جامعة الجيلالي ليابس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

19 مارس 1962 سيدي بلعباس

طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص حقوق، فرع: التجريم في الصفقات العمومية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

بودالي محمد

من إعداد الطالبة:

ليازيد مختارية

أعضاء لجنة المناقشة

السيد: ميـــلوى الزين	أستاذ التعليم العـــالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيســـــــا
السيد: بودالي محمـــــد	أستاذ التعليم العـــالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد: عياشي بوزيان	أستاذ محـــــاضر .أ.	جـــــــامعة سعيدة	عضـــــــوا
السيد: دويني مختـــار	أستاذ محـــــاضر .أ.	جـــــــامعة سعيـدة	عضـــــــوا

السنة الجامعية

2018 م -2019 م الموافق لـ:1439 هـ- 1440

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أنزل القرآن وخلق الإنسان، وعلمه البيان وأسلم على أفصح الخلق لسانا، وأحسنهم بيانا، وعلى آله وصحبه إقرارا، وعرفانا .

قال اللهَ عَزَّ وَجَلَّ:

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿الرَّحْمَنُ ﴿1﴾ عَلَّمَ الْقُرْآنَ ﴿2﴾ خَلَقَ الْإِنْسَانَ ﴿3﴾ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ ﴿4﴾ صدق الله العظيم

سورة الرحمن، الآيات ﴿1-4﴾

وما ورد على لسان موسى عليه السلام، قوله تعالى .

بسم الله الرحمن الرحيم

قَالَ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي ﴿25﴾ وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي ﴿26﴾ وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي ﴿27﴾ يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴿28﴾ صدق الله العظيم

سورة طه الآيات ﴿25-28﴾

كلمة شكر وتقدير

أتقدم بجميع أسمى عبارات التقدير والعرفان والاحترام

إلى من لم يبخل على أولاده الطلبة بالعلم والمعرفة

إلى من سهر وكرّس جل وقته لتقديم الأفضل

إليك أنت بالذات المشرف على رسالتي

استاذي الكريم الدكتور "**بودالي محمد**"

وفقك الله في مسعاك النبيل وأطال عمرك انشاء الله.

كما أتقدّم بأخلص عبارات الشكر والتقدير والاحترام للأساتذة الأفاضل **الدكاترة**

"**ميلوى الزين**" رئيس اللجنة والسادة "**عياشي بوزيان**" و"**دويني مختار**" أعضاء لجنة المناقشة

وأن أدعوا الله عز وجل أن يوفقهم في مسعاهم النبيل

في خدمة العلم والمعرفة.

والشكر والحمد لله أولا وآخرا.

ليازيد مختارية

إهداء

بسم الله الواحد الذي بفضله كان توفيق وختام هذا العمل

والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الأنام.

أهدي نتاج جهدي إلى أخف كلمة على اللسان، وأثقلها في الميزان إلى الشمعة التي ذابت من أجل أن تضيء لي درب الحياة والعيون، التي سهرت من أجل أن تشرق على شمس الأمنيات **أمي الحبيبة.**

إلى الذي رسم أول حرف من حروف الحب على لوحة قلبي بجهد يده وطهارة قلبه وروحه إلى من تقمص جميع الأدوار في حياتي، فكان أخي ورفيقي وأبي قبل كل شيء **والدي الحبيب.**

إلى إخوتي وأخواتي.

إلى كل الاساتذة بالكلية.

وكل زملائي وزميلاتي في المهنة وفي الجامعة.

إليكم جميعا أهدى هذا العمل المتواضع.

ليازيد مختارية

مقدمة

مقدمة:

تلجأ الإدارة أثناء قيامها بنشاطاتها الوظيفية إلى وسائل متعددة، تتمثل أساسا في أعمال إدارية مادية وأعمال إدارية قانونية تهدف من ورائها إلى إحداث أثار قانونية.

وأعمال الإدارة القانونية تنقسم إلى نوعين أعمال انفرادية تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة، مستعملة في ذلك امتيازات السلطة العامة وتتمثل في اتخاذ القرارات الإدارية وأعمال إدارية اتفاقية أو رضائية تتمثل في إبرام العقود الإدارية.

من بين أهم العقود الإدارية التي تقدم عليها الإدارة، تلك العقود المبرمة في إطار الصفقات العمومية، والتي تعتبر من أهم أنواع العقود الإدارية، كون اغلب الدول الحديثة تعتمد عليها بصفة كبيرة في انجاز مشاريعها وتلبية حاجاتها، وتخضع جل المشاريع العمومية إلى التنظيم المتعلق بالصفات العمومية في جوانب إبرامها وتنفيذها.

وبذلك يتجلى لنا أهمية الصفقات العمومية لصلتها الوثيقة بالخزينة العامة باعتبارها تكلف خزينة الدولة اعتمادات مالية ضخمة بحكم تعدد وتنوع الهيئات الإدارية من جهة ،وبحكم تنوع الصفقات العمومية من جهة أخرى، وتتجلى أهميتها من حيث اعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية على حد سواء، ذلك إن البرامج و الخطط الاستثمارية التي تضعها السلطات المركزية المختصة إنما يقع تنفيذها من قبل الإدارة المعينة في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية، وذلك بهدف تطوير الاقتصاد والحفاظ على توازنه وهذا ما ينشط العجلة الاقتصادية من خلال زيادة حجم النفقات العامة ،وبالتالي اللجوء إلى الطلبات العمومية.

وبما أن الصفقة العمومية تتصل بالخزينة العامة فإنها تخضع إلى طرق خاصة عند إبرامها وتنفيذها ولرقابة متنوعة، ترشيدا للنفقات العامة، والحد قدر المستطاع من كل تصرف سلبي يسبب هدر المال العام.

مقدمة:

ونظرا للأهمية الكبرى للصفقات العمومية، فالجزائر بدورها اعتنت في منظومتها القانونية بالصفقات العمومية، وذلك بأحكام قانونية شهدت تطورات وتعديلات عديدة في الحقبة الاستعمارية وخلال المرحلة الانتقائية.

ولقد صدر أول تشريع الصفقات العمومية بعد الاستقلال بموجب الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 الموافق لـ 09 ربيع الأول 1387 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ثم تلاه بعد ذلك المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 13 أفريل 1982 الموافق لـ 16 جمادي الثاني 1402، ثم عدل قانون الصفقات العمومية بعد صدور دستور 1989 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 الموافق لـ 02 جمادى الأول 1412.

ثم عدل مرة أخرى بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 الموافق ل 13 جمادى الأول 1423 والمتضمن لقانون الصفقات العمومية، وما لبث أن عدل هذا المرسوم، بمرسوم رئاسي آخر صدر في سنة 2003، وهو المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 الموافق لـ 14 رجب عام 1424، ثم المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008.

وفي سنة 2010 صدر المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 والذي تم تعديله من خلال المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 11 مارس 2011 المعدل والمتمم المرسوم الرئاسي 10-236، وكذا المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 وتلاهما تعديل ثالث بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012.

وفي سنة 2015 صدر المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 الموافق لـ 02 ذي الحجة عام 1436 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر سنة 2015 الموافق لـ 06 ذو الحجة عام 1436.

مقدمة:

هذا المرسوم ألغى المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 وذلك بما جاء في نص المادة 215 منه على أنه "تلغي أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 المرافق07 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم".

حيث أن كل هذه التعديلات المتعاقبة للقانون الصفقات العمومية الهدف منها تحقيق المصلحة العامة تماشيا مع تطورات العصر والاقتصاد، منذ أول قانون للصفقات إلى قانون 2015 الجديد و الذي جاء بمجموعة من المبادئ الجديدة في مواده، إذ خصص المشرع الجزائري المواد من 156 الى 202 من هذا المرسوم لموضوع الرقابة على الصفقات العمومية، حيث نظم الرقابة الداخلية بموجب المواد 156 إلى 162، في حين خصص المواد 162 إلى 190 للرقابة القبلية الخارجية، و وضع أحكام مشتركة لعملية الرقابة بصرف النظر عن طبيعتها في المواد 191 الى 202 من هذا القانون، وبالرجوع إلى هذه الأحكام القانونية المتعلقة بالرقابة على الصفقات العمومية يظهر جليا أن المشرع الجزائري أراد أن يحقق ثلاث أهداف أساسية من خلال ما جاء به التنظيم الجديد، تتمثل في إعادة هيكلة اللجان المكلفة بالرقابة بما يضمن النجاعة و الفعالية و التخفيف من حدة بيروقراطية إجراءات الرقابة وسد بعض الثغرات القانونية التي عرفها القانون الملغى الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل و المتمم.

ولتحقيق المصلحة العامة نص المشرع في هذا المرسوم على إمكانية الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له بموجب اتفاقية لتسير المرفق تحت رقابة السلطة المفوضة وذلك بما جاء في الباب الثالث منه تحت عنوان الأحكام المطابقة على تفويضات المرفق العام.

كما أنه نص على ضرورة خضوع الموظفون والأعوان العموميين المكلفون بتحضير لإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تكوينا مؤهلا في هذا المجال من أجل تحسين مؤهلاتهم وكفاءاتهم وهذا ما جاء في الباب الثالث من المرسوم.

إضافة إلى استحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي بما جاء في الباب الرابع في المواد 213 الى 214 وهذا كله لحماية المال العام والحفاظ عليه من أجل تحقيق النفع العام.

وبما أن الصفقة العمومية عقد مكتوب يبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات و الدراسات، فإن أي تعاقد لا يخلو من نزاع بين أطرافه وبالتالي تثور منازعات بشأن إبرامها وتنفيذها، حيث تبدو هذه النزاعات في الواقع العملي أثناء تطبيق النصوص القانونية، إذ قد يحدث تصادم بين مصلحة الشخص المعنوي باعتباره أحد أطراف العقد مع مصلحة المتعاقد معها أو المتعهد باعتباره الطرف الثاني في هذا العقد ،وذلك فيما يتعلق بمدى مشروعية استخدام الشخص المعنوي "المصلحة المتعاقدة " لسلطاته اتجاه المتعاقد أو المتعهد أو بمدى أداء الالتزامات المتبادلة بينهما، وهذا ما سيؤدي لا محالة إلى رفض الطرف المتضرر لذلك واعتراضه، وبالتالي قيام منازعات الصفقات العمومية.

ويمكن تحديد منازعات الصفقات العمومية في منازعات تثور أثناء إبرام الصفقات العمومية تتمثل هذه المنازعات في: المنازعات الناتجة عن الإخلاء بمبدأ العلانية والشفافية، المنازعات الناتجة عن الإخلاء بمبدأ المنافسة العامة، المنازعات الناتجة عن الإخلال بمبدأ المساواة، وهذه المبادئ الثلاثة (مبدأ الشفافية ومبدأ المنافسة ومبدأ المساواة) هي مبادئ تقوم على أساسها عملية إبرام الصفقات العمومية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة الخامسة منه، غير أن عدم مراعاة واحترام هذه المبادئ يؤدي إلى خلق نزاعات بين المصلحة المتعاقدة وبين المشاركين مما يعيق عملية إبرام تلك الصفقة.

كما قد تنشأ منازعات عن تنفيذ الصفقات العمومية كالمنازعات ناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، بحيث نجد أن هذه النزاعات تتمثل في: المنازعات الناشئة

عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط التقنية والمنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط المالية، إخلال المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة عن طريق ملحق بما جاء في نص المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق الصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"، وهنا على الإدارة عندما تقوم بتعديل الصفقة عن طريق ملحق يجب عليها ألا يمس ملحق التعديل موضوع الصفقة وإلا حدث ونشأ نزاع بينها وبين المتعامل معها.

إضافة إلى المنازعات الناشئة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، كامتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة، تأخير المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة، تنفيذ المتعامل المتعاقد الصفقة بصورة غير مرضية ومعيبة، استحالة تنفيذ الصفقة بسبب خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد.

كلها حالات تؤدي إلى عدم تنفيذ الصفقة وبالتالي تنشأ نزاعات بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعامل معها، الأمر الذي يتطلب وجوب وجود حل لتسوية هذا النزاع من أجل تنفيذ موضوع الصفقة.

وبدراستنا لقانون الصفقات العمومية الجديد 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى مبدأ الحل الودي للنزاعات، وهذا ما تضمنته نص المادة 153 منه بقولها" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:
إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج قي دفتر الشروط، لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، حسب الشروط المذكورة أعلاه، للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها..."

بحيث نستنتج موقف المشرع الجزائري من وراء هذا النص على أهمية الحل الودي للنزاع، وذلك بإلزام الإدارة المتعاقدة بصيغة الوجوب، كإجراء أولي قبل اللجوء إلى القضاء الذي يتسم بطول الإجراءات وطول الانتظار، حتى أنه ألزمها أن تدرج إجراء التسوية الودية للنزاعات في دفتر الشروط.

ويبقى بذلك هدف المشرع واضح وجلي بتبنيه مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، وحتى يمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم، يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ، ويتم بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله.

وعند عجز الوسائل الودية لحل تلك النزاعات يكون اللجوء إلى القضاء، حيث يسلك صاحب الحق طريقا لأجل المطالبة بحقه وذلك بالخضوع للقانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك باللجوء إلى القضاء الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية وإذا كان سلوك الإدارة مخالفا للقانون بما يشكل صورة من صور الجرائم المعاقب عليها فهنا يتم اللجوء إلى القضاء الجزائي، هذا وقد تتدخل هيئات رقابية إدارية لها دور وقائي وفعال لمحاربة ظاهرة الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية.

وهنا تظهر أهمية الموضوع باعتباره جديرا بالبحث والدراسة، حيث لا يقتصر ذلك على النواحي الفقهية المتعلقة بطبيعة المنازعات وخصائصها وأسبابها بل تتجاوزها إلى المجال العملي التطبيقي ويتعلق الأمر بالإجراءات وطرق تسوية هذه المنازعة واللجان المختصة بنظرها وطرق الطعن والآجال واللجوء إلى التسوية الودية، وكذا إظهار الطرق القانونية المتبعة لإنهاء النزاع المتعلق بالصفقة قضاءا بما يعرف بالطريق غير الودي.

وما يعطي قيمة وأهمية بارزة لهذا الموضوع هو الباعث على دراسته والمتمثل في تخلف مؤلفات متخصصة في هذا المجال، إضافة إلى التعديلات المستمرة لقانون الصفقات العمومية مع انعدام أي مرجع متخصص في شرح آخر قانون لسنة 2015، وأن معظم الدراسات السابقة لهذا الموضوع كانت في شكل جزئيات في المؤلفات المتعلقة بالقانون الإداري أو مراجع قليلة جدا حول تنظيم الصفقات في ظل قوانين ثم إلغاءها، وهذا ما جعلنا ننظر إلى هذا الموضوع لأجل دراسته، إضافة إلى الدافع المهني في حالة عرض نزاع حول صفقة عمومية ما هي الإجراءات المتخذة للدفاع عن مصالح المتعاقد مع الإدارة وكيف يتم توجهيه لحماية حقه؟ وما هي الإجراءات اللازم إتباعها في ذلك؟

كلها تساؤلات تزيد من أهمية دراسة الموضوع وهي معرفة الطرق أو الحلول لتسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، كإضافة جديدة في مجال الإنتاج العلمي مع محاولة كشف الثغرات القانونية وتوضيح الغموض الذي اعترى تنظيم الصفقات العمومية فيما يخص تسوية النزاعات مع قلة المواد المنظمة لهذا المجال.

كل هذه الأمور جعلتنا نتساءل عن جدوى الوسائل أو الطرق المقررة قانونا وقضاء في إطار تسوية منازعات الصفقات العمومية، وأي طريق من هذه الطرق يعد الأنجع لأجل خلق التوازن في العلاقة بين أطراف الصفقة.

وللإجابة عن هذا السؤال يجب علينا أولا الإجابة عن التساؤلات التالية:

1-ما مدى نجاعة الوسائل الودية لتسوية منازعات الصفقات العمومية التي كرسها المشرع الجزائري في المرسوم الجديد 15-247؟

2- فيما تكمن أهم طرق التسوية الودية لهذه المنازعات؟

3- ما مدى وجوبية أو جوازية الطعن الإداري المسبق في مادة الصفقات العمومية؟ وهل يعتبر من النظام العام أم لا؟ وما هي الجهات المختصة قانونا بنظره ونتائج ذلك؟

4- ما الحكمة من تشريع نظام التحكيم كطريق بديل لفض منازعات الصفقات العمومية رغم وجود الجهاز القضائي في الدولة وفيما تتمثل إجراءاته؟

5- في ماذا تتمثل الطرق القضائية لتسوية منازعات الصفقات العمومية في حالة فشل الطرق الودية؟ وفيما يتمثل دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية وما هي أهم الدعاوى التي يختص بالنظر فيها في مادة الصفقات العمومية؟ وفيما تتمثل الطرق القضائية الأخرى لتسوية منازعات الصفقات العمومية؟

للإجابة عن هذه الإشكاليات يجب أن نتناول بالدراسة هذه الطرق في صورة واضحة وإعطائها قدر من الواقعية و التجسيد مع تدعيمها وإثراءها بالاعتماد على مجموعة من المناهج القانونية أهمها: المنهج التركيبي (التحليلي و المقارن)، وذلك بتحليل ومناقشة مضامين النصوص الحالية ومقارنتها بالنصوص السابقة، واعتماد المنهج التاريخي بذكر أهم التطورات التي شهدتها هذه المنازعة في المرحلة ما بعد الانتقالية التي مرت بها الجزائر وبما أن النصوص المتعلقة بتسوية منازعات الصفقات العمومية متفرقة منها ما يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ومنها ما تتضمنه القواعد العامة، فإننا سنستعمل المنهج الاستدلالي بغية الربط بين هذه النصوص والتمييز بينها إن اقتضى الأمر ذلك، وإعمال قاعدة الخاص يقيد العام نظرا لخصوصية وتميز منازعات الصفقات العمومية عن غيرها من المنازعات الإدارية، وستتم هذه الدراسة من خلال بابين:

الباب الأول: أولوية الطرق الودية في تسوية منازعات الصفقات العمومية.

وينقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: الطعن الإداري كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

الباب الثاني: الطرق القضائية لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

وينقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الثاني: الطرق القضائية الأخرى في تسوية منازعات الصفقات العمومية.

وسنفصل ذلك حسب ما يلي:

الباب الأول

أولوية الطرق الودية في تسوية منازعات الصفقات العمومية

الباب الأول: أولوية الطرق الودية في تسوية منازعات الصفقات العمومية

قد بات اللجوء إلى القضاء ليس هو الطريق الوحيد بشأن حل النزاعات التي تثار بين أشخاص القانون، وبالتالي أصبح من الضروري تقديم إجراءات ووسائل بديلة لتسوية النزاعات وحلها خارج الدعوى القضائية توفيرا للجهد والوقت وتقليصا لحجمها في المستقبل خاصة وأن القضاء بطيء بطبيعته حتى في أرقى دول العالم، فأغلب الدول تعاني من طول عمر النزاع بسبب ثقل الإجراءات وكثرة الطعون التي رسمتها القوانين، وغالبا ما ينجر عنه تراكم القضايا أمام المحاكم، الأمر الذي يؤدي إلى شعور المتقاضي بعدم الأمان لدور القضاء.

ولأجل مسايرة التطورات الحاصلة في القوانين الحديثة والبحث عن حلول بديلة لحل النزاعات، فقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 طرقا بديلة لحل النزاعات شاملا بذلك المادة الإدارية، وذلك بالنظر للصعوبات التي تواجه الهيئات القضائية في الاضطلاع بمهمتها القضائية وكذا تنوع المنازعات الإدارية نفسها.

ولقد ركزنا في دراستنا هذه على الطعن الإداري وعلى التحكيم باعتبارهما طريقين وديين لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

بحيث يمكن أن يكون اللجوء إليها حاسما للنزاع محققا لضمانات أحسن من تلك التي يحققها اللجوء إلى القضاء وذلك لارتباط الصفقات العمومية بالمال العام من ناحية، ومن خلال جوانبها الاقتصادية والاجتماعية من ناحية، وكذا ترتيبها لحقوق والتزامات على عاتق أطرافها من ناحية أخرى، هذا سينجر عنه تعارض بين مصلحة الإدارة ومصلحة المتعامل المتعاقد، لهذا لا بد من وجود نظام لتسوية المنازعات بينهما حتى تنجز المشاريع في أوقاتها المحددة.

ولتحقيق أفضل الحلول فمن المستحسن أولا إعمال الوسائل البديلة لحل منازعات الصفقات العمومية قبل ولوج الطريق القضائي، خاصة وأن مسألة تسوية هذه المنازعات تخضع إلى الإجراءات المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المنصوص عليها في المادة 82 وكذا المواد 153 و154 و155 من المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ولقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين وفقا لما يلي:

الفصل الأول: الطعن الإداري كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الأول

الطعن الإداري كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية

الفصل الأول: الطعن الإداري كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

يكتسي الطعن الإداري أو التظلم الرئاسي المسبق أهمية بالغة في قانون المنازعات الإدارية في التشريع الجزائري، نظرا لقواعده الخاصة، وكونه طريقة ودية لتسوية النزاع خاصة في حالة استجابة الإدارة للتظلم وهو ما يعفي الطرفين من مواجهة مشاكل قضائية معقدة وطويلة أمام الجهات القضائية توفر عليهما مجهوداتهما ونفقاتهما.

ويعرف الطعن الإداري المسبق أو التظلم الإداري، بأنه طلب أو شكوى مرفوعة من طرف متظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض خلاف أو نزاع عن عمل قانوني أو مادي للإدارة، وعليه فإن الطعن أو التظلم هو وسيلة من وسائل تحريك عملية الرقابة الإدارية الذاتية ووسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية في الدولة خاصة في حالة استجابة الإدارة للطعن بدلا من اللجوء إلى القضاء.

و من خلال ذلك فإن الطعن الإداري هو من أهم الطرق الودية لتسوية النزاعات التي تنشب بين أطراف الصفقة العمومية سواء في مرحلة إبرامها أو مرحلة تنفيذها، لذلك حظي بتنظيم لأحكامه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما خصه تنظيم الصفقات العمومية بأحكام خاصة جاعلا منه تسوية إدارية للنزاع وحلا داخليا له حتى لا يصل هذا الأخير إلى القضاء، ولذلك فالأمر يستدعي تحديد طابع الطعن الإداري المسبق في منازعات الصفقات العمومية و ذلك في المبحث الأول ثم تبيان اختصاص لجان الصفقات المختصة بنظر هذا الطعن في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري.

يتجسد الإطار العام للطعن الإداري المسبق في القواعد العامة، كما أنه يحوز مكانة خاصة في تنظيم الصفقات العمومية وذلك لوجود قاعدة "الخاص يقيد العام" والتي تفرض على القاضي والمتقاضي ضرورة العمل بالقواعد الخاصة قبل العامة.

إن تناول موضوع الطعن الإداري في القواعد العامة ثم تناوله في قواعد تسوية منازعات الصفقات العمومية أمر يدل على وجود علاقة، لهذا فالوضع يستدعي الكشف عنها بطرح السؤال التالي:

هل الطعن الإداري المسبق المقرر في تنظيم الصفقات العمومية يغني عن الطعن الإداري المسبق المقرر في القواعد العامة؟

وللإجابة على ذلك سنحاول تحديد طابع الطعن الإداري المسبق المقرر في القواعد العامة في المطلب الأول ثم تحديد هذا الطابع في تنظيم الصفقات العمومية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري المقرر في القواعد العامة.

لتبيان الطابع القانوني للطعن الإداري المقرر في القواعد العامة فإنه يتطلب منا دراسته وفقا لقانون الإجراءات المدنية وذلك في الفرع الأول، ثم دراسته في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق في قانون الإجراءات المدنية.

وضعت قاعدة التظلم الإداري المسبق في القانون الجزائري منذ سنة 1966 تاريخ صدور قانون الإجراءات المدنية، وطبقت بصفة مستمرة إلى غاية 1990 السنة التي أدخل فيها المشرع تعديلات عديدة على هذا القانون، ولتحديد طابع الطعن الإداري

المسبق في ظل قانون الإجراءات المدنية فإنه لا بد من تناوله خلال مرحلتين وهما: مرحلة ما قبل 1990، ومرحلة 1990.

أولا: الطابع القانوني للطعن الإداري في مرحلة ما قبل 1990.

يحتل التظلم الإداري المسبق مكانة خاصة في التشريع الجزائري وتتجلى هذه المكانة الخاصة من خلال موقف المشرع الجزائري في هذا النطاق أنه لطالما كان حقا مقررا للأفراد فقد عرف موضوع التظلم الإداري عدة تعديلات، خاصة أن قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 اعتبره شرطا مطلقا لقبول أي دعوى إدارية وعلى كل مستويات القضاء الإداري وذلك بموجب المادتين 169 مكرر والمادة 275 منه حيث كانتا تشكلان الإطار القانوني للتظلم الإداري المسبق في تلك المرحلة، استنادا إلى القاعدة التي كانت سائدة آنذاك أنه لا يجوز في المواد الإدارية بصفة عامة أن يلجأ المتقاضي إلى الغرف الإدارية مباشرة، بل عليه قبل ذلك مراجعة الإدارة بالتظلم المقدم إليها.

بحيث كان الطعن أو التظلم الإداري إلزاميا في جميع دعاوى القضاء الإداري تحت طائلة البطلان ،فلا يجوز اللجوء إلى القضاء ما لم يسبقه أولا تظلم إداري، ذلك أن التظلم قد يفيد ولا يضر، وذلك بإمكانية جهة الإدارة من الاستجابة للمتظلم فتوفر عليه متطلبات النزاع القضائي، هذا إلى جانب أن التظلم لا يمنع من اللجوء للطريق القضائي[1] والهدف من إلزامية التظلم هو مراجعة الإدارة عن طريق طلب يقدمه إليها في شكل احتجاج أو شكوى يلتمس فيها منها التراجع عن التصرف القانوني الصادر عنها أو إصلاح الأضرار وتعويضه عنها إذا كان التصرف ذا طابع مادي وهذا ما يعرف باسم التظلم أو كما هو شائع في الفقه الفرنسي باسم الطعن الإداري المسبق.

1: زيدان علي الدين، السيد محمد الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، إجراءات رفع الدعوى الإدارية، مجلد 2، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005، ص23.

وعلى الإدارة أن تحدد موقفها من التظلم إما صراحة أو ضمنا، ويكون الموقف الصريح عن طريق إصدارها قرارا صريحا برفض التظلم، أما الموقف الضمني فيكون عن طريق السكوت وعدم الجواب عن التظلم لمدة تزيد على 3 أشهر، وهذه هي قاعدة القرار الإداري السابق، وتتحدد الدعوى أمام الغرفة الإدارية المختصة بموضوع القرار الإداري السابق هذا.[1]

ولقد نصت المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم (الأمر 66/ 154 المؤرخ في 8 جوان 1966) على هذه القاعدة وذلك بخصوص الدعاوى العائدة لاختصاص الغرف الإدارية على مستوى المجالس إذ جاء ما يلي «لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في قرار إداري، ولا يقبل هذا الطعن إلا إذا سبقه طعن عن طريق التدرج الرئاسي يرفع أمام السلطة التي تعلو من أصدر القرار مباشرة أو طعن ولائي يوجه إلى من أصدر القرار.

ويجب أن يرفع الطعن المشار إليه أنفا خلال الشهرين التابعين لتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره.

إن سكوت السلطة المختصة عن الرد على شكوى أو على طعن ولائي أو رئاسي مقدم ضد القرار لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر يعتبر قرارا بالرفض ويجيز رفع طعن قضائي في ميعاد شهرين من تاريخ انقضاء الميعاد المذكور.

إذا كانت السلطة الإدارية المختصة هي هيئة ذات نظام المداولات فإن ميعاد الثلاثة أشهر لا يبدأ في هذه الحالة إلا من تاريخ قفل أول دورة قانونية تتلو إيداع الطلب.

- ولا يجوز لأحكام هذه المادة أن تخالف النصوص التي نقرر مواعيد خاصة ذات مدد أخرى.

1: شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية الهيئات والإجراءات، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص331.

- ويجب أن ينص في تبليغ القرار على المواعيد التي تقل مدتها عن شهر تحت طائلة البطلان.
- ويجب إثبات تاريخ إيداع الطعن الإداري بكافة الطرق وذلك بعريضة الطعن». [1]

كما نصت المادة 275 من ذات القانون السابق على هذه القاعدة بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرفة الإدارية لدى المحكمة بقولها: «لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدرجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية التي أصدرت القرار فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه» [2]، ولقد أضافت المادة 282 من ذات القانون أيضا ما يلي: «يجب أن يرفق بالعريضة إما قرار رفض الطعن الإداري الذي سبق الطعن أو المستند المثبت إيداع الطعن». [3]

وتثير هذه المواد المكملة لبعضها البعض الملاحظات التالية:

- اعتبار التظلم الإداري المسبق شرطا من شروط قبول الدعوى أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية وأمام الغرف الإدارية للمجلس الأعلى.
- الإشارة إلى نوعي التظلم الولائي والرئاسي وأن المتظلم يرفع تظلما رئاسيا ولا يستعمل التظلم الولائي إلا في حالة عدم وجود سلطة رئاسية تعلو من أصدر القرار محل التظلم، فالمتظلم ليس مخيرا في التظلم الذي سيرفعه. [4]

1: المادة 169 مكرر من الأمر 154/66 المؤرخ في 8جوان 1966 المتضمن ق إ م، ج ر عدد 49، الصادر في 11 جوان 1966.

2: المادة 275 من نفس الأمر.

3: المادة 282 من نفس الأمر.

4: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص 117-118.

ويفهم من ذلك أن قاعدة التظلم الإداري المسبق من النظام العام وبالتالي فهي إجبارية حيث تدل صيغة النهي المستعملة في النص القانوني، على إجبارية التظلم الإداري المسبق في الدعاوى الإدارية وهذا يرتب نتائج بالنسبة للقاضي والمتقاضي في الخصومة الإدارية.[1]

وفي هذا المجال مقارنة مع التشريع الفرنسي فإن المادة 169 مكرر السابق ذكرها جاء بنفس الصياغة الواردة في المادة 102 من قانون المحاكم الإدارية الفرنسي والتي جاء فيها:

« Sauf en matière de travaux publics, le tribunal administratif ne peut être saisi que par voie de recours formé contre une décision et ce dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée.

Le silence gardé pendant plus de quatre mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet, toute fois l'intéressé n'est forclos qu'après un délai de deux mois à compter du jour de la notification d'une décision empressé de rejet :

1er **:** en matière de plein contentieux**.**

2eme **:** dans le contentieux de l'excès de pouvoir si la mesure soulignée ne peut être prise que par décision**,** ou de tous autres organismes collégiaux. [2]

ودائما في مجال المقارنة مع التشريع الفرنسي بخصوص أحكام المادة 275 السابق ذكرها، فإن القاعدة في هذه المرحلة هي وجوب قاعدة القرار الإداري السابق لقبول الدعوى بجميع أنواعها ولا يعفى منها المتقاضي إلا في حالات نص عليها صراحة في قانون الإجراءات المدنية القديم ويتعلق الأمر بالدعوى الإستعجالية (المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية) وهذا هو وجه الشبه مع التشريع الفرنسي الذي يجعل كذلك فكرة القرار المسبق قاعدة عامة و الاستثناء الوارد عليها هو إعفاء المتقاضي منها في حالة منازعات

1: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى، المرجع السابق، ص 102.

2: شيهوب مسعود، المبادئ لعامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 233.

الأشغال العامة (وقد ورد هذا الاستثناء بنص المادة 102 المذكورة أعلاه والتي أعلنت القاعدة خلافا للتشريع الجزائري) وفي حالات الدعوى الاستعجالية بموجب المادة 128 من قانون المحاكم الإدارية الفرنسي ومنازعات التعدي حسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، والمنازعات الانتخابية (نص قانون الانتخابات).[1]

ويستنتج إذن أن التظلم في الجزائر يعتبر من النظام العام لأنه لو لم يكن كذلك لجاز تصحيحه وهذا ما قرره الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 1981 (قضية شركة "سينجر" ضد والي ولاية الجزائر ووزير الداخلية) الذي جاء فيه: «أنه من المقرر قانونا أن الطعن بالبطلان لا يكون مقبولا إذا كان هذا الطعن قد فرض بقرار قضائي من أجل عدم القيام برفع الطعن الإداري المسبق ومن ثمة فإن استدراك خطأ الطاعن بإعادته الطعن مرة ثانية في نفس القرار إثر رفع طعن إداري مسبق من غير الجائز قانونا قبوله. [2]

ثانيا: الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق في مرحلة 1990.

لقد عرف إجراء التظلم الإداري المسبق تعديلات أخرى بموجب القانون 23/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، كما أحدث هذا القانون تغيرات إجرائية تعلقت بالتظلم الإداري المسبق وذلك بتغيير محتوى المادة 169 مكرر وذلك بحذف "التظلم" حيث أصبح محتوى المادة 169 كما يلي: «لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في القرار الإداري.

1: شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق ص234.

2: قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، رقم 25091 المؤرخ في 14نوفبر 1981، قضية شركة سينجر ضد والي ولاية الجزائر ووزير الداخلية)، المجلة القضائية عدد01 لسنة 1990.

ويجب أن يرفع الطعن المشار إليه آنفا في خلال 4 أشهر التابعة لتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره». [1]

ويفهم من هذا النص أنه تم التخلي عن شرط التظلم بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرف الإدارية المحلية والجهوية وأبقى عليه بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ابتداء وانتهاء، وكذلك ظل التظلم في هذه المرحلة شرطا لقبول دعاوى المنازعات الخاصة، لأن النصوص الخاصة بها هي التي تنص عليه، وهذا يعني أن إلغاء التظلم الإداري المسبق ليس مطلقا لأنه لا يوجد أي نص في القانون 23/90 يلغي صراحة التظلم الإداري في القوانين الخاصة، بل إن المادة 168 نصت على أنه بخصوص المواعيد التي تحكمها إجراءات خاصة فإنها تستمر خاصة بالنسبة لتقديمها والفصل فيها ضمن الأوضاع المنصوص عليها في الأحكام الخاصة.

ولقد أعلن عرض أسباب مشروع القانون 23/90 عن النية من إحداث هذا التغيير وذلك لتخفيف العبء على المتقاضين وتبسيط إجراءات الدعوى الإدارية التي يشكل التظلم أحد مظاهر تعقيدها [2] وفي نفس الوقت حلت محله مرحلة المصالحة بين السلطة الإدارية ورافع الدعوى الإدارية أمام السلطات القضائية المختصة بالغرفة الإدارية بالمجلس القضائي المختص موضوعيا وإقليميا. [3]

وفي مجال المقارنة مع التشريع الفرنسي فإن قانون الإجراءات المدنية المعدل بالقانون 23/90 تأثر بالتشريع الفرنسي بإحداثه لنظام الصلح لأن التشريع الفرنسي أقر فكرة الصلح في المسائل المالية دون المسائل المتعلقة بالمصلحة العامة، إذ أن القانون رقم 86-14

1: المادة 169 من قانون 23/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، ج ر، عدد 36 المؤرخة في 22 أوت 1990.

2: شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص235.

3: عوابدي عمار، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 62.

المؤرخ سنة 1986 أعطى للمحاكم الإدارية نصا على الخضوع إجباريا وقبل ممارسة أية دعوى إلى إجراء مسبق وهو الطعن الإداري أو الصلح وذلك في المنازعات المتعلقة بالقضايا التعاقدية الخاصة بالدولة والمجموعات المحلية ومؤسساتها العامة وكذلك المنازعات المتعلقة بالمسؤولية غير التعاقدية لهذه الأشخاص العامة [1] وهكذا فإن التظلم الإداري المسبق لم يعد شرطا من شروط قبول الدعوى الإدارية المرفوعة أمام الغرف الإدارية للمجالس القضائية والمصنفة ضمن دعاوى القضاء الكامل إلا بنص تشريعي خاص وبشأن اعتباره من النظام العام أولا، فإن الأحكام لم تكن حاسمة لأنها اعتبرته أحيانا إجراء جوهري ولا يجوز إثارته من الخصم على مستوى مرحلة الاستئناف لأن هذا الحق سقط بعدم إثارته أمام قاضي الدرجة الأولى وهذا ما يؤكده القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1992/04/26 قي قضية (ج. ر. م) ضد الوالي و الذي جاء فيه: «... ثم إنه كان على الإدارة أن نقدم هذا الدفع (أي الدفع بعدم استيفاء شرط التظلم) أمام الدرجة الأولى وما دامت قد سكتت عنه فهذا يعد طلبا جديدا غير مقبول على مستوى الاستئناف...».[2]

ومن خلال هذا القرار فإن التظلم الإداري المسبق ليس من النظام العام لأنه لو كان كذلك لأمكن للقاضي إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى خاصة وأنه لم يثره قاضي الدرجة الأولى وهذا يعد تنازلا عنه.

الفرع الثاني: الطابع القانوني للطعن الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد اتخذ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، موقفا مخالفا لما كان عليه الوضع، حيث ألغى بموجب المادة 1064 منه أحكام قانون الإجراءات المدنية القديم.

