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ أول يونيو سنة 1998.
6. القانون رقم 99-05، مؤرخ في 4 أبريل 1999، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج ر العدد (24) الصادرة بتاريخ 7 أبريل 1999، معدل ومتمم بالقانون 2000-04، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، ج ر عدد (75) الصادرة بتاريخ 10 ديسمبر 2000، المعدل والمتمم بالقانون 08-06 مؤرخ في 23 فبراير 2008، ج ر عدد (10) الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2008.
7. الأمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، المتضمن قانون المنافسة، ج ر عدد (43)، الصادرة في 20 جويلية 2003، المعدّل والمُتمّم بالقانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد (36)، الصادرة في 02 جويلية 2008.
8. القانون رقم 05-12، مؤرخ في 04/08/2005، المتعلق بالمياه، ج ر عدد (60) الصادرة في 04/09/2005.

9. القانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (14) الصادرة في 8 مارس 2006، المُعدّل والمُتمم بالأمر 10-05، مؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر عدد (50) الصادرة في أول سبتمبر 2010، والقانون 11-15، مؤرخ في 2 غشت 2011، ج ر عدد (44) الصادرة في 10 غشت 2011.
10. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد (21) الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
11. الأمر (فرنسي) رقم 2009-515 المؤرخ في 7 ماي 2009، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، والذي تمّ تطبيقه على العقود التي أبرمت بداية من أول ديسمبر 2009.
12. القانون رقم 10-03، مؤرخ في 15 أوت 2010، المُحدّد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، ج ر عدد (46) الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.
13. القانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ 3 جويلية 2011.
14. القانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ر عدد (12) الصادرة في 29 فبراير 2012.

د- النصوص التنظيمية:

* المراسيم الرئاسية:

1. مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (52) الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2002 (ملغى).
2. مرسوم رئاسي رقم 03-301، مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (55) الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2003 (ملغى).

3. مرسوم رئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية 2002، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (62) الصادرة بتاريخ 9 نوفمبر 2008 (ملغى).
4. مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (58) بتاريخ 7 أكتوبر 2010، معدل ومتم بمرسوم رئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد (14) بتاريخ 6 مارس 2011، معدل ومتم بمرسوم رئاسي 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد (34) بتاريخ 19 جوان 2011، معدل ومتم بمرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر عدد (4) بتاريخ 26 جانفي 2012، معدل ومتم بمرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 جانفي ج ر عدد (2) بتاريخ 13 جانفي 2013 (ملغى).
5. مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد (50) الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

* المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم رقم 82-145، مؤرخ في 10 أفريل 1982، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد (15)، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 1982.
2. مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (57) الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991 (ملغى).
3. مرسوم تنفيذي رقم 99-256، مؤرخ في 16 نوفمبر 1999، المتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد (82) الصادرة بتاريخ 21 نوفمبر 1999.
4. مرسوم تنفيذي رقم 06-419، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يتضمن تنظيم المدرسة الوطنية للإدارة وسيرها، ج ر عدد (75) الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 2006.

5. المرسوم التنفيذي رقم 08-54، مؤرخ في 09/02/2008، الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد (8) الصادرة في 13/02/2008.
 6. مرسوم تنفيذي رقم 09-162، مؤرخ في 2 مايو 2009، يتعلق بالمدرسة الوطنية للصحة العمومية، ج ر عدد (28) الصادرة بتاريخ 10 مايو 2009.
 7. مرسوم تنفيذي رقم 16-159، مؤرخ في 30 مايو 2016، يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء وكيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة و واجباتهم، ج ر عدد (33) الصادرة بتاريخ 05 يونيو 2016.
- هـ- التعليمات والقرارات الوزارية:

1. التعليم رقم 842/3.94، الصادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1994 عن السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، موجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية البلدية.
2. قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، الذي يُحدّد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، ج ر، عدد (21) الصادرة في 9 أبريل 2014.