1: (jm) Auby (RD) Aider: Traite de contentieux administratif. Tomé 2 Paris 3eme édition 1984 P 411.

2: قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) استئناف رقم 84736 مؤرخ في 1992/4/26 قضية (ج ر م) ضد والي .... غير منشور نقلا عن شيهوب مسعود، مرجع سابق، ص364.

ولقد نصت المادة 830 منه في فقرتها الأولى على ما يلي: «يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه، يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد خلال شهرين بمثابة قرار بالرفض، ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم.

وفي حالة سكوت الجهة الإدارية، يستفيد المتظلم من أجل شهرين لتقديم طعنه القضائي الذي يسري من تاريخ انتهاء أجل الشهرين المشار إليه في الفقرة أعلاه.

في حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها، يبدأ سريان أجل شهرين من تاريخ تبليغ الرفض يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة». [1]

ويفهم من نص هذه المادة أن التظلم في المنازعات العامة صار جوازيا سواء كانت عائدة لاختصاص المحاكم الإدارية (والتي تم تنصيبها) أو كانت عائدة لاختصاص مجلس الدولة ابتداء وانتهاء، وسواء تعلقت بدعوى الإلغاء والتفسير والمشروعية أو بدعاوى القضاء الكامل، وأن جعله مجرد إجراء جوازي للمدعي هو استعمال للإصلاح الذي بدأ في سنة 1990 وعليه فإن مشكلة تحديد إن كان من النظام العام أم لا ومتى يجوز إثارته لا تطرح بتاتا لأن المتقاضي أعفي منها لأن التظلم لم يعد من الشروط الإلزامية لقبول الدعوى.

ولقد أراد قانون الإجراءات المدنية والإدارية تفادي كل الإشكاليات من خلال الاكتفاء بنوع واحد من التظلمات ألا وهو التظلم الولائي وجعله اختياريا وليس إلزاميا. [2]

وحتى لا يحرم المتقاضين من الجوانب الإيجابية للتظلم فإن المشرع نظم إجراءاته في الحالة التي يرى المتقاضي أن من مصلحته استفزاز الإدارة بتظلم لمعرفة موقفهما أو لإصلاح الأضرار أو للعدول عن موقفها، تحدد مهلة الرد وميعاد الدعوى إذ يقصر ميعاد

1: المادة 830 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2: شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ص 363،367.

الدعوى إلى النصف في حالة القيام بالتظلم لأن ميعاد الدعوى هو 4 أشهر بينما في حالة التظلم يصبح الميعاد شهرين اثنين، كما أن الإصلاح الجديد لسنة 2008 تجاوز فكرة التظلم إلى فكرة الصلح في دعاوى القضاء الكامل فقط، وقد جعل هذا الأخير اختياريا وليس إلزاميا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يجوز له القيام به إذا رأى في ذلك ضرورة.[1]

كان ذلك عن الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق المقرر وفقا للقواعد العامة، فما هو طابعه في تنظيم الصفقات العمومية؟

المطلب الثاني: الطابع القانوني للطعن الإداري المقرر في تنظيم الصفقات العمومية.

لقد تطرقت مختلف قوانين الصفقات العمومية إلى تسوية منازعات الصفقات العمومية ذلك أن القليل من هذه المنازعات تعرض أمام القاضي والكثير منها تسوى في إطار إجراءات الطعن الإداري المسبق المنصوص عليه في دفتر الشروط الإدارية العامة، وهو طريق كلاسيكي متعلق بالقواعد العامة [2] وله إطار خاص في تنظيم الصفقات العمومية، وعليه فإن طابعه متباين من خلال المراحل التالية:

الفرع الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري قبل صدور المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

أولا: في ظل الأمر 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

لقد صدر أول تشريع للصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال بموجب الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17جوان 1967 (الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1967، وقد تضمن هذا القانون 167 مادة احتوت على تسعة أبواب: حدد الباب السادس منه طرق تسوية المنازعات وجعل مبدأ التسوية الودية للنزاع هو الأصل قبل عرض الأمر على القضاء، وهذا ما

1: شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع نفسه، ص ص 341، 342.

2 : Bergeal (Catherine), Lenica (Fréderic) : contentieux des marchés publics, imprimerie National Editions Paris, 2004 , p 267.

أشارت إليه المادة 152 من الأمر 67-90 التي فرضت إنشاء لجنة استشارية على مستوى كل وزارة يرأسها قاض يعينه وزير العدل وتتشكل من ثلاثة من كبار موظفي الوزارة المعنية ومن ممثلين من المنظمات المهنية، وتبدي اللجنة المذكورة بعد سماعها للأطراف المعنية الرأي الذي تراه مناسبا للحسم في النزاع.

ومنه يمكن القول أن هناك نوع من منازعات الصفقات العمومية يحدث أثناء إبرام الصفقة والمتمثل في الاحتجاج على اختيار الإدارة للمتعاقدة معها، حيث أنّ إجراءات التسوية الودية التي كانت متبعة في ظل سريان الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، كانت إجبارية وفي ذلك تنص المادة 152 منه على ما يلي: «تشكل في كل وزارة بقرار لجنة استشارية تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية، وأن الإجراءات أمام هذه اللجنة هو واجب يسبق كل دعوى قضائية».[1]

ولقد أكدت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا هذا الطابع الإجباري للطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية، وذلك في قضية (ش. ذ. م. س) ضد وزير الري ووالي ولاية الجزائر بتاريخ 9 نوفمبر 1985 حيث جاء في قرارها أنه: « من المقرر قانونا أن عرض النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية من أجل إيجاد تسوية ودية لهذه المنازعات، هو إجراء وجوبي قبل رفع الدعوى القضائية»[2]، وهو نفس الحل الذي قدمه في قراره الصادر بتاريخ 10 مارس 1990 قضية صندوق الضمان الاجتماعي لولاية قالمة والسيدة (سعده يونسي) والذي جاء فيه: «...حيث أن المادة 152 من الأمر 90/67 المؤرخ في17 جوان 1967 تلزم المقاول في حالة رفع نزاع مع المتعامل العمومي بأن يرفع القضية أمام اللجنة الاستشارية لحل النزاعات بالتراضي والمؤسسة على مستوى كل وزارة، وأن هذا

1: المادة 152 من الأمر 90/67 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2: قرار المحكمة العليا الغرفة الإدارية رقم 43731 المؤرخ في 9 نوفمبر 1985 قضية (ش. ذ. م. س) ضد وزير الري ووالي ولاية الجزائر، المجلة القضائية عدد 2، 1989، ص 175.

الإجراء منصوص عليه في المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية»، ورغم ذلك كثيرا ما يطبق القضاة المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية عوضا عن المادة 152 من الأمر 90/67، كما أنهم كثيرا ما نطقوا بقبول دعوى المتقاضي دون تأكدهم من استيفائه مقتضيات المادة 152.[1]

وعلى الرغم من أنّه يجب على الفرد أن يخطر الوزارة المستفيدة بالأشغال المتنازع عنها ملتمسا منها عقد اجتماع اللجنة الاستشارية الموجودة على مستوى الوزارة مباشرة وفي حالة صمت الوزير المكلف بالقطاع ينتظر المتعاقد المعني 3 أشهر قبل مباشرة الدعوى القضائية، وإذا أجاب الوزير بقبوله اجتماع اللجنة الاستشارية ثم رفضت هذه اللجنة الطعن المقدم من المتعامل المتعاقد وأيد قرارها، وتم كل ذلك في ظرف 3 أشهر يكون للمعني الحق في رفع دعواه القضائية في أجل شهر ابتداء من التبليغ بالرفض.

ولقد أكدت المحكمة العليا أكثر من مرة أن الاتصال باللجنة الاستشارية يستبدل الطعن المسبق على عكس ما ذهبت إليه في القرار السابق ومثال ذلك قرارها الصادر في شأن قضية شركة "سافيك" ضد وزارة التعليم الابتدائي والثانوي، حيث أن الحيثية الأخيرة من هذا القرار وضحت بأن الطعن أمام اللجنة الاستشارية أمر إلزامي ويشكل ضمانا جوهريا يعفي المتقاضي من إرسال طلب وطعن للوالي قبل رفع الدعوى. [2]

1: جنادي عبد الحميد، مدى سلامة تطبيق القانون في مجال المنازعات الإدارية: المجلة القضائية عدد خاص بملتقى قضاة الغرفة الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر 1992 ص 32.

2: كمال عبد العزيز، الإجراءات أمام المحاكم الإدارية، المجلة السابقة، ص ص 23-24.

ثانيا: في ظل المرسوم رقم 82-145 الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

لقد صدر هذا المرسوم بتاريخ 10 أفريل 1982 ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 23 أفريل 1982 العدد 15، وقد تضمن 164 مادة، ولقد احتوى هذا المرسوم على خمسة أبواب، حدد الباب الرابع منه قواعد الفسخ وتسوية النزاعات (المواد من 102 إلى 104).[1]

بحيث نصت المادة 104 من المرسوم الرئاسي رقم 82-145 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي على ما يلي: «تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل»[2]، وما يمكن ملاحظته على نص هذه المادة هو أنها لا تتكلم عن تسوية منازعات إبرام الصفقة العمومية وإنما تنص على نوع آخر من هذه المنازعات والذي يظهر في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، حيث أخضع تسويتها إلى القواعد العامة بما فيها الطعن الإداري والذي كان إلزاميا ومن النظام العام في تلك الفترة وهنا أصبحت هذه المنازعات كأي منازعة إدارية في مجال تسويتها تمر عن طريق الطعن الإداري المسبق.

ثالثا: في ظل المرسوم التنفيذي 434/91 المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية.

من النصوص الجديدة التي عرفتها مرحلة بداية التسعينات هو ظهور تنظيم الصفقات العمومية الجديد حمله المرسوم التنفيذي91-46-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 (الجريدة الرسمية رقم 57 لسنة 1991)، تضمن هذا المرسوم 157 مادة موزعة على ستة أبواب: حدد الباب الرابع منه أحكام الفسخ وطرق تسوية النزاعات.

1: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور النشر والتوزيع الجزائر، ط 3، 2011، ص23.

2: المادة 104 من المرسوم رقم 82-145 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

حيث نصت المادة 100 منه على ما يلي: " يترتب على الطعن السلمي الذي يرفعه المتعامل المتعاقد قبل مفاوضات وخلال خمسة وستين (65) يوما ابتداء من رفعه صدور مقرر من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب نوع النفقات الواجب الالتزام بها في الصفقة."

ويكون هذا المقرر نافذا بصرف النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم 91-314 المؤرخ في 7 سبتمبر 1991 والمتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصوف للمحاسبين العموميين، يحدد قرار وزاري مشترك عند الحاجة كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة ».[1]

ما يمكن الإشارة إليه أنه استمر التظلم الإلزامي في ظل المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في نوفمبر 1991 المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية، كما نصت المادة 101 من نفس المرسوم على مل يلي: «تحدث لدى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة لجنة استشارية تكون مهمتها البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن العناصر المنصفة الممكن اعتمادها أساسا لتسوية ودية، يحدد تشكيل هذه اللجنة وعملها حسب الحالة بقرار من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

- يجب على اللجنة أن تصدر رأيها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ صاحب الصفقة قرار الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي رفع القضية إليها.
- يجب على طرفي النزاع أن يعبرا كتابيا عن قبولهما الرأي الصادر في القضية أو عدم قبولها له خلال مدة شهر واحد، وإذا اتفق الطرفان فإن الرأي الصادر يكون ملزما لهما وللمصالح المعنية».

من خلال نص المادتين 100 و101 المذكورتين يمكننا استنتاج ما يلي:

1: المادة 100 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- وجوب إجراء طعن إداري سلمي أمام الإدارة ممثلة في الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة.
- بعد استلام الإدارة للطعن تقوم بتحويله إلى اللجنة المعنية لدراسته بموجب مقرر وذلك في ظرف 65 يوما ابتداء من رفع الطعن إليها مع الإشارة إلى أن دور هذه اللجنة هو استشاري ويهدف لحل منازعات الصفقات العمومية.
- تعلن هذه اللجنة عن رأيها في أجل 3 أشهر من تاريخ تحويل الطعن إليها.
- وعلى طرفي النزاع أن يعلنا كتابة قبولهما أو رفضهما لرأي اللجنة خلال شهر واحد من تبليغ هذا الرأي إليها، وفي حالة القبول يصبح ملزما لهما ولجميع المصالح الأخرى.

وما يمكن تأكيده هو أن الطعن الذي تكلمت عنه المادة 100 السابق ذكرها هو ذاته الطعن المقرر بالقواعد العامة، أما الإجراءات فهي تختلف بعد تحويله إلى اللجنة المعنية ليصبح طعنا له إطار خاص هو قانون الصفقات العمومية، كما أن هذه المادة تتحدث عن طعن سلمي أي تظلم رئاسي لكنه في حقيقة الأمر ليس كذلك، فهو أقرب إلى التظلم الولائي لأنه يوجه إلى لجنة تحت رئاسة ممثل الإدارة التي أبرمت الصفقة على مستوى إقليمها.

لكن مجلس الدولة الجزائري أصدر قرارا بتاريخ 1999/12/6 في قضية جمعت بين السيد وزير العدل و(ت. م) رئيس كتابة الضبط لدى محكمة تيزي وزو مفادها عدم قبول الطعن شكلا لأن (ت. م) لم يقم بطعن إداري تدرجي قبل لجوئه إلى القضاء عملا بالمادة 275 من ق. إ. م. إ. [1]

وبما أن المادة 100 السابق ذكرها جعلت الطعن إلزاميا وأنه من النظام العام، إلا أن الطعن الإداري المقرر بالقواعد العامة في تلك الفترة لم يكن من النظام العام ولم يكن من

1: قرار مجلس الدولة (الغرفة الثانية) وقم 960 المؤرخ في 1999/12/6 قضية السيد وزير العدل ضد السيد (ت. م) رئيس كتابة الضبط لدى محكمة تيزي وزو، غير منشور نقلا عن طاهري حسين: شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية الجزائر 2005 ، ص ص 23، 24.

شروط قبول الدعوى الإدارية المرفوعة أمام الغرف الإدارية للمجالس القضائية والمصنفة ضمن دعاوى القضاء الكامل إلا بنص تشريعي كما أسلفنا على ذكره.

وتبقى فقط إشكالية تتمثل في حالة إذا لم يتلق الطاعن أي إشعار بتحويل طعنه إلى اللجنة المختصة فما هي المدة التي عليه أن ينتظر إنهاءها حتى يرفع دعواه؟

يعتقد الأستاذ " شيهوب مسعود ": أنه بانقضاء مهلة 65 يوما يبدأ الميعاد العام للدعوى وهو 4 أشهر في السريان، أما في حالة تبليغه قرارات تحويل التظلم إلى اللجنة فعليه أن ينتظر أكثر من 5 أشهر في المجموع.

وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن الطعن الإداري المسبق كان وجوبيا في مادة الصفقات العمومية فإنه كان يخص الأشغال المنجزة لصالح الإدارة في شكل صفقة عمومية بمعنى الكلمة، وبالتالي فهو لا يعني الأشغال والتوريدات التي تمت لصالح الإدارة العامة بناء على طلبيه صادرة عنها (Bon de commande) ولقد قضى مجلس الدولة في 2004/09/21 بأنه لا تطبق المواد من 99 إلى 100 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 إلا على الصفقات العمومية وليس على الأشغال المنجزة استنادا إلى مجرد طلبيه منصبة على مبلغ لا يتجاوز الحد الإلزامي لإبرام الصفقة وهو نفس القضاء الذي حكم به مجلس الدولة في قضية لاحقة بموجب قرار صادر في 2004/12/02.[1]

رابعا: في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

لقد صدر المرسوم الرئاسي 02-250 بتاريخ 24 جويلية 2002 ونشر في العدد 52 من الجريدة الرسمية لسنة 2002 وقد تضمن 154 مادة.

1: نويري عبد العزيز، المنازعة الإدارية في الجزائر، تطورها وخصائصها، مجلة مجلس الدولة، عدد 8 لسنة، 2006، ص 78.

وللإشارة أن الطعن الإداري أصبح جوازيا بصدور المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وأن هذا الأخير يتم أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بخصوص الاعتراضات على منح الصفقة.

ولقد أكدت ذلك المادة 101 من المرسوم الرئاسي 02-250 بقولها: « زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت.

تصدر لجنة الصفقات المختصة قرارها في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء 10 أيام المذكورة أعلاه، يبلغ القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن ودراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة المحددة تشكيلتها في المواد 119 و120 و122 أدناه بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري».[1]

واستنادا لذلك يمكن القول أن التظلم الإداري المسبق اختياري بالنسبة لصفقات المتعامل العمومي وهو وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية، وبالتالي فإنه يمكن للمتعهد الذي يحتج على اختيار الإدارة اللجوء إلى التظلم قبل اللجوء إلى تحريك الدعوى القضائية كما يمكن له عدم اللجوء إليه، وفي حالة اللجوء إليه يجب أن يكون ذلك في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، وعلى

1: المادة 101 من الموسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

اللجنة المختصة أن تصدر القرار في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشر أيام، يبلغ قرار اللجنة لصاحب الطعن وللجهة المتعاقدة.[1]

وما يمكن التعليق به على نص هذه المادة هو أن:

- تنظيم الصفقات العمومية استحدث إجراء جديد هو المنح المؤقت للصفقة وهذا من باب إضفاء شفافية أكثر على الصفقات العمومية. [2]
- عدم النص على منازعات الإبرام بأكملها وإنما النص على إجراء طعن ضد قرار المنح المؤقت فقط دون بقية القرارات الإدارية الصادرة بشأن إبرام الصفقة وكأنما أراد أن يحصر المنازعة في هذا الإجراء لا غير.
- استعمال مصطلح إجراء إعلان المناقصة وكأن طرق إبرام الصفقة تنحصر في المناقصة فكان يفترض به القول "إجراء إعلان الصفقة".
- ومع ذلك فإن الطابع الاختياري للطعن الإداري المسبق في منازعات الإبرام يجعله ليس من النظام العام.

ولقد نظمت المادة 102 من هذا المرسوم على منازعات تنفيذ الصفقة العمومية وكذا تسويتها عن طريق الطعن الإداري بقولها: « تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل..... يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة وأمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقررا خلال الثلاثين (30) يوما اعتبارا من تاريخ إيداع الطعن وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية.[3]

1: عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقود الإدارية، الصفقات العمومية في الجزائر أطروحة مقدمة لفيل شهادة الدكتوراه في القانون العام جامعة منتوري، قسنطينة، 2009-2010، ص 15.

2: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر: ط1: جسور للنشر والتوزيع، تبسه، الجزائر، 2007، ص 218.

3: المادة 102 فقرة 1 و5 و6 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم 91-314 المؤرخ في 4 سبتمبر 1991 المتعلق بتسخير الأمرين بالصوف للمحاسبين العموميين».[1]

يتضح لنا من خلال قراءة مضمون هذه المادة بأن اللجوء إلى الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية قد صار جوازيا هو الآخر وكأنما حاول تنظيم الصفقات العمومية في إطار ذلك البحث عن حل خارج الإطار القضائي بما قد يحقق منافع بالنسبة لجميع الأطراف وألزم على اللجنة الوطنية للصفقات أن تحسم النزاع في ظرف 30 يوما بدءا من إيداع التظلم أو الطعن وذلك بإصدار مقرر يسري على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة الرقابة الخارجية القبلية.

بالاطلاع إلى نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 فالنص نجد أنه وردت فيه عبارة: «... يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة...» وعبارة "يمكن" تفيد الجواز لا الوجوب وهو ما يوصلنا إلى نتيجة أنه بإمكان المتعامل أن يتجاوز إجراء التظلم برفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة، كما أن هذا النص لم يحدد الجهة القضائية المختصة بنظر هذا النوع من المنازعات، وهذا غموض يكتنف نص المادة.

لكن بالرجوع لتطبيقات مجلس الدولة نجده أصدر قرارا بتاريخ 2004/06/15 (قضية بغدادي ضد مدير التربية لولاية بشار) اعتبر فيه الطعن أمام اللجنة المختصة إجراءا جوهريا يتوقف عليه قبول الدعوى شكلا. [2]

لكن مجلس الدولة أدرك خطأه وأكد أن التظلم لم يعد وجوبيا بموجب أحكام المرسوم الرئاسي 250/02، وذلك في قرار مؤرخ في 2005/06/07 عندما أجاب عن دفع أثير أمامه بشأن التظلم المسبق في منازعة الصفقات العمومية الذي كانت تفرضه أحكام مرسوم

1: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص ص 220،221.

2: قرار مجلس الدولة رقم 012585 فهرس 344 المؤرخ في 2004/6/15 قضية بغدادي ضد مدير التربية لولاية بشار:(غير منشور) نقلا عن عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص320.

1991 فقال: « حيث أن هذه الأحكام تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي 250/02 في 2002/07/24 ويمكن للمتعاقد قبل رفعه الدعوى قضائيا تقديم طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية طبقا لأحكام المادة الجديدة 102، ولكنه مجرد طريق اختياري وليس إلزاميا، وأنه مادام الأمر يتعلق بقاعدة إجرائية فهي ذات تطبيق فوري وأن عدم تقديمه أمام اللجنة الاستشارية لا يشكل خرقا لقاعدة جوهرية.[1]

وعليه من خلال هذا المرسوم فإن الطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ هو ذو طابع اختياري وليس من النظام العام وهو يأخذ طابع محاولة صلح تقوم بها اللجنة وليس الإدارة المتعاقدة ولو أن اللجنة هي ذات طابع إداري في عمومها، رأيها استشاري وليس ملزما للطرفين. [2]

خامسا: في ظل المرسوم الرئاسي 08-338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

لقد جاء المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لتعديل أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، حيث مس هذا التعديل أحكام المادتين 101 و102 السابق ذكرهما، ولقد نصت المادة 101 في فقراتها الخمسة الأولى المعدلة بالمادة 17 من المرسوم 08-338 على ما يلي: «زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول

1: قرار مجلس الدولة رقم 21173 فهرس 705 المؤرخ في 2005/06/07 قضية المجلس الشعبي البلدي ضد (ق. ط)، غير منشور، ملحق رقم 3، ص16.

2: شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات، المرجع السابق، ص335.

نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 121 و130 أدناه.

تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المحددة أعلاه.

يبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة للدراسة إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة ولتبليغه.

وفي حالة الطعن تجتمع لجنة الصفقات المختصة المحدد تشكيلها في المواد 119، 120، 122 أدناه بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري...» [1]

من خلال المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المذكور آنفا، يمكننا ملاحظة في مادته هذه بخصوص منازعات إبرام الصفقات العمومية أنها أبقت على الطابع الاختياري للتظلم في الصفقات العمومية وأن هذا التظلم يرمي إلى الاحتجاج على منح المناقصة وجعله جوازيا وليس إلزاميا[2]، كما أضاف هذا التعديل أمر جديد ،حيث يرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، لأن إعلان المنح المؤقت كان ينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي فقط، بحيث أضاف التعديل عبارة "أو في الصحافة".

في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 تصدر اللجنة المختصة قرارا في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء 10 أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت مع اشتراط تبليغه

1: المادة 101 في فقراتها الخمسة الأولى من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدلة بالمادة 17 من المرسوم الرئاسي 08-338، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2: شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات، المرجع السابق، ص352.

للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن، وبموجب المرسوم الرئاسي 08-338 في نص المادة أعلاه أصبحت تقدم رأيا فقط ضمن نفس الشروط السابقة المتعلقة بالمواعيد والتبليغ، وهنا تجدر الإشارة إلى أن هذا النص قد غير طبيعة عمل اللجنة المختصة بخصوص نتيجة الطعن المقدم أمامها.

في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 بخصوص تنفيذ منازعات الصفقات العمومية في نص المادة 102 منه المعدلة والمتممة بمقتضى المادة 18 من المرسوم الرئاسي 08-338 أبقت المادة 18على جوازية الطعن الإداري في مرحلة تنفيذ الصفقة أمام لجان الصفقات الوطنية المختصة، وأحدث تغييرا فقط بخصوص العبارة المذكورة في الفقرة الخامسة من المادة 102 حيث كانت قبل التعديل« وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية» وبموجب التعديل قام بحذفها، كما أزال الغموض الذي كان يشوب هذه الفقرة والتي كان نصها قبل التعديل:«...قبل كل مقاضاة أمام العدالة أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة....."أما بعد التعديل أصبح نصها أكثر وضوحا«...قبل كل مقاضاة أمام العدالة لدى اللجنة الوطنية للصفقات المختصة...».

ويستفاد مما سبق أنه كما كان في ظل المرسوم الرئاسي 02-250، وفي ظل التعديل 08-338 أن طابع الطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية لم يتغير قط بل أبقي عليه، وحتى أن هذا الأخير لم يعدل العيوب التي شملها المرسوم 02-250 والتي ذكرناها سابقا.

الفرع الثاني: الطابع القانوني للطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والمرسوم 12-23 المعدل له

أولا: في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

لقد صدر المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بتاريخ 7 أكتوبر 2010 بالعدد 58 من الجريدة الرسمية لسنة 2010 متضمنا 181 مادة متعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، والذي

ألغى أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 بموجب المادة 179 منه حيث نظم هو الآخر منازعات الصفقات العمومية وصنفها إلى منازعات إبرام ومنازعات تنفيذ.

وفي هذا الصدد نصت المادة 114 في فقراتها الأربع الأولى من هذا المرسوم الرئاسي فيما يخص منازعات إبرام الصفقة العمومية على ما يلي: « زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في إطار الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136 و146 و147 و148 أدناه، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يحدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.

- قدم الطعن في حالات المسابقة والاستشارة الانتقائية عند نهاية الإجراء.
- تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل خمسة عشر (15) يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه ويبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

وفي حالة الطعن، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل الثلاثين يوما (30) يوما ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة ولتبليغه، وتجتمع في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة المحددة تشكيلتها في المواد 133 و135 و137 أدناه بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري...».

وما يمكن ملاحظته على نص هذه المادة أنه تم الإبقاء على جوازية الطعن المسبق بخصوص الاحتجاج على إعلان المنح المؤقت في إطار مناقصة وأضيف كذلك إجراء

التراضي بعد الاستشارة، كما أبقي على أجل رفع هذا الطعن بـ 10 أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في إطار الصحافة، كما قرر أنه في حالة مصادفة اليوم العاشر لأجل رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات المختصة مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية فإن هذا الأجل يحدد إلى يوم العمل الموالي.

أما بخصوص الطعن في حالات المسابقة والاستشارة الانتقائية فإن ميعاده يكون بعد نهاية الإجراء.

وفي إطار تحديد اللجان لنتائج الطعن فإنها تصدر رأيا في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المذكورة أعلاه ويبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة كما تجتمع اللجان المختصة بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري من أجل دراسة الطعن وتبليغه.

أما بخصوص منازعات تنفيذ الصفقة العمومية فقد أبقى المرسوم الرئاسي 10-236 في مادته 115 على مقتضيات المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 08-338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

وقد تميز الطعن الإداري المسبق في المرسوم الرئاسي2010-236 بالطابع الاختياري وأنه طابع الطعن الإداري المسبق المقرر وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يعد ساريا في هذه الفترة.

ثانيا: في ظل المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

لقد صدر المرسوم الرئاسي 12-23 بتاريخ 18 جانفي 2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معلنا عن تعديل جديد للمرسوم الرئاسي 10-236، حيث نظم هو الآخر منازعات الصفقات العمومية.

فبخصوص منازعات إبرام الصفقات العمومية، أبقت المادة 114 في فقراتها الأربعة الأولى والمعدلة بالمادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23 على جوازية الطعن الإداري،

وذلك بخصوص الاحتجاج على إعلان المنح المؤقت في إطار مناقصة أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، ضمن نفس الشروط والآجال المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

غير أنه تم إحداث المادة 125 مكرر بموجب المادة 13 من المرسوم الرئاسي 23/12 والتي أشارت إلى نوع من القرارات التي تصدر عند إبرام الصفقة، وهو "قرار الحرمان من دخول الصفقة"، قائلة بأنه يمكن الطعن فيه لدى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الصفقة، حيث جاء نصها كما يلي: «... ويمكن للمصلحة المتعاقدة لدى لجنة الصفقات منع هذا المتعامل الاقتصادي من التعهد في صفقاتها لمدة لا تتجاوز سنة واحدة...يمكن الطعن في مقرر المصلحة المتعاقدة لدى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الصفقة المعنية».[1]

أما بخصوص منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، فلقد نص المرسوم الرئاسي 12-23 على نفس المقتضيات الواردة في المرسوم الرئاسي 10-236 بما جاء في المادة 115فقرة 4 و5 منه بحيث أبقت على جوازية الطعن الإداري المسبق. [2]

ولقد أبقى المرسوم الرئاسي 12-23 على الطابع الاختياري للطعن الإداري المسبق، كما أنه لم يجعله من النظام العام، بل أكد أنه يكتسي طابع المصالحة أيضا، وهو ما يستشف من طابع الطعن الإداري المسبق المقرر وفقا للقواعد العامة (ق. إ. م. إ الساري حاليا).

الفرع الثالث: الطابع القانوني للطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

في سنة 2015 صدر المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي ألغى أحكام

1: المادة 125 مكرر فقرة 2 و3 من المرسوم الرئاسي 12-23.

2: راجع أحكام المادة 115 فقرة 4 و5 من المرسوم الرئاسي نفسه.

المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم بموجب المادة 215 منه، حيث نظم هو الأخر منازعات الصفقات العمومية، وذلك في القسم السادس تحت عنوان "الطعون" وكذا القسم الحادي عشر منه، فيما يخص التسوية الودية للنزاعات.

وقد خص المرسوم الجديد 15-247 ما جاء في القسم السادس منه تحت عنوان الطعون في نص المادة 82 التي تنص على ما يلي:" زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة.

يجب عل المصلحة المتعاقدة للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، أن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتا ورقم تعريفه الجبائي عند الاقتضاء، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة.

ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام إبتداءا من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184 أدناه، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.

يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت للصفقة المرشحين والمتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام، ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا.

في حالات إعلان عدم جدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام، المرشحين أو المتعهدين بقراراتها، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على مبررات قراراتها الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه، لتبليغهم هذه النتائج كتابيا، وعندما تطلق المصلحة المتعاقدة الإجراء من جديد ،توضح في إعلان المنافسة أو في رسالة الاستشارة، حسب الحالة، إذا كان الأمر يتعلق بإطلاق للإجراء، بعد إلغاء الإجراء أو بعد إعلان عدم جدواه، ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين أو المتعهدين.

إذا تم إرسال طعن إلى لجنة صفقات، عن طريق الخطأ، يجب على رئيس هذه اللجنة أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، ويخبر المتعهد المعني بذلك ويأخذ بعين الاعتبار عند دراسة الطعن تاريخ استلامه الأول.

يقدم الطعن في المنح المؤقت للصفقة في حالات المسابقة وطلب العروض المحدود عند نهاية الإجراء.

تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في اجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

وفي حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة، لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة ولتبليغ قرارها، وتجتمع في هذه الحالة، لجنة الصفقات المختصة المحددة تشكيلتها في المواد 171 و173 و174 و185 أدناه، بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

وبالنسبة للصفقات العمومية التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 6 أعلاه، تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو القطاعية، وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية.

وترفع الطعون الخاصة بالصفقات العمومية المبرمة في إطار اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع المذكور في المادة 10 من هذا المرسوم، لدى لجنة الصفقات المختصة، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184 أدناه.

المبحث الثاني: اختصاص لجان الصفقات العمومية بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

من ضمن الأساليب التي تتبعها التنظيمات المختلفة في تسيير أعمالها ،سواء كانت هذه التنظيمات حكومية أو خاصة وسواء كانت على المستوى المركزي أو على المستوى المحلي أسلوب الإدارة باللجان، وتنظيم الصفقات العمومية بدوره شجع على استخدام هذا الأسلوب، لأن عقد الصفقة العمومية يفرض وجود عدة رقابات عن طريق لجان الصفقات المختصة[1] ثم إن تسوية منازعات الصفقات العمومية عن طريق الطعن الإداري المسبق ما هو إلا أحد مجالات الرقابة والتي تكون إدارية خارجية، وأن هذه الرقابة الخارجية لا تتعدى رقابة المطابقة لأهداف الفعالية للحفاظ على التوازنات الاقتصادية والاجتماعية في الدولة، وكذا التحقق من طرف لجان مندرجة من المستوى المحلي إلى المستوى المركزي متخصصة في تدقيق مطابقة هذه الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول به وكذا التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية..... [2]

وبما أن تنظيم الصفقات العمومية خول لجان الصفقات المختصة البت في الطعون الإدارية المسبقة المقدمة من قبل المتعهدين المحتجين على اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار إعمال الرقابة الخارجية، فإنه لم يكن يهدف إلى البحث في إشكالات كلاسيكية متمحورة حول من يراقب ومن يستفيد من عملية الرقابة بل يتعدى ذلك إلى الخوض في تحديد هذه اللجان من خلال تشكيلها ومهامها ومجال اختصاصها وهذا ما سنعالجه في (المطلب الأول) ثم تنظيم الطعن الإداري المسبق أمام هذه اللجان في (المطلب الثاني).

1: lajoyé (Christophe), Droit des marché publics, Copy right Gualino, Editeur E, j, A Paris 2005, Copy right Berty édition, Alger, 2007, p 137.

2: المادة 163 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المطلب الأول: تحديد لجان الصفقات العمومية المختصة بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية:

لقد سبق الإشارة إلى أن لجان الصفقات العمومية المختصة تضطلع بمهمة نظر الطعون الإدارية المسبقة في إطار تسوية منازعات الصفقات العمومية، وتصنف هده اللجان حسب المرسوم الرئاسي يبين طريقة تشكيلها وقواعد سيرها ومهامها.

وللإشارة فإنه وفقا للمرسوم الرئاسي السابق10-236 المؤرخ في أكتوبر 2010 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي أحدث بعض التعديلات فيما يخص هذه اللجان، بحيث كانت تتحد كما يلي:

- اللجنة البلدية للصفقات العمومية.
- اللجنة الولائية للصفقات العمومية.
- لجنة صفقات للمؤسسة العمومية المحلية.
- لجنة الصفقات للهيئة الوطنية المستقلة.
- اللجنة الوزارية للصفقات العمومية.
- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.
- اللجان الوطنية للصفقات العمومية

وبصدور المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي ألغى أحكام المرسوم الرئاسي السابق 10-236 نجد أن المشرع في هذا القانون الجديد للصفقات العمومية قام بإعادة هيكلة الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية حيث ألغى نهائيا نظام اللجان الوطنية الذي كان قائما في القوانين السابقة واستبدله باللجان الجهوية، مع الإبقاء على اللجان القطاعية والولائية والبلدية، فضلا عن اللجان التابعة للمصالح المتعاقدة، وهذا من أجل التخفيف من تركيز الرقابة الذي كان على مستوى اللجان الوطنية، كما أعلن عن

إحداث هيئة وطنية مستقلة تحت عنوان سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على مستوى الوزير الأول.

تتولى مهام متعددة من أهمها إعداد تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و متابعة تنفيذه، و تصدر بهذه الصفة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة و هيئات الرقابة و لجان الصفقات العمومية و لجان التسوية الودية للنزاعات و المتعاملين الاقتصاديين، كما تتولى أيضا إعلام و نشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و المبادرة ببرامج التكوين و ترقيته في مجال الصفقات العمومية، زيادة على تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي و التقني للطلب العمومي و تقديم توصيات للحكومة، و التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و تنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة، وإقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية.

وقد قسم للمرسوم الرئاسي الجديد 15-247 اللجان المكلفة بالرقابة إلى قسمين، يتعلق القسم الأول بلجان الصفقات للمصالح المتعاقدة، ويتعلق القسم الثاني باللجنة القطاعية للصفقات العمومية الصفقات العمومية بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية، نعالجهما في فرعين اثنين، ونتطرق للجنة التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين المستحدثة بموجب نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك في الفرع الثالث.

الفرع الأول: لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة.

تتمثل هذه اللجان في اللجنة البلدية للصفقات العمومية، اللجنة الولائية للصفقات العمومية، اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية والهيكل

غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري، وقد حدد القانون الجديد مجال اختصاص كل لجنة من اللجان المذكورة أعلاه كما يلي:

أولا: اللجنة البلدية للصفقات العمومية.

نتطرق إلى تشكيل هذه اللجنة، ثم إلى تحديد اختصاصاتها وفقا لما يلي:

1.تشكيل اللجنة:

تتشكل اللجنة البلدية للصفقات العمومية طبقا لنص المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- منتخبين اثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي.
- مثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.

وما يلاحظ على تشكيلة هذه اللجنة هو أنها ترأس من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، لأن رئيس المجلس الشعبي البلدي قد لا تتوفر فيه الكفاءة المطلوبة في مجال الصفقات العمومية، فله أن يعين ممثلا له يتميز بالكفاءة المطلوبة.