خامسا: القرارات والأحكام القضائية

1. قرار محكمة التنازع رقم 42 بتاريخ 13/11/2007، قضية بين (ق.ج) والشركة الجزائرية للتأمين وحدة بشار، مجلة مجلس الدولة، العدد 9، 2009.
2. قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 08/03/1999، في قضية (ب - ر)، ضد والي ولاية ميله ومن معه.
3. قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 14-05-2001، تحت رقم 001519 الغرفة الرابعة، بين بلدية بوزريعة وإحدى المقاولات، قرار غير منشور.

4. قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 30-07-2001 تحت رقم 003955 الغرفة الرابعة، بين بلدية مولاي العربي وإحدى المقاولات، قرار غير منشور.
5. قرار مجلس الدولة بتاريخ 2002/04/30، قضية (د.خ) ضد مديرية الضرائب لولاية عنابة، مجلة مجلس الدولة، العدد 2، 2002.
6. قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2005/03/01.
7. قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 08-10-2011 تحت رقم 004966، الغرفة الرابعة، بين مديرية الصحة والسكان لولاية وهران والمقولة، قرار غير منشور.
8. قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2012/06/21، ملف رقم 12/074854، فهرس رقم 12/723، بين ولاية البيض ممثلة بالسيد الوالي ممثلا بمديرية الري لولاية البيض وبين السيد (أ - ع) مسير مؤسسة لإنجاز المشاريع، قرار غير منشور.
9. قرار مجلس الدولة بتاريخ 2013/04/18، في قضية ولاية بومرداس ضد كتلة حزب جبهة التحرير الوطني للمجلس الشعبي البلدي لبلدية بغيلة.
10. قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2015/12/17، ملف رقم 15/116955، فهرس رقم 15/02890، بين مؤسسة الأشغال العمومية والبناء الممثلة من طرف مسيرها (ق - ل) وبين بلدية واد تليلات ممثلة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، قرار غير منشور.
11. أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2014/12/28، قضية رقم 14/01456، فهرس رقم 14/01463، بين شركة ذات المسؤولية المحدودة FMCB ممثلة من طرف مسيرها القانوني (ق - م - م) وبين الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية FNPOS الفرع الجهوي بوهران ممثلا من طرف مديره الجهوي، أمر استعجالي غير منشور.

12. أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بغيليزان، بتاريخ 2015/03/23، قضية رقم 15/00178، فهرس رقم 15/00399، بين مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحلها ممثلة بمسيرها (ر - م) وبين ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي، أمر استعجالي غير منشور.
13. أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2015/03/29، قضية رقم 15/00269، فهرس رقم 15/00329، بين شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب ممثلة بالرئيس المدير العام من جهة وبين ولاية وهران ممثلة في السيد الوالي وبين مديرية التكوين المهني لولاية وهران من جهة ثانية، أمر استعجالي غير منشور.
14. أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران (القسم الاستعجالي)، بتاريخ 2015/07/26، قضية رقم 15/00886، فهرس رقم 15/00806، بين (ط - س) مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران، أمر استعجالي غير منشور.
15. أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2015/07/26، قضية رقم 15/00884، فهرس رقم 15/00805، بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران الممثل من طرف مديره العام وبين مؤسسة صارل وهران موديرن بناء ممثلة من طرف مسيرها، أمر استعجالي غير منشور.
16. أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2016/02/07، قضية رقم 16/00092، فهرس رقم 16/00143، بين (ط - س) مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلة من طرف مديرها العام، أمر استعجالي غير منشور.
17. قرار صادر عن مجلس قضاء بشار بتاريخ 2002/10/13، الغرفة المدنية.
18. قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Caillet بتاريخ 1890/03/12.

19. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 21 يناير 1927 في قضية Cie générale des eaux
20. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 04 يونيو 1938 في قضية Cie fr. Des câbles teleg
21. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 17 يونيو 1938 في قضية .le Tournir
22. قرار محكمة القضاء الإداري الصادر في 23/12/1956 قضية رقم 284.

II - باللغة الفرنسية:

A- Les Ouvrages:

1. A. De Laubadère, traité de droit administratif, T01, 08^{ème} Ed, L.G.D.J, paris, France 1980.
2. AUBY (J.M): ROBERT (D.A): Grand services publics et entreprises nationales, tome1 3^{ème} trimestres, PUF, Paris, France, 1969.
3. AUTIN Jean-Louis: RIBOT Catherine: Droit administratif générale, Edition de Juris-calsseur, Paris, France, 2004.
4. BENNADJI Chérif, l'évolution de la réglementation des marchés publiques en Algérie, thèse de doctorat d'état, université d'Alger, 1991.
5. BERBARI Mireille, Marchés publics, la réforme à travers la jurisprudence, Editions le Moniteur, Paris, France, 2001.

6. BONNARD Roger, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Dalloz, Paris, France, 2006.
7. CHRISTOPHE Cabanes , BENOÎT Neveu , Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics , Edition le Moniteur Collection Analyse Juridique, France, Juillet 2008.
8. CLAUDIE Boiteau, les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, France, 1999.
9. FRANGI Marc: Les délégations de service public dans le domaine de la distribution d'eau potable, in RA, N°328, 2002.
10. G.Marcou, La notion de délégation de SP après la loi du 29 janvier 1993, R.F.D.A juillet- août 1994.
11. GROS. Manuel, Le juge administratif, la procédure et le temps, R.D.P, Paris, France, 1999.
12. J.F Auby: La délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997.
13. KATZ David ,Juge administratif et droit de la concurrence, Presses universitaires d'Aix Marseille, faculté de droit et de science politique, 2004.
14. L. Richer, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, France, 1995.
15. LE BERRE Hugues, Droit de contentieux administratif, Ellipses, Paris, France 2002.

16. PEISER Gustave, Contentieux administratif, 14^{ème} Édition, Dalloz, France, Paris, 2006.
17. PEQUIGNOT: théorie général du contrat administratif.
18. POUYAUD Dominique, un nouveau recours contentieux, RFDA, N° 523, Paris, France septembre-octobre, 2007.
19. RENÉ–Chapus– droit administratif général, tome2, LGDJ, France,1999.
20. SHWARTS Rémy, Le juge Français des référés administratifs, revue du Conseil d'Etat, N°4, Algérie, 2003.
21. STÉPHANE Braconnier, droit des services publics, presses universitaire de France, 2004.
22. STRUILLOU. Yves, La condamnation de l'Etat pour délai excessif de jugement, R.F.D.A, Dalloz, Paris, France, 2006.
23. VEDEL – (G): la notion de clause exorbitante, Mélanges mestre.
24. YVES Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral, LGDJ, paris, France, 1971.

B- Textes Juridiques Etrangers:

Loi N°93-122 du 29 janvier 1993, relative la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Art 38/1.

Loi N° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administrative, JORF n°151 du 1 juillet 2000.

C- Jurisprudence:

1. C.E. 10 juin 1988, sté comptoir d'électricité franco-belge C.ville de paris, R.D.A, 27 A Année, N°7, juillet 1988.
2. C.E, 10/06/1994, Commune de Cabourg.
3. C.E, 29-11-1996, Sablière et Gravière Guyanaise, Req, N° 162548.
4. C.E, 10-02-1997, M.Moch, Req, N° 169694.
5. C.E, 19-03-1997, S.A, Entreprise général de Terrassements et de Travaux publics, Req. N° 163293.
6. C.E, Million et Marais , 3 Nov 1997, GAJA , n°107.
7. C.E, 12/03/1999, Ville de paris /c/ sté Stella Maillot-Orée, du Bois, A.J.D.A, 1999.
8. C.E, 2 juillet 1999, Sté anonyme Bouygues et autres, précité.
9. C.E, 27 juillet 2001, Société MFC, N° 233718.
10. C.E, 2 août 2011, N° 347526, Société CLEAN GARDEN - Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

11. T.A, Lyon, 06-01-1997, S.N.F, floeger, Req, N° 96-05279.

12. T.A, Lille, 10-01-1997, Sté Biwater, Req, N° 3927.

D - Décision du conseil de la concurrence français:

01. Conseil de la concurrence, Décision N°92D62 du 18 nov 1992, BOCCRF du 15 juin 1993.

02. Conseil de la concurrence, décision N° 05D04 du 17 février 2005 , BOCCRF.

03. Conseil de la concurrence, décision N°05D23 du 18 mai 2005, BOCCRF.

مواقع الانترنت:

[http// :www.hm-treasury.gov.uk](http://www.hm-treasury.gov.uk)

<http://www.arab-ency.com>

www.legifrance.gouv.fr

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

أ..... مقدمة

الفصل الأول

2..... النظام القانوني للعقد الإداري محل الدعوى الاستعجالية

4 **المبحث الأول:** العقود الإدارية التي تخضع منازعات إبرامها لاختصاص القضاء الاستعجالي الإداري ..

6 المطلب الأول: الصفقات العمومية

7 الفرع الأول: تطور نظام الصفقات العمومية في الجزائر

15 الفرع الثاني: مفهوم الصفقات العمومية

15 أولاً: التعريف التشريعي للصفقات العمومية

18 ثانياً: التعريف القضائي للصفقات العمومية

21 الفرع الثالث: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء منها

21 أولاً: المعيار العضوي

32 ثانياً: المعيار الشكلي

34 ثالثاً: المعيار المالي

38 رابعاً: معيار إتباع أسلوب القانون العام

42 الفرع الرابع: أنواع الصفقات العمومية

42 أولاً: عقد الأشغال العامة

46 ثانياً: عقد اقتناء اللوازم "عقد التوريد"

47 ثالثاً: عقد تقديم الخدمات

47 رابعاً: عقد إنجاز الدراسات

49 المطلب الثاني: عقود تفويضات المرفق العام

52 الفرع الأول: عقد الامتياز بمفهومه التقليدي

52 أولاً: مفهوم عقد الامتياز La concession

54 ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

57	ثالثا: عقد الامتياز في التشريع الجزائري
59	الفرع الثاني: عقد الامتياز بمفهومه الحديث (عقد البوت Bot)
61	الفرع الثالث: عقد إيجار المرفق العام
64	الفرع الرابع: عقد الوكالة (تسيير واستغلال المرفق العام لحساب الشخص العام)
64	أولا: تعريف عقد الوكالة
64	ثانيا: خصائص عقد الوكالة
65	ثالثا: أشكال عقد الوكالة
67	الفرع الخامس: عقد الشراكة
68	أولا: مفهوم عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص
69	ثانيا: مبررات الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص
73	المبحث الثاني: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد
74	<u>المطلب الأول: مبدأ الإشهار (العلانية) La Publicité</u>
75	الفرع الأول: مفهوم الإشهار (العلانية)
75	أولا: الإشهار على المستوى الداخلي: (الوطني)
76	ثانيا: الإشهار في ظل اتفاقية تنظيم الصفقات العمومية لدول اتحاد المغرب العربي
78	الفرع الثاني: مضمون الإشهار
78	أولا: مضمون الإشهار المتعلق بإجراء طلب العروض
80	ثانيا: مضمون الإشهار المتعلق بإجراء الاستشارة
81	الفرع الثالث: وسائل الإشهار
82	أولا: النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع)
83	ثانيا: الصحافة المكتوبة (الجرائد)
84	ثالثا: الإشهار المحلي
85	رابعا: الوكالة الوطنية للنشر والإشهار
86	خامسا: النشر الإلكتروني
88	الفرع الرابع: مدد الإشهار وحدوده