أما عن ممثل المصلحة المتعاقدة فيتمثل دوره في هذه اللجنة بتزويدها بجميع المعلومات لاستيعاب محتوى الصفقة، وهذا من المحاسن التي أتى بها تنظيم الصفقات العمومية، كما أن تشكيل هذه اللجنة معزز بعضوين من وزارة المالية، وهذا ما يؤكد وصاية وزارة المالية على الصفقات العمومية، بالإضافة إلى وجود ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، وهو الذي يتولى أثناء الجلسة تزويد اللجنة بجميع المعلومات

المتعلقة بالصفقة، فهو يعرض على هذا النحو المشروع الأولي للصفقة، أمام لجنة الصفقات لتأخذ فكرة عنه. [1]

ويتم تعيين أعضاء لجان الصفقات ومستخلفيهم باستثناء من عين بحكم وظيفته من قبل إدارتهم بأسمائهم بهذه الصفة لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد.

2.اختصاصات اللجنة:

تمارس اللجنة البلدية للصفقات رقابة سابقة للصفقات العمومية، وذلك قبل الإعلان عن هذه الأخيرة من باب التأكد من جدية الطلبات أو الاحتياجات وفحصها فحصا دقيقا ومعمقا، وتنص المادة 174 من الموسوم الرئاسي 15-247 بأن اللجنة البلدية للصفقات تختص بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالبلدية ،ضمن حدود المستويات المنصوص عليها حسب الحالة في المادتين 139 و173 من هذا المرسوم وتختص اللجنة البلدية للصفقات كذلك بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية مع الأخذ بعين الاعتبار العتبة المالية المحددة في المادة 173 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمقدرة بمائتي مليون دينار(200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم وخمسين مليون دينار(50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات.

وحسنا فعل تنظيم الصفقات العمومية الجديد عندما ميز بين الصفقات العمومية، فصفقات الأشغال عادة تكون مبالغها مرتفعة بحكم طبيعتها، كما أن تنفيذها يستغرق زمنا طويلا، والإدارة في هذا النوع من الصفقات تمارس سلطات لا نجدها في بقية الصفقات الأخرى، وكذلك الأمر بالنسبة لصفقات اللوازم، فهي الأخرى تكلف خزينة الدولة أموالا ضخمة.[2]

1: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص ص 254-255.

2: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع نفسه، ص 256.

وتساعد اللجنة البلدية للصفقات في مجال تحضير الصفقات العمومية، وإتمام تراتيبها، وتقوم بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت، ذلك أن تنظيم الصفقات العمومية الجديد أعطى لكل مترشح أو متعهد حق رفع تظلم أمام هذه اللجنة، خلال 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة. [1]

وبالربط بين مقتضيات المادة 172 و173 والمادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247، نجد أنه حتى تقوم هده اللجنة بدراسة الطعون لا بد من توفر معيارين، معيار عضوي ومعيار مالي يضاف إليهما معيار النطاق الجغرافي أو الاختصاص الإقليمي.

فينعقد اختصاص اللجنة البلدية للصفقات بتوافر المعيار المالي إلى جانب المعيار العضوي على النحو المبين أدناه:

- فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم قدرت العتبة المالية بما يساوي أو يفوق مائتي مليون دينار جزائري.
- فيما يخص صفقات الخدمات قدرت العتبة المالية بما يساوي او يفوق خمسين مليون دينار جزائري.
- فيما يخص صفقات الدراسات قدرت العتبة المالية بما يساوي أو يفوق عشرين مليون دينار جزائري.

كما ينعقد اختصاص اللجنة البلدية للصفقات بتوافر معيار جغرافي، حيث ورد في نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ما يلي:

".....وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية....."وهو ما يعني أن الاختصاص بالنظر في الطعن الناتج عن المنح المؤقت بالنسبة للصفقات العمومية

1: المادة 28 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 6 لا ينعقد للجنة البلدية إلا في حدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية لهذه المؤسسات، أي لنفس النطاق الجغرافي. لكن بالرجوع إلى المادة 6 من المرسوم الجديد 15-247 الذي ألغى المرسوم 10-236 نجده قد ألغى الصفقات التي تبرمها المؤسسات المنصوص عليها في المادة 2 من المرسوم 10-236 والتي كانت تخضع لتنظيم الصفقات العمومية والمتمثلة في مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي بحيث أبقى المرسوم الجديد في المادة 6 منه بما جاء في نصها: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

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

ويثار الإشكال هنا أنه كيف يمكن عرض طعن يخص مؤسسة عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية؟

أجاب المشرع على ذلك بقوله في نص المادة 82: "..... وبالنسبة للصفقات العمومية التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 6 أعلاه تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو القطاعية، وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية.

ثانيا: اللجنة الولائية للصفقات العمومية:

1.تشكيل اللجنة:

طبقا للمادة 173 في فقرتها الأخيرة من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تتشكل اللجنة الولائية من:

- الوالي أو ممثله رئيسا.
- ممثل المصلحة المتعاقدة.
- ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.
- مدير التجارة بالولاية.

وما يمكن ملاحظته بخصوص تشكيلة هذه اللجنة هو أن:

- رئاسة هذه اللجنة أسندت للوالي أو ممثله الذي يمكن أن يتميز بكفاءات بخصوص الصفقات العمومية.
- تشكيلها من منتخبين وهذا لتعزيز مهمة الرقابة الشعبية السابقة على إبرام الصفقات العمومية.
- تعزيز تشكيلة اللجنة بشخصين ينتميان لوصاية واحدة من مصلحة المالية، ومن مصلحة المحاسبة بما يؤكد علاقة الصفقة العمومية بالخزينة العامة، وبما يضمن ترشيد النفقات العمومية.
- دعمت اللجنة الولائية للصفقات بالسلك التنفيذي، والذي يبرز في مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري).

كما ضمت اللجنة مدير التجارة بالولاية لما له من خبرة في ذلك.

2.اختصاصات اللجنة:

طبقا لنص المادة 173 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع:

دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية التي تساوي قيمتها المالية أو تفوق مليار دينار جزائري (1000.000.000 دج) في حالة صفقات الأشغال وثلاث مائة مليون دينار جزائري (300.000.000 دج) في حالة صفقات اللوازم، ومائتي مليون دينار جزائري (200.000.000 دج) في حالة صفقات الخدمات، ومائة مليون دينار جزائري (100.000.000 دج) في حالة صفقات الدراسات، زيادة على ذلك تختص اللجنة الولائية للصفقات العمومية بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرون مليون دينار جزائري (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات، الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم.

هذا وقد وسع تنظيم الصفقات العمومية من اختصاص هذه اللجنة حسب نوع كل صفقة، إذ أضاف كل مشروع ملحق بهذه الصفقات في حدود المستوى المبين في المادة 139من المرسوم، وكذا كل صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في هذه المادة، ويتمثل هذا البند في تجاوز الملحق 10% من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجنة الولائية للصفقات ويمتد اختصاص اللجنة الولائية للصفقات إلى دراسة مشروع الصفقة ذاته، بحيث تجد سلطة الرقابة هذه أساسها القانوني في كل من المواد 173 و169 و170 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتبعا لذلك فإن إرادة الإدارة عند تعاقدها مقيدة بالخضوع لتأشيرة لجنة الصفقات الولائية.

تدرس اللجنة الولائية للصفقات الطعون الناتجة عن إعلان المنح المؤقت المقدمة من المتعهدين المحتجين على اختيار المصلحة المتعاقدة، خلال 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت [1]، بشرط توافر كل المعيار العضوي والمالي، وكنا المعيار الجغرافي كما سبق التطرق إليه.

ثالثا: اللجنة الجهوية للصفقات العمومية:

من أجل التخفيف من تركيز الرقابة الذي كان على مستوى اللجان الوطنية، ألغى المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 نهائيا نظام اللجان الوطنية الذي كان قائما في القوانين السابقة واستبدله باللجان الجهوية مع الإبقاء على اللجان الأخرى هذا وقد وسع تنظيم الصفقات العمومية من اختصاص هذه اللجنة حسب نوع كل صفقة، إذ أضاف كل مشروع ملحق بهذه الصفقات في حدود المستوى المبين في المادة 139 من المرسوم، وكذا كل صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في هذه المادة، ويتمثل هذا البند في تجاوز الملحق 10% من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجنة الولائية للصفقات ويمتد اختصاص اللجنة الولائية للصفقات إلى دراسة مشروع الصفقة ذاته، بحيث تجد سلطة الرقابة هذه أساسها القانوني في كل من المواد 173 و 169 و 170 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتبعا لذلك فإن إرادة الإدارة عند تعاقدها مقيدة بالخضوع لتأشيرة لجنة الصفقات الولائية.

تدرس اللجنة الولائية للصفقات الطعون الناتجة عن إعلان المنح المؤقت المقدمة من المتعهدين المحتجين على اختيار المصلحة المتعاقدة، خلال 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت [2]، بشرط توافر كل المعيار العضوي والمالي، وكنا المعيار الجغرافي كما سبق التطرق إليه.

1: المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

2: المواد 169 و82 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1.تشكيل اللجنة.

نصت المادة 171 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن تتشكل هذه اللجنة من:

- الوزير المعني أو ممثله رئيسا.
- ممثل المصلحة المتعاقدة.
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

وما يمكن ملاحظته بخصوص تشكيلة هذه اللجنة هو أن:

- رئاسة هذه اللجنة أسندت للوزير المعني أو ممثله رئيسا الذي يمكن أن تكون له خبرة بخصوص الصفقات العمومية.
- تشكيلها من ممثل المصلحة المتعاقدة، وهي المصلحة المعنية بهذه الصفقة.
- تعزيز تشكيلة اللجنة بممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية ينتميان لمصلحة الميزانية، ومصلحة المحاسبة، وهذا ما يؤكد علاقة الصفقة العمومية بالخزينة العامة، وارتباطها الوطيد بالمال العام.
- تدعيم التشكيلة بممثل عن الوزير المعني بالخدمة وذلك حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري).

كما ضمت اللجنة ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة والذي تقتضيه ضرورة هذا التخصص.

2.اختصاصات اللجنة:

تنص المادة 171 في فقرتها الأولى:" تختص اللجنة الجهوية للصفقات ضمن حدود المستويات المحددة في المطات 1 إلى 4 من المادة 184 وفي المادة 139 من هذا المرسوم

حسب الحالة، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية....".

بحيث تفصل في مجال الرقابة في كل مشروع:

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار جزائري (1000.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم والتي تنص على عدم خضوع الملحق إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.
- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، عندما تبرر الظروف إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها، لأداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الملحق ثلاثة (03) أشهر والكميات بالزيادة نسبة عشرة في المائة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.
- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.
- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم (نسبة 10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.

رابعا: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

1. تشكيلة اللجنة:

تتشكل اللجنة حسب ما جاء في نص المادة 172 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من:

- ممثل عن السلطة الوصية رئيسا.
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية أو المديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.
- تحدد قائمة الهياكل غير الممركزة للمؤسسات العمومية الوطنية المذكورة أعلاه، بموجب قرار من الوزير المعني.

2. اختصاصات اللجنة:

تختص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 172 ضمن حدود المستويات المحددة في المطات 1 إلى 4 من المادة 184 وفي المادة 139 من هذا المرسوم حسب الحالة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بهذه المؤسسات، كما سبق تبيانه والمتمثل في:

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار جزائري (1000.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود

المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم بحيث أشارت المادة 139 على عدم خضوع الملحق إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.

- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، عندما تبرر الظروف إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها، لأداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الملحق ثلاثة (3) أشهر والكميات بالزيادة نسبة عشرة في المائة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.
- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.
- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم لا يتجاوز نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.

خامسا: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري.

1.تشكيل اللجنة:

لقد أعلنت عن تشكيلة لجنة الصفقات العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري المادة 175 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات وتتمثل التشكيلة في:

- ممثل السلطة الوصية رئيسا.
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.
- ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية.
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة محاسبة).
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.
- عندما يكون عدد المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد كبيرا، فإنه يمكن الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني حسب الحالة، تجميعها في لجنة واحدة أو أكثر للصفقات العمومية، ويكون المدير أو المدير العام للمؤسسة العمومية عضوا فيها حسب الملف المبرمج.

2.اختصاصات اللجنة:

حسب نص المادة 175 في فقرتها الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تختص لجنة الصفقات العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في المادة 172 أعلاه بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات

والملاحق الخاصة بالمؤسسة، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها حسب الحالة في المادتين 139و173 من هذا المرسوم.

- دفاتر الشروط والصفقات التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات.
- الملاحق التي تبرمها ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم لا يتجاوز نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.

الفرع الثاني: اللجنة القطاعية للصفقات العمومية بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

لقد رخص في بيان مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 18 ديسمبر 2011 لكل قطاع وزاري بإنشاء اللجنة الخاصة له، على أن تضم زيادة عن ذلك ممثلين عن قطاعات أخرى وعلى الخصوص قطاع المالية، وستخضع هذه اللجان القطاعية تمام الخضوع للتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية، وستكون مداولاتها قابلة لرقابة بعدية من قبل مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية[1]، وهذا ما أكده المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 179 منه بقولها: « تحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184 أدناه ».

1. تشكيل اللجنة.

تتشكل اللجنة القطاعية للصفقات بموجب نص المادة 185 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من:

1: بيان مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 18 ديسمبر 2011، منشور على الموقع الإلكتروني www.premier ministrier.gov. dz

- الوزير المعني أو ممثله رئيسا.
- ممثل الوزير المعني، نائب رئيس.
- ممثلان (2) عن القطاع المعني.
- ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

وما يمكن ملاحظته عن هذه التشكيلة أن تنظيم الصفقات العمومية قد جعل رئاسة هذه اللجنة في حالة غياب رؤسائها أو حدوث مانع لهم نواب الرؤساء [1]، وهذا حتى لا يتأخر عقد اجتماعاتها، وأنه يتم تعيين أعضاء هذه اللجنة ومستخلفيهم من طرف الوزير المعني، بموجب قرار، وذلك بأسمائهم بناء على اقتراح الوزير الذي يخضعون لسلطته ويختارون لذلك نظرا لكفاءاتهم.

وباستثناء الرئيس، ونائب الرئيس يعين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات ومستخلفوهم من قبل إدارتهم وبأسمائهم بهذه الصفة لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد. [2]

كما تجدر الإشارة إلى أن تنظيم الصفقات العمومية لم يجعل ممثل المصلحة المتعاقدة عضوا فيها لكنه سمح بحضوره لاجتماعات اللجنة بانتظام وبصوت استشاري، ويكلف بتقديم جميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة التي يتولى تقديمها.

2.اختصاصات اللجنة.

على غرار بقية اللجان فإنه: تتمثل صلاحيات اللجنة القطاعية للصفقات فيما يأتي:

- مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- مراقبة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها.
- المساهمة في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

1: المادة 187 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

2: المادة 188 من نفس المرسوم.

- تختص اللجنة القطاعية للصفقات بدراسة الملفات التابعة لقطاع آخر، عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية، في إطار صلاحياتها لحساب دائرة وزارية أخرى.
- تختص اللجنة القطاعية للصفقات بدراسة مشاريع الصفقات والملاحق ودفاتر الشروط والطعون المتعلقة بكل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني.

تتولى اللجنة القطاعية للصفقات في مجال التنظيم ما يأتي:

- تقترح أي تدبير من شأنه تحسين ظروف مراقبة صحة إبرام الصفقات العمومية.
- تقترح النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم عمل لجان الصفقات.
- كما تفصل اللجنة القطاعية للصفقات في مجال الرقابة في كل مشروع.
- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار (1000.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار (200.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائة مليون دينار(100.000.000دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة أشغال أو لوازم للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

- دفتر شروط أو صفقة دراسات أو خدمات للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ستة مليون دينار (6.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

كما تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات بمقرر منح أو رفض التأشيرة في أجل أقصاه خمسة وأربعون (45) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة ضبط هذه اللجنة ويسير أجل دراسة الطعون بموجب أحكام المادة 82 من هذا المرسوم.[1]

الفرع الثالث: لجنة التسوية الودية للنزاعات.

برجوعنا إلى نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد نجدها تنص: « تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها يجب على المصلحة المتعاقدة ،دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.
- وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص وقد نصت المادة 154 في فقرتها الأولى، على أنه: " تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين ....."

وعليه يمكننا القول أنّ لجنة التسوية الودية للنزاعات هي لجنة مستحدثة نص عليها المرسوم الجديد 15-247 لدراسة النزاع الذي يعرض عليها هذا وقد أكد المرسوم الرئاسي

1: المادة 189 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الجديد 15-247 للمصلحة المتعاقدة على وجوب أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

وقد أوجب على هذه اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها، وذلك لغرض إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، والتوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة، وكذا الحصول على التسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وحفاظا على مبدأ الشفافية نص المرسوم على وجوب ألا يكون أعضاء هذه اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية. [1]

وقد قسم المرسوم الرئاسي الجديد مهام هذه اللجنة حسب الاختصاص الإقليمي إلى: لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية، ولجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية، وحدد تشكيلة كل لجنة على حدى وفقا لما يلي:

أولا: لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية:

تختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية وتتشكل هذه اللجنة من: ممثل عن الوزير أو مسئول الهيئة العمومية رئيسا.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

ثانيا: لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية:

تختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة، وتتشكل هذه اللجنة من:

1: المادة 153 فقرة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- ممثل عن الوالي رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية موضوع النزاع.
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف يعين أعضاء اللجان المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني.

ويمكن رئيس اللجنة أن يستعين على سبيل الاستشارة، بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة.

- ويعين رئيس اللجنة مقررا من ضمن أعضاء اللجنة.
- توضع أمانة اللجنة لدى رئيس اللجنة.

المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المطلب الثاني: الإجراءات أمام لجان الصفقات العمومية المختصة بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية:

إن اللجوء إلى الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية وتقديمه أمام اللجان المختصة هو أمر يدعونا إلى القول بأن هذه اللجان لا تتحرك في هذا الإطار من تلقاء نفسها بل لا بد من إخطارها عن طريق المتعهد المعني الذي قدم عطاءه واحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار إبرام صفقة عمومية أو إذا ظهر أي مشكل في إطار تنفيذها يدعو إلى تسويتها بطريقة الطعن أمام اللجان.

وتحقيقا لذلك فإن هذا الطعن يرفع بشروط محددة قانونا أمام هذه اللجان في الفرع الأول، وأن هذا الطعن سيسفر عن نتائج، فهو إذن يحتاج إلى تحديد جدوى اللجوء إليه نتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات المختصة.

شروط رفع الطعن الإداري المسبق عادة تنقسم إلى: شروط متعلقة بوثيقة الطعن وشروط متعلقة بالميعاد، وشروط متعلقة بالجهة المتظلم لديها، وشروط متعلقة بشخص المتظلم.

أولا: الشروط المتعلقة بوثيقة الطعن.

يجب أن يفرع الطعن الإداري أو التظلم في الشكل المكتوب وأن يحتوي على عرض الوقائع وتحديد النصوص القانونية التي يستند عليها المتظلم في تحديد طلباته والإشارة إلى اللجوء إلى القضاء في حالة عدم استجابة اللجنة لطلبه بتصحيح الخطأ سواء بتعويض الأضرار أو بالتراجع عن القرار محل التظلم وهذا ما يشترط على الطاعن أو المتعهد الذي لم يقع عليه الاختيار من قبل المصلحة المتعاقدة أن يبينه حتى يوضح أسباب الانحراف بقرار المنح المؤقت مثلا.

ثانيا: شرط ميعاد الطعن.

يشترط على الطاعن التقيد بمواعيد الطعن الواردة في النصوص القانونية وذلك لارتباطها بشرط الميعاد رغم أن هذا الأخير شرط منفصل.

والميعاد المقرر في منازعات الصفقات العمومية لرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة هو 10 أيام إبتداءا من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أوفي الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.

يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعوا في إعلان المنح المؤقت للصفقة المرشحين والمتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم

وعروضهم التقنية والمالية، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أشهر، ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا.

في حالات إعلان عدم جدوى أو إلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام المرشحين أو المتعهدين بقراراتها، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على مبررات قراراتها الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه لتبليغهم هذه النتائج كتابيا، وعندما تطلق المصلحة المتعاقدة الإجراء من جديد ،توضح في إعلان المنافسة أو في رسالة الاستشارة، حسب الحالة إذا كان الأمر يتعلق بإطلاق للإجراء ،بعد إلغاء الإجراء أو بعد إعلان عدم جدواه، ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين أو المتعهدين.

إذا تم إرسال طعن إلى لجنة صفقات، عن طريق الخطأ، يجب على رئيس هذه اللجنة أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات، ويخبر المتعهد المعني بذلك ويأخذ بعين الاعتبار عند دراسة الطعن، تاريخ استلامه الأول يقدم الطعن في المنح المؤقت للصفقة في حالات المسابقة وطلب العروض المحدود عند نهاية الإجراء.

تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل خمسة عشر (15) يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

وفي حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين يوما (30) يوما ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة المحددة تشكيلتها في المواد 171و173 و174و185 أدناه، بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

وبالنسبة للصفقات العمومية التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 6 أعلاه، تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو القطاعية، وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية وترفع الطعون الخاصة بالصفقات العمومية المبرمة في إطار اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع المذكورة في المادة 10 من هذا المرسوم، لدى لجنة الصفقات المختصة، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173و184 أدناه.[1]

أما فيما يخص تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية فإنه إضافة إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة، أن تبحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، ويمكن للمتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة عرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بحيث تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين.

ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات وهذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على هذه اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات المطروحة أمامها.

أما عن الإجراءات المتبعة أمام هذه اللجنة: فإن الشاكي يوجه إلى أمانة اللجنة تقريرا مفصلا مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يمكنه إيداعه مقابل وصل استلام، وتستدعى الجهة المشتكى منها من طرف رئيس اللجنة

1: المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247.

برسالة موصى عليها مع وصل استلام، لإعطاء رأيها في النزاع، ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلتها.

وتؤدي دراسة النزاع في أجل أقصاه ثلاثون يوما (30)، ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم.

يمكن للجنة أن تستمع لطرفي النزاع و/أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها، وتأخذ أراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها، وعند تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا.

يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشاة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم.

وتبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وتعلم اللجنة بذلك.

ثالثا: الشروط المتعلقة بالجهة المختصة.

يشترط في الطاعن أن يقدم طعنه إلى الجهة الإدارية المختصة أي السلطة الإدارية التي تتمتع بصلاحيات اتخاذ القرار المطلوب منها أما إذا تم إرسال طعن إلى لجنة صفقات عن طريق الخطأ، فهنا يجب على رئيس هذه اللجنة أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، ويخبر المتعهد المعني بذلك، ويأخذ بعين الاعتبار عند دراسة الطعن تاريخ استلامه الأول.[1]

1: المادة 82 فقرة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وهذا مفاده تسهيل الإجراءات للمتعامل المتعاقد، وحماية حقه في استعمال هذا الطريق لتسوية نزاعه.

ولقد نصت المادة 830 فقرة 5 من ق. إ. م. إ على أنه: " يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة ".

ويقع عبء الإثبات على المتظلم طبقا لقاعدة "البينة على من ادعى" ويكون الإثبات سهل خاصة في حالة الرد الصريح من الإدارة (القرار الإداري السابق) أما في حالة سكوت الإدارة عن التظلم، يمكن للمتظلم إثبات وجود هذا الشرط بتقديم الوصل البريدي.[1]

رابعا: الشروط المتعلقة بشخص الطاعن.

لا يشترط لصحة الطعن أو التظلم توافر شروط الدعوى من مصلحة وصفة بل يشترط أن يكون للطاعن أهلية التصرف المدنية، بينما يرى الأستاذ "خلوفي رشيد" أنه يجب أن تتوفر في شخص الطاعن الشروط الواردة في المادة 13 من ق. إ. م. إ وهي الصفة والمصلحة القائمة أو المحتملة، وأنه يمكن للطاعن أن يرفع تظلمه بنفسه أو بواسطة وكيل أو محام. [2]

كما نستنتج من عبارة "ليمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه.... أن يرفع طعنا....." والمذكورة في المادة 182 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أنه:" لا يحق لغير المتعهد اللجوء إلى هذا الطريق والمقصود بالمتعهد هو من قدم اقتراحا للمصلحة المتعاقدة بخصوص موضوع الصفقة، أما المتنافسين الذين لم يقدموا عروضا فليس لهم استعمال هذا الطريق أي الطعن الإداري ولو كان سبب تخلفهم راجع للمصلحة المتعاقدة كأن يرفض أعوانها استلام العرض أو

1: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى، المرجع السابق، ص 111.

2: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى، المرجع نفسه، ص107.

يرفض تمكين المتنافسين من الوثائق اللازمة لدخول المنافسة أو حتى لم تحترم المصلحة المتعاقدة الآجال التي حددتها من اجل تقديم العروض.

كما أن صيغة المفرد التي وردت في النص بالقول "يمكن للمتعهد" معناها أن الطعون الإدارية ترفع فردية ولا مجال لقبول الطعون الجماعية.

ونفس الملاحظات يمكن إثارتها بخصوص الطاعن في منازعات تنفيذ الصفقة العمومية.

الفرع الثاني: نتائج وجدوى رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية المختصة:

أولا: نتائج رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية المختصة:

بمجرد تقديم الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة بمنازعات إبرام الصفقة العمومية فإنها تجتمع حسب التشكيلة المقررة لها بموجب تنظيم الصفقات العمومية وبحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري لتصدر قرارها في أجل 15 يوما يبدأ سريانها من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المقررة لرفع الطعن، وهنا أغفل تنظيم الصفقات العمومية عن إضافة الأجل الممدد الذي منحه لتقديم الطعن كانطلاقة لحساب الخمسة عشر يوما لصدور قرار اللجنة لكنه أكد أن هذا الطعن يوقف اللجنة عن دراسة مشروع الصفقة التي تختص بها إلى غاية انقضاء 30 يوما من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن ودراسته وتبليغه.

كما أوجب تنظيم الصفقات العمومية على اللجنة التي تنظر في الطعن أن تبلغ نتيجته إلى الطاعن وللمصلحة المتعاقدة وفي هذا الإطار، تنص المادة 82 فقرة 3 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن: " تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل (15) يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه ....."

إن غاية الرقابة الخارجية للصفات العمومية هي التحقق من مطابقتها للتشريع والتنظيم المعمول به، فمتى لاحظت لجان الرقابة الخارجية عند فحص الطعن المرفوع لها طبقا لأحكام المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن المصلحة المتعاقدة لم تحترم القانون فسوف تأخذ قرارا يبين ذلك، وتبلغه للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

وعلى ضوء ما سبق فإن المصلحة المتعاقدة مجبرة في الواقع بأن تتبع قرار لجان الصفقات المختصة أي أنه رأي مطابق ولو أنه في القانون القديم 10-236 لم ينص على هذا التكليف صراحة بما جاء في نص المادة 114 فقرة 03 على أنه: "تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل خمسة عشر (15) يوما...

وتجدر الإشارة إلى أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 عندما نظم منازعات تنفيذ الصفقة بموجب المادة 153 فرض على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب المادة 154 من هذا المرسوم لدراسته، وهذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب ألا يكون أعضاء هذه اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية.

ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.

ثانيا: جدوى رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية المختصة.

الإيجابيات:

مما لا شك فيه أن تعلق مصير الطعن الإداري برد الإدارة يعطيها فرصة لتراجع نفسها ما ينتج عنه تخفيف الاكتظاظ والتقليل من الدعاوى أمام الهيئات القضائية، وإن غياب مرحلة أولى سابقة عن المرحلة القضائية سيفتح المجال لكل مواطن يدعي تضرره من الإدارة، إلى اللجوء إلى القضاء مما يسبب اكتظاظ الطوابير أمام هذا الجهة القضائية ليصدر في النهاية حكم يقضي بأن الضرر المدعى به خال من كل حقيقة قضائية.

فبفضل الطعن أو التظلم تتمتع الإدارة بحق الخيار بين أن تقف موقف المدعي عليها أمام المحاكم الإدارية أو أن تسوي النزاع وديا وتتفادى بذلك الإجراءات القضائية، كما أن الحكمة والغرض من التظلم هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة الإدارية بطرق أيسر على الناس وإنهاء تلك المنازعات في مراحلها الأولى، خاصة وأن الرقابة الإدارية في مجال الصفقات العمومية أمر لا يمكن الاستغناء عنه لأن تنظيم الصفقات العمومية منح لجان الصفقات المختصة صلاحية النظر في الطعون المقدمة من قبل المحتجين على اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار منازعات الإبرام، كما سمح برفع طعن قبل كل مقاضاة من طرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في إطار منازعات التنفيذ.

كما بسط تنظيم الصفقات العمومية الإجراءات وجعلها غير مكلفة وقصر الآجال وهذا ما يعني مجانبة الأفراد المتظلمين عرقلة حصولهم على مصالحهم وحماية حقوقهم وحرياتهم بالاستجابة في أقصر وقت وبأقل الجهود والتكاليف وأبسط وأخف الإجراءات لطلباتهم. إضافة إلى استحداث لجنة التسوية الودية السابق ذكرها والتي تتكلف بدراسة النزاع، وهذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

كما تمتلك السلطات الإدارية المختصة بالنظر والفصل في التظلمات الإدارية سلطات واسعة وكاملة في مواجهة أعمالها المطعون فيها كما أن مجال التظلم أوسع من مجال

الدعوى الإدارية [1]، هذا ما أكده تنظيم الصفقات العمومية، من خلال التعزيزات في تشكيلة لجان الصفقات المختصة وكذا الصلاحيات المخولة لها لتكون الأجدر بنظر الطعون حقا أفضل من أي جهة أخرى.

كما أن الطعن أمام اللجنة المختصة لدراسته يتماشى والقواعد المقررة في قانون الوقاية من الفساد، خاصة تلك المنصوص عليها في المادة 9 منه على أنه: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.[2]
- وأن عرض النزاع على لجنة الصفقات يخدم سرعة البت في المنازعة، وأن اللجنة التي ستفصل في الطعن مقيدة بالمدة، وهذه الأفكار تجعلنا نسلم بفكرتين هما:

•أن مجال الرقابة أو بالأحرى نظر الطعون في منازعات الصفقات العمومية أمام اللجان المختصة سيكون أوسع مما عليه في القضاء بالنظر لتعدد وتطور صلاحيات ونشاطات هذه اللجان وعدم دراية القاضي الإداري أحيانا كثيرة لذلك.

•أن الطعن أمام هذه اللجان سيخفف من حجم الدعاوى المرفوعة أمام القضاء فيما لو تداركت الإدارة قراراتها وأفعالها.

•أن الطعن أمام هذه اللجان سيخفف من حجم الدعاوى المرفوعة أمام القضاء فيما لو تداركت الإدارة قراراتها وأفعالها التي لا تتصف باللاشرعية.

1: عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 3662.

2: القانون رقم 06-01 المؤرخ في20 فبراير2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 2006/3/8.

السلبيات:

لا يتمثل الأثر السلبي للطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات المختصة في منازعات الصفقات العمومية في الإجراء ذاته، وإنما يتمثل في التصرفات السلبية لهذه اللجان عندما لا تجيب على طلب التظلم فتعتبر نفسها الأقوى ولا تخطئ.

ومن الناحية العملية نلاحظ أن الطعن ضد ممارسات أعوان الإدارة قد سمح لتسوية بعض حالات النزاعات وإعادة الحقوق التي هضمت ظلما وإجحافا، وكثيرا ما يلاحظ ويا للأسف حدوث إهمال أو تقاعس عن المسؤوليات من جانب أولئك الذين تعرض عليهم مثل هذه الطعون.

هذه النقائص تساهم في تحميل الهيئات القضائية ما لا طاقة لها به كما، أنها تطيل مدة بعض القضايا الصعبة وتدفع بالمواطنين إلى الحيرة والقلق، هذا إن لم تجبرهم على التخلي عن الأحكام القضائية...

ولقد أكدنا فيما سبق أن رأي لجان الصفقات العمومية هو رأي مطابق يلزم الإدارة بإتباعه، لكن هذا الرأي سواء صدر بالاستجابة لموضوع الطعن أو رفضه فإنه يحدث ضررا في الحالتين:

- في حالة رفض الطعن فإن الضرر يلحق بالمتعهد الطاعن والذي كانت له مصلحة في رفع الطعن وهنا يمكنه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه.
- في حالة الاستجابة للطعن فإنّ الضرر يلحق بالمتعاقد مع الإدارة والذي صدر قرار المنح المؤقت لصالحه في أول مرة لأن مركزه القانوني سيتغير كمتعاقد محتمل يمكنه الفوز بالصفقة نهائيا.

ويتحقق هذا الضرر لكون الصلة الشخصية التي تجمع بين الرئيس ومرؤوسيه وبين الزملاء يبعضهم البعض تجعلهم يتكاتفون عند الضرورة للدفاع عن التصرفات الخاطئة التي قد يقع فيها البعض وهذا ما يبرز أهم أثر سلبي للتظلم وهو تقييد إرادة الفرد في

مخاصمته للإدارة [1]، لأن هناك علاقة تبعية ترتبط بها، فحتى وإن أدى الطعن إلى حل ودي للنزاعات المطروحة أو إلى تحقيق بعض التنازلات فالطبيعة القانونية لهذه التنازلات تظل متوافقة مع العلاقة بين الإدارة والمحكومين. [2]

كما ان تنظيم الصفقات العمومية لم يشر إلى جزاء ما يجوز للجان المختصة توقيعه على أي من طرفي النزاع إذا امتنع عن تنفيذ ما كلفته به اللجنة، وهذا يجعلنا نعتقد انه لا يجوز للجنة الحكم بالغرامة، كما لا يجوز أن توقف نظر طلب الطعن أو أن تقضي بعدم قبوله.

إذن فتعقد الإجراءات هي أحد أسباب فشل إجراء الطعن الإداري أيضا، بل هي أحد آثاره السلبية نظرا لما ينجم عنه من فساد إداري

وما يمكن قوله هو أنه رغم التشكيلات المعززة للجان الصفقات المختصة والتي تنظر الطعون في مجال منازعات الصفقات العمومية وكذا صلاحياتها المرتبطة بعمر الصفقة وسيرها على أحسن وجه، وما يترتب عن كل ذلك من المزايا التي ذكرناها أعلاه، وكذا مساعي التشريعات في الإصلاحات المتتالية بهذا الخصوص فإنه يبقى « من المقرر قانونا ومستقر عليه أنه لا يمكن للإدارة أن تكون خصما وحكما في نفس الوقت ...» وهذا موقف القضاء الجزائري والذي يستحق الثناء عليه.

الإجراء البديل:

بما أن الإمكانيات التي يمكن أن تتيحها الطعون الإدارية حاليا ليست مغرية بالنسبة لذوي الشأن خاصة انعدام ما يلزم الإدارة بالرد على هذه التظلمات الإدارية فكل ذلك لا يحفز على اللجوء إلى هذا الطريق، رغم أنه لهذا الطريق بعد اتفاقي خاصة في مجال منازعات الصفقات العمومية، وبهذا وضمانا لحسن تنفيذ الصفقة العمومية وحفاظا على

1: Auby (M), Drago, (R), op cit, p15.

2: Gérad Marcou, et Amould noury, Les alternatives aux juridictions des litiges intéressant l'administration, ed Ronéo, Paris, 2001, p 210.

حقوق كل طرف من أطرافها، لم يغفل تنظيم الصفقات العمومية عن مسألة تسوية المنازعات الناجمة عن عملية التنفيذ بالبحث عن حل ودي مثلما تطرق إلى تسويتها عن طريق الطعن الإداري المسبق ،حيث تسوى المنازعة عن طريق التفاوض المباشر بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، وذلك ما أدلت به المادة 104 من المرسوم 82-145 وكذا المادة 104 من المرسوم 91-434 والمادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 ومختلف تعديلاته وكذا المادة 115 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وما جاء في نص المادة 153 من المرسوم الجديد 15-247 والتي جاء فيها: «... يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الأمر بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

في حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 من هذا المرسوم.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف...." ويظهر جليا من خلال هذا النص أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 قد أرسى قاعدة التسوية الودية للنزاعات بما تضمنه في

أحكامه[1]، والهدف من ذلك هو تفادي للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار، وما بجدر التذكير به هو أن تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي يأخذ هو الآخر بقاعدة الحل الودي للنزاع و هذا ما أوردته المادة 127 منه قائلة:

« Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges, relatifs aux marchés publics dans des condition fixées par décret.

Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours de différente prescription.

La saisine du comité suspend le délai de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis Du comité La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs notamment les pouvoirs propres de leur président sont fixés par décret. [2]

غير أن القانون المصري فكر في تطبيق إجراء إجباري في المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها وهو التوفيق، وهذا يعني أنه لا يجوز رفع الدعوى أو نظرها إلا بعد اللجوء إلى محاولة التوفيق، والتي عهد بها إلى لجان غير قضائية، كما جعل ما تصدره هذه اللجان مجرد توصية لا تلزم الطرفين، فإن قبلها الطرفان قاما بالتوقيع عليها واكتسبت قوة السند التنفيذي وجاز تنفيذها جبرا.

وحسنا فعلت هذه الأنظمة القانونية حينما تبنت هذا الإجراء حتى لا تتعطل المشاريع العمومية وحتى يمكن لأطراف النزاع من يجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ.

وتتمثل ضوابط الحل الودي للنزاع وكذا أحكامه وحدوده في:

1: المواد 153، 154، 155 من تنظيم الصفقات العمومية 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

2: article 2 du décret n°2011, 1104, du 14 septembre 2011, portant code des marché publics Jo n°0024 du 24 janvier 2012.

أ-الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين:

فقد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر، في حين المطالبة بها يجب على الإدارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة وتنصف المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء إلى القضاء للمطالبة القانونية بحقه في التوازن المالي مثلا، أو أن تنكر عليه هذا الحق خاصة وأن نص المادة في غاية من الوضوح فهي تبيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفق الظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة كل طرف في الرابطة العقدية.

ب- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة:

حيث ألّح تنظيم الصفقات العمومية على ضرورة إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به.

ج- البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة:

نظرا للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية وحتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية الصفقة، فرض البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة.[1]

وعلى هذّي ما سبق يمكننا أن نستنتج أنه:

- إذا كانت التسوية الودية للنزاعات في مرحلة تكوين الصفقة ذات طبيعة اختيارية بالنسبة للمتعامل المتعاقد فيما يخص رفع الطعن أمام لجان الصفقات العمومية المختصة فإن طبيعة التسوية الودية للنزاعات في إطار عملية التنفيذ عن طريق التفاوض المباشر تكون ملزمة للمصلحة المتعاقدة.

1: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص ص 314-315.

- إن الحالات التي يمكن التفاوض المباشر من أجلها هي تلك المتعلقة بفقدان التوازن المالي للعقد لأحد الأسباب التي تم ذكرها أعلاه أو من أجل التوصل إلى تدارك التأخر في إنجاز المشاريع، إذن لا مجال للتفاوض في حالات أخرى مثل:

- سوء إنجاز المتعاقد لمحل الصفقة.
- عدم احترام طرق الإنجاز.
- عدم استعمال المواد المطلوبة أو الطريقة التقنية المتفق عليها.

لأن الهدف دوما هو المحافظة على المال والوقت بأن تتم التسوية في أسرع وقت وأقل تكلفة.

الفصل الثاني

التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية

الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

إن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ليس بالأسلوب الجديد، فقد عرفته الحضارات القديمة، وقد تطور هذا الأسلوب في النصف الثاني من القرن العشرين، حيث شهد نهضة غير مسبوقة كوسيلة لفض المنازعات في مجال التجارة الدولية. [1]

وقد اتجه نظام التحكيم ليصبح نظاما قضائيا عالميا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية وتعددت الهيئات والمنظمات التي تمارس عملية التحكيم، كما تعددت الاتفاقات الدولية التي تضمن للتحكيم وقراراته ذات الاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني، مما جعل هذا النظام يرتبط في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية، وقد اتسع نطاق الأخذ به ليتعدى العقود التجارية إلى عقود التنمية الاقتصادية سواء كانت عقودا مدنية أو عقود إدارية والذي يبرر ذيوع التحكيم كوسيلة لفض المنازعات.

وبنمو العلاقات الاقتصادية بين الأفراد و الدول ازدهر التحكيم و اتسع آفاقه في مجال القانون الإداري، حيث أدى نزول الدولة و كذا أشخاص القانون العام في الحياة الاقتصادية و رغبتها في تحقيق التنمية و إشباع الحاجات العامة، إلى ظهور علاقات مع أشخاص القانون الخاص الوطني وحتى الأجنبي مما ترتب عليه ظهور فكرة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية باعتبار أنّ هذه الأخيرة هي صورة من صور العقود الإدارية و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري، بموجب القواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادرة في 2008/02/25 باستحداث أحكاما جديدة للفصل في منازعات الصفقات العمومية، سواء في كيفية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أو في إجراءات وتنفيذ حكم التحكيم، تميزها عن ما هو معتاد في المنازعات التي تعرض على القضاء الإداري.

1: د/ مفتاح خليفة عبد الحميد ود/ حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2008، ص 378.

وعليه فبإجازة المشرع اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية يكون بذلك قد فرض على الدولة والهيئات الإدارية التابعة لها أن تكون على قدم المساواة مع المتعامل المتعاقد وطنيا كان أم أجنبيا في تطبيق نظام التحكيم وإجراءاته عند القبول في الأخذ به.

وللإحاطة بموضوع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية فإننا سنتعرض للنظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية في المبحث الأول وفي المبحث الثاني إلى إجراءات التحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

يحتل التحكيم مكانة بارزة بين بدائل تسوية المنازعات الداخلية والدولية لاسيما وأنه يلعب دورا كبيرا في إيجاد حلول لها، كما أنه يتسم ببساطة الإجراءات وسرعة الفصل في النزاع. [1]

ومما لا شك فيه أن اللجوء إلى التحكيم في أي عقد من العقود هو مسألة اختيارية أو بالأحرى مسألة اتفاقية، ولم يحدو المشرع الجزائري في وضعه للقواعد المتعلقة بالتحكيم بصفة عامة، والتحكيم في الصفقات العمومية بصفة خاصة عن هذه القاعدة، إذ منح للأطراف حرية اللجوء إلى التحكيم، ويكون الاتفاق على التحكيم قبل أو بعد نشوء النزاع، كما قد يكون عند إبرام الصفقة أو عند تنفيذها.

ونظرا لكون هذا النظام يتميز بطابع خاص يجعله قائما بذاته مستقلا في أحكامه عن غيره من الأنظمة أو الوسائل البديلة لحل النزاعات، فإننا سنتناول بالدراسة في المطلب الأول لمفهوم نظام التحكيم وفي المطلب الثاني مدى مشروعية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

المطلب الأول: مفهوم نظام التحكيم.

التحكيم بصفة عامة هو أسلوب لفض النزاع ملزم لأطرافه، يقوم على حرية اختيار الخصوم بإرادتهم فردا أو أفراد عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور من نزاع.[2]

1: د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 353.

2: د/محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2011، ص 24.

و يبرر اللجوء إلى التحكيم كأسلوب لفض المنازعات ما يتميز به من بساطة، وسهولة ومرونة سرعة في إجراءاته و توفيره للجهد و الوقت و المال و الثقة و الطمأنينة و الخبرة والتخصص و محافظته على أسرار أطراف النزاع و استمرار العلاقات الطيبة فيما بينهم ما يجعلهم يفضلونه على قضاء الدولة، كما أن الأطراف هم الذين يحددون عدد المحكمين، كما يعينون مكان التحكيم و إجراءاته و القواعد التي يخضع لها، على أنه إذا كانت إرادة الأطراف هي التي تنشئ اتفاق التحكيم و تحدد القواعد التي تحكمه، فإن الأمر يتطلب تدخل المشرع للنص بذاءة على جواز التحكيم، ذلك أن إرادة الخصوم وحدها ليست كافية لخلقه.[1]

كما يحّدد نطاق التحكيم أو بمعنى تحدد المسائل التي يجوز فيها التحكيم، كما يبين كيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها.

والتحكيم بهذا المعنى يقوم على أنه البديل لنظام التقاضي أمام المحاكم، فاتفاق أطراف علاقة ما على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع إنما يعني في حقيقته سلب لاختصاص قضاء الدولة، الذي كان يجب عرض النزاع عليه للفصل فيه لو لم يوجد اتفاق التحكيم وهو أمر يترتب عليه بالضرورة إنهاء الخصومة بمجرد صدور قرار من المحكمين.

وبدراستنا لمفهوم نظام التحكيم يقتضي منا الأمر تعريف التحكيم وبيان أساسه في فرع أول وبيان محاسنه وعيوبه في فرع ثاني ثم نتناول تقسيمات وأنواع التحكيم في فرع ثالث.

الفرع الأول: تعريف التحكيم وبيان أساسه.

لم تتناول معظم التشريعات الوطنية والدولية النص على تعريف التحكيم، الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يجتهدان في تعريفه وبيان أساسه.

1: د/ مفتاح خليفة عبد الحميد ود/ حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص 377.

أولا: تعريف التحكيم.

يعرف التحكيم في الفقه العربي تعريفات لا تختلف عن المعنى اللغوي في فحواها، فقد ذهب الماوردي في أدب القاضي إلى أن التحكيم هو أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا عليه.[1]

كما عرفه الدكتور أبو العينين أنه:" اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم.

كما عرفه الدكتور علي صادق أبو هيف بأنه: "النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع".

كما عرف الفقه الإسلامي التحكيم في العقود الإدارية على أنه: "اتفاق بين الجهة الإدارية أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع المتعاقد معها لفض النزاع الناشئ بينتهما بشأن العقد المبرم بينهما من غير طريق القضاء ملزم لهما باختبارهما بما لا يخالف الشرع."[2]

كما قد تعددت كذلك محاولات تعريف نظام التحكيم في الفقه الغربي حيث يعرفه الأستاذ " jean robert " بأنه:

« L'institution d'une justice privée a laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun، pour être résolus par des individus pour la circonstance de la mission de les juger » [3]

أي أنه منظمة العدالة الخاصة بفضلها تسلب المنازعة من الخضوع لولاية القانون العام لتحسم بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة.

ويعرفه الأستاذ " David René " بأنه:

---

1 : د/ مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010، ص 15.

2 : www.hardiscusion.com

3 : Jean robert, l'arbitrage, droit interne, droit international privée, Dalloz, 1993, p 6.

« L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes par une ou plusieurs autres personnes ».

« L'arbitrage ou les arbitres les quelles tiennent leur pouvoir d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'état ». (1)

أي أن التحكيم هو وسيلة تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تهم العلاقات بين عدة أشخاص عن طريق واحد أو أكثر يسمى محكما أو محكمون يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص ويقضون بمقتضى هذا الاتفاق دون أن تمنحهم الدولة هذه المهمة.

ولقد عرف الفقه الانجليزي التحكيم بأنه:

« The practice of arbitration therefore, comes So to speak, naturally to Primitive bodies of Law and after courts have been established by the state and a recourse to them has become the natural method of settling disputes the practice continues because the parties to a dispute want to settle them with less formality and expenses than is involved in a recourse to the courts ».(2)

ويقصد من هذا التعريف أن ممارسة التحكيم جاءت بعد أن قامت الدولة بإنشاء المحاكم، حيث أصبح الوسيلة العادية لفض النزاعات، وقد استمرت ممارسته إذ أن أطراف المنازعة يرغبون في ذلك أي في ممارسته لأنه أقل رسمية وأقل في نفقاته عن المحاكم العادية.

أما عن الاجتهادات القضائية فلم تتفق كذلك على إعطاء مفهوم موحد للتحكيم.

فقد عرفت المحكمة الدستورية العليا بمصر التحكيم: "بأنه اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معنيين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، وذلك بحكم ملزم للخصوم الأمر الذي يقطع دابر الخصومة في كافة جوانبها، والتي أحالها أطرافها للتحكيم."(3)

1: David René, L'arbitrage Dans Le Commerce International, Édition 1, Économica, Paris, 1982, P 9

2: Horlds Worth, History of English Law, Vol XIV, 1964, P 187.

3: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية المرجع السابق، ص 338.

وقد عرفه مجلس الدولة الفرنسي بأن: التحكيم يتمثل في سلطة اتخاذ القرار التي يعترف بها لطرف ثالث، والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكمة. [1]

وقد عرف القانون الفرنسي التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة وذلك في المرسوم 500/81 المؤرخ في 12 ماي 1981 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، حيث جاء في المادة 1442 منه تعريف شرط التحكيم بأنه:" اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم. "

كما عرفته المادة 1447 من ذات المرسوم السابق بأنه:" عبارة عن عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه. " [2]

كما عرف القانون المصري التحكيم بموجب الفقرة الأولى من المادة 4 من القانون رقم 27 سنة 1994 الصادر بتاريخ 18 أفريل 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على النحو التالي:" ينصرف لفظ (التحكيم) في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكف ذلك."

وقد عرفه القانون المغربي بموجب الفصل 306 من القانون 05/08 المتضمن قانون المسطرة المدنية بأنه:" حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم".

أما القانون الجزائري فقد عرف شرط التحكيم بموجب المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بأنه: "هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد

1: مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، المرجع السابق، ص 18- 19.

2: Bergeal Catherine, lenica Frédéric, contentieux des marches public, imprimerie nationale, édition paris, 2004, p 275.

متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم". [1]

ولقد حددت المادة 1006 هذه الحقوق المتاحة " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في سائر الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

وبالتالي فالنص لم يعرف التحكيم في الصفقة العمومية بما يؤكد أن التعريف الوارد في نص المادة 1007 ينطبق على التحكيم في كافة المنازعات مهما كانت طبيعتها.

كما عرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اتفاق التحكيم بموجب المادة 1011 منه بأنه: "هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم."

ومن خلال تعريف كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم) نستنتج بأن:

شرط التحكيم في الصفقات العمومية هو: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه كل من المصلحة المتعاقدة (أشخاص المادة 800 ق. إ. م. إ) والمتعاقدين معها في عقد صفقة عمومية بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي تنشأ عن العقد المذكور".

وأن اتفاق ومشارطة التحكيم في الصفقة العمومية هو الاتفاق الذي يلتزم به كل من المصلحة المتعاقدة (أشخاص المادة 800 ق. إ. م. إ) والمتعاقدون معها في عقد صفقة

1: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 سنة 2008.

(حق متاح مفهوم المادة 1006 من ق. إ. م. إ) لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

فالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية هو عملية إرادية يتفق أطراف المنازعة على اللجوء إليه للفصل في منازعاتهم كغيره من المنازعات في باقي العقود والعلاقات، أو هو نظام قضائي [1] لحل المنازعات يختار فيه أطراف المنازعة شخصا ثالثا محايدا يسمى المحكم ويعهدون إليه الفصل في النزاع بمقتضى الشرط الخاص المكتوب في الصفقة الأصلية باعتباره بندا من بنودها، أو بمقتضى مشارطة نتيجة نشوء نزاع فعلي بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية.

ثانيا: أساس اللجوء إلى التحكيم.

يقوم التحكيم على أساسين اثنين هما إرادة الخصوم وإجازة المشرع [2]، والصفقات العمومية كغيرها من العقود الأخرى تقوم على هذين الأساسيين:

1)- إرادة الخصوم:

إن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات بصفة عامة، و منازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة، يجب أن يكون نابعا من إرادة الأطراف، أي أن يتفق الأطراف على اللجوء إليه للفصل في منازعاتهم بدلا من اللجوء إلى القضاء الإداري المختص أصلا في النزاع ذلك أن حق اللجوء إلى القضاء هو حق دستوري مضمون ومكفول لجميع الأشخاص بحيث لا يجوز حرمان أي شخص منه أو إجباره على اللجوء إلى التحكيم ما لم يوافق عليه وبكل حرية، كون أن التحكيم لا يقوم في الأصل إلا عن رضا، واختيار باتفاق الخصوم بإرادتهم الحرة، تقديرا منهم أنه أكثر تحقيقا لمصالحهم.

1: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 3، 2000، ص 40.

2: د/ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 163.

والتحكيم يتصل أساسا بالفصل في المنازعات التعاقدية، لأن العقد هو وسيلة التبادل الاقتصادي بين الأشخاص في الدولة ذاتها، أو بين دول مختلفة، وينصب التحكيم على عرض النزاعات المتفق عليها على المحكمين، فإذا تم الاتفاق في عقد من العقود على عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذه أو تفسيره على محكمين، شمل التحكيم جميع المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين بشأن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره، سواء وقعت وقت تنفيذ العقد أو بعد انتهائه.

إن أطراف الخصومة التحكيمية باختيارهم اللجوء إلى التحكيم، ليس معناه تنازلهم عن حقهم الدستوري في اللجوء إلى القضاء، لأن حق الالتجاء إلى القضاء يتعلق بالنظام العام ،فلا يجوز التنازل عنه و إنما تقتصر إرادة المحتكم على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة المختصة في الحكم في النزاع، فإذا لم ينفذ اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم في النزاع إلى المحكمة (الاختصاص الأصلي للقضاء) لأن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، و إنما يمنعها من النظر في الدعوى المتفق على التحكيم بشأنها، طالما بقي شرط التحكيم قائما منتجا لآثاره القانونية و لم يحصل أي اتفاق مخالف له، أو أي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى زواله أو انتهائه أو استحالة تنفيذه.

2)- إجازة المشرع:

إن التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات في الصفقات العمومية، لا يمكن أن يلجأ إليه حتى ولو اتجهت إرادة الأطراف إليه، إذ لا بد من النص على حق الأطراف في اللجوء إليه لاسيما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، لأن التحكيم في وقتنا الحاضر ومع وجود جهاز قضائي إداري قائم بذاته للفصل في العقود التي تكون إحدى الأشخاص المحددة بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرفا فيه، يبقى كاستثناء من الأصل العام، لذلك لابد من إجازة المشرع بمقتضى نص قانوني حتى يتم اللجوء إليه.

ولعل القانون الذي يجيز التحكيم هو وحده الذي يمثل الأساس القانوني للتحكيم، وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على الالتجاء إلى التحكيم إلا شرط استلزمه القانون لجواز عرض النزاع المتفق على التحكيم فيه على المحكمين بدلا من محاكم الدولة. [1]

ومع سيطرة الاتجاه إلى العولمة وزيادة حجم التعاملات الاقتصادية بين مختلف دول العالم اتجهت معظم التشريعات إلى إجازة التحكيم وتنظيمه بالطرق التي تراها محققة لمصالحها كما فعل المشرع.

الفرع الثاني: مزايا نظام التحكيم وعيوبه.

التحكيم كأي نظام من الأنظمة له ميزات ومحاسن قد تدفع الأشخاص إلى اللجوء إليه واختياره كوسيلة لحل نزاعاتهم، وفي المقابل هناك عيوب أو سلبيات تحيط به تجعله غير مرغوب فيه أو مستبعد لدى البعض.

أولا: محاسن أو مميزات نظام التحكيم.

يتميز التحكيم في الصفقات العمومية كغيره من فروع التحكيم بعدة ميزات نذكر منها:

1)- سرية الفصل في المنازعة:

يتميز التحكيم في الصفقات العمومية شأنه شأن فروع التحكيم الأخرى بالسرية، حيث أصبحت مطلب المتعاقدين لحل الخلافات الناشئة بينهم، فهذه السرية لا توفرها لهم المحاكم الوطنية (القضاء الإداري) في مختلف الدول كون أن إجراءات القضاء تتصف بالعلانية وهو أمر لا يفضله أطراف النزاع، على خلاف جلسات المحاكم التحكيمية تتم بسرية تامة بحيث لا يحضر جلساتها إلاّ الأطراف ومحاميهم، وقد يقتصر أحيانا الحضور على المحامين فقط لتمثيل الخصوم، ولا يسمح لأي طرف أجنبي خارج أطراف الخصومة بالحضور، إلاّ إذا اتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك، وحتى استعانة هيئة التحكيم بكاتب للجلسة يكون بناءا على موافقة أو اتفاق الأطراف.

1: د/ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 165.

هذه السرية تضمن للأطراف الحفاظ على أسرارهم المهنية وكل ما يتعلق بمعلوماتهم الخاصة بنشاطاتهم والتي قد تشمل أموال ضخمة قد يؤدي الكشف عنها إلى اضطلاع منافسي هذا الطرف على وضعه المالي والاقتصادي مما قد يلحق به أضرارا قد تفوق جسامتها خسارته للدعوى.

2)- سرعة الفصل في النزاع:

إجراءات التحكيم بسيطة، حيث يحدد أطراف النزاع تلك الإجراءات، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار قرار التحكيم. [1]

و تبقى السرعة في حل المنازعات الخاصة بالصفقات العمومية هي مطلب كل أطراف العلاقة التعاقدية و هي ميزة لا نجدها أمام القضاء و خاصة في الدول التي تكون لديها الكثير من المنازعات، و ذلك ببطء الفصل في النزاع و تعدد درجات التقاضي و كذا التأجيلات ما لا يتفق مع مصلحة الأطراف في الكثير من الأحيان، على خلاف نظام التحكيم الذي يفصل في النزاع في وقت قصير إضافة إلى مرونة إجراءاته، ما يجعل الأطراف يلجئون إليه للفصل في منازعاتهم و في مدة قصيرة ليتفرغوا لتجارتهم أو أعمالهم بدلا من إضاعة الوقت أمام القضاء لمدة قد تصل في بعض الأحيان إلى عدة سنوات، هذا و قد يطول نظام التقاضي داخل الدولة بشكل لا تحتمله طبيعة التجارة و التي تحسب حسابا لثمن الساعة، و ربما استخدمت إشكالات التنفيذ كوسيلة لتعطيل تنفيذ أحكام القضاء[2]، و على العكس من ذلك فإن نظام التحكيم يمر عادة بدرجة واحدة من هذه الدرجات، هي العرض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

1: د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2007، ص 21.

2: د/ محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 20.

3)- اختيار أطراف النزاع لمحكميه:

تمكين أطراف النزاع من اختيار من يصدرون حكما فيه ميزة ينفرد بها التحكيم يفتقدونها في حالة اللجوء إلى القضاء حيث لا يملك الخصم اختيار قاضيه.

ويحقق تمكين أطراف النزاع من اختيار هيئة التحكيم ميزة هامة تتمثل في ثقتهم في هؤلاء المحكمين الذين وقع عليهم الاختيار، لاسيما إذا كان النزاع متعلق بمسائل فنية يصعب على القاضي الفصل فيها دون إحالتها إلى خبير في الموضوع محل المنازعة، الأمر الذي يستغرق وقتا قد يطول رغم ما لهذا الوقت من أهمية بالنسبة لأطراف النزاع، ناهيك عن إجهادهم ماليا الأمر الذي يغنيهم عن ذلك في حالة لجوئهم للتحكيم للفصل في نزاعهم.

4)- الفصل في النزاع من طرف محكمين مختصين.

يكون الفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية لاسيما تلك التي يتعدد الأطراف المتدخلون في تنفيذها من طرف مختصين ومحكمين ذوي خبرة واختصاص في مجال ذلك النزاع، الأمر الذي يجعل الأطراف يتجنبون اللجوء إلى القضاء لتعيين خبراء في الكثير من المسائل وما يتطلبه من نفقات وضياع الوقت وكثرة الإجراءات، ذلك أن الفصل في النزاع من طرف محكم مؤهل ومختص وله خبرة في ميدان الصفقات وتنفيذها يجنب الأطراف الوقوع في العراقيل والصعوبات المختلفة التي تترتب عن تعيين خبراء وغيرها من الإجراءات في القضاء.

5)- التحكيم يضمن الحرية للأطراف في كل مسائله.

إن نظام التحكيم يضمن للأطراف حرية في تحديد وقت إجراء التحكيم وعدد المحكمين وكيفية اختيارهم واختيار مكان إجراء التحكيم، واللغة المقرر استخدامها في الفصل في النزاع وكذلك القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

لكن بالرغم من كل هذه المزايا لنظام التحكيم في الصفقات العمومية وغيرها من العقود فإنه ثمة عيوب تعرقل أداء مهمته.

ثانيا: عيوب نظام التحكيم.

إن أهم العيوب التي تؤخذ على نظام التحكيم أنه يؤدي إلى حرمان الأطراف المحتكمين (أطراف الاتفاق على التحكيم) من الضمانات التي يحاط بها عمل القاضي، وقلة خبرة هيئة التحكيم المختارة للفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم عن خبرة القاضي وعدم كفاية الرقابة على أعمالها وكثرة نفقات نظام التحكيم. [1]

كما يؤخذ كذلك على نظام التحكيم هو أن قواعده والهيئات التي تفصل فيه التصق وجودها بالدول الرأسمالية (لندن، نيويورك، باريس...)، الأمر الذي يؤثر سلبا على الدول الأخرى وبالأخص الدول النامية وذلك من عدة جوانب:

1)- أن مع عدم توفر الأشخاص المؤهلين كمحكمين أو مستشارين من أبناء الدول النامية، يجعل المحتكمين يتكبدون نفقات إضافية ما بين السفر والإقامة ورسوم وأتعاب المحكمين التي قد تبلغ في مجملها نسبة كبيرة من أصل الدين المطالب به.

2)- قد لا تتوافر للمحتكمين من الدول النامية إمكانية عرض دفاعهم بالصورة الكاملة لعدة عوامل تحول بينهم وبين بلوغ هذه الغاية، مثل عدم إتقان اللغة التي يتم بها التحكيم أو عدم الإلمام بنظام التحكيم وإجراءاته ...إلخ... مما يولد الشعور بفقدان العدالة وممارسة التمييز ضد رعايا وأشخاص الدول النامية.

لذا يجب التقليل من هذه العيوب من خلال تكوين إطارات من الدول النامية بما فيها الجزائر والعمل على إنشاء مراكز التحكيم ذات كفاءة عالية وإمكانيات ملائمة، إن لم تكن على المستوى الداخلي، فعلى الأقل في إطار من التكتل على المستوى العربي.

1: د/ محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 28-29.

هذا ما أكده المشاركون بمناسبة في الندوة الدولية حول القضاء والتحكيم في التوصيات التالية:

-ضرورة الاهتمام بمؤسسات التكوين العالي المتخصص في قضايا التحكيم.

-ضرورة توفير مناخ لمنظومة التحكيم لتشريعات خاصة بالتجارة الخارجية في المنظمة المغاربية وفق المعايير الدولية ومراعاة المصالح الوطنية.

-ضرورة تدريس التحكيم في الجامعات والتكوين المستمر للسادة القضاة والمحاميين.

-اقتراح إنشاء مركز جهوي خاص بالتحكيم والسعي لإنشاء مركز دراسات مغاربي مقره بتلمسان.

-توحيد وتكثيف برامج التكوين المستمر في إصلاح العدالة في الجزائر عن طريق ملتقيات مشتركة.

-ضرورة التكوين في الصياغة الفنية لعقود التجارة الدولية والتمكن من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة والتحكيم وتأمين العقود من الثغرات.

-ضرورة الاهتمام باستراتجيات إدارة المنازعات التحكيمية وعوائق التجارة الدولية في المنطقة المغاربية من باب الاستشراف.

-ضرورة اهتمام الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين الجزائريين بتنظيم دورات تكوينية مستمرة للمحامين في قضايا التحكيم وتبادل الخبرات مع المنظمات العربية والعالمية.

-ضرورة دعم المعهد المغاربي للتحكيم والتجارة الدولية بإشراك كل الفاعلين في المغرب العربي في إنجاح مهامهم.

-ضرورة مشاركة المؤسسات الاقتصادية الكبرى في تمويل التكوين في مجال التحكيم.[1]

1: الندوة الدولية حول موضوع القضاء والتحكيم، بمساهمة رئيس الاتحاد المغاربي للتحكيم التجاري، العميد عبد الوهاب الباهي، عضو التحكيم بواشنطن ورئيس الاتحاد المغاربي للتحكيم والتجارة الدولية ونقابة محامين ناحية تلمسان، يوم 2015/6/15

لنستنتج بذلك أن نظام التحكيم في المنازعات يبقى هو الرائد والمفضل من طرف المتعاملين في التجارة والعلاقات الاقتصادية الدولية ويبقى والأفضل في حل منازعات الصفقات العمومية كطريق بديل عن اللجوء إلى القضاء إذ ما تم التقليل من العيوب السابق ذكرها وتطبيق هذه التوصيات لتشمل جميع فروع التحكيم بما فيها الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: تقسيمات وأنواع التحكيم.

لا يتخذ التحكيم بصفة عامة صورة واحدة، ولكن يتخذ عدة صور. [1]

أولا: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

أ- التحكيم بالقانون:

وهو الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بالفصل في النزاع بتطبيق قانون معين على النزاع المعروض عليهم، وهذا القانون قد يكون هو القانون المتفق عليه بين الأطراف، وقد يكون هو القانون الذي تخضع له العلاقة موضوع النزاع [2]، وقد يكون هو القانون الذي يراه المحكمون أكثر ملائمة يحكم النزاع المعروض.

ب- التحكيم بالصلح:

هو الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي وإنما يلجأ لقواعد العدالة التي تحقق توازن المصالح بين الطرفين، والتحكيم بالصلح يؤدي إلى صدور حكم حقيقي يقبل التنفيذ الجبري ويختلف عن التوفيق بين طرفي التحكيم عن طريق اقتراحات تحوز رضا المتنازعين فيتعلق الأمر باتفاق يقره الطرفان ويثبته المحكومون، ولا يحق للأطراف الطعن

1: د/ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، ص 44.

2: د/ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 166.

في حكم المحكمين في حالة التحكيم بالصلح، إلا في حالة مخالفته لقاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام.

ثانيا التحكيم الوطني والتحكيم الدولي:

أ- التحكيم الوطني:

وهو الذي يخضع لتنظيم قانوني مختلف عن التحكيم الدولي مصدره قواعد موضوعية وإجرائية داخلية يضطلع بوضعها المشرع الوطني في كل دولة.

ب- التحكيم الدولي:

هو الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ويحق للدولة ولسائر الأشخاص العامين اللجوء إلى التحكيم الدولي.

ثالثا: التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر.

أ- التحكيم المؤسسي:

هو ذلك الذي يعهد به أطرافه إلى مركز تحكيمي كمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، أو محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي وغيرها، فهذه المؤسسات هي التي تتولى إدارة عملية التحكيم وتنظيمها، منذ تقديم طلب التحكيم من أحد الأطراف إلى غاية الوصول إلى إصدار الحكم الفاصل في النزاع من خلال أجهزتها الإدارية ولائحة تنظيمها واختيار محكمين من ضمن لائحتها.

ب- التحكيم الحر:

هو ذلك الذي يتولى أطرافه تنظيمه بأنفسهم دون الاستعانة بخدمات أي مركز تحكيم دائم، ذلك على أساس التحكيم الحر يكمن في إرادة الأطراف التي تتجسد من خلالها تعيين المحكمين والإجراءات والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ومكانه ولغته .... إلخ.

ويتميز التحكيم المؤسسي عن التحكيم الحر من عدة جوانب:

1)- أن التحكيم المؤسسي هو الوسيلة الأكفأ في إدارة عملية التحكيم، وخاصة عندما يكون التحكيم في منازعات ذات قيمة كبيرة، وصفقات متداخلة تشتمل على أكثر من نوع واحد كأن تشمل صفقة أشغال على صفقة دراسات فضلا عن صفقة توريد أيضا.

2)- إن ما يميز هذه المراكز أنها تضم في قوائمها أشخاصا متخصصين وذوي كفاءات عالية كالمحاميين أو أساتذة جامعات أو تقنيين أو مهندسين استشاريين في الهيئات الاستشارية الدولية .... الخ... هذا التخصص يجعل الفصل في نزاع الصفقات أكثر مصداقية، خاصة وأن هذه المنازعات تتميز بطابع خصوصي خلافا لبقية المنازعات كون أحد أطرافها شخص من الأشخاص المعنوية العامة.

3)- أن هذه المراكز التحكيمية لها لوائح للتحكيم تتضمن إجراءات سير خصومة التحكيم بحيث تكون مضبوطة ومنظمة على أساس أن وضعها في بداية الأمر يكون من طرف خبراء مختصين في هذا المجال، كما أن هذه الإجراءات تكون معلومة للأطراف مسبقا إذ يمكن لهم حتى قبل نشوء النزاع وعند الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم دراسة هذه الإجراءات.

4)- لهذه المراكز دور في نشر ثقافة التحكيم وتوسيع فهم لوائحها عن طريق المؤتمرات أو الندوات وإصدار دوريات وإقامة دورات تكوينية للعاملين في هذا المجال من محامين ورجال قانون ومهندسين ومستشارين.

5)- أن مراكز التحكيم المؤسسي توفر للمحتكمين خدمات مميزة لا تتوفر في التحكيم الحر من ذلك، وجود إدارة لتسيير الملف وحفظه وطباعة وترجمة أية وثيقة وتوفير أي قانون يطلبه الأطراف أو هيئة التحكيم من سكرتارية المركز، إضافة إلى أن الأحكام الصادرة عن هذه المراكز تنشر في كثير من الأحيان ملخصات عنها في دوريات أو على مواقع الانترنيت وهو ما يمكن الغير من الاطلاع عليها ومنه أخذ فكرة على المبادئ التي قررتها مع معرفة السوابق التحكيمية التي يتبين من خلالها مدى نزاهة أو تخصص المحكمين.

ورغم كل هذه المميزات التي تجعل من هذه المراكز الوجهة المفضلة لبعض المتخاصمين في عرض نزاعاتهم عليها، إلا أن ثمة سلبيات تجعل البعض الآخر يفضلون اللجوء إلى التحكيم الحر بدلا عن التحكيم المؤسسي وتتمثل في:

- أن التحكيم في هذه المراكز يتطلب مبالغ مالية باهظة نظير إدارتها لعملية التحكيم، خلافا للتحكيم الحر الذي يقتصر فيه الطرفين على الاتفاق على تعيين محكم واحد ومكان إجراء التحكيم، ومن ثم فإن أتعاب المحكم تكون أقل بكثير من أتعاب المحكمين في مراكز التحكيم.
- أيضا ما يؤخذ على ذلك أن التحكيم في هذه المراكز يستغرق مدة طويلة نظرا للبطء في الفصل في النزاعات بسبب كثرة الملفات المعروضة وهذا ما لا يرغب فيه الأطراف على خلاف التحكيم الحر الذي يفصل فيه المحكم سواء كان فردا أو هيئة في المدة المتفق عليها ودون تعقيدات، إضافة إلى أن التحكيم الحر يتسم بالمرونة فيما يخص إجراءاته بحيث يمكن للأطراف الاستغناء عن أي إجراء في أي مرحلة كانت عليها الخصومة، وهذا ما لا يجدونه في التحكيم المؤسسي الذي لا يتسم بالمرونة في إجراءاته بحيث لا يمكن للأطراف اللجوء إلى تعديلها.
- أن أغلب مراكز التحكيم المسيطرة على القضايا التحكيمية في العالم متواجدة في الدول الرأسمالية (لندن، نيويورك، باريس) ومما لا شك فيه أن إنشائها ووضع لوائحها من شأنه أن يخدم مصالح هذه الدول.
- أن في التحكيم المؤسسي يفرض على المحتكمين اختيار أو تعيين محكمين من ضمن القوائم المعتمدة لديها بخلاف التحكيم الحر الذي يقوم فيه الأطراف باختيار محكميهم ووضع ما يرونه مناسبا من قواعد وإجراءات وقوانين واجبة التطبيق.

المطلب الثاني: مدى مشروعية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

اتخذت الجزائر غداة الاستقلال موقفا سياسيا وإيديولوجيا معارضا للتحكيم بصفة عامة، جاعلة الأولوية للقانون والقضاء الوطنيين على حساب قضاء التحكيم، ويتجلى ذلك في المبدأ العام الذي أرسته المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري لعام 1966[1] والذي يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم.

غير أن هذا الموقف بدأ ينفرج تدريجيا بسبب تطور الأحداث السياسية والاقتصادية والاجتماعية بالداخل والمعطيات الدولية الجديدة بالخارج، ولتبيان موقف المشرع الجزائري إزاء التحكيم في الصفقات العمومية سنحاول إبراز ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: عدم جواز لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم.

كانت المادة 422 من قانون الإجراءات المدنية لعام 1966 (الملغاة) تنص صراحة في فقرتها الثالثة على ما يلي: "لا يجوز للدولة والأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم."

إذ أن المشرع الجزائري رفض صراحة تطبيق التحكيم في المنازعات الإدارية وكذا منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية متبنيا ذات القاعدة التي أقرها المشرع الفرنسي بموجب المادتين 83 و1004 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي القديم والتي تحظر التحكيم في العقود الإدارية [2]، باعتبار أن القضاء الإداري هو الجهة القضائية الطبيعية للبث في منازعات العقود الإدارية وبالتالي فمنح الاختصاص إلى أشخاص لا ينتمون إلى قضاة الإدارة هو اعتداء جسيم على اختصاص القضاء الإداري.

1: الأمر رقم 66-154المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الصادر بالجريدة الرسمية رقم47 لسنة 1966.

2: د/ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 213.

وقد أخذ المشرع بهذا المبدأ في أول قانون ينظم الصفقات العمومية والذي صدر بموجب الأمر 90/67 وهذا ما يدل على تمسك المشرع بموقفه المعارض إزاء التحكيم وضرورة إخضاع المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها وكذا المؤسسات العمومية التابعة للدولة للقانون والقضاء الوطنيين استنادا إلى المادة 3/422 من قانون الإجراءات المدنية.