88	أولاً: مدد الإشهار
89	ثانياً: حدود الإشهار
90	<u>المطلب الثاني</u> : مبدأ حرية المنافسة.....
91	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة
93	الفرع الثاني: الإطار القانوني لمبدأ حرية المنافسة
94	أولاً : حرية المنافسة في الصفقات العمومية في إطار الأمر 03-03
100	ثانياً: حرية المنافسة في إطار تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
105	ثالثاً : حرية المنافسة في إطار القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته
108	الفرع الثالث: الإجراءات المكرسة لمبدأ حرية المنافسة (طرق الإبرام)
108	أولاً: اعتبار طلب العروض أساس إبرام الصفقات العمومية
114	ثانياً: اعتبار التراضي أسلوباً استثنائياً في إبرام الصفقات العمومية
118	الفرع الرابع: حدود مبدأ حرية المنافسة
118	أولاً : رفع هامش الأفضلية الوطنية
119	ثانياً : تخصيص نسبة من الصفقات للمؤسسات الوطنية
121	ثالثاً : إخضاع المتعهدون الأجانب إلى الالتزام بالاستثمار في إطار الشراكة
122	رابعاً : حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية
الفصل الثاني	
127	دور القضاء الاستعجالي الإداري في إرساء مبادئ إبرام العقود الإدارية
130	المبحث الأول: الاستعجال القانوني في مجال منازعات إبرام العقود الإدارية
133	<u>المطلب الأول</u> : الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية Le référé précontractuel
135	الفرع الأول: مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقدية
138	الفرع الثاني: التطور التاريخي للاستعجال ما قبل التعاقدية في فرنسا ومجال تطبيقه
138	أولاً: التطور التاريخي للاستعجال ما قبل التعاقدية في فرنسا
142	ثانياً: مجال تطبيق الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية
145	الفرع الثالث: خصائص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

أولاً: هي تقنية قضائية قبل تعاقدية	145
ثانياً: هي دعوى تُحوّل القاضي سلطات هامة	145
ثالثاً: هي دعوى قضاء مُستعجل	146
رابعاً: يمكن للقاضي عند نظره في الدعوى أن يبيّن في الموضوع	146
الفرع الرابع: علاقة الاستعجال ما قبل التعاقدى باستعجال وقف التنفيذ	147
أولاً: ماهية استعجال وقف تنفيذ القرارات الإدارية Référé suspension	147
ثانياً: دور الطعن الاستعجالي المُوقّف في تكريس مبادئ إبرام العقود الإدارية	154
<u>المطلب الثاني</u> : النظام القضائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية	159
الفرع الأول: أسباب التكريس القانوني للاستعجال ما قبل التعاقدى في الجزائر	160
أولاً: تعزيز آليات الرقابة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية	161
ثانياً: ارتباط العقد الإداري بإدارة المرفق العام وتنظيمه	161
ثالثاً: انتشار ظاهرة الإخلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية	162
رابعاً: الرغبة في تحقيق الشفافية أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية	162
خامساً: التأثير بالتجربة الفرنسية في مجال حماية مبادئ إبرام العقود الإدارية	162
الفرع الثاني: الهدف من إدراج منازعات الإبرام ضمن قضاء الاستعجال	163
أولاً: عدم انسجام دعاوى القضائية الأخرى مع طبيعة هذا النوع من القضايا	164
ثانياً: محدودية دور مجلس المنافسة	164
ثالثاً: الاستجابة للتوصيات الدولية	165
الفرع الثالث: حالات إخطار القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدى	166
أولاً: خرق قواعد الإشهار (العلائية)	167
ثانياً: اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب	167
ثالثاً: وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي	168
رابعاً: الإخلال بمعايير اختيار المتعامل الاقتصادي	168
خامساً: عدم التقيد بأحكام قانون المنافسة	169