وبالرغم من التعديلات اللاحقة لقانون الصفقات العمومية إلا أن المشرع ظل على موقفه المعارض للجوء الأشخاص العامة للتحكيم، بحيث يبقى الاختصاص للقانون والقضاء الجزائريين.

وحتى مع صدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية لسنة 1988[1] والمتعلق باستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية والذي أدخل أحكاما جديدة على هذه المؤسسات كإخضاعها للقانون التجاري وإعطائها الاستقلالية المالية والإدارية وكذا حق التقاضي، إلا أنه ظل محظورا عليها اللجوء إلى التحكيم.

الفرع الثاني: جوازية اللجوء إلى التحكيم.

على الرغم من سلسلة التعديلات التي عرفها قانون الصفقات العمومية، إلا أنه بقي العمل بنص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 التي تمنع الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 الصادر سنة 1993.[2]

1: القانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/01/12، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الصادر بالجريدة الرسمية رقم 02 بتاريخ 1988/01/13.

2: المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993.

أولا: جوازية التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة في ظل المرسوم التشريعي رقم 09/93.

إن المرسوم التشريعي رقم 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والذي جاء بأحكام تتعلق بالتحكيم يعتبر بمثابة شهادة ميلاد لنظام التحكيم في الجزائر والذي ألغى المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية، حيث نصت المادة الأولى منه في الفقرة الثانية على ما يلي:

"ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

هذا النص جاء متماشيا مع موقف المشرع الفرنسي الذي أخذ المعيار الاقتصادي في بيانه لدولية التحكيم بنص المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل لسنة 1981 والتي جاء فيها:

« Est International l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce internationale » [1]

والتي تعني:" يعد تحكيما دوليا التحكيم الذي يخص مصالح التجارة الدولية."

كما تنص المادة 458 مكرر على أنه يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

إن الميزة التي جاء بها هذا المرسوم التشريعي هي فتحه المجال أمام الأشخاص المعنوية العامة لإمكانية اللجوء إلى التحكيم عندما يتعلق النزاع بعلاقة تجارة دولية، أي بمفهوم المخالفة أن التحكيم فيما يحص العلاقات التجارية وغيرها من العلاقات غير الدولية يبقى الحظر ساريا على الأشخاص المعنوية العامة فيما يخص خضوع نزاعاتهم للتحكيم

1 :houleux Dominique, Foyer jacques pro delle Gérard de creouffre , droit international privé, Paris 1981, p 488 et 55.

،وعلى ذلك فإن الصفقات التي لا يكون أحدى عناصرها عنصرا أجنبيا، لا يجوز فيها التحكيم بل تعرض على القضاء الإداري طبقا لنص المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية[1] تطبيقا في ذلك للإحالة الواردة بنص المادة 99 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91[2] الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و التي جاء فيها: "تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل."

ولقد حدد المشرع في بيانه لطبيعة المنازعات القائمة والتي يمكن التحكيم فيها بمعيارين معيار قانوني ومعيار اقتصادي.

فالمعيار القانوني للعقد الدولي يقوم على العنصر الأجنبي، إذ يجمع العقد بين أطراف ذوي جنسيات مختلفة مما يجعل المعيار القانوني أكثر ملائمة وانتشارا في العقود التجارية الدولية من غيره.

والمعيار القانوني يتمثل في القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء على الإجراءات أو على الموضوع، خاصة إذا كانت قواعد قانونية أعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية [3] ويعد القانون الواجب التطبيق على النزاع أو إجراءات التحكيم والمختار من قبل الخصوم أو المؤسسة التحكيمية، أو على اعتباره قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم أحد العوامل الرئيسية في ترجيح دولية التحكيم.

أما بالنسبة للمعيار الاقتصادي فانه لا يأخذ بعين الاعتبار لا مكان التحكيم ولا القانون الواجب التطبيق، و إنما يركز على طبيعة المنازعة في حد ذاتها فمتى تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية كان دوليا، أما إذا لم يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية فإنه في هذه الحالة

1: الأمر 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل المتمم، جريدة رسمية عدد 47 لسنة 1966.

2: المرسوم التنفيذي رقم434/91 المؤرخ في 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 1991.

3: عبد القادر نريمان، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996، ص 49.

يكون داخليا الحظر ساريا فيها على الأشخاص المعنوية العامة فيما يخص خضوع نزاعاتهم للتحكيم، وعلى ذلك فإن النزاعات ذات الطابع الداخلي أو المحلي أي الصفقات التي لا يكون أحد عناصرها عنصرا أجنبيا لا يجوز فيها التحكيم، بل تعرض على القضاء الإداري طبقا لنص المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم.

تطبيقا في ذلك للإحالة الواردة بنص المادة 99 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91[1] الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها: "تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل."

و عليه فإن اعتبار المنازعة المطروحة على التحكيم من منازعات التجارة الدولية هو مؤشر قوي و حاسم في تحديد دولية التحكيم، و منازعات التجارة الدولية هي تلك المنازعات ذات الطابع القانوني و المتعلقة بمعاملة تجارية تتم على الصعيد الدولي سواء بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من جنسيات مختلفة أو بين الأشخاص العامة كالدولة أو إحدى مؤسساتها العامة أو هيئاتها من جهة و بين أشخاص خاصة أجنبية طبيعية كانت أو معنوية، و من أمثلة هذه المنازعات نذكر المنازعات التي تتم بين الدول و شركات البترول أو بين الدول و شركات خاصة بنقل التكنولوجيا ذات الطابع التجاري، و كذلك المنازعات المتعلقة بعقود التوريدات البترولية والقروض الدولية و مقاولات بناء المصانع و الموانئ في بلاد أخرى، و كذلك البيوع الدولية للمنقولات الدولية و ما يرتبط بها من عمليات أو عقود تتصل بالنشاط التجاري.

ما يمكن أن نستنتج مما سبق أن القانون الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 09/93 السابق الإشارة إليه أنه أجاز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية عندما يكون التحكيم دوليا ويكون كذلك عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية وأن يكون أحد أطراف العلاقة مقيما أوله

1: المرسوم التنفيذي رقم434/91 المؤرخ في 1991/11/09، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 1991.

موطن خارج الجزائر على الأقل طبقا لما تنص عليه المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية.

أما في حالة عدم توفر هاتين الحالتين معا فإنه لا يعد تحكيما دوليا، وبالتالي يكون غير جائزا للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاتها.

ثانيا: جوازية التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

لقد فتح القانون للأشخاص المعنوية العامة المجال من أجل اللجوء إلى التحكيم في منازعاتهم مع أشخاص آخرين طبيعيين أو معنويين من جنسية جزائرية أو أجنبية مقيمين في الجزائر أو خارجها، ويتجلى ذلك من خلال التفصيل الآتي بيانه:

1. بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والاقتصادي.

إن ما يصدق على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يصدق على المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي إذ نص المشرع صراحة على خضوع عقود هذه المؤسسات لقانون الصفقات العمومية لكنه اشترط في كليهما أن تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة وفقا لما جاء في المادة الثامنة من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم. [1]

لكن وبرجوعنا إلى المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام [2] نجده قد نص صراحة في المادة 09 منه على أنه: "لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب، ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها على

1: المرسوم الرئاسي 236/10، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

2: المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجريدة الرسمية رقم 50.

أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين، وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية؟

بمعنى أن القانون الجديد أخرج المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي من خضوعها لقانون الصفقات خلافا لما جاء به قانون 236/10.

وبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما المادة 1006 منه نجدها وضعت في فقرتها الأولى حكما عاما وهو جوازية التحكيم بالنسبة لجميع الأشخاص في الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها، فإن هذه المؤسسات وانطلاقا من هذا المبدأ يجوز لها التحكيم في كل منازعاتها ذات الطابع المحلي أو الداخلي.

أما فيما يخص منازعاتها ذات الطابع الدولي فإنه لا يمكنها أن تلجأ إلى التحكيم فيها إلا إذا اعتبرت هذه المنازعات تدخل في إطار العلاقات الاقتصادية المشار إليها في المادة 1006 والمادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على اعتبار أن هذه المؤسسات عامة أي أن الدولة هي المساهم الوحيد في رأس مال هذه المؤسسات وكذلك بوصفها مؤسسات أشخاصا معنوية عامة.

وفيما يخص المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية الواردة في نص المادة 06 من المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهي المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، فإن نزاعاتها يمكن اللجوء فيها للتحكيم استنادا إلى نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبرجوعنا إلى المادة الثانية من المرسوم السابق 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية مقارنة مع المادة 06 من المرسوم الجديد 247/15 نجدها شاملة لجميع المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري و الاقتصادي فإن نزاعاتها يمكن اللجوء فيها للتحكيم متى كيفت عقودها بأنها صفقات عمومية على خلاف المرسوم الجديد 247/15 الذي اقتصر

على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري بحيث تطبق عليها أحكام قانون الصفقات بشرط أن تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية لمادة 6 فقرة أخيرة وشرط أن تزاول هذه المؤسسات نشاطا يكون خاضعا للمنافسة وفقا لما جاء في نص المادة 07 فقرة الثانية :"لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود التالية..... المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة 06 أعلاه، عندما تزاول هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة....

2. مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية.

وفقا لنص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي السابق 236/10 فإن مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات ذات الطابع التقني تخضع لقانون الصفقات العمومية شريطة أن تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة وبالتالي فإن عقودها وما يترتب عليها من منازعات يمكن اللجوء فيها إلى التحكيم كبقية المؤسسات العمومية الأخرى ذات الطابع الصناعي والتجاري والاقتصادي.

لكن مع صدور المرسوم التشريعي الجديد 247/15 فإن العقود الخاضعة لقانون الصفقات هي العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري.

وبالتالي ما يصدق على المؤسسات العمومية الاقتصادية يصدق على مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني والتقني بحيث أن عقودها لا تطبق عليها أحكام قانون الصفقات وبالتالي فلا يجوز فيها التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية وفقا لما جاء في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3. بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ذات الصبغة الإدارية.

بداية وبمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فإنه يجب التفريق بين هذه الأشخاص بشأن طبيعة المنازعات التي تنشأ بينها وبين باقي الأشخاص سواء كانوا جزائريين أو أجانب أشخاصا معنوية كانت أم طبيعية.

فبالنسبة للمنازعات العامة أي التي تتعلق بالصفقات العمومية فإنه يجب مراعاة ما إذا كانت المنازعة ناشئة عن علاقة داخلية أو ذات طابع دولي أي تتضمن عنصرا أجنبيا:

- فإذا كانت المنازعة ذات طبيعة داخلية من حيث كل عناصرها فإن هذا النزاع يختص بالنظر فيه القضاء الإداري ولا يجوز التحكيم فيه على الإطلاق استنادا إلى نص المادتين 975 و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ نجد نص المادة 975 تنص صراحة على أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تلجأ إلى التحكيم إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".
- أما إذا كانت المنازعة ذات طبيعة دولية أي تحتوي على عنصر أجنبي سواء كان النزاع ماليا أو تجاريا أو اقتصاديا فإنه في هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: جوازية التحكيم تطبيقا لاتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر.

إن التحكيم في هذه المنازعات يكون ناشئ عن نص اتفاقي صادقت عليه الدولة وليس عن إرادة الأشخاص أطراف العلاقة التعاقدية كما يعبر عنه البعض في التطور الذي عرفه التحكيم الدولي بالتحكيم الإلزامي، هذا الأخير تحكيم بدون عقد يستند فيه الاختصاص إلى الاتفاقيات الدولية بين الدول لحماية و تشجيع الاستثمارات و التي تحيل كلها للتحكيم وهناك فرق بين العقود التحكيمية التي تحيل النزاعات إلى التحكيم في الحالات العادية المختلفة تطبيقا لسلطات إرادة الأطراف و بين إحالة الاتفاقيات الدولية المنعقدة بين الدول للخلافات على التحكيم، فالدولة حين تبرم اتفاقيات لحماية الاستثمار وتشجيعه مع دولة أخرى وتحيل

إلى التحكيم، تلتزم بأن تتضمن عقود الاستثمار التي تبرمها بندا تحكيميا، فإذا تغاضت الدول عن ذلك تكون الدولة قد أخلت بالتزام دولي تتحمل مسؤوليته طبقا لقواعد المسؤولية الدولية وعندها لا يمكن الحديث عن التحكيم لحل النزاع. (1)

هذه الاتفاقيات التي تتضمن بنودا تتعلق بالتحكيم في مجملها تتعلق بالاتفاقيات الخاصة بالاستثمار، وهي العقود التي تبرم بين الدول ورعايا الدول الأخرى الراغبين في الاستثمار في تلك الدولة، ومن ثم فإن الدولة المستقبلة لهذا الاستثمار وفقا لهذه الاتفاقيات عليها أن تقدم هذه الضمانة حتى تتمكن من جلب الاستثمار الأجنبي إليها.

على هذا الأساس وتنفيذا والتزاما من الدولة الجزائرية بهذه الاتفاقيات إن كانت دولية أو إقليمية فإن القانون الجزائري في المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص صراحة على جوازية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم عندما تبرم عقودا من هذا الشأن مع أجانب وبالتالي يكون اللجوء إلى التحكيم تنفيذا للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وليست تنفيذا لعقود اتفاقية بين الأشخاص العامة والأجانب.

الحالة الثانية: جوازية التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة عندما يتعلق الأمر بعلاقات اقتصادية دولية.

يفهم بالعلاقة الاقتصادية الإطار الذي ينظم كل تعامل بين طرفين أو أكثر يكون الهدف منه تركيز الثروة وإنماء الاقتصاد سواء أخذ شكل الاستثمار من خلال توظيف المال في المشروعات العامة أو بالمشاركة في رأسمال إحدى المشروعات أو في شكل توظيف المهارة والخبرة أو إنجاز الدراسة.(2)

1: عبد الحميد الأحدب، التحكيم الإلزامي، المجلة التونسية للتحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس، العدد 02، 2002، ص 14.

2: رشدي المحمدي، التحكيم والصفقات العمومية، المجلة التونسية للتحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس، العدد 03، سنة 2005، ص 33.

والتحكيم الدولي هو التحكيم الذي يتعلق بمصالح اقتصادية لدولتين على الأقل حسب نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن أن يجري في الجزائر أو خارج الجزائر.

ومن ثم كلما كان العقد يتعلق بمصالح اقتصادية لدولتين سواء كان تجاريا أو اقتصاديا أو ماليا وكان أحد أطرافه شخصا معنويا أجنبيا عد التحكيم تحكيما دوليا وهو جائز طبقا للقانون الجزائري، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي أيضا إذ أن معيار الدولية لا يضع في الحسبان سوى موضوع النزاع بمعنى العملية الاقتصادية ذاتها ومن دون النظر أو التأثر بالعناصر الدولية الأخرى المستمدة من جنسية الأطراف وغيرها من العناصر. [1]

المطلب الثالث: الاتفاق على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

إن أول خطوة في عملية التحكيم هي حصول الاتفاق بشأنه بين أطراف العقد، وذلك من خلال النص عليه عند إبرام العقد الأصلي وقبل نشوء أي نزاع أو خلاف بين المتعاقدين بحيث يهدفان من خلاله إلى عرض نزاعاتهم التي تنشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ هذا العقد على التحكيم وهذا ما يسمى بشرط التحكيم.

كما قد يحصل الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل خلافاتهما عند نشوء النزاع من خلال إبرام اتفاق تحكيم مستقل عن العقد الأصلي بما يسمى بمشارطة التحكيم، وهذا الأسلوب لا تحيد عنه الصفقات العمومية في الجزائر.

والاتفاق على التحكيم كحل لمنازعات الصفقات العمومية سواء كان في شكل شرط أو مشارطة بمجرد الاتفاق عليه يصبح مستقلا عن عقد الصفقة العمومية.

1: بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2010_2011، ص 31.

الفرع الأول: شرط التحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية.

كما سبق ذكره أنه يجوز للأطراف عند إبرام الصفقة العمومية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا بمناسبة تنفيذها، وذلك من خلال تضمينها شرط التحكيم.

وحتى تتجلى لنا ماهية هذا الشرط ومدى التزام الأطراف بالخضوع له سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر فيما يلي:

أولا: تعريف شرط التحكيم.

يعرف شرط التحكيم بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في معاملاتهم التي تدخل في مجال التحكيم بعرض النزاع الذي قد ينشب على التحكيم، وهو ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في أحكامه المتعلقة بالتحكيم الداخلي في المادة 1007 على أن:" شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم."

فشرط التحكيم إذن هو اتفاق سابق يحدد الجهة المكلفة بالنظر في نزاع محتمل بمناسبة تنفيذ عقد، ومتى تم الاتفاق على ذلك لا يجوز للأطراف المتعاقدة اللجوء إلى القضاء، إلا إذا فشل التحكيم وللمدعى عليه أن يدفع بعدم القبول في حالة رفع دعوى قضائية مباشرة دون احترام شرط التحكيم. [1]

أما في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي فقد نصت المادة 1039 من نفس القانون على تعريف التحكيم الدولي على أنه:" يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

1: د/ بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم08/09 مؤرخ في 23 فيفري 2008) طبعة ثانية منشورات بغدادي، طبعة 2009، ص 539.

ثم أضافت المادة 1040 حكمين من حيث الشكل وآخر من حيث الموضوع.

1. **من حيث سريان اتفاقية التحكيم:** فهي تسري على النزاعات القائمة والمستقبلية.
2. **من حيث إبـرام اتفاقية التحكيم:** يجب تحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، والراجح أن المقصود بعبارة "بأية وسيلة اتصال تجيز الإثبات بالكتابة" هو الإمضاء الالكتروني المنصوص عليه في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني.[1]

أما من حيث الموضوع تكون اتفاقية التحكيم صحيحة إذا:

- استجابت للشروط التي يضعها القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره.
- استجابت للشروط التي يضعها القانون المنظم لموضوع النزاع.
- استجابت للشروط التي يضعها القانون الذي يراه المحكم ملائما ولا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

كما يعرف التحكيم كذلك بأنه اتفاق بين طرفين أو أكثر يهدف إلى عرض الفصل في النزاع القائم بينهم إلى محكم أو محكمين يتم تعيينهم بصفة منفصلة أو بصفة جماعية، قد يكون هذا التعيين حرا أو ضمن قائمة محددة من طرف مؤسسة مستقلة عن الأطراف. [2]

ويكون المميز لشرط التحكيم هو ليس وروده في العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، ولكن كون النزاعات التي يشملها شرط التحكيم هي منازعات محتملة وغير محددة فهي لم تنشأ بعد. [3]

1: القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المعدل للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.

2: د/ سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس للنشر، الجزائر، طبعة 2015، ص265.

3: د/محمد السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 232.

وكما سبق بيانه ففي مجال الصفقات العمومية فإن شرط التحكيم قد يكون في شكل بند أو نص من نصوص الصفقة المبرمة والموقع عليها والموافق عليها فيما بعد، أو قد يحرر في وثيقة لاحقة ولكنها تابعة لها وهي جزء من عقد الصفقة بحيث يتم الاتفاق فيها على الفصل في المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا عن طريق التحكيم.

ثانيا: شروط صحة شرط التحكيم.

إذا كان شرط التحكيم ما هو إلا عقد ضمن العقد الأصلي، يرتب على عاتق طرفيه التزامات وحقوق، فقد استوجب المشرع لذا الاتفاق جملة من الشروط الشكلية والموضوعية نتناولها في الآتي:

1)- الشروط الشكلية:

لقد ميز المشرع الجزائري بشأن الشكل الذي يظهر فيه شرط التحكيم بين ما إذا كان التحكيم داخليا وما إذا كان دوليا.

فبالنسبة للتحكيم الداخلي وفقا لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنها جاءت صريحة بقولها:" يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تسند إليها ..."

بمعنى أن الوسيلة الوحيدة التي يظهر بها شرط التحكيم هي أن يكون مكتوبا في عقد الصفقة (بند من بنودها) أو في وثيقة مكتوبة لاحقة أو ملحقة بعقد الصفقة يستند إليها.

وتبقى الكتابة شرط لصحة الشرط التحكيمي وليس لإثباته.

أما في التحكيم الدولي فقد اشترط المشرع بنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية"... يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة..."

بمعنى أية وسيلة للاتصال كالفاكس أو البريد الالكتروني تكون مقبولة في مجال التحكيم الدولي، مع وجوب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم، أما السكوت فقد

يعد مقبولا إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطا فيها، أو إذا تعلق الأمر بتجديد عقد يتضمن شرط التحكيم أو إبرام عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم.[1]

وإلى جانب شرط الكتابة لصحة الشرط التحكيمي استلزم المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تحديدهم وفقا لما جاء في نص المادة 1008 فقرة ثانية.

وإذا اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه وفقا لما نصت عليه المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولم يحد المشرع عن هذه القاعدة في التحكيم الدولي، حيث جعل تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم يخضع أيضا لمبدأ سلطان الإرادة، وإذا خلا شرط التحكيم من تحديد المحكمين أو تعذر ذلك وكان التحكيم يجري في الجزائر فإنه يتعين على الطرف الذي يهمه التعجيل أن يقوم:

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.
- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر وهذا وفقا لما جاءت به المادة 1041.

أما إذ لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم.

يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ بما جاء في نص المادة 1042 من نفس القانون.

1: د/ محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2007، ص 59.

2)- الشروط الموضوعية.

ككافة العقود يلزم لصحة شرط التحكيم في الصفقات العمومية مجموعة من الشروط الموضوعية تتمثل في التراضي بين الأطراف المتعاقدة، مع توافر أهلية أو سلطة إبرام الاتفاق حول محل يتمثل في المنازعة المعروضة للتحكيم بغية تحقيق سبب مشروع وراء هذا الاتفاق.

ونتناول هذه الشروط الموضوعية فيما يلي:

أ- الرضا (التراضي):

لا ينعقد شرط التحكيم إلا بتوافر الرضا لدى كل من الطرفين[1] وهذا بتوافر إيجاب وقبول تتطابق بموجبهما الإرادتان على حسم النزاع الذي سينشأ بينهما عن طريق التحكيم ويجب أن يكون التعبير عن الإرادة صحيحا خاليا من عيوب الرضا، ومن ثم فالرضا المعبر عنه من كلا الطرفين عند التوقيع على الصفقة يشمل أيضا شرط التحكيم المدرج في بنود عقد الصفقة المبرمة والموقعة والموافق عليها.

وقد ينشأ التحكيم عن طريق وجود اتفاقية دولية بين طرفين أو متعددة الأطراف استنادا إلى المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمثلا انضمام الجزائر وتوقيعها سنة 1995 على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 18 مارس 1965[2] يجعلها ملزمة بجميع أحكامها بمجرد انضمامها إلى هذه الاتفاقية وتصديقها عليها. فتكون قد قبلت ضمنيا الاختصاص التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي وهذا ما يسمى بالتحكيم الإلزامي.

1: د/ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، المرجع السابق ص 271.

2: أبرمت هذه الاتفاقية في واشنطن الأمريكية بتاريخ 1965/03/18 وقد صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأخرى الصادر بالجريدة الرسمية رقم 07 لسنة 1995.

وما يجب ملاحظته في هذا الشأن أن مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية يجعل من لجوء أحد أطرافها إلى التحكيم هو تنفيذا لنص الاتفاقية وليس بناءا على اتفاق أطراف النزاع.

ب- المحل في اتفاق التحكيم:

محل اتفاق التحكيم هو موضوع المنازعات التي اتفق الأطراف على عرضها أو حسمها عن طريق التحكيم ويجب تحديد محل هذا الاتفاق حتى يمكن مراقبة مشروعيته ويجب في كل الأحوال أن يكون موضوع النزاع من الأمور أو المسائل التي يحوز فيها التحكيم.

ووفقا لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المشرع الجزائري لا يتطلب في محل التحكيم سوى عدم مخالفته للنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم فكل ما يتعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم، وان كانت فكرة النظام العام تختلف من دولة لدولة أخرى ومن زمن لآخر وما يجب الإشارة إليه أن فكرة النظام العام تختلف في مفهومها الداخلي عن مفهومها الدولي، ذلك أن النظام العام الداخلي يرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية لمجتمع معين ودولة معينة، أما النظام العام الدولي فهو يتعلق بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية للمجتمع الدولي. [1]

ومن أمثلة المواضيع التي تتعلق بالنظام العام الدولي والتي لا يجوز فيها التحكيم الاتفاقات الخاصة بيع الأسلحة دون موافقة الدولة المعنية، أو الاتفاقات الخاصة بتهريب المواد المخدرة....

1: أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1998، ص 44.

كما لا يجوز التحكيم في المنازعات المتعلقة بأهلية الأشخاص كبطلان الزواج أو إثبات النسب..... [1] والمنازعات الخاصة بحقوق الإرث، وهو ما ذهب إليه كذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على أنه:" لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم في مسائل الحالة المدنية وأهلية الأشخاص وما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسدي.." وبوجه عام في كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام.[2]

وبموجب نص المادة 1006 فقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة مهما كانت طبيعتها أن تلجأ إلى التحكيم في علاقاتها وتصرفاتها المختلفة ما عدا في حالتين هما علاقاتها الاقتصادية الدولية وفي إطار الصفقات العمومية كما جاء في صريح المادة بمعنى أن أي تصرف خارج هاتين الحالتين لا يمكن أن يكون محل للتحكيم.

ج- شرط الأهلية:

من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح لنا أن المشرع قد أبقى على شرط أهلية التصرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم وليس مجرد أهلية التقاضي فيكون المشرع بذلك لا يزال يعتبر التحكيم طريقا بديلا للتقاضي شأنه في ذلك شأن العديد من الدول (المغرب، تونس، لبنان، فرنسا) بحيث أنه بإمكان الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري اللجوء إلى التحكيم في العقود التي خصها المشرع بوصف الصفقات العمومية، أما خارج مجال الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام يتوقف على كون الدولة طرفا في الاتفاقيات الدولية التي تفرض اللجوء إلى التحكيم[3]، وفي إطار العلاقات الاقتصادية الدولية :

1: محمود مختار احمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 54.

2: محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 372.

3: Mohand issad, la nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international. Revu de l'arbitrage 2008, n°3, p 420.

ثالثا: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية:

إن الاتفاق على التحكيم وكيفية إدراجه كشرط في الصفقات له وضع خاص يميزه عن غيره من العقود ذلك أنه وباعتبار الصفقات العمومية عقود إدارية ترتكز أساسا على المال العام استلزم الوضع وجوب تدخل المشرع بوضع قواعد وإجراءات خاصة ابتداءا من مرحلة الإبرام إلى غاية المصادقة عليها من جانب الهيئة المختصة.

وتعرف المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 [1] الصفقات العمومية بأنها 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.

أما عن كيفية إبرام الصفقات العمومية في الجزائر فهي تتم وفق إجراءين وفقا لنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهي إجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي.

1. إجراء طلب العروض: (أسلوب المناقصة بما جاءت به المراسيم السابقة).

يعتبر إجراء طلب العروض الأصل أو القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية وتعرفه المادة 40 من المرسوم الرئاسي الجديد 247/15.

"طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات المتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء"

ويتخذ إجراء طلب العروض عدة أشكال تتمثل في: طلب العروض المفتوح– طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا / طلب العروض المحدود – المسابقة.

1: المرسوم الرئاسي 15–247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتضمن قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجريدة الرسمية رقم 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

وتمر الصفقات العمومية التي تبرم وفق هذا الإجراء (طلب العروض) بعدة مراحل تبدأ من الإعلان عن طلب العروض، ثم مرحلة إيداع العروض تليها مرحلة فحص العروض وبعد ذلك مرحلة إرساء الصفقة على أحد العارضين لتأتي المرحلة الأخيرة وهي مرحلة المصادقة على الصفقة وإتمام الإجراءات الشكلية لإبرامها وهي المرحلة التي يدرج فيها شرط التحكيم.

وهذه المرحلة هي مرحلة قانونية جد هامة حيث يتم فيها الاطلاع على إرادة الطرفين والتي تتجسد لاحقا في الاتفاق على بنود الصفقة باعتبارها عقدا كبقية العقود تتضمن جملة من المواد تتعلق بكل جوانب الصفقة المالية والتقنية، والتعاقدية وغيرها.

ومن ضمن هذه المواد أو البنود المادة التي تتعلق بتسوية الخلافات التي تنشأ بين الطرفين [1] وهنا قد يتفق الطرفان على حل خلافاتهم المستقبلية باللجوء إلى التحكيم، وذلك من خلال وضع شرط التحكيم.

2. أسلوب التراضي:(Marché de gré à gré)

وفقا لنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي15-247 أن إبرام الصفقات العمومية يتم وفق إجراء طلب العروض (المناقصة) الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي الذي يعد استثناء يمكن للإدارة اللجوء إليه، وقد عرفت المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة.....

والأصل أن الإدارة المتعاقدة في حالات التراضي لا تلزم إتباع إجراء معين مثلما هو الحال لطلب العروض (المناقصة) الذي يستدعي فيه المشرع جملة من المراحل والإجراءات الطويلة.

1: Patrick SCHULTZ, les marches publics l.g.d. j. france, 2003, p 100.

وبالتالي يبقى هذا الأسلوب (التراضي) المجال الخصب لإدراج شرط التحكيم.

الفرع الثاني: الاتفاق على التحكيم (مشارطة التحكيم) عند تنفيذ الصفقة العمومية.

القاعدة العامة أن يلتزم كل طرف من طرفي عقد الصفقة بتنفيذ التزاماته بحسن نية وإذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته سيؤدي ذلك إلى نشوب نزاع، فإذا لم يسبق للطرفين إدراج اتفاق التحكيم عند إبرام الصفقة كبند من بنودها فانه يجوز لهما عند تنفيذ الصفقة أن يقوما بإبرام اتفاق تحكيم (مشارطة التحكيم) وذلك بعد محاولة حل الخلاف بينهما بالطرق الودية الأخرى المنصوص عليها قانونا.

أولا: تعريف اتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم).

مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم باعتباره اللفظ الذي استخدمه المشرع [1]، تعني اتفاق أطراف علاقة قانونية على اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع نشأ بينهم بالفعل وفقا لما جاء في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم."

ويجب أن يحدد اتفاق التحكيم باعتباره يأتي بعد نشوء النزاع لكافة المسائل الجوهرية من نقاط الخلاف بين الأطراف وادعاءات الخصوم وطلباتهم.

ويعتبر اتفاق التحكيم عقد جديد يبرم بين المتعاقدين بخلاف العقد الأصلي، وهو ما يدعم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثره بما يلحق العقد الأصلي من عيوب تؤدي إلى بطلانه.

وما يمكن الإشارة إليه أن الغالبية الساحقة من القضايا التحكيمية خاصة الدولية منها تنشأ استنادا إلى شرط تحكيمي سابق للنزاع وعدد قليل منها ينشأ بالاستثناء إلى اتفاق تحكيمي لاحق للنزاع (مشارطة التحكيم).

---

1 :Mohamed issad, op, cit, p 422.

ثانيا: محتوى اتفاق التحكيم.

لقد اشترط المشرع الجزائري جملة من الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم حتى يعتبر صحيحا، وتخلف أحد هذه الشروط يؤدي إلى بطلانه، لاسيما فيما يخص تحديد موضوع النزاع بالإضافة إلى تعيين المحكمين أو كيفية تعيينهم، بما جاء في نص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.

- يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.
- إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة اليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة"

وبموجب هذه المادة نجد المشرع استلزم الكتابة لاتفاق التحكيم حتى يكون صحيحا بحيث يعتبر شرط لصحة اتفاق التحكيم وليست مجرد وسيلة للإثبات، أما على مستوى التحكيم الدولي فلا تعدو الكتابة سواءا بالنسبة لشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم) إلا وسيلة للإثبات طبقا لما جاء في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ يجوز إبرام اتفاق التحكيم شرطا كان أم مشارطة بالكتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى هذا عن الناحية الشكلية.

أما عن الناحية الموضوعية فإن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي استلزم بداية أن يكون موضوع النزاع محددا حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا وينتج عن ذلك أثران هما.

- أن الامتناع عن تحديد موضوع النزاع يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم.
- أنه يتعين على المحكم أو المحكمين التقيد بموضوع النزاع، ويتجلى ذلك فيما يلي:

1. تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم:

يتحدد موضوع النزاع في الاتفاق التحكيمي عبر الموقف الذي يتخذه كل الأطراف لحظة توقيع مشارطة التحكيم، و في هذه الحالة يجب تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى الذي يقدمه المحتكم عند بدء إجراءات التحكيم، و إن كان التحديد النهائي للمسائل المتنازع فيها و التي تتحدد على أساسها ولاية محكمة التحكيم يتم لاحقا على ضوء ما يقدمه الخصوم من طلبات أثناء سير الخصومة، مع مراعاة أن تكون هذه الطلبات في حدود ما نصت عليه مشارطة التحكيم، و يعتبر خارجا على موضوع النزاع كل طلب جديد و مضاف من قبل الأطراف إلى الادعاءات الأساسية أثناء سير الخصومة، و لا يخضع بذلك لصلاحية المحكمة التحكيمية إلا إذا اتفق الأطراف على هذه الإضافة.

2. وجوب تقيد محكمة التحكيم بموضوع النزاع كما هو محدد في اتفاق التحكيم:

يتعين على المحكم الفصل في كل الطلبات المقدمة من الأطراف مثلما هو معبر عنها في اتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم)، ولا يجوز له أن يحكم بأكثر مما هو مطلوب منه.

وينبغي أن يكون موضوع النزاع من المواضيع التي يجوز فيها التحكيم ولا تخالف النظام العام وبالتالي فكل اتفاق (شرط أو مشارطة) يكون مخالفا للنظام العام يعتبر باطلا وكأنه لم يكن.

أما بالنسبة للتحكيم الداخلي، وضمن محتوى اتفاق التحكيم دائما لم يخرج المشرع في القانون الجديد عن الشرط الذي وضعه القانون القديم فيما يخص صحة اتفاق التحكيم والذي يقتضي أن يتضمن تحت طائلة البطلان، اسم أو أسماء المحكمين أو النص على كيفية تعيينهم ويكون بذلك قد ساير منهج المشرع الفرنسي الذي استلزم هو الآخر إلى جانب تحديد موضوع النزاع تضمين اتفاق التحكيم أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

وعلى خلاف ذلك ففي التحكيم الدولي فالمشرع لم يستوجب على الأطراف إتباع قاعدة معينة فيما يتعلق بتعيين المحكم أو موضوع النزاع، ويكتفي بالنص في المادة 1041 من

قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم، غير أنه في حالة عدم تعيين المحكم أو تعذر ذلك فإنه رخص أو أجاز للطرف الذي يهمه الأمر القيام بما يأتي:

1). رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2). أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

و فضلا على ذلك فقد أجاز المشرع للأطراف في حالة رفض المحكم لأداء مهمته طلب استبداله عن طريق رفع الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة، و يكون بهذه القاعدة قد أخذ بمنحنى مغاير لما جاء به قانون التحكيم الداخلي الفرنسي الذي يقتضي ببطلان اتفاق التحكيم (مشارطة) إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، و بالتالي لم يترك المجال لأي تدخل من الجهات القضائية لإنقاذ التحكيم، أما على المستوى الدولي فإن المشرع الفرنسي لم يحدد حالة بطلان اتفاق التحكيم تبعا لرفض المحكم لمهمته، حيث منح للأطراف حرية واسعة في اختيار المحكمين واستبدالهم و عزلهم.

وقد منح المشرع الأطراف في التحكيم الداخلي، شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي إمكانية إبرام اتفاق التحكيم (مشارطة) حتى ولو كان ذلك أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية. [1]

ويستنتج من ذلك أن النزاع المعروض على أي جهة قضائية مهما كانت درجتها يمكن إعادة توجيهه إلى التحكيم باتفاق الأطراف.

1: المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مع الإشارة أنه وفي كل الأحوال ما تم الفصل فيه من نزاع قائم بين الأطراف على مستوى القضاء يبقى محتفظا بقوة الشيء المقضى فيه، ولا يتابع التحكيم إلاّ بشأن المسائل المتبقية، إلا إذا عمد الأطراف واتفقوا على عدولهم عن قبول القرارات القضائية والتوجه إلى محاكمة جديدة شاملة عن طريق التحكيم، وهذه القاعدة التي يطرحها قانون التحكيم الداخلي هي مطبقة كذلك في قانون التحكيم الدولي.

الفرع الثالث: استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفقة العمومية.

لقد قرّر المشرع الجزائري في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفقة العمومية وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولا: ماهية استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.

لقد سبق الإشارة إلى أن اللجوء إلى التحكيم قد يكون سواء عن طريق شرط يدرج في العقد الذي يربط طرفي العلاقة التعاقدية التي سينشأ عنها النزاع وهو ما يسمى بشرط التحكيم، أو عن طريق اتفاق مستقل عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية التي أثير بشأنها النزاع المراد حسمه وهو ما يطلق عليه باتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم).

وما يمكن الإشارة إليه أن العقد (الصفقة) إذا تعرضت إلى سبب أدى إلى بطلانها أو فسخها فإنه تزول بكل ما تضمنته، وبالتالي ينتهي شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد إلى التأثير على شرط التحكيم، حيث يظل هذا الأخير صحيحا طالما استكمل شروط صحته الخاصة به. [1]

ولم يتبنى المشرع في القانون الداخلي نظرية استقلالية شرط التحكيم، ما يؤدي بالقول إن منازعة أحد الطرفين بصحة العقد تشمل اختصاص المحكمين ويعود الاختصاص إلى الجهات القضائية للدولة، فإذا قضي بصحة العقد صح معه بالتبعية الشرط التحكيمي أو

1: د/ محمود مختار أحمد البربري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص69.

التحكيم بصفة عامة، أما إذا قضي بغير ذلك فإن القضاء هو المختص بنظر النزاع التعاقدي.

أما في التحكيم الدولي، فقد نصت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأخيرة أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي، فيكون بالتالي القانون الجديد قد سار على خطى القانون القديم الذي لم يتبنى نظرية استقلال شرط التحكيم في التحكيم الداخلي وتبناها في التحكيم بشكل صريح وواضح."

ثانيا: نتائج استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفقة العمومية.

يترتب على استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي (الصفقة العمومية) النتائج التالية:

- إذا أبطلت الصفقة أو تم فسخها لسبب ما كمخالفتها لإجراء جوهري من إجراءات إبرامها أو كان موضوعها مخالفا للنظام العام فإن شرط التحكيم يظل صحيحا، ومن ثم يمكن السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع حول مدى صحتها من قبل المحكم وليس من قبل المحكمة، إذ أن بطلان كل من العقد الأصلي (الصفقة)، أو بطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، وعليه يمكن القول إن هذا المبدأ يؤدي إلى تحقيق فعالية وتدعيم اتفاق التحكيم.
- أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يعطي للمحكم سلطة النظر في اختصاصه بنظر النزاع.
- يجوز للأطراف اختيار قانون معين ليحكم العقد وآخر ليحكم اتفاق التحكيم، إذ أنه ليس بالضرورة أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي هو نفسه القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. [1]

1: د/ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، المرجع السابق، ص260.

المبحث الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

بما أن المشرع قد فتح المجال لطريقة التحكيم كوسيلة لحل النزاعات، فإنه يكون من واجبه أن ينظم هذه الطريقة أو الوسيلة تنظيما يمكن أن يهدف من خلالها أطراف التحكيم إلى الحصول على حق أو استعادته أو حمايته.

إذ أن التحكيم مثله مثل الدعوى القضائية يبدأ بإجراءات تنعقد بها الخصومة التحكيمية حيث تجري الخصومة أمام هيئة التحكيم وفق إجراءات تحكيمية معينة، وذلك قصد صدور الحكم أو القرار التحكيمي المنهي للنزاع وتنفيذه مع العلم أنه يمكن الطعن فيه وفق طرق محددة.

و في حقيقة الأمر أن الطبيعة المميزة للتحكيم عن القضاء تجعل الكثير من المسائل لا تقبل التطبيق بشكل مماثل بين النظامين لاسيما أمام القضاء الإداري، ذلك أنه في مجال التحكيم لا توجد هيئة لها مقر وقضاة ثابتون و كتابة ضبط يلجأ إليها الأطراف مثل المحكمة الإدارية، كما لا توجد مصلحة إدارية مهمتها تسجيل الدعاوى التحكيمية (كتابة الضبط)، حتى و لو وقع الاختيار على مركز تحكيم، و بالتالي فإن الأوضاع المتعلقة بتسجيل الدعوى و وضع لها رقم وتحديد لها أول جلسة و وضع ختم محكمة التحكيم ...إلخ، وفقا لما تستوجبه المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1] لا نجد لها تطبيقا في خصومه التحكيم.

و عليه فإن التحكيم أو الخصومة التحكيمية، تبدأ من خلال قيام أحد الأطراف بتوجيه طلب التحكيم إلى الخصم أو الطرف الثاني عن طريق محضر قضائي لتبليغه بها طبقا لما تنص عليه المادة 18 و 19 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع الإشارة إلى أن المادة 19 في البند 05 تتكلم عن تسليم التكليف بالحضور مرفقا بنسخة من العريضة مؤشرا

1: تنص المادة 16 من ق. إ. م. إ على أنه:" تقيد القضية حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة."

عليها من أمين الضبط والحقيقة أننا نقول هنا تسليم التكليف إلى المبلغ له مرفقا بنسخة من طلب التحكيم و الذي لا يكون مؤشرا عليه من أي جهة كانت كما لا نسميه تكليفا بالحضور للجلسة، إنما هو تبليغ طلب التحكيم للمختصم أو المحتكم و هذا استجابة لنص المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمه التعجيل.

وللأطراف مطلق الحرية حسب نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في تحديد كيفية بدء الإجراءات سواء كان ذلك في شرط أو اتفاق التحكيم، وسواء تم بإرسال طلب التحكيم مباشرة عن طريق رسالة مضمنة الوصول أو عن طريق تبليغها بواسطة محضر قضائي أو عن طريق رسالة الكترونية أو فاكس أو غيرها من وسائل الاتصال التي تثبت بالكتابة.

وعلى ذلك فإنه من تاريخ التبليغ تبدأ إجراءات تشكيل محكمة التحكيم.

المطلب الأول: هيئة التحكيم والإجراءات التحكيمية أمامها.

يعتبر التحكيم تقنية قانونية تسند لهيئة تحكيم (محكم أو عدة محكمين) بهدف إعطاء حل لنزاع معين بين الأطراف بحيث تتمتع هذه الهيئة التحكيمية بسلطة الحكم أي القضاء وليس تفويضا من دولة ولا من سلطة تشريعية، بل تستمد ولايتها من اتفاق الأطراف على التحكيم وهؤلاء الأطراف يتبعون جملة من الأعمال والإجراءات المتوالية والتي ترمي إلى صدور حكم من الهيئة (محكمة التحكيم).

الفرع الأول: محكمة التحكيم.

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع فصل في مسألة هيئة التحكيم (المحكمة) بأن نصّ صرّاحة وفق ما نص عليه القانون الفرنسي بتسميتها محكمة التحكيم سواءا كانت هذه المحكمة مشكلة من محكم فرد أو من عدد من المحكمين، على أنّه يشترط أن يكون عدد

المحكمين وترا، فكيف يتم إذن تشكيل هذه المحكمة، وماذا يجب أن تتوافر في المحكم من مؤهلات وشروط؟

أولا: تشكيل هيئة التحكيم (تعيين المحكمين).

تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي دون أن يضع المشرع حد أقصى للعدد وفقا لنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما اشتراط العدد الفردي حينما تكون التشكيلة جماعية فذلك لأن أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات، ولا يمكن الحصول على الأغلبية دون أن يكون العدد فرديا، ولا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا وقانونيا إلّا بعد القبول الصريح للمحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم (المادة 1015 ق. إ. م. إ). [1]

ووفقا لنص المادة 1017 المذكورة أعلاه فإن إرادة طرفي النزاع لم تكن مفيدة في تحديدها لعدد المحكمين في ضوء ظروف واحتياجات الفصل في النزاع، لأنّ نص المادة أكد ضرورة أن يكون عدد المحكمين وترا في حالة زيادة العدد عن ثلاثة، فيكون النص القانوني قد اختار العدد الوتر في التحكيم الداخلي ترجيحا للطبيعة القضائية للتحكيم وبغية الوصول إلى حسم النزاع، أما بخصوص التحكيم الدولي فقد ترك الأمر لسلطان الإرادة، ولم يضع قيدا على عدد المحكمين. [2]

و قد يحدث أحيانا أن تعترض صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم، ما يؤدي بالتأكيد إلى مشكلات تحول دون تطبيقه، لكن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تصدى لذلك وعالج المشكل قبل ظهوره مهما كانت أسبابه إذا كان التحكيم دوليا و ظهرت صعوبة تعيين المحكمين فإن الطرف الذي يهمه التعجيل أن يقوم برفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، و إذا كان التحكيم يجري

1: د/ سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 268.

2: مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، المرجع السابق، ص 129.

في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فانه للطرف الذي يهمه التعجيل رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر بما جاء في نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية.

وإذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ بما جاء في نص المادة 1042 من القانون نفسه.

ما يمكن ذكره أو ملاحظته أن تشكيل هيئة التحكيم تخضع لإرادة الأطراف، فإذا لم يحصل اتفاق بينهم فإن الاختصاص في هذه الحالة يعود إلى القضاء، و طالما أننا أمام منازعة تتعلق بصفقة عمومية، فالاختصاص فيها يعود إلى القضاء الإداري، و بما أن التحكيم ينصب على صفقة عمومية فإن حل أي إشكال يتعلق بها لاسيما تعيين المحكمين يعود فيه الاختصاص نوعيا إلى المحكمة الإدارية، و لذلك فعلى الخصم الذي يهمه التعجيل أو السير في إجراءات التحكيم أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة الإدارية، و هذا تطبيقا لنص المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و يكون ذلك بناءا على أمر على عريضة يودع لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية.

أما عن الاختصاص المحلي (الإقليمي) فإنه يعود للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الصفقة أو مكان تنفيذها.

و الأمر الصادر عن رئيس المحكمة بتعيين محكم أو محكمين هو في حقيقة الأمر أمر ولائي غير قابل لأي طعن، فإذا تم السماح باستئنافه أمام مجلس الدولة فإن ذلك سيجعل الأمور في إجراءات التحكيم تتعطل و يضيع الوقت على الأطراف، و لذلك فإنه في حالة عدم الاتفاق على تعيين المحكمين أو المحكم و تلقي صعوبة في ذلك فهنا يتم الرجوع إلى القضاء الإداري (المحكمة الإدارية) للقيام بتلك المهمة، و من ثم فمن الطبيعي أن ما يصدر عنها من حكم لا يكون قابلا للطعن و ما على الطرف الذي يعترض على تعيين المحكم إلا إتباع إجراءات رد المحكم بما سنوضحه فيما بعد.

وعلى المستوى الدولي تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بمقتضى اتفاقية واشنطن التي تعالج تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، والتي قد تنشأ بين دولة ورعايا دولة أخرى موقعة على الاتفاقية، وتنظم قواعد المركز وسائل تسوية الخلافات بطريق التوفيق أو التحكيم [1] ويتولى إدارة المركز مجلس إدارة برئاسة رئيس البنك الدولي للتعمير والتنمية وأجهزة أخرى.

وفي مجال التحكيم فإنه طلب التحكيم يتم من أحد الأطراف إلى السكرتارية التي يسمح لها نظام المركز بقبول الطلب أو رفضه إذا أثبت لها أن النزاع ليس من اختصاص المركز كأن تكون الدولة ليست طرفا في الاتفاقية، أمّا إذا تم قبول الطلب بعد تحقق السكرتارية من توافر الشروط التي يتطلبها المركز وانعقد الاختصاص له فإنّه يتم تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد أو محكمين بعدد فردي وفقا لاتفاق الأطراف.

فإذا عجز الأطراف على تشكيل محكمة التحكيم وخلال مدة تسعين يوما التالية لإعلان تسجيل الطلب يتولى رئيس البنك الدولي باعتباره رئيس مجلس إدارة مركز بناءا على طلب أحد الأطراف وبعد التشاور مع الأطراف إذا أمكن تعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم على ألّا يكونوا من جنسية الدولة الطرف في النزاع أو جنسية الدولة التي ينتمي إليها الطرف الثاني.

و قد تكون المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية ذات طابع دولي و تكون الجزائر دولة مضيفة لهذا المستثمر، و حينها إذا تم إبرام الصفقة من طرف إحدى الوزارات بصفتها سلطة عامة ممثلة للدولة، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يقدم طلبا إلى هذا المركز من اجل الفصل في النزاع عن طريق التحكيم حتى و لو لم يحصل اتفاق مسبق على التحكيم، ولكن يكون الأساس في ذلك هو مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية حتى ينعقد الاختصاص لهذا

1: د/ محمود سمير الشرقاوي، منظمة التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، طبعة 1999، ص 118.

المركز بالفصل في النزاع الناشئ عن الصفقة العمومية المبرمة بين الطرفين، و كثيرة هي المشاريع التي تبرم وفق هذا الأسلوب لاسيما صفقات الأشغال العامة و غيرها.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحكم أو المحكمين.

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أو له عناية الفصل في الخصومة القائمة بينهم، وبما أن منازعات الصفقات العمومية تتسم بسمات معينة، فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم الذي يفصل في هذه المنازعات يجب أن تتلاءم مع هذه الصفات حتى يتمكن من أداء مهمته بإصدار حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع.

ويمكن أن يكون المحكم قانونيا، كما يمكن ألا يكون كذلك، فقد يستدعي الحال مثلا في عقد أشغال أن يكون المحكم مهندسا أو خبيرا إذا تضمن النزاع نواحي هندسية حتى تتمكن هيئة التحكيم من الفصل في العناصر الفنية للنزاع، والمحكم باعتباره قاضي في النزاع المطروح أمامه فإنه يتعين عليه أن يكون ملما بنظرية العقد وأصولها وأسسها القانونية وقواعد الإثبات فيها ونظرياته العامة، كما يستطيع أن يستمد اقتناعه من الأدلة المقدمة من الأطراف.

كما أن الفصل في منازعات الصفقات العمومية الدولية يستوجب على المحكم أن يكون ملما باللغات الأخرى حتى يتمكن من الاطلاع على مستندات النزاع إذا كانت بلغة تختلف عن لغته الأم وكذا المذكرات المقدمة من الأطراف والمراجع ذات الأهمية في حسم النزاع، إضافة إلى ذلك أن يكون المحكم ملما بنواحي التجارة الدولية والاقتصادية.

إضافة إلى ذلك وجوب تمتع المحكم بالمؤهلات العامة المتطلبة في سائر المحكمين، بحيث يجب ألا يكون قاصرا أو محجوزا عليه أو محروما في حقوقه المدنية كأن يكون محكوما عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف.

كما يجب ألا يكون المحكم خصما في النزاع المعروض عليه أو سبق له إبداء رأي فيه ومثال ذلك المهندس الذي أشرف على القيام بعمل لصالح مقاول ما، فلا يجوز لهذا

المهندس أنى يكون محكما في الخصومة بين المقاول الذي نفّذ العمل لصالحه وبين المصلحة المتعاقدة.

وشروط المحكم في الإسلام وردت في أن المحكم بمنزلة القاضي، ولا يصلح لذلك إلا لمن شهادته إلى غاية وقت التحكيم بأن يكون رجلا عادلا، مسلما، حرا، عاقلا، عالما بما يحكم به لأن التحكيم في الإسلام من القضاء. [1]

ونصت المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه" لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية."

كما يشترط أيضا في المحكم أن يكون قابلا للرد حتى لا يتم إبعاده عن النظر في النزاع والفصل فيه، وإذا علم المحكم بأنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم مما جاء في نص المادة 1015 في فقرتها الثانية، ولا يجوز طلب رده من الطرف الذي عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين.

ويتم رد المحكم في الحالات التالية:

- عندما لا تتوافر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
- عندما لا يوجد سبب رد منصوص عليه نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما سبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد مباشر أو عن طريق وسيط.

وفي حالة النزاع حول الرد، ولم يكن نظام التحكيم يتضمن كيفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد فهنا يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، وهذا الأمر غير قابل للطعن. [2]

1: د/ حسن هند(محمد)، التحكيم في المنازعة الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2004، ص 128.

2: د/ بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 542-543.

ويلزم المحكم أو المحكمين بإتمام مهمتهم التي شرعوا فيها في ظرف أربعة أشهر إذا لم يحدد أجلا لإنهائه وتبدأ هذه المدة من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم كما يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وإذا لم يتم الاتفاق على ذلك، فيتم التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة.

ولا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف بمعنى منع عزل المحكم بالإرادة المنفردة، حتى ولو كانت هي إرادة الطرف الذي تولى اختياره.

الفرع الثاني: الإجراءات التحكيمية.

تطبق على الخصومة التحكيمية الأشكال والآجال التي تطبق أمام الجهات القضائية ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك قصد تخفيف هذه الأشكال أو تقليص الآجال. [1]

كما أن سير الخصومة التحكيمية مثلها مثل الخصومة القضائية تحكمها مبادئ أساسية وجوهرية يجب أن تراعى عند سير إجراءات التحكيم وإلا تعرض حكم التحكيم لدعوى البطلان لاحقا أو الاعتراض على الاعتراف به أو تنفيذه، وعليه يجب على الأطراف بما فيهم المحكم مراعاة هذه المبادئ التي تحكم الخصومة التحكيمية.

أولا: مبادئ وقواعد الخصومة التحكيمية.

تحكم الخصومة التحكيمية في كافة مراحلها مبادئ أساسية يجب مراعاتها، وهذه المبادئ منها ما هو منصوص عليه قانونا، ومنها ما لا يحتاج إلى نص يقررها.

1). مبدأ المساواة:

يشكل مبدأ المساواة ضمانة أساسية من ضمانات التقاضي وهو مبدأ دستوري منصوص عليه في المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: « يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة بفرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم.» ، ويصدق

1: د/ عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 522.

تطبيق هذا النص أمام محكمة التحكيم كما يصدق تطبيقه أمام القاضي، لأنه جاء في مفهوم الأحكام التمهيدية من هذا القانون.

ويجب أن يراعى هذا المبدأ بين الإدارة والمتعاقد معها بشأن منازعة تتعلق بإبرام صفقة عمومية أو تنفيذها أيا كان شكل إبرامها، ومما لا شك فيه أن استقلالية محكمة التحكيم عن الأطراف الذين قاموا بتعيينهم وحيادها هو ما يضمن المساواة بين الأطراف.

2). مبدأ احترام حقوق الدفاع:

إن احترام حقوق الدفاع يعد من المسائل الجوهرية في منازعات الصفقات العمومية، ذلك أن إجراءات الخصومة التحكيمية في الكثير من المسائل يقتضي الأمر فيها العودة إلى المحكمة الإدارية المختصة، وهذه الأخيرة تستوجب في كل الإجراءات والدعاوى والأوامر التي ترفع أمامها أن يكون المتعامل المتعاقد مع الإدارة (الخصم) في صفقة عمومية ممثلا من قبل محام، وفي هذا تنص المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام."

وتنص المادة 827 على أنه: "تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه من التمثيل الوجوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل المقدمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار غليهم أعلاه من طرف الممثل القانوني"، وهي نفس الأحكام تطبق على خصومة التحكيم في نزاع ناشئ عن صفقة عمومية.

3). احترام مبدأ المواجهة:

لهذا المبدأ أهمية كبيرة في مجال التحكيم، حيث يعد من النظام العام الدولي والحكم الذي يتجاوز عن مقتضيات هذا المبدأ هو حكم يستحق الإبطال، حتى ولو تم الاتفاق على مخالفته ويقصد بمبدأ المواجهة تمتع كل خصم بمزايا قانونية تشكل التزامات على عاتق

الطرف الآخر وعلى محكمة التحكيم في نفس الوقت، بحيث يحق لكل طرف من أطراف التحكيم أن يكون على علم في الوقت المناسب بكل ما يقدم ضده من إجراءات.

ولا يمكن تجاهل هذا المبدأ في إجراءات التحكيم الداخلي وإن كانت قواعده لم تأت على ذكر قاعدة الوجاهية، لأنها تبقى حتما جزء من النظام الداخلي وهي قاعدة أساسية في الأصول القضائية.

أما قواعد التحكيم الدولي فقد نصت صراحة على إبطال حكم التحكيم الدولي إذا لم يراعي مبدأ الوجاهية، وهذا ما كرسه القانون الجديد بإعطائه مكانة وفق ما نصت عليه المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه، وبالرجوع إلى هذه الأخيرة نجدها تنص على أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

ثانيا: سير إجراءات التحكيم.

تنعقد جلسات محكمة التحكيم في المكان والزمان المتفق عليه في اتفاقية الأطراف أو في المكان المحدد وفقا لنظام تحكيمي، أو الذي تحدده محكمة التحكيم.

وتخضع الخصومة التحكيمية إلى أحكام المواد من 1010 إلى 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1] حيث تتعلق هذه الأحكام بجملة من الإجراءات يتعين إتباعها أثناء النظر في النزاع من طرف هيئة التحكيم، وذلك من طرح النزاع أمامها إلى غاية تنفيذ حكم التحكيم الصادر عنها.

1). طرح النزاع أمام هيئة التحكيم:

بعد توافر الشروط الشكلية والموضوعية للتحكيم وكذا التشكيل الصحيح لهيئة التحكيم.

1: د/ سعيد أبو علي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 269.

تنعقد جلسة التحكيم وتباشر إجراءات الخصومة التحكيمية أمام هيئة التحكيم، وذلك بلقاء الخصوم أو ممثليهم ومحكمة التحكيم وذلك للفصل في النزاع في الوقت والمكان الذي يحدده اتفاق الخصوم أو محكمة التحكيم.

ويتم استعراض الأدلة والمذكرات المتبادلة بين الخصوم أو أن يكونوا الخصوم قد مكنوا من الاطلاع عليها أو العلم بها لإجراء المناقشة حولها احتراما لمبدأ المواجهة.

ونظرا لطبيعة التحكيم والذي يكون مرتبطا بآجال قانونية متفق عليها وفي حالة غياب الاتفاق فإنه وفقا لنص المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر يوما على الأقل وإلا فصل المحكم بناءا على ما قدم إليه خلال هذا الأجل.

أما في التحكيم الدولي فإن المشرع لم ينص صراحة على هذا الأجل وهذه الإجراءات، ولكن ترك الأمر لاتفاق الأطراف وفقا للأحكام الواردة بنص المادة 1043 من القانون بحيث تضبط هذه الإجراءات في اتفاقية التحكيم أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي، كما يمكن أن تخضع إلى قانون إجراءات معين يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم، وإذ لم يحصل أي اتفاق بشأنها فيعود الأمر إلى محكمة التحكيم.

ولا يمكن في التحكيم الدولي تجاهل مبدأ الوجاهية، كون أن التحكيم الدولي كرس هذا المبدأ واعطاه مكانة ومخالفته تؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي الدولي.

كما أن هيئة التحكيم في المنازعة الدولية هي التي تتولى البحث عن الأدلة [1]، وإذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه

1: المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الأخيرة وللطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي. [1]

وقد خوّل قانون الإجراءات المدنية والإدارية المحكمة التحكيمية أن تتخذ تدابير مؤقتة لتنظيم حالة مستعجلة مثلا أو تدابير تحفظية لحماية أموال أو لصون حقوق أو غير ذلك، إلى غاية صدور قرار تحكيم نهائي بعدما كانت التدابير من اختصاص القاضي، غير أنه لا يمكن للمحكم أن يتمتع بسلطة القمع المخصصة للمحاكم، وعليه فإن فعالية إجراء هذه التدابير تخضع لإرادة الأطراف وبالتالي في حالة رفض أحدهم الامتثال لذلك يمكن للمحكم طلب مساعدة القاضي المختص وفي هذا الصدد فإنه يطبق القانون الخاص به.

ويمكن لهيئة التحكيم كذلك الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير شفوي أو كتابي في النزاع، حيث تقوم بإخطار طرفي النزاع بمحتوى هذا التقرير مع منحها فرصة إبداء ملاحظاتها لما ورد به. [2]

كما يقوم جميع المحكمين بإنجاز أعمال التحقيق والمحاضر إلا إذا كان الاتفاق يجيز سلطة ندب أحدهم للقيام بذلك وفقا لما جاء في نص المادة 1020 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما تجدر الإشارة إلى أن محكمة التحكيم تفصل في الاختصاص الخاص بها قبل أي دفاع في الموضوع وفقا لما جاء في نص المادة 1040 من نفس القانون.

2). إحالة القضية على المداولة.

إن الهدف من إحالة القضية على المداولة هو أن تصبح القضية بين أيدي المحكمين القضاة للمداولة فيها، ويتم هذا الإجراء متى تبين للمحكمين أن إجراءات التحكيم استوفت جميع مراحلها، وأن القضية أصبحت جاهزة للفصل فيها، وهنا تنقطع صلة الخصوم بالقضية

1: المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2: عبد العزيز، عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص351.

بعد غلق باب المرافعة، بحيث تبدأ عملية المداولة سواء في نفس اليوم بعد انتهاء المرافعة ليتم النطق بالحكم التحكيمي، وإما إجراء المداولة بالتشاور مع أعضاء المحكمة إذا كانت القضية تستدعي دراسة معمقة.

وتعد المداولة إجراء جوهري لصحة إجراء إصدار الحكم التحكيمي، وهي إجراء واجب رغم غياب نص يصرح بوجودها، فالقانون الجزائري سكت عنها، ولم يبين كيفية إجرائها تاركا أمرها لمحكمة التحكيم، لكنه نص في المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب أن تكون مداولات المحكمين سرية.[1]

إن قاعدة السرية ملزمة للقضاة والمحكمين على حد سواء ودون حاجة إلى نص خاص ولكن لا يترتب على إفشاءها بطلان قرار أو حكم التحكيم، غير أن إفشاء السر في منازعات صفقة عمومية تتم تسويتها تحكيما أمر نظير، لأن أطراف هذه الصفقة أشخاص مهمة باعتبارها أشخاص معنوية عامة أو حتى خاصة، كما أن الصفقة لها اتصال وثيق بالمال العام، لذا لا يجدر بالمحكمين إنشاء السرية، وفي حالة قيامهم بذلك يفترض بطلان حكم أو قرار التحكيم ويتعدى الأمر ذلك بمعاقبة المحكمين على إفشاء السر.

ومن خلال ما تقدم فإن المداولة هي حق لأطراف النزاع لمناقشة قضيتهم بواسطة هيئة التحكيم وحاصل هذه المناقشة هو اتخاذ حكم في القضية بعد فحص جميع الأوراق والمستندات الموجودة في ملف الدعوى. [2]

وعدم إجراء المداولة أو بطلان إجراءاتها يعرض الحكم للإبطال. [3]

1: أنظر المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2: بو الصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق، ص351.

3: بوصنوبرة خليل، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2007،2008، ص 86-93.

المطلب الثاني: صدور الحكم أو القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه.

بعد إجراء المداولة من قبل هيئة التحكيم يصدر الحكم أو القرار التحكيمي أولا، ثم ينفذ هذا الأخير ثانيا، وقد نظم القانون طرق الطعن في هذا الحكم أو القرار التحكيمي ثالثا.

الفرع الأول: صدور الحكم أو القرار التحكيمي.

أولا: تعريف الحكم أو القرار التحكيمي.

لقد عرفت اتفاقية نيويورك لعام 1958 شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية كما يلي:" ..... يقصد بالقرارات التحكيمية ليست القرارات التي يصدرها حكام معنيون لحالات معينة فحسب بل هي القرارات التي تصدرها أيضا أجهزة تحكيم دائمة يخضع لها الأطراف" [1]

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعرف الحكم أو القرار التحكيمي كغيره من التشريعات الحديثة، إلا أنه يعني القرار الذي تصدره محكمة تحكيم مختصة مشكلة قانونا في خصومه معروضة عليها طبقا لإجراءات متفق عليها سواء أكان في الموضوع كله أو شق منه أو في مسألة أولية متفرعة عنه بشكل نهائي وملزم للأطراف.

ثانيا: مضمون الحكم أو القرار التحكيمي.

برجوعنا إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أنه لم يشترط صدور حكم أو قرار التحكيم في جلسة علنية، بل يشترط أن يكون بأغلبية الأصوات[2]، مكتوبا مشتملا على أسماء وألقاب المحكمين، و ألقاب الخصوم وعناوينهم و تسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي، و كذا أسماء و ألقاب المحكمين و أسماء و ألقاب المحامين، كما يجب أن يتضمن حكم التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم بما جاء في

1: المادة الأولى، فقرة 2 من اتفاقية نيويورك المبرمة بتاريخ 10 جوان 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين، نقلا عن مناني فراح، المرجع السابق، ص 359.

2: د/ سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 217.

نص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و أن يكون مسببا و مؤرخا مع تحديد مكان صدوره مع الإشارة أنه يجب أن يكون التسبب كافيا حتى تتمكن جهة الاستئناف من فرض رقابتها عليه و هو ما نصت عليه المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الثانية التي جاء فيها:" يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة."

و هذا التسبيب إلزامي سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي لأن عدم التسبيب يعتبر سببا من أسباب دعوى البطلان في حكم التحكيم الدولي، و بهذا يكون القانون الجزائري قد تبنى لزوم التسبيب خلافا للقانون الفرنسي، و هذا الأخير لا يستوجب في التحكيم الدولي التسبيب تماشيا مع أنظمة و قوانين أخرى التي لا يستوجب فيه القانون التسبب و يرجع الأمر في ذلك إلى كون أن القرارات غير المسببة تقود إلى تطبيق أعراف القانون (Common Law)، و لكن هنا لا يعني الاستغناء نهائيا عن التسبيب فقد يتفق الأطراف على أن تقوم محكمة التحكيم بتسبيب حكمها، فهنا يستوجب التسبيب تنفيذا لاتفاق التحكيم و ليس امتثالا لنص قانوني.

و يجب أن يكون حكم التحكيم كذلك موقعا من جميع المحكمين و إذا امتنعت أقلية المحكمين عن التوقيع يشار إلى ذلك دون أن يرتب ذلك أثر على الحكم الصادر.[1]

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فإن القانون الجزائري ترك لسلطان الإرادة أن يحدد البيانات الإلزامية في الحكم التحكيمي سواء بالإحالة إلى نظام تحكيمي أو قانون معين، وفي كل الأحوال لا يتصور أن يصدر حكم تحكيمي دون أن يتضمن البيانات السابق ذكرها، كون أن هذه البيانات ضرورية لسلامة حكم التحكيم، وإن كان القانون لم ينص عليها في التحكيم الدولي، إلا أننا نرى وجوب توافرها حتى لا يفقد الحكم فعاليته وصفته كحكم.

1: د/ عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة المحاكمة العادلة، المرجع السابق، ص 524.

ثالثا: تنفيذ الحكم أو القرار التحكيمي.

لصحة حكم التحكيم سواءا كان داخليا أو دوليا فإنه لابد أن يكون قطعيا منهيا للخصومة التحكيمية حائزا لقوة الشيء المقضى فيه، وهذا ما نصت عليه المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضى فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه." [1]

ومتى كان الحكم كذلك فإنه يكون للطرف الذي صدر الحكم لصالحه أن ينفذه لأنّه يعتبر سندا تنفيذيا يستدعي مهره بالصيغة التنفيذية.

للحصول على هذه الصيغة التنفيذية، وجب على طالبها تقديم عريضة مؤسسة مرفقة بالوثائق اللازمة لإثبات وجود التحكيم المطلوب منحه الصيغة التنفيذية أمام رئيس المحكمة المختصة، ويسجل الطلب بناءا على نظام الأوامر على العرائض، وبعد ذلك يسلم أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف.

وعليه فإذا كان حكم التحكيم دوليا مقره هو الجزائر، فإنه ينفذ بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها مع إثباته بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنها تستوفي شروط صحتها، ويتم إيداع هذه الوثائق المذكورة بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف الذي يهمه الفصل [2] لتواصل إجراءات تنفيذه كما هو الشأن لحكم التحكيم الداخلي. [3]

1: د/ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الجزء الثاني، طبعة 2010، ص 121.

2: أنظر: المواد من 1051 إلى 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3: أنظر: المادة 1040 من القانون نفسه

وما يمكن ملاحظته هو أن طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو بطبيعته طلب قضائي وليس تحكيمي، وبالتالي لا يجوز تقديمه للمحكم، وإن كان أحد رجال القضاء وإن تم وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم فهذا يعني إصدار السند.

والأصل في تنفيذ السند التنفيذي هو تنفيذه اختيارا وطواعية لا تنفيذه جبرا، مما يعني أن قوته التنفيذية الجبرية هي بطبيعتها قوة احتياطية، وهذه القوة لا تنشط إلا إذا امتنع الملتزم في السند عن تنفيذه طواعية.[1]

وإذا رفض تنفيذ الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي فإنه يستأنف الأمر القضائي بذلك في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي لرئيس المحكمة.[2]

والجدير بالذكر أنه لابد من مراعاة أحكام المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية "، لأن التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية يكون أمام قضاء خاص متمثل في هيئة تحكيم على مستوى الجهة القضائية الإدارية.

وتترتب على حكم التحكيم كافة الآثار التي يرتبها الحكم القضائي كما تلحقه الحجية منذ صدوره، ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه، ولا يجوز المجادلة في حجيته حتى بغرض أنه لم يتم تنفيذه طالما الحجية قائمة، إلا أن هذه الحجية تبقى نسبية حيث لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير، باعتبار أن ما صدر من أحكام التحكيم لا تعني سوى أطرافها. [3]

ولقد تبنى المشرع الجزائري في تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر بشأن منازعة خاصة بصفقة عمومية وكغيرها من المنازعات التي يفصل فيها عن طريق التحكيم، نفس القواعد التي تسري على التحكيم الداخلي التي تضمنتها المواد من 1053 إلى 1038 من قانون

1: د/ محمد حشيش أحمد، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2011، ص 110.

2: أنظر: المادة 1057من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3: د/ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 128.

الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بنصه في المادة 1054 من نفس القانون التي تحيل إلى المواد السابقة.

ومن ثمة يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري، قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة الإدارية التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل.

- يمكن للخصوم استئناف الأمر القضائي برفض التنفيذ خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدور قرار الرفض.
- يسلم أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل.
- لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير.
- والملاحظ أنه وإذا أحال قانون التحكيم الدولي الجزائري الجديد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على قانون التحكيم الداخلي إلا أن هذا الموضوع يبقى عائدا لاتفاقية نيويورك فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تعلو على القوانين، باعتبار الجزائر منضمة إليها، لهذا فإن أحكام اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية هي التي تسري فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر خارج الجزائر.

الفرع الثاني: طرق الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي.

إن أحكام التحكيم قابلة للمراجعة فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية مثلها مثل أحكام القضاء، لكن ما يميزها عن الأحكام القضائية هو أنه يجوز رفع دعوى البطلان ضدها، كما أنها لا تقبل المعارضة في كل أحكامها، هذا وتختلف طرق الطعن في التحكيم الداخلي عن التحكيم الدولي الذي يجري في الجزائر. [1]

1: بوصنوبرة خليل، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 239.

أولا: طرق الطعن في التحكيم الداخلي.

وفقا للقواعد المتعلقة بالأحكام القضائية العادية والإدارية، فإن معظم الأحكام تقبل طريقين للطعن بالطرق العادية وكذا الطرق غير العادية، فهل هاذين الطريقين يطبقان كذلك على حكم التحكيم الداخلي؟

I. بالنسبة لطرق الطعن العادية:

1). فيما يخص المعارضة:

المعارضة طريق عادي من طرق الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة وبصفة غيابية في مواجهة أحد طرفي الخصومة وهي تهدف حسب ما جاء في نص المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي، بحيث يتم الفصل من جديد في القضية ليصبح الحكم أو القرار الغيابي كأن يم يكن بعد تسجيل المعارضة فيه ما لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل.

وبرجوعنا إلى نص المادة 1032 من نفس القانون نجدها تنص صراحة على عدم إمكانية الطعن في حكم التحكيم بالمعارضة والأمر في ذلك يعود للأسباب التالية:

أ. من حيث انعقاد خصومة التحكيم:

إن تشكيل محكمة التحكيم يكون بالاتفاق بين الأطراف في غالب الأمر ولا تنعقد خصومة بعريضة التحكيم إلا من التاريخ الذي يبلغ فيه الطرف الثاني بعريضة التحكيم لكي يقوم الطرف الثاني بإجراءات تعيين محكمة وباقي المحكمين، ومن ثم فإنه لا يمكن في كل الأحوال مباشرة إجراءات التحكيم دون أن يكون الطرف الثاني على علم بذلك، ولهذه السبب قرر المشرع الجزائري منع المعارضة في أحكام التحكيم بكل أنواعها وليس الداخلي فقط.

ب. من حيث الجهة التي ترفع أمامها المعارضة:

إذا كانت الأحكام والقرارات الغيابية يتم مراجعتها أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرتها، فإن محكمة التحكيم تستنفذ ولايتها بعد إصدارها حكمها وبعد لا يصبح لها وجود

لا قانونا ولا ماديا وفقا لما جاء في نص المادة 330 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "تتخلى محكمة التحكيم عن النزاع بمجرد الفصل فيه".

بحيث لا يمكن لمحكمة التحكيم النظر في النزاع من جديد إلا فيما يتعلق بتغيير الحكم وتصحيح الأخطاء المادية لا غير.

ج. من حيث مراجعة الحكم في حد ذاته:

إن اللجوء إلى التحكيم هو مسألة اتفاقية، وبالتالي فإن موضوع النزاع الذي حكم فيه بحكم تحكيمي فاصل في النزاع يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به.

وعليه إذا لم يرضى أحد الأطراف بالحكم التحكيمي الصادر ما عليه إلا الطعن فيه بالاستئناف أو بطرق أخرى غير المعارضة.

2). فيما يخص الاستئناف:

يعد الاستئناف طريق من طرق الطعن العادية التي توجه ضد الأحكام الابتدائية الصادرة عن محكمة أول درجة استنادا إلى مبدأ التقاضي على درجتين المكرس في النظام القضائي الجزائري وذلك بهدف عرض النزاع مجددا على قضاء الدرجة الثانية (المجلس القضائي) من أجل إعادة النظر إما بتعديل أو بإلغاء أو تأييد الحكم وفقا لنص المادة 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. [1]

فما مدى تطبيق هذا الطريق على حكم التحكيم الداخلي الصادر في مادة الصفقات العمومية؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تتجلى من خلال التطرق للمسائل التالية:

أ). من حيث الحكم الصادر عن محكمة التحكيم:

لقد منح المشرع الجزائري للأطراف الحق في استئناف حكم التحكيم الصادر في نزاع يتعلق بصفقة عمومية، مهما كان أطرافها سواء فيما يخص إبرامها أو تنفيذها أو كل ما

1: تنص المادة 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه، «يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة».

يتعلق بها، وذلك في جميع أحكام التحكيم الداخلي الفاصلة في الموضوع أو في دفع شكلي أو بعدم القبول كغيرها من أحكام القضاء العادي أو الإداري.

وتسري على استئناف أحكام التحكيم جميع القواعد الخاصة باستئناف أحكام المحاكم الإدارية، بمعنى أن أحكام التحكيم الصادرة قبل الفصل في الموضوع كتعيين خبير في الأشغال العمومية أو غير ذلك من الخبراء لا تقبل الاستئناف إلاّ مع الحكم التحكيمي الفاصل في الموضوع من طرف محكمة التحكيم.

وهذا تطبيقا لنفس القاعدة فيما يخص استئناف الأحكام الإدارية مما جاء في نص المادة 952 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: «لا تكون الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع قابلة للاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى ويتم الاستئناف بعريضة واحدة.»

ب).من حيث الطرف الذي يحق له الاستئناف:

حكم التحكيم من الأحكام يسمح لطرفيه ويخول لهما الحق في رفع الاستئناف بنوعية الأصلي والفرعي طبقا للأحكام الواردة بنص المادتين 949 و951 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ج).من حيث أجل الاستئناف:

في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية يجب أن يرفع الاستئناف فيها في أجل شهرين تسري من تاريخ تبليغ الحكم للشخص الذي صدر الحكم ضده.

أما عن أحكام التحكيم فيجب أن يرفع الاستئناف فيها في أجل مدته شهر واحد وليس شهران، كما يسري اجل الاستئناف من تاريخ صدور حكم التحكيم لا من تاريخ تبليغه كالأحكام الإدارية.

وفقا لما جاء في نص المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها."

د). من حيث أسباب الاستئناف.

كما هو الشأن في الأحكام القضائية، فإن أسباب الاستئناف في أحكام التحكيم غير محددة وغير محصورة، ذلك أن الاستئناف يقضي إلى عرض الدعوى مجددا أمام الجهة الإستئنافية، ولهذه الأخيرة سلطة الفصل من جديد في موضوع النزاع بإلغاء الحكم أو تعديله أو تأييده وبالتالي فلا مجال للتخوف من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بوجه عام والصفقات العمومية بوجه خاص ذلك أحكام التحكيم في هذه المواد معرضة للإلغاء أو التعديل أو التأييد.

هـ). من حيث الجهة القضائية التي يرفع أمامها الاستئناف.

نصت المادة 1033 السابق ذكرها صراحة على أن: "أحكام التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم داخلي يتم استئنافها أمام المجلس القضائي التي صدرت في دائرة اختصاصه.."

لكننا نرى أن هذا النص وبهذه الصياغة غير دقيق ولا يحدد الاختصاص بالنسبة لجميع أحكام التحكيم، لاسيما وأن أحكام التحكيم الصادرة في مادة الصفقات العمومية لا يمكن أن تستأنف أمام المجلس القضائي، لأنه لا توجد غرفة إدارية بالمجلس يمكن تسجيل الاستئناف أمامها طالما أن منازعات الصفقات العمومية في أصلها تعرض على القضاء الإداري وليس القضاء العادي (نظام ازدواجية القضاء).

وبما أن أحكام المحاكم الإدارية يتم استئنافها أمام مجلس الدولة كدرجة ثانية، فمن المنطق أن أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية هي الأخرى تسري عليها نفس القواعد فيما يخص استئنافها أمام مجلس الدولة وتطبق عليها نفس القواعد.

ومن ثم نرى وجوب تعديل نص المادة والقول إنّ الاستئناف يكون أمام المجلس القضائي أو أمام مجلس الدولة حسب الحالة وذلك تطبيقا لقواعد الاختصاص المخولة لمجلس الدولة والواردة بنص المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء

فيها: "يختص مجلس الدولة في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة في المحاكم الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة."

و). من حيث حق الأطراف في التنازل عن الاستئناف:

حق الاستئناف في المحاكم مكفول دستوريا و قانونيا لكل طرف، بحيث يجوز لأي شخص أو هيئة أن تمنع أي طرف من الأطراف من أن يرفع استئنافه في حكم صدر ضده ،و بالنظر لخصوصية نظام التحكيم في حد ذاته فقد سمح المشرع للأطراف أن يتنازلوا عن الحق في الاستئناف إلا أن هذا التنازل لا يمكن أن يكون بعد صدور حكم التحكيم، و إنما يكون قبل ذلك بل و حتى قبل البدء في إجراءات الخصومة التحكيمية و تعيين المحكمين، أي أن الرغبة في التنازل عن الحق في الاستئناف تكون فقط عند إبرام اتفاق التحكيم، ويجب أن يكون هذا التنازل مدون صراحة في اتفاقية التحكيم المكتوبة حتى يكون حجة لكل طرف ،و على مجلس الدولة في حالة وجود اتفاق من هذا النوع، و ثم رفع استئناف من أحد الأطراف فما عليه إلا عدم قبول الاستئناف المرفوع لوجود ما يمنع رفعه و هو نص القانون و يجب على هيئة المجلس أن تقضي بعدم قبوله تطبيقا للقانون.

ي). من حيث آثار الاستئناف.

الأصل في استئناف أحكام المحاكم العادية أن لها أثر موقف ما لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل، بينما الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية لا تكون موقفة للتنفيذ إلا بموجب قرار من طرف مجلس الدولة تطبيقا لنص المادة 913 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "يجوز لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية، إذ كان تنفيذه من شأنه أن يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها، وعندما تبدو الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف."

وبتطبيقنا لهذه الأحكام فيما يخص استئناف أحكام التحكيم في منازعة ناتجة عن إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية، فإن الاستئناف المرفوع ليس له أثر موقف تطبيقا لأحكام نص المادة 913 السابق ذكرها هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن للاستئناف أثر ناقل، أي

يقتضي تحويل النزاع برمته إلى قاضي الاستئناف ليفصل فيه مرة ثانية وبكل وكافة السلطات والوسائل التي يتمتع بها قاضي أول درجة.

وبالتالي فإن استئناف حكم التحكيم يؤدي إلى نقل النزاع مباشرة من محكمة التحكيم بعد الحكم إلى مجلس الدولة للنظر فيه من جديد بصفته درجة ثانية من درجات التقاضي.

II. بالنسبة لطرق الطعن غير العادية.

تتمثل طرق الطعن غير العادية في أحكام التحكيم الداخلي في طريقتين هما اعتراض غير الخارج عن الخصومة والطعن بالنقض.

1). الطعن في حكم التحكيم عن طريق اعتراض عن الخارج عن الخصومة.

اعتراض غير الخارج عن الخصومة هو طريق من طرق الطعن الغير عادية، وهو مقرر لكل من له مصلحة في النزاع من أجل أن يعارض في حكم لم يكن طرفا فيه في بداية الأمر، وأن هذا الحكم يمس بحقوقه.

والقاعدة في أحكام التحكيم طبقا لنص المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنها لا تنتج أي أثر في مواجهة شخص لم يكن طرفا في التحكيم، أي أن ما صدر من أحكام التحكيم لا تعني سوى أطرافها [1]، ومع ذلك فإذا ألحقت هذه الأحكام ضررا أو مست بمصالح الغير فإن الأمر يجعل هذا الأخير أن يرفع طعن ضدها عن طريق اعتراض غير الخارج عن الخصومة.

وفي منازعات الصفقات العمومية فإن المحاكم الإدارية التي كان يؤول إليها الاختصاص أصلا قبل عرض النزاع على التحكيم هي المختصة للفصل في هذا الطعن تطبيقا لنص المادة 1032 فقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبتفحصنا لنص المادة نجدها تنص على جوازية الطعن باعتراض الغير خارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.

1: د/ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 1218.

بحيث لا يمكن تقديم هذا الطعن الغير خارج عن الخصومة دون وجود حكم كون أن الطعن الخارج عن الخصومة يكون في الأحكام لا في النزاع.

وأن أي تدخل ممن له مصلحة في نزاع ما وفق للقانون يسمى هذا الإجراء بالتدخل في الخصومة، ولعل هذا هو المطلوب في النص الحالي وهو إمكانية تدخل الغير الخارج عن الخصومة في دعوى التحكيم.

والنتيجة في ذلك أنه يمكن لصاحب المصلحة أن يطعن بطريق الاعتراض دون وجود حكم في الموضوع مما يستوجب معه تعديل نص المادة.

2). الطعن بالنقض في أحكام التحكيم الداخلي:

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يوضح أي نص يسمح للأطراف بالطعن بالنقض في حكم التحكيم مباشرة، لأنّه لا يمكن الطعن بالنقض إلّا في القرارات الإدارية أو في الأحكام الإدارية النهائية بعد فوات على الطاعن استعمال حقه في الاستئناف.

وبرجوعنا إلى نص المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن النص جاء صريحا بعبارته: « تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.»

ويستنتج من ذلك بأن الأحكام التي تتعرض للاستئناف ليست معنية بالطعن بالنقض، أي أن الطعن بالنقض غير جائز فيها، بما في ذلك التي اتفق أطراف التحكيم على عدم استئنافها، بمعنى آخر أنّ الأحكام التي لم يتم الطعن فيها بالاستئناف لا يجوز لهم الطعن فيها بالنقض.

ثانيا: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولية.

أحكام التحكيم الدولية تنقسم إلى نوعين: أحكام تصدر في الجزائر لها طرق طعن خاصة بها، وأحكام تحكيم دولية تصدر في خارج الجزائر لها وضع خاص بها.

1). أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر.

إن الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في منازعات الصفقات العمومية قابل للإبطال ضمن شروط الإبطال الستة، ويؤدي الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر إلى الطعن بقوة القانون في أمر التنفيذ، ويحول دون إعطائه صيغة التنفيذ لحين البت بطلب الإبطال.

وبرجوعنا إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن أحكامه قد عددت ست حالات كأسباب لإبطال حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، أو لاستئناف الأمر القاضي بإعطاء صيغة التنفيذ أو بالاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر وهي محددة على سبيل الحصر.

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناءا على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
- كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

وهذه الحالات الستة لإبطال حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أوردتها المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: « يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.»

➢ وفي كل الأحوال يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها تنفيذ أحكام التحكيم.

- تكون القرارات القضائية الآمرة برفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي قابلة للاستئناف وللنقض.
- القرار القضائي الآمر بإعطاء الصيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر قابل للاستئناف والنقض.
- الآمر القضائي الذي يبث بطلب إبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر قابلا للإبطال والنقض.

2). حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر.

حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن بالبطلان ولا أي طريق من طرق الطعن الأخرى سواء العادية أو غير العادية.

ولكن الآمر القضائي الذي يرفض إعطاء هذا الحكم الدولي الصادر خارج عن الجزائر الصيغة التنفيذية أو برفض الاعتراف به أو يعطيه من جهة أخرى الصيغة التنفيذية فإنه يقبل الاستئناف وفقا لما جاء في نص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية «يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف.» ولا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا بتوافر الحالات الستة السابق ذكرها والمنصوص عليها في المادة 1056 من نفس القانون.

الباب الثاني

الطرق القضائية لتسوية منازعات الصفقات العمومية

الباب الثاني: الطرق القضائية لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

إن القاعدة العامة أن أشخاص القانون العام فقط هم المعنيون بتنظيم الصفقات العمومية كالدولة ،والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، لأنها تباشر جميعها نشاطا لا يهدف إلى تحقيق الربح ، وإنما يسعى لتلبية حاجات عامة للأفراد، فإن أرادت أحد هذه الجهات ومنها المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري التعاقد في شكل صفقة ممولة من الخزينة العامة خضعت لتنظيم الصفقات من بداية الصفقة وحتى النهاية، وقد حرص المشرع منذ قانون الصفقات العمومية الأول لسنة 1967 حتى 2015 والجاري به العمل الآن، أن يجمع كل أشخاص القانون العام لتحكم بمنظومة تعاقدية واحدة بعنوان تنظيم الصفقات العمومية.

بينما تخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقانون الخاص كأصل عام، فإن أرادت التعاقد خضعت للقانون التجاري، وإذا حدث نزاع أو خصومة بينها وبين أحد الأفراد أو الشركات عقد الاختصاص لجهة القضاء العادي.

وبرجوعنا إلى نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 قد قدمت شرطا لخضوع عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لتنظيم الصفقات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

ويبقى الغرض واضح من خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لتنظيم الصفقات العمومية وهو المحافظة على المال العام وترشيد النفقات العمومية، خاصة وأن الأمر يتعلق بأموال الخزينة، والدولة أو الجماعة الإقليمية هي الطرف الممول للمشروع، وبالرغم من فرضيات عقد الاختصاص للقضاء العادي تطبيقا للمعيار العضوي أو القضاء الإداري اعتبارا من أن المنازعة تدور حول صفقة عمومية.

نستشف موقف المشرع الجزائري في المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بإلزام المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بالخضوع لتنظيم

الصفقات العمومية وهذا بالنظر لجانب تمويل الصفقة كون أن جهة التمويل الدولة أو الولاية أو البلدية، وبناءا عليه نرشح فرضية عقد الاختصاص لجهة القضاء الإداري تكريسا للمعيار العضوي بالنظر ليس لطرف النزاع، وإنما للطرف الممول للمشروع أو الصفقة.

وبرجوعنا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المشرع اعترف للمحكمة الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، وبالتالي اختصاص القاضي الإداري في تسوية هذه المنازعات كبقية منازعات الصفقات العمومية التي يكن أحد أطرافها أحد الأشخاص المنصوص عليها في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ونظرا لاختلاف المركز القانوني لطرفي الصفقة العمومية بين المصلحة المتعاقدة التي تعتبر في مركز أسمى مقارنة بالمركز القانوني للمتعاقد معها، يبقى لهذا الأخير مجموعة من الحقوق والتي تسمح له باللجوء للقضاء من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة بين المتعاقدين ورفع الضرر الواقع عليه من قبل المصلحة المتعاقدة، ويحق للمتعاقد مع الإدارة أو المتعهد اللجوء إلى القضاء لعرض إدعاءاته ضد المصلحة المتعاقدة التي تعسفت أو تمادت في التعسف بعد وقوعه، سواء ارتبط ذلك بإبرام الصفقة العمومية أو بتنفيذها، ويكون ذلك إما بعد فشل المساعي الودية المقررة قانونا أو أن المتعاقد اختار اللجوء مباشرة إلى القضاء.

وهنا يبرز دور القاضي الإداري عندما تطرح عليه المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية التي تعتبر مجالا خصبا بالنسبة له من أجل الفصل في هذه القضايا بشكل يتلاءم مع الوضع العملي لهذه الصفقة بمختلف مراحلها، سواء في مرحلة الإبرام والتي تتميز بمجموعة من الإجراءات المعقدة والتي تحمل في طياتها العديد من المنازعات التي تحول دون التطبيق الفعلي للمبادئ الأساسية التي تحكم عملية إبرام الصفقة العمومية، أو في مرحلة التنفيذ التي يعمل كلا الطرفين على تنفيذ الالتزامات المتقابلة، ويكون تدخل القاضي من أجل إعادة التوازن المالي بين الطرفين.

هذا وقد ينجم عن الإدارة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية تصرف أو سلوك غير مشروع تترتب عنه مسؤولية جزائية، وكنتيجة لذلك يستوجب الأمر وجود طرق قضائية أخرى

لمواجهة هذه التصرفات والتصدي لظاهرة الفساد التي تمثل خطر داهم يهدّد كيان المجتمع واستقراره.

ما جعل المشرع يخص قطاع الصفقات العمومية بعناية متميزة في إطار إستراتيجية مكافحة الفساد، فأفرد له قواعد موضوعية تضمنت جرائم محددة مرتبطة خصيصا بمجال انجاز الصفقات العمومية عبر كافة مراحلها ينظرها القضاء الجزائي.

واستدعت خطورة آفة الفساد تعبئة كل الإمكانيات القانونية والإجرائية لمواجهتها وذلك بتدخل هيئات إدارية للكشف والتحري عن جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية على وجه الخصوص، وهي مهمة قبلية لها بعد وقائي، ضروري وفعال ضمن إستراتيجية الردع العام لمكافحة الفساد، بحيث تضطلع بهذه المهمة عدة هيئات منها هيئة مكافحة الفساد، والمفتشية العامة للمالية، ومجلس المحاسبة.

ففي ماذا يتمثل دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية؟

وما هو دور كل من القضاء الجزائي والهيئات الرقابية الإدارية في مجال الصفقات العمومية؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، نقسم الباب إلى فصلين وفقا لما يلي:

الفصل الأول: دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الثاني: الطرق القضائية الأخرى لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الأول

دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية

الفصل الأول: دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية.

نظرا لاختلاف المركز القانوني لطرفي الصفقة العمومية بين المصلحة المتعاقدة التي تعتبر في مركز أسمى مقارنة بالمركز القانوني للمتعاقد معها، يبقى لهذا الأخير مجموعة من الحقوق والتي تسمح له باللجوء للقضاء من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة بين المتعاقدين ورفع الضرر الواقع عليه من قبل المصلحة المتعاقدة، ويحق للمتعاقد مع الإدارة أو المتعهد اللجوء إلى القضاء لعرض ادعاءاته ضد المصلحة المتعاقدة التي تعسفت أو تمادت في التعسف بعد وقوعه، سواء ارتبط ذلك بإبرام الصفقة العمومية أو بتنفيذها، ويكون ذلك إما بعد فشل المساعي الودية المقررة قانونا أو أنّ المتعاقد اختار اللجوء مباشرة إلى القضاء.

وهنا يبرز دور القاضي الإداري عندما تطرح عليه المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية التي تعتبر مجالا خصبا بالنسبة له من أجل الفصل في هذه القضايا بشكل يتلاءم مع الوضع العملي لهذه الصفقة بمختلف مراحلها، سواء في مرحلة الإبرام والتي تتميز بمجموعة من الإجراءات المعقدة والتي تحمل في طياتها العديد من المنازعات التي تحول دون التطبيق الفعلي للمبادئ الأساسية التي تحكم عملية إبرام الصفقة العمومية، أو في مرحلة التنفيذ التي يعمل كلا الطرفين على تنفيذ الالتزامات المتقابلة، ويكون تدخل القاضي من أجل إعادة التوازن المالي بين الطرفين، فما هي السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري سواء بالنسبة للفسخ وفقا لإحدى أسبابه، أو بالنسبة لتقرير بطلان الصفقة العمومية، ومدى تأثيرها على سلامتها؟ وعلى أي أساس يحكم القاضي بالتعويض العادل الذي يجبر ضرر المتعاقد مع الإدارة؟

للإجابة على هذه التساؤلات نقسم الفصل إلى مبحثين وفقا لما يلي:

المبحث الأول: دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام.

إن المصلحة المتعاقدة لا تتمتع بنفس الحرية التي يتمتع بها الأفراد العاديون في إبرام عقودهم، لأنها تكون مقيدة بجملة من الشروط والضوابط التي تحكم هذا التصرف القانوني[1] إذ تصدر مجموعة من القرارات التي تهدف إلى إبرام الصفقة العمومية، بحيث تضمن احترام ثلاثة مبادئ أساسية هي: مبدأ المساواة والعلانية والشفافية بين المتعاملين من جهة، واختيار أفضل العروض سواء على المستوى التقني أو المالي من جهة أخرى.

تسمى هذه القرارات الإدارية بالمنفصلة أو المستقلة عن عقد الصفقة.

فما مدى تأثيرها على صحة الصفقة العمومية؟ وعلى أي أساس يتم النظر في المنازعات الناتجة عنها للإجابة عن الإشكالية نتطرق إلى دراسة دور القاضي الإداري في إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة وذلك في المطلب الأول ثم إلى دوره في حل منازعات القضاء الاستعجالي قبل إبرام العقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: سلطة القاضي الإداري في إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة:

قبل إبرام الصفقة العمومية فإنّ الإدارة تصدر قرارات إدارية منفصلة تسهم هذه القرارات في تكوين العقد الإداري وتستهدف إتمامه، إلا أنها تنفصل عن هذا العقد وتختلف عنه في طبيعتها، وقد تتعرض هذه السلسلة من القرارات للطعن فيها بالإلغاء، لهذا حاول القضاء تحصين هذه القرارات من خلال وضع قواعد تتخذ من أجل الطعن بالإلغاء وذلك وفقا مجموعة من الشروط والإجراءات.

فما المقصود بهذه القرارات الإدارية المنفصلة؟ وما هي الشروط والإجراءات الواجب إتباعها؟ وما هي سلطات القاضي الإداري في إلغاء هذه القرارات الإدارية المستقلة؟

1: محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقود الإدارية، ب ط، دار الكتب المصرية، مصر، 2003، ص 120.

للإجابة على هذه التساؤلات نقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول نتعرض فيه لمفهوم هذه القرارات المنفصلة وفي الفرع الثاني لشروط قبول دعوى الإلغاء والآثار المترتبة عنها.

الفرع الأول: مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة.

تعتبر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال تطبيق من تطبيقات فكرة التمييز بين القرارات الإدارية البسيطة Les actes simples والقرارات الإدارية المركبة أو المختلطة Les actes complexes ، حيث أن القرارات البسيطة هي تلك القرارات المستقلة والقائمة بذاتها إذ تصدر وهي منفصلة عن الصفقة العمومية، أما القرارات الإدارية المركبة أو المختلطة فهي فئة القرارات الصادرة في حالة الارتباط بعملية عقدية وهي غير مستقلة بحيث تصبح جزءا لا يتجزأ من الصفقة العمومية، وغالبا ما تصدر هذه القرارات في المرحل السابقة أو المعاصرة أو اللاحقة للعقد الإداري[1] وهذا ما يدفعنا للتمييز بين أنواع القرارات الإدارية التمهيدية والتنفيذية، فما هي القرارات التي يصدق وصفها بالمنفصلة؟

أولا: نشأة القرارات الإدارية المنفصلة.

نشأت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في بداية القرن العشرين على يد قضاة مجلس الدولة الفرنسي وذلك بعد التطور الذي حدث في موقفه في مجال تطبيق شرط، انتفاء الدعوى الموازية أو الطعن المقابل لقبول دعوى الإلغاء، حيث كان في بداية الأمر يرفض قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المركبة إذ كانت تسود في فرنسا خلال القرن التاسع عشر فكرة مفادها أن جميع القرارات التي تساهم في العقد تحتفظ بذاتيتها المستقلة حتى لحظة إبرامه.

1: عمار عوابدي النظرية العامة للمنازعات الإدارية، في النظام القضائي الجزائري الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، طبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص 436.

فإذا تمت عملية الإبرام تفقد هذه القرارات استقلاليتها وتذوب في العقد الذي تم إبرامه وبذلك فإنها تشكل معه باعتبار التصرف الرئيسي تصرفا كليا غير قابل للتقسيم أو كلا لا يتجزأ، وبالتالي إذا كان يمكن قبول دعوى تجاوز السلطة ضد هذه القرارات التي تساهم في تكوين قبول الإدارة، فإن هذه الدعوى ذاتها تستبعد ضد هذه القرارات نفسها إذا انتهت عملية إبرامه، لأن إثارة الدعوى ضد هذه القرارات يعتبر وفقا لنظرية الإدماج Théorie de L'incorporation مما لا يختص به قاضي الإلغاء، وإضافة إلى ذلك فقد استندت هذه النظرية على فكرتين أساسيتين:

1. وجود دعوى موازية: Un Recoure Parallèle.

بعد إبرام العقد يوجد طريق قضائي آخر للطعن يحقق ذات النتائج التي يحققها طريق الإلغاء وهو تحريك الدعوى أمام قاضي العقد، إذ يجوز الطعن بالقرار الذي ساهم في تكوين التعبير عن إرادة الإدارة أمام قاضي العقد الذي سيسحب بالضرورة آثار عدم مشروعية هذا القرار على الوجود القانوني للعقد نفسه، ولكن هذه الدعوى إذا كانت تصلح بالنسبة لأطرف العقد الذين يحق لهم أن يطرقوا باب محكمة قاضي العقد، فإنه لا تنطبق على مركز الغير المضار و صاحب المصلحة في إلغاء مثل هذا القرار الذي لا يحق له أن يثير الدعوى أمام قاضي العقد لأنه يعد من الغير ولا علاقة له به وفقا لمبدأ نسبية آثار العقود.[1]

2. وجود حقوق مكتسبة: Les Droits Acquis.

يؤدي إبرام العقد إلى تبلور المراكز القانونية لأطرافه وذلك بإنتاجه حقوقا مكتسبة، التي يمكن أن تتأثر إلى حد كبير فيما لو قبل الطعن ضد القرارات التي تساهم في تكوين التعبير عن إرادة الإدارة على أساس أنه لا يمكن تصور إلغاء مثل هذه القرارات دون أن

1: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان الطبعة الأولى 2005، ص231.

يرتب ذلك بطلان العقد ذاته وما رتبه من مراكز قانونية، غير أن السبب الحقيقي الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تبني هذه النظرية في القرن التاسع عشر يتجسد في جملة من الظروف الخاصة به، لأن تقسيم القضاء الإداري إلى قضاء إلغاء وقضاء كامل سنة 1764 وصدور قرر بلانكو الشهير الذي أرسى معيار المرفق العام لتوزيع الاختصاص، قد أدى إلى إحداث حيرة وبلبلة فيما يتعلق بالتصرفات النى تدخل في اختصاص القضاء الإداري، مما أدى إلى تبني المنهج التركيبي في سبيل إيجاد كتل قضائية اختصاصية Blocs des compétences وذلك بالاعتماد على مفهوم العملية، فإذا كانت العملية مما يدخل أساسا في اختصاص جهة قضاء معينة، فإن كل القرارات التي تدخل أو تساهم في بيان هذه العملية القانونية تختص به جهة القضاء النى تختص بالعملية ككل، ولكن مع بداية القرن العشرين ظهرت نظرية الدعوى الموازية، مما أدى إلى توسع مجال دعوى تجاوز السلطة حتى أصبحت هي الدعوى الأصل وأصح مجلس الدولة الفرنسي يبسط رقابته على القرارات الإدارية التنفيذية أيا كان موقعها، ولو كانت جزءا من عملية قانونية إدارية إضافة للأهداف الأخرى هناك هدف آخر لابتداع النظرية هو بسط الرقابة على القرارات الإدارية دون انتظار انتهاء عملية الإبرام، لأنه يترتب عليه بعض الآثار القانونية السلبية.

ثانيا: تعريف القرارات الإدارية المنفصلة.

القرار المنفصل هو قرار يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل ويختلف عنه في طبيعته، فهو قرار يسبق عملية الإبرام نظرا لأنه يمهد لها، فهو لا يدخل في نطاق الرابطة التعاقدية لذا يجوز الطعن فيه بالإلغاء استقلالا عن العقد.

والقرارات القابلة للانفصال هي عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها، أو السلطات العامة بصفة عامة في إطار عملية مركبة، مع إمكان تجنب هذه التصرفات لتمثل قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية ودون أن يؤثر على كيانها أن يحول دون ترتيب الآثار

القانونية المرجوة من ورائها ويبقى الأصل في ابتداع القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية هي تمكين غير المتعاقد من الطعن في هذه القرارات الماسة بالمصلحة الشخصية له، وبوصفه بعيد عن العملية العقدية فهو ليس طرفا فيها، إذ لا يمكن أن يلجأ إلى قاضي العقد، فيتم إعطاؤه هذه الفرصة للطعن في هذه القرارات من خلال مواعيد دعوى الإلغاء لتمكينه من الحفاظ على مصالحه من ناحية ووضع حد لإمكانية إثارة فكرة البطلان على الصفقة العمومية من ناحية أخرى.

أما بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة يمكن أن يسترد حقه في اللجوء لقضاء الإلغاء، إذا ما صدرت عن الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى، أي لم يستند في إصدارها بصفتها كمصلحة متعاقدة فيجوز له مثله مثل سائر المواطنين أن يطلب إلغاء تلك القرارات، إذا ما استوفى شروط طلب إلغائها[1]، و كذا نوعية هذا القرار إذا كان مفصلا أو متصلا بالعقد من حيث التنفيذ أو الإنهاء، إذ يدخل هذا النوع من القرارات في اختصاص قاضي العقد، لأن الهدف الأساسي من هذه الدعوى هو الحفاظ على الصفقة العمومية من الانهيار بسبب إلغاء أي إجراء من إجراءات التعاقد، فإذا انتهت هذه الآجال دون توجيه أي طعن قضائي، تحصنت الصفقة العمومية من البطلان حيث منح المشرع مددا تتمثل في آجال الطعن فإذا انتهت هذه الآجال دون توجيه أي طعن قضائي، تحصنت الصفقة العمومية من البطلان، حيث يعتمد القضاء الإداري في تحليله لهذه القرارات الإدارية التي تدخل في العملية العقدية على النحو التالي القرارات الصادرة عن الإدارة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد، هي قرارات تقبل الطعن بالإلغاء استقلالا عن الصفقة ذاتها، طالما أن هذه القرارات نهائية تغير في المراكز القانونية للأفراد أما الإجراءات والقرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة بعد إبرام الصفقة وتنفيذا لها لا تعتبر قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء، وإنما تعتبر إجراءات عقدية متصلة بجوهر الصفقة، وتدخل بالتالي في نطاق منازعات الصفقات العمومية باعتبارها

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ب ط، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 338.

تنتمي للقضاء الكامل وليس لقضاء الإلغاء، وهذا ما يدفعنا للتمييز بين القرارات التمهيدية، والقرارات التنفيذية وكذا التعرض ب لصور هذه القرارات الإدارية.[1]

ثالثا: صور القرارات الإدارية المنفصلة:

تأخذ القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية عدة صور منها ما يتصل بها، ومنها ما يتعلق بالمرحلة السابقة لإبرام الصفقة، ومنها ما يتعلق بالمرحلة اللاحقة [2]، وهذا ما سنتطرق له على النحو التالي:

1. القرارات الممهدة لإبرام الصفقة العمومية:

تعمل المصلحة المتعاقدة على إصدار هذه القرارات الإدارية أثناء المرحل التمهيدية للتعاقد، وتسمى بالقرارات المنفصلة والمستقلة، وهي قرارات نهائية تخضع لما يخضع له القرارات النهائية من أحكام في شأن طلب وقف تنفيذها وإلغائها، ومن أمثلة هذه القرارات ما يلي:

أ- قرار لجنة فتح الأظرفة:

بشكل عام فإن قرارات لجنة فتح الأظرفة في الغالب لا تعدو أن تكون قرارات تمهيدية تفتقد إلى صفة النهائية الواجب توافرها في القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، إلاّ إذا أصدرت هذه اللجنة قرارات نهائية، كما في حالة القرار الصادر باستبعاد عرض أحد الراغبين في التعاقد لعدم استيفائه للشروط القانونية، فإن مثل هذا القرار يمكن الطعن فيه بالإلغاء باعتباره يؤثر في المركز القانوني لصاحب العطاء المستبعد.

1: محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ب ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 54.
2: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص341.

ب- قرارات لجنة تقييم العروض:

تختص هذه اللجنة بإصدار قرار إرساء الصفقة، وباعتبار أن هذا القرار من القرارات المنفصلة عن العقد، فقد استقر القضاء الإداري على إخضاعه لاختصاص قاضي الإلغاء حيث يجوز لصاحب العرض المستبعد إقامة دعوى لإلغاء القرار الصادر عن هذه اللجنة.

ج- القرار الصادر بإبرام الصفقة:

القرار الصادر بإبرام الصفقة هو في حد ذاته قرار إداري يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد، باعتبار أنه في حال صدور هذا القرار فان الصفقة لا تكون قد انعقدت بعد، الأمر الذي يجعل من هذا القرار قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية، ويجوز الطعن فيه بالإلغاء بصفة مستقلة عن الصفقة إذا توافرت الشروط المقررة لذلك.

أما إذا كانت الإدارة تتمتع في إبرامها للصفقات العمومية بسلطة تقديرية، و إن اقتضت المصلحة العامة عدم إتمامه، فان قرارها لا يعد قرارا إداريا يجوز الطعن فيه بالإلغاء، إلا إذا خالف القانون أو صدر مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة باعتبار أن هذا العيب يشكل قيدا على سلطة الإدارة التقديرية[1]، ومن هنا يتضح لنا أهمية نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، كونها تسمح لغير المتعاقدين الطعن في القرارات الإدارية المعيبة والتي أدت إلى إبرام هذا العقد، غير أن المشكل هنا يتعلق بالمدة التي يستغرقها قاضي الإلغاء للنظر في هذه القرارات والتي تعتبر نوعا ما طويلة مقارنة بسرعة العملية التعاقدية، فهل يجوز هنا وقف تنفيذ القرار الإداري محل الطعن بصفة استعجالية؟

إنّ القضاء الإداري قد ردّ بالإيجاب على هذه الإشكالية، إذ أنه يطبق نفس قواعد إجراءات وقف تنفيذ القرارات الإدارية العادية على القرارات الإدارية المنفصلة، لكن بشرط أن تتوافر عناصر القرار الإداري من جهة، وان تتم إجراءات الطعن في الميعاد الزمني

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 342.

المحدد قانونا من جهة أخرى، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان حكم القاضي بعدم قبول طلب وقف التنفيذ.

وإضافة إلى هذا يجب أن يتوفر في طلب وقف التنفيذ ركنين مهمين ألا وهما ركن الاستعجال وركن الجدية [1]، ويعرف الاستعجال على أنه ضرورة ملحة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه من مضي الوقت وهو حالة مرنة غير محددة، فظواهر الاستعجال متعددة ومختلفة من حالة لأخرى، فأينما لمس القاضي الإداري.

هذه الضرورة كان تصديه للطلب جائزا، أما ركن الجدية فيعني أن يبحث القاضي في الموضوع من ظاهر أوراق الدعوى فقط ليتأكد من أن القرار المطلوب وقف تنفيذه مرجح للإلغاء وهو ما يتنافى مع طبيعة النزاع المستعجل في نطاق العقود الإدارية، وإضافة إلى هذه الشروط يجب ألا يمس القاضي الإداري عند نظره لطلب وقف التنفيذ بأصل الحق، وهذا ما نصت عليه المادة 918 من ق. إ. م. إ [2]: « يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، ولا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال».

2. القرارات المتصلة بالصفقة العمومية.

هذه القرارات لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء بحكم أنها ليست مستقلة عن العقد الإداري وإنما هي متصلة وهذا النوع من القرارات يدخل ضمن العملية العقدية المركبة، وهو ما يعرف بالقرارات التنفيذية كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد مع الإدارة أو بفسخ الصفقة كلها، حيث يختص بالنظر في مثل هذه القرارات القضاء الكامل. [3]

1: محمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، التطبيق العملي، المبادئ والأسس الإدارية والدولية، العقود الإدارية العامة، ب ط، منشاة المعارف، مصر 1998، ص 125.

2: القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن ق. ا. م. ا، العدد 21- 2008.

3: محمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 126.

الفرع الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء والآثار المترتبة عليها.

يتعين لقبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة توافر شروط معينة مثلها مثل القرارات الإدارية العادية، ولكن التساؤل الذي يطرح في هذه الحالة ما هي الآثار القانونية المترتبة على الصفقة العمومية في حالة إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة؟ وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

أولا: شروط قبول دعوى الإلغاء.

لابد أن تتوافر في دعوى الإلغاء شروط شكلية وشروط موضوعية من أجل قبول إلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة.

I. الشروط الشكلية:

يقصد بالشروط الشكلية مجموعة الشروط الواجب توافرها حتى يمكن لجهة القضاء المختص بدعوى الإلغاء أن ينعقد لها الاختصاص، وبالتالي قبول النظر والفصل فيها من الناحية الموضوعية، إذ لهذه الشروط أهمية كبرى، لأنه بتخلف شرط منها يعرض الدعوى لعدم القبول شكلا وبالتالي عدم النظر في الموضوع وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- أن تكون دعوى الإلغاء منصبة على قرار إداري نهائي له مواصفات القرار الإداري المنفصل وليس ضد العقد ذاته.
- شرط التظلم الإداري المسبق، ورفعه في الميعاد القانوني.
- شرط توافر الصفة والمصلحة في رافع الدعوى. [1]

وسنتناول بشرح كل شرط في مجال الصفقات العمومية:

1: عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص159.

1. شرط أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري منفصل:

القرار الإداري المنفصل شأنه شأن كافة القرارات الإدارية بمفهومها القانوني[1]، ويعرف القرار الإداري على أنه عمل قانوني صادر عن سلطة إدارية مختصة بإرادتها المنفردة والملزمة وهذا بقصد إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية يهدف تحقيق المصلحة العامة [2]، ومن خلال هذا التعريف تتضح خصائص القرار الإداري والمتمثلة فيما يلي:

أ. **القرار الإداري عمل قانوني:** أي كل التصرفات المادية للإدارة لا تعتبر قرارات إدارية وإنما يمكن في هذه الحالة رفع تظلم ضدها والذي يؤدي إلى إنشاء قرار إداري سواء برد الإدارة عليه أو سكوتها.

ب. **القرار الإداري هو عمل قانوني انفرادي:** أي يصدر بإرادة الإدارة المنفردة على خلاف العقد الذي ينشأ بناءا على توافق إرادتين.

ج. **القرار الإداري هو عمل يمس بمركز قانوني:** وهي النقطة الأساسية المميزة للقرار الإداري عن الأعمال القانونية الأخرى، وتضم هذه الميزة عنصرين يتمثلان فيما يلي:

- **العنصر الأول:** ضرورة أن يكون القرار قابل للتنفيذ مباشرة دون اللجوء إلى القضاء.
- **العنصر الثاني:** مدى إلحاق الضرر بالمعني بالقرار الإداري، وأن يكون القرار الإداري نهائيا وباتا، أي دون الحاجة إلى التصديق من جهة تعلو سلطة إصداره.

ومن ثم فإن نهائية القرار الإداري يحددها الأثر المتولد عنه، فإذا كان هذا الأثر من الجائز ترتيبه في الحال دون انتظار إجراء آخر كان القرار نهائي، أما إذا توقف ترتيب هذا الأثر على إجراء لاحق يتعين القيام به حتى يكون القرار نافذا كالتصديق فقد هذا القرار صفة النهائية، حيث يصبح مجرد اقتراح بإصدار قرار إداري.

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص344.

2: عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص357.

ومن ثم لا يكون محلا لدعوى الإلغاء، شأنه في ذلك شأن الأعمال الإدارية التي ليست لها صفة القرار الإداري، ومن أمثلة ذلك الأعمال التحضيرية النى تسبق إصدار القرار الإداري، كالآراء والاقتراحات والاستعلامات والتصريحات[1]، كما يضاف إليها الأعمال اللاحقة للقرار الإداري التي تهدف إلى تنفيذه، والأعمال التنظيمية الداخلية للإدارة والمتمثلة في التعليمات والمنشورات، و الأعمال التمهيدية المتمثلة في الإنذارات، والأعمال النموذجية المتمثلة في العقود النموذجية، وإضافة إلى كن هذه الأعمال هناك أعمال السيادة النى تتضمن جميع عناصر القرار الإداري لكتها تخرج عن نطاق الرقابة القضائية الإدارية وأهم صفة أو خاصية يتميز بها هذا القرار الإداري أن يكون مما يقبل الانفصال عن العقد كما سبق تبيانه و يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مشروعية القرار الإداري تحت طائلة عدم القبول، القرار الإداري المطعون فيه، ما لم يوجد مانع مبرر، و إذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعى من القرار المطعون فيه أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة و يستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع.

صدور القرار عن الإدارة بوصفها سلطة عامة: حتى يكون هذا القرار المنفصل محلا لدعوى الإلغاء يتعين أن تصدر الإدارة بوصفها سلطة عامة أي تستند في إصداره إلى القوانين واللوائح التي تخولها هذا الحق.

2.شرط التظلم الإداري السابق:

يعتبر التظلم وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية الذاتية، وكذلك وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية وديا دون اللجوء للقضاء، وللتظلم أربعة أنواع:

أ. التظلم الولائي: والذي يقدم إلى نفس الجهة التي أصدرت القرار الإداري المنفصل.

1: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص65.

ب. **التظلم الرئاسي:** الذي يقدم إلى السلطة التي ترأس من أصدر القرار الإداري المنفصل.

ج. **التظلم الوصائي:** عندما يقدم أمام السلطات المركزية الوصية المختصة بالرقابة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري.

د. **التظلم الإداري شبه قضائي:** إذ يكون هذا التظلم في شكل شكوى أو طعن أمام لجان الصفقات العمومية.

ولكن الإشكالية التي تطرح هل التظلم هو اختياري أم إجباري في مجال الصفقات العمومية؟

بالرجوع لنص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام [1]، نجدها تنص على ما يلي: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة....."

ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى والمحددة في المادتين 173 و184 أدناه....."

ما يمكن استنتاجه من خلال هذه المادة أن التظلم الإداري في مجال المنازعات الإدارية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية هو اختياري وليس إلزامي وذلك على أساس كلمة يمكن.

1: المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في16 سبتمبر2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، العدد 50 لسنة 2015.

3.شرط الميعاد في دعوى الإلغاء:

حرصا على استقرار الأوضاع الإدارية، فإن دعوى الإلغاء مقيدة بنطاق زمني، ومن هنا يشترط لقبولها أن ترفع خلال المدة التي حددها القانون، ويعد شرط الميعاد من النظام العام لا يجوز مخالفته، ويمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارته في أي مرحلة كان عليها النزاع.

وبالرجوع للقانون رقم 09/08 المتضمن ق. إ. م. إ الجديد، فقد حدد آجالا للدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية والدعوى المرفوعة أمام مجلس الدولة:

أ. ميعاد دعوى الإلغاء المرفوعة أمام المحكمة الإدارية:

طبقا للمادة 829 من القانون المذكور فإن أجل رفع الدعوى حدد بأربعة أشهر تسري من تاريخ تبليغ القرار الفردي أو من تاريخ نشر القرار الجماعي أو التنظيمي، أما فيما يخص بالتظلم فهو جوازي كما سبق أن بيّنا ذلك، إذ هنا نعمل على توظيف قاعدة الخاص يقيد العام، بحيث التظلم يأخذ بالمواعيد الواردة في نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره، بحيث حددت تلك المدة 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة، وبعد ذلك يحدد المدة التي تلتزم اللجنة المختصة بالرد خلالها وهي 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه، إذ لا يمكن عرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته، إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة، لتقديم الطعن ودراسته من طرف لجنة الصفقات المختصة وتبليغه.

ولما كان القرار الإداري المنفصل مثله مثل القرار الإداري يتسم بالطابع التنفيذي فإن الطعن القضائي المرفوع أمام المحكمة لا يوقف سريان القرار، فإذا رغب المعني توقيف القرار تعين عليه رفع دعوى في الموضوع أمام المحكمة الإدارية، ثم يعقبها بدعوى وقف قرار إداري أمام نفس الجهة تحت طائلة عدم قبول الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة

834 من ق.إ.م.إ، ويفصل في دعوى الوقف بقرار مسبب ويبلغ للجهة الإدارية المعنية خلال 24 ساعة من إصداره، ويخضع هذا الأمر للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ. [1]

ب. ميعاد دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة:

طبقا للمادة 901 من ق. إ. م. إ فإن دعوى الإلغاء قد ترفع ابتدائيا ونهائيا أمام مجلس الدولة، إذا كان يتعلق الأمر بدعوى ترفع ضد قرار وزاري أو مرسوم تنفيذي صادر عن الوزير الأول.

وهذا ما نجده فيما يخص الصفقات التي تكون من اختصاص السلطات المركزية، إذ نجد المشرع قد أحال فيما يخص بالميعاد من المواد 829 إلى 832 من نفس القانون الجديد أي الميعاد هو 04 أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، ويجوز تقديم التظلم إلى لجنة الطعن المختصة من أجل النظر في هذا التظلم مع العلم أنه جوازي.

أما بالنسبة لوقف القرار الإداري المنفصل، فعلى الراغب في ذلك أن يرفع دعوى في الموضوع ثم أمام نفس الجهة القضائية يقوم برفع دعوى إستعجالية لتوقيف سريان القرار، وهذا ما نصت عليه المادة 910 من نفس القانون المذكور.

والجدير بالإشارة أن ميعاد 04 أشهر ينقطع في الحالات التالية طبقا للمادة 832 من ق. إ. م. إ:

- الطعن أمام جهة قضائية غير مختصة.
- طلب المساعدة القضائية.
- وفاة المدعي أو تغير أهليته.
- القوة القاهرة.

1: المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق.

ج. شروط المصلحة في دعوى الإلغاء:

تعتبر المصلحة من المبادئ الأساسية في مجال التقاضي إذ لا دعوى بغير مصلحة، فالمصلحة هي الهدف من رفع الدعوى لذا ينبغي على كل رافع لدعوى ما أن تكون له مصلحة في إثارة النزاع وعدم توافر هذه الأخيرة يعرض الدعوى لعدم القبول.

وتختلف فكرة المصلحة في دعوى الإلغاء عن المصلحة في الخصومة المدنية لأن دعوى الإلغاء هي دعوى عينية، وبالتالي تعمل على حماية مبدأ المشروعية وسيادة القانون، وهي وسيلة للرقابة على أعمال الإدارة أكثر من كونها وسيلة لدفع الاعتداء عن حق شخصي وبالتالي فإن شرط المصلحة في دعوى الإلغاء له طبيعة خاصة.

فيكفي لقبولها مجرد وجود مصلحة يمسها القرار الإداري المطلوب إلغاؤه، ويتسم شرط المصلحة في هذه الدعوى بنوع من المرونة والاتساع تسهيلا وتشجيعا من أجل تطبيقها من طرف الأفراد، وذلك حماية لمبدأ المشروعية، وتأكيدا وحماية لمصالح وحقوق الأفراد في مواجهة القرارات الإدارية.

وتختلف المصلحة عن الصفة من حيث أن الصفة هي إمكانية رفعها قانونا أو هي الصلاحية للتقاضي أمام القضاء كطرف في الدعوى، أما المصلحة فهي الفائدة العملية التي يريد المدعى تحقيقها.

II. الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط في أسباب وحالات الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة، وهي ما يطلق عليها بعيوب القرار الإداري، وفي حقيقة الأمر فإنّ هذه الشروط لا تعتبر شروطا لرفع دعوى الإلغاء، وإنما هي شروط لقبولها [1] إذ يتم إلغاء القرار الإداري المنفصل بناءا على أسباب ترجع إلى عدم مشروعيته الداخلية والخارجية.

1: عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص95.

1.عدم المشروعية الخارجية:

نكون أمام حالة عدم المشروعية الخارجية إذا ما تم الطعن في القرار الإداري انطلاقا من ركن الاختصاص، أو ركن الشكل والإجراءات:

أ. **عيب عدم الاختصاص:**

يعرف الاختصاص في القرارات الإدارية بأنه الصفة القانونية أو القدرة القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة على نحو يعتد به قانونا[1]، ويمكن تعريف عيب عدم الاختصاص، بأنه العيب الذي يتصل بأي شروط صحة القرار الإداري ويتمثل في صدور القرار عن جهة إدارية أو موظف غير مختص قانونا بإصداره وفقا لما يقرره القضاء الإداري، ومن ثم يؤدي إلى إعدام القرار، ولهذا يعتبر عيب عدم الاختصاص من العيوب الجوهرية التي تشوب القرار الإداري فهو يمتاز بأنه الوجه الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام.

وينقسم هذا العيب إلى ثلاثة صور:

- **عيب عدم الاختصاص الموضوعي.**

ويتحقق هذا العيب إذا أصدرت جهة إدارية قرارها في موضوع لا تملك قانونا إصدار القرار بشأنه، وذلك يشمل الحالات التالية:

▪اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية موازية لها في الدرجة ولا ترتبط بها لا بعلاقة رقابية ولا رئاسية ومثال ذلك قيام وزير التجارة بإبرام صفقة عمومية في مجال قطاع الطاقة والمناجم، وهنا يكون في إصدار قرار إبرام الصفقة اعتداء على اختصاص وزير قطاع الطاقة والمناجم، وبالتالي فهو قرار معيب اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أعلى منها.

1: عمار عوابدي القانون الإداري، النشاط الإداري، المرجع السابق، ص117.

▪صدور القرار بناءا على تفويض أو حلول مخالف للقانون، وفي ذلك نجد أن تنظيم الصفقات العمومية قد خول السلطات التي أعطاها صلاحية إبرام صفقات عمومية في نص المادة 04 فقرة أولى منه حق تفويض صلاحياتها في إبرام الصفقات العمومية وذلك طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة التي جاء فيها: "يمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها." [1]

أما الحلول فانه يقع عندما يغيب صاحب الاختصاص عن عمله ليحل محله شخص ويشترط في كل من التفويض والحلول أن يحدث بشكل قانوني حتى لا يكون القرار معيبا بعيب عدم الاختصاص الموضوعي.

- عيب عدم الاختصاص المكاني:

ركن الاختصاص في القرارات الإدارية عنصر مكاني، يقصد به تحديد وحصر الحدود المكانية التي يجوز لرجل السلطة الإدارية المختص أن يمارس في نطاقها وحدودها اختصاصه بإصدار قرارات إدارية ويكون هذا القرار الإداري معيبا بعيب عدم الاختصاص المكاني وفي مجال الصفقات العمومية مثلا إذا قام والي ولاية سيدي بلعباس بإبرام صفقة عمومية تخص ولاية معسكر فهذه الأخيرة هي من اختصاص والي ولاية معسكر.

- عيب عدم الاختصاص الزماني:

لركن الاختصاص في القرارات الإدارية أيضا عنصر زماني يقصد به تحديد المدة الزمنية لسلطة إدارية مختصة لممارسة اختصاصها، والتي يجوز لها خلالها إصدار قرارات إدارية مثلا مداولات المجالس الشعبية الولائية والبلدية ومدة تعيين الولاة والوزراء والمدراء العامون للمؤسسات.

1: المادة 4 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ب. عيب الشكل والإجراءات:

- الشكل:

والذي يقصد به إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقا للشكل والتدابير التي حددها القانون، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بشكل أو إجراء عند إصدارها للقرار الإداري ما لم يقيدها النص بشكل أو بإجراء معين، حيث يفترض في القرار الإداري المنفصل أنه يصدر وفقا لشكليات معينة، ككتابته في وثيقة والتوقيع عليه وتاريخ صدوره وتبليغ المخاطبين به، وهذه الشكليات قد تكون جوهرية أو ثانوية، و معيار التمييز بينها هو مدى تدخل المشرع والنص على إلزاميتها، وكذا قيمة المصلحة التي تحميها، وبطبيعة الحال فان الشكليات الثانوية لا تؤدي إلى إلغاء القرار الإداري.

- الإجراءات:

إن الإجراءات التي تسبق صدور القرار الإداري كالإجراء الاستشاري، أو احترام مواعيد إصداره أو التقيد بنظام المداولات، واتخاذ جميع الإجراءات اللازمة من أجل إبرام الصفقات العمومية من خلال طرح المناقصة في الجرائد اليومية، لتلقي العروض أمام لجنة فتح الأظرفة ثم لجنة تقييم العروض، فإذا تخلف أي إجراء من هذه الإجراءات الجوهرية كان القرار الصادر بإبرام الصفقة العمومية معيبا بعيب في الإجراءات، وبالتالي يكون محلا للطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري.

2. عيب المشروعية الداخلية:

يكون القرار الإداري المنفصل مشوبا بعيب المشروعية الداخلية إذا أثيرت أمام القاضي الإداري مسائل تتعلق بجوهر القرار الإداري المطعون فيه من حيث المحل، السبب أو ركن الهدف[1]، إذ نتطرق لكل عيب من هذه العيوب المتعلقة به.

1: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 641.

أ. **عيب مخالفة القانون في القرار الإداري المنفصل La loi la deviolation :**

هو العيب الذي يلحق بعنصر المحل في القرار الإداري إذ يشترط لصحة ومشروعية القرار أن يكون محله أي مضمون الأثر الذي أحدثه القرار جائز أو ممكنا قانونا.

وعلى ذلك يرتبط محل القرار الإداري بوجه مخالفة القانون ويقصد بهذا الارتباط أو الموافقة التطابق لمجموعة القواعد القانونية سواء كانت هذه القواعد مدونة أو غير مدونة وذلك تبعا لمبدأ تدرجها[1] وتظهر عيوب المحل أو مخالفة القانون في القرار الإداري إذا كانت هناك مخالفة مباشرة لقاعدة قانونية أو ارتكاب خطا في تفسير أو تطبيق القانون.[2]

- المخالفة المباشرة لقاعدة قانونية:

وفي هذه الحالة قد تكون المخالفة إما ايجابية أو سلبية، فالمخالفة السلبية تتحقق عندما تمتنع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية أو أن ترفض تنفيذ ما تفرضه القواعد القانونية من التزامات قانونية وفي هذه الحالة على طالب الإلغاء أن يثبت قيام القاعدة القانونية وتجاهل الإدارة لها[3] فمثلا تنص المادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية[4] والتي تحدد السعر أو الحد المالي الأدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية حيث يفوق 12 مليون دج لصفقة الأشغال واللوازم و6 مليون للدراسات والخدمات ومخالفة هذا الحد عند التعاقد يجعل القرار الإداري المنفصل بالمنح المؤقت أو بإبرام الصفقة مخالفا للقانون.

- الخطأ في تفسير القانون:

وهو عندما تقوم الإدارة بتفسير خاطئ للقانون وهو نوعان:

1: جمال عباس (عثمان)، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي، الإسكندرية، 2006، ص209.

2: Bergeal (Catherine)، Lenica(frederic) contentieux des marches publics, Imprimerie nationale، Editions ,Paris P35.

3: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 719.

4: المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- **خطأ عمدي في تفسير القانون:** ويقصد به أن تلجأ الإدارة إلى التحايل فتقوم بتفسير القواعد القانونية تفسيرا خاطئا عن عمد.
- **خطأ غير عمدي في تفسير القانون:** فتقع فيه الادارة إذا كان فعلا هناك غموض وايهام في النصوص القانونية مما يجعل رجل الادارة يقوم بتفسيرها على غير المقصود قانونا.[1]

- الخطأ في تطبيق القانون.

يجب على الجهة الإدارية الا تطبق قواعد القانون إلا إذا تحققت الوقائع الموجبة لتطبيق نصوص ذلك القانون وعلى ذلك إذا طبقت الجهة الإدارية قاعدة قانونية على حالة غير الحالة التي قصدها النص القانوني أو في حالة عدم توافر الشروط اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية كان قرارها مشوبا بعيب مخالفة القانون. [2]

ب- عيب الانحراف في استعمال السلطة Le détournement de pouvoir:

يصيب القرار الإداري عيب الانحراف في استعمال السلطة إذا كانت السلطة مصدرة القرار الإداري تستهدف غرضا أو أغراضا غبر تلك التي منحت للسلطة الإدارية مصدرة القرار، إذ يعتبر هذا العيب من أكثر العيوب صعوبة لاكتشافها من قبل القاضي الإداري[3] التي تأخذ في الواقع صوريين أساسيتين هما:

- **المصلحة العامة:**

يجب أن يسعى القرار الإداري إلى تحقيق المصلحة العامة، أما إذا كان هدف رجل الإدارة من إصداره القرار الإداري تحقيق نفع سياسي أو مادي أو محاباة للغير دون تحقيق المصلحة العامة كان قراره معيبا بعيب انحراف السلطة مما يقتضي إلغائه والمثال على ذلك

1: عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 125.

2: جمال عباس (عثمان)، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص211.

3: عمار عوابدي، القانون الإداري، المرجع نفسه، ص177.

ان تصدر المصلحة المتعاقدة قرارا بإلغاء صفقة عمومية لعدم جدواها تأسيسا على بقاء عرض واحد فقط مطابق للشروط والمواصفات القانونية، لكن نية واردة المصلحة المتعاقدة هي حرمان مؤسسة ما صاحبة عطاء تتوفر على الشروط والمواصفات رغبة منها بالتعاقد مع مؤسسة أخرى لا تتوافر على الشروط والمواصفات.[1]

- **قاعدة تخصيص الأهداف:**

يجب على السلطة الإدارية أن تسعى إلى تحقيق الهدف المحدد بنص القانون في سياق إصدارها لقرار إداري ما، حيث تكون منحرفة في استعمال السلطة إذا حادت عن الهدف حتى ولو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

ج- عيب السبب:

يعتبر السبب في القرار الإداري الحالة القانونية أو الواقعية التي تسوغ إصدار هذا القرار الإداري من قبل الإدارة، ويبقى هذا السبب متعلقا بمدى سلطة الإدارة وإرادتها فيما إذا كانت مقيدة أو تتمتع بسلطة تقديرية في اتخاذ القرار الإداري. [2]

وما نلاحظه أن سلطة الإدارة في إصدار القرار الإداري القاضي بإبرام الصفقة العمومية هي مقيدة بنصوص قانونية واعتبارات واقعية، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتجاوزها، فبمجرد توافر الشروط الواجب توافرها في المتعامل مع الإدارة تصدر القرار الإداري المنفصل، إذ يجب أن يكون هذا السبب موجودا وقائما وقت اتخاذ القرار الإداري وان يكون مشروعا، ولقد حددت صور عيب السبب على النحو التالي:

- انعدام الوجود المادي للواقعة.
- الخطأ في الوصف والتكييف القانونيين للواقعة.

1: Bergeal (Catherine), Lenica (frederic) , Op cit , P35.

2: عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 198 وما بعدها.

- عدم تناسب مضمون القرار الإداري مع الوقائع النى استند عليها، وهو ما يعرف برقابة الملائمة، حيث وسع القضاء الإداري الفرنسي رقابته لتطال جوانب الملائمة لاسيما في مجال التأديب الإداري، والقرارات الإدارية ذات العلاقة بالحريات العامة كما هو الشأن في الضبط الإداري.

ويراقب قاضي الإلغاء عيب السبب في القرار الإداري من خلال جملة عناصر اكتشفها القضاء المقارن كما يلي:

- **رقابة قاضي الإلغاء للوجود المادي للوقائع.**

أي يراقب الوجود المادي أو الفعلي للحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى إصدار القرار كأن يتأكد من أن السبب الذي أدى إلى إرساء الصفقة العمومية على صاحب العطاء هو توافر جميع المعايير التقنية والمالية في عطائه فان لم توجد هذه المؤهلات قضى بإلغاء القرار لعيب في تسبيبه.

- **رقابة قاضي الإلغاء للوجود القانوني للوقائع.**

بعد مراقبة الوجود المادي للوقائع، يقوم قاضي الإلغاء بالتأكد من الوجود القانوني الصحيح للوقائع، فقد تقوم الإدارة بتكييف الوقائع تكييفا خاطئا وعلى أساسه تصدر قرارها الإداري.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في العديد من القرارات ومنها حكمها المؤرخ في 5 نوفمبر 1955، حيث تقول فيه ".....لا تتدخل الإدارة لتوقيع الجزاء إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها، وللقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع....." [1]

1: محمد جعفر الهاشمي(رشا)، الرقابة القضائية على السلطة الإدارية في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص166.

وما بجدر لفت الانتباه إليه هو انه في مجال القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية، فإن قاضي الإلغاء يتأكد من الوجود المادي للحالة القانونية او الواقعية التي اتخذت على أساس القرار الإداري وصحة تكييف هذه الوقائع دون رقابة على ملائمة القرار الإداري للوقائع، لأن هذه الرقابة تتعلق بالقرارات التأديبية، والقرارات المتعلقة بالحريات العامة حسبما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي.

وبعد حصر الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لإلغاء القرار الإداري المنفصل، سنصل إلى إشكالية جوهرية هي مدى حجية القرار القضائي القاضي بإلغاء القرار المنفصل على الصفقة العمومية في حد ذاته.

ثانيا: آثار إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على إبرام الصفقات العمومية:

تختلف آثار إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للصفقة وفقا للمرحلة التي وصلت إليها، فإذا لم تصل إلى مرحلة الإبرام، يكون أثر الإلغاء مطلقا لأن ذلك الحكم القضائي يكتسب حجية الشيء المقضي به، لكن هذه الفرضية تكاد تكون مجرد افتراض فقط، لأن البطء في الإجراءات القضائية واتخاذ الأحكام القضائية يؤدي إلى عدم إبرام الصفقات العمومية حتى لحظة صدور الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل.

وقد تدارك المشرع الفرنسي هذه الثغرة من خلال نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، وذلك بالنص صراحة على إمكانية وقف إبرام الصفقة العمومية حتى البث في القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة.

وما نلاحظه أن المشرع الجزائري هو أيضا قد تدارك هذه الثغرة في ق. إ. م. إ وذلك بغرض الحد من المطالبة بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ليتم التأثير على الصفقة العمومية بعد إبرامها والبدء في تنفيذها، فهذا الحل هو احترازي وقائي وهذا ما نصت عليه المادتين 946-947 من ق. أ. م. إ.

ولكن الإشكالية التي تثور في هذه الحالة تتمثل في الحكم القانوني إذا ما تم إبرام الصفقة قبل صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل؟

لقد استقر الاجتهاد منذ زمن على بقاء الصفقة حيز الوجود القانوني على الرغم من إلغاء القرار المنفصل، ما لم يتمسك به أحد الطرفين ويطالب بإبطالها بناء على إلغاء القرار المنفصل [1]، لأن إلغاء هذا الأخير لا ينصب سوى على القرار، دون أن يمتد أثر حكم الإلغاء إلى الصفقة العمومية التي تساهم القرار الإداري محل الإلغاء في تكوينه حيث تبقى رغم ذلك صحيحة. وأساس ذلك أن القرارات الإدارية المنفصلة وإن كانت تدخل في تكوين الصفقة وتمهد لإبرامها إلا إن لها عملا مستقلا ومنفصلا عن عملية التعاقد التي لا تخضع لاختصاص قاضي الإلغاء.[2]

إن الآثار القانونية المترتبة على إلغاء القرارات المنفصلة هي تختلف من زاوية أطراف العقد ومن زاوية الغير.

1-بالنسبة لأطراف الصفقة:

يمكن لطرفي الصفقة العمومية اتخاذ أحد الحلين: إما تعديل كافة الأوضاع القانونية وفقا لما يقضي به حكم الإلغاء، وإما فسخ الصفقة العمومية القديمة وإبرام صفقة جديدة مستوفية لكافة الشروط القانونية التي افتقدت سابقا، بحيث بإمكانهما الاتفاق على ذلك، وبالتالي يتقدم أحد الطرفين لقاضي العقد من أجل المطالبة بسحب نتائج الإلغاء على القرار المنفصل، وبالتالي يكون القاضي الإداري ملزما بالتمسك بقوة الشيء المقضي به وإبطال الصفقة وفقا لعدم مشروعيتها، ولكن هذا البطلان لا بد أن يكون حسب السبب الذي برر

1: محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، المرجع السابق، ص123.

2: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 345.

الإلغاء، فإذا كان السبب راجع إلى مخالفة الشروط التعاقدية للقانون، فإن الإلغاء يترتب عليه البطلان، لأن لا مشروعية العقد هي التي سببت لا مشروعية القرار الإداري المنفصل. [1]

وفي هذه الحالة بالذات نذكر على سبيل الاستشهاد ثلاث حالات فقط يؤدي إلغاء القرار المنفصل إلى بطلان الصفقات العمومية وهي:

أ: إذا أبرمت الصفقة العمومية بواسطة سلطة غير مختصة:

ثار جدال فقهي حول مدى جسامة عدم مشروعية الصفقات العمومية لمخالفتها قواعد الاختصاص، حيث ذهب البعض إلى اعتبار الصفقة منعدمة وليست باطلة فحسب، إذا كان توقيعها من سلطة غير مختصة، وكذلك حالة التفويض بالتوقيع إذا تجاوز حدود التفويض، أما البعض الآخر فيعتبر الصفقة التي يوقعها موظف غير مختص انها باطلة بطلانا مطلقا لتعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام.

ب: في حالة تخلف الإذن بالتعاقد:

قد يستلزم المشرع قبل إبرام بعض الصفقات العمومية صدور إذن أو تصريح بالتعاقد من جهة معينة، وفي هذه الحالة يحظر على المصلحة المتعاقدة السير في إجراءات التعاقد قبل الحصول على الإذن، حيث يكون ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية في حالة اشتراطه، فإذا تخلف فلا وجود للصفقة التي تصبح باطلة بطلانا مطلقا لأنها تتعلق بالمصلحة العامة.

ج: خطأ المتعاقد في اختيار وسيلة التعاقد:

إنّ القاعدة العامة في قانون الصفقات العمومية الجزائري هي أنّ تتم عملية الإبرام وفق أسلوب طلب العروض، وأن لا يتم اللجوء إلى أسلوب التراضي إلاّ في الحالات المحددة في هذا الأخير على سبيل الحصر، فإذا خرجت المصلحة المتعاقدة عن هذه القواعد أعتبر عملها غير مشروع يوجب إبطال الصفقة.

1: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص25.

ولكن الإشكال يطرح في حالة ما إذا تعلقت بالصفقة المبرمة وفق أسلوب مخالفا للقانون، فهنا لا تؤثر هذه المخالفة على الصفقة ولا تؤدي إلى إبطالها كون أن هذا المتعاقد غير مسئول عن مخالفة المصلحة المتعاقدة للقانون، ولكن يبقى الغير الخارج عن الرابطة التعاقدية المطالبة بالتعويض من الإدارة إذا ما لحقه ضرر، وذلك على أساس الخطأ التقصيري وإما على أساس الإثراء بلا سبب.

إضافة لذلك يختلف الحل حسب الطبيعة القابلة أو غير القابلة للتجزئة، إذ يكون البطلان جزئيا فيها يبطل من الصفقة إلا بمقدار ما ألغي من القرار، بمعنى أنه يجب أن يكون هناك تناسب بين الجزء الملغى للقرار المنفصل والشروط التي أدت إلى هذا الإلغاء.

أما إذا ألغي القرار استثناءا لعيب خاص به، فهنا يجب معاينة مدى العلاقة الموجودة بين القرار والصفقة، فإذا كان هذا القرار هو قرار توقيعها فلا مجال للحديث عن صحة الصفقة وإنما تبطل بطلانا مطلقا، لأن الارتباط بينهما قوي جدا، أما إذا كان غير قرار التوقيع، فهنا نرجع للعلاقة التأثيرية بين القرار والصفقة ونظرا لتعقد هذه المسألة اقترح الفقه الفرنسي معيار لمعرفة تأثير القرار على الصفقة، فإذا كان التأثير جوهريا يجب إبطالها أما إذا كان التأثير غير جوهري فيجوز إبطالها.

2- بالنسبة للغير:

إذا حصل الغير على إلغاء عمل منفصل عن الصفقة العمومية، فإن هذا الإلغاء معرض لأن يبقى بلا أثر، لأنه لكي تستطيع سحب نتائج الإلغاء على الوجود القانوني للصفقة لابد من دخول محكمة قاضي العقد، وهذه الأخيرة لا يمكن أن يطرق أبوابها إلا المتعاقدين عملا بقاعدة نسبية آثار العقود، وهذا يعني أن الغير ذو المصلحة في إلغاء القرار المنفصل ومن ثم في إبطال الصفقة، سيتوقف مصيره على انتظار النوايا الحسنة للمتعاقدين، فإذا لم يعط الأطراف أي أثر لحكم الإلغاء الصادر عن طرق امتناعهم عن إثارة دعوى البطلان أمام قاضي العقد، فإن هذه الصفقة تبقى مستمرة لأنّ مشروعيتها لم

تطرح أمام القاضي الوحيد المختص بتقرير بطلانها[1]، وبذلك فإن النتائج العملية لإلغاء القرار المنفصل تعتمد على إرادة الأطراف المتعاقدة، مع أن إرادتهم مرتبطة بمصلحتهم التي قد تقتضي المحافظة على المراكز القانونية التي نتجت عن الصفقة المهددة، كما أن إرادتهم تفضل عدم استئناف الإجراءات التعاقدية مرة أخرى.

وبالنتيجة فإن اقتصار دور قاضي الإلغاء على تقدير قيمة القرارات المنفصلة عن الصفقة دون أن تمتد رقابته إلى إمكانية البحث عن قيمة الصفقة في حد ذاتها، لا يحول دون مطالبة الأطراف ببطلانها استنادا إلى إلغاء القرار المنفصل، مما تبقى إمكانية انعكاس أثر إلغاء القرار المنفصل عليها أمر نظريا بحتا.

وهذه النتيجة المفاجئة ما هي إلا انعكاسا للفلسفة التي قامت عليها نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، والمتمثلة في التوفيق بين الحقوق المكتسبة وحق المواطن وهو الغير في التقاضي وتجسيدا لمبدأ المشروعية من جهة والتنسيق بين قاضي الإلغاء وقاضي العقد من جهة أخرى.

هذا التوجه يشبه إلى حد كبير إنكار العدالة، ومن الأساتذة الذين انتقدوا هذه النتيجة هو فلام "Flamme" إذ نعت هذه النظرية بأنها ناقصة في بنائها الفكري القانوني، لأنه ليس من المنطق القانوني أن تبقى الصفقة قائمة رغم الحكم بإلغاء القرارات التي بنيت عليها بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه وبالتالي فهو يحط من دور قاضي الإلغاء.

ولكن سرعان ما أنتقد هذا الرأي، بحيث أن القواعد التي تحكم تعبير الإدارة عن إرادتها هي قواعد من النظام العام، وبالتالي مخالفة هذه القواعد يؤدي إلى البطلان المطلق للصفقة، ومن المعلوم أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يقبل الإجازة، فكيف تقبل إجازته في هذه الحالة صراحة أو ضمنا من جانب أطرافه؟

1: محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 126.

وأمام هذه الانتقادات اجتهد الفقه في إيجاد حلول عملية لدعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل، فيما لو وجهت من جانب الغير، حيث اقترح حلا بتوجيه دعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة ضد العقد وليس القرار المنفصل، وما يدعم هذا الرأي صدور قرارين من م. د. ف:

القرار الأول: Société l'énergie industrielle.

حيث أصدر م. د. ف بتاريخ 01-03 -1964 قرار قرر أن إلغاء قرار الاعتماد الذي أصدرته سلطة الوصاية قد يؤدي إلى تفكيك الرابطة التعاقدية على الرغم من أن الأطراف المتعاقدة لم يطلبوا إثبات بطلان الصفقة وبالتالي شكل عائقا لتنفيذه.

القرار الثاني: c/. Mme Courtet Commune de Guide !.

حيث أصدر م. د. ف هذا القرار بتاريخ 01-07-1982 وجاء فيه ما يلي:"... إن محكمة Rennes الإدارية لم تخطئ حين قررت أن العقد المبرم استنادا إلى القرار الذي يعتبر ذو أثار باطلة...، واستنادا لذلك حاول الفقه العربي اقتراح حل لهذه المشكلة يتمثل في حلين أساسيين:

- **الأول:** يتضمن السماح لغير أطراف الصفقة بأن يطالبوا بإبطال العقد أمام القاضي الطبيعي وهو قاضي العقد، وذلك بعد الحصول على حكم الإلغاء فيما يخص القرارات الإدارية المنفصلة.
- **الثاني:** السماح لغير الأطراف باللجوء إلى قاضي الإلغاء مع إمكانية ترتيب كافة النتائج القانونية المترتبة على الإلغاء خاصة إبطال الصفقة العمومية، ولكن في هذه الحالة يجب اختصام الأطراف المتعاقدة لكي يدافعون عن حقوقهم المكتسبة.

وبذلك يصبح لتقنية القرارات المنفصلة نفع وفائدة، ولكن بعد هذا الحل وبحلول السنوات الأخيرة من القرن العشرين، ظهرت بوادر جديدة وجذرية لحل المشكلة وهي فرض الغرامات التهديدية على الإدارة لأجل تنفيذ الحكم القضائي القاضي بإلغاء القرار المنفصل، مما يدفعها للجوء إلى قاضي العقد من أجل إبطال الصفقة، وأول من نادوا بهذه الفكرة هم

الأساتذة: لوبادير، ديلفولفيه، مودرن، حيث طرحوا فكرة استخدام آليات الغرامات التهديدية لإرغام الإدارة للجوء إلى قاضي العقد، وهذا ما تداركه المشرع الجزائري في ق. إ. م. إ. الجديد، حيث نص في المادة 980 على ما يلي: يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين 978 و979 أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد سريان مفعولها ولكن هذا التغيير لم يكن على نفس القد رمن الأهمية التي حملها قانون 08-02-1995 في فرنسا والجزائر في نص، المواد 946 و 947 من ق. إ. م. إ الذي أعطى للقضاء إمكانية توجيه الأوامر للإدارة، حيث يتعلق الأمر بسلطة قاضي الأمور المستعجلة قبل التعاقدية في فرض الأوامر والغرامات التهديدية، وفي