171	المبحث الثاني: تكريس قواعد خاصة لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى تفعيلها لدورها الوقائي
172	المطلب الأول: الإطار الإجرائي لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى
173	الفرع الأول: شروط قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية
173	أولاً: الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية
179	ثانياً: الصفة والمصلحة
185	ثالثاً: قاعدة القرار الإداري المسبق (التظلم أو الطعن المسبق)
187	رابعاً: الإطار الزمني لرفع الدعوى
199	الفرع الثاني: إجراءات الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية
200	أولاً: استقلالية قواعد إجراءات المنازعة الإدارية
209	ثانياً: إجراءات ووسائل التحقيق في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية
239	المطلب الثاني: الحكم في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى
240	الفرع الأول: سلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقدى
241	أولاً: الإجراءات التحفظية Les mesures conservatoires
247	ثانياً: الإجراءات القطعية Les mesures définitives
249	الفرع الثاني: صدور الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية
249	أولاً: المدة المحددة للفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية
250	ثانياً: حجية الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى وإجراءات الطعن فيه
254	خاتمة
258	الملاحق
294	قائمة المراجع
317	الفهرس

ملخص:

رغبة من المشرع الجزائري في تأمين أكبر قدر من الحماية القانونية للمبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية لاسيما قواعد الإشهار أو المنافسة، استحدث بموجب المادتين 946، 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دعوى جديدة لحل النزاعات الناتجة عن الإخلال بهذه المبادئ وذلك أثناء مرحلة الإبرام.

وتّم إدراج هذه الدعوى ضمن القضاء الاستعجالي وأطلق عليها تسمية "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، هذا الإجراء الجديد يسمح بمعاينة اللامشروعية التي تلحق بإجراءات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، وذلك عن طريق إلزام المصلحة المتعاقدة أو أحد المرشحين باحترام التزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات.

ويفصل القاضي الاستعجالي في الموضوع وذلك في أجل عشرين (20) يوما تسري من تاريخ إخطاره، خلافاً للدعوى الاستعجالية الإدارية العادية التي ترمي إلى اتخاذ إجراءات تحفظية لا تمس بأصل الحق. ويتمتع القاضي الاستعجالي بسلطات واسعة في مواجهة المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، وذلك بهدف تحقيق مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات والاستعمال الحسن للمال العام.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، تفويضات المرفق العام، إبرام، الإشهار، المنافسة، الاستعجال ما قبل التعاقد، سلطات قاضي الاستعجال.

Résumé:

Voulant assurer une grande protection juridique des principes sur lesquels reposent les procédures de la passation des contrats administratifs et des marchés publics notamment les règles de publicité et de mise en concurrence, le législateur algérien a mis en place, aux termes des articles 946 et 947 du code de procédure civil et administratif, une nouvelle action pour résoudre les litiges résultant du manquement à ces principes et ce durant la période de la passation de ces contrats.

Cette action est incluse dans les actions de référé et appelée « le référé en matière de passation des contrats et des marchés ».

Cette nouvelle procédure permet de sanctionner l'illégalité qui peut atteindre les procédures de passation des contrats administratifs et des marchés publics en obligeant le service contractant ou l'un des candidats de respecter les obligations de la publicité et de la mise en concurrence sous lesquelles est soumise la passation des contrats et des marchés publics.

Le juge des référés statue dans le fond dans un délai de 20 jours à partir de la date de sa saisine à l'inverse de l'action administrative en référé ordinaire qui vise à prendre des procédures conservatoires sans atteindre le fond du droit.

Le juge des référés jouit de larges pouvoirs pour combattre toute personne qui porte atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence afin de concrétiser le principe de liberté d'accès à la commande publique, et d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures, et la bonne utilisation des fonds publics.

Les mots clés: marchés publics, délégations de service public, passation, publicité, mise en concurrence, référé précontractuel, pouvoirs du juge des référés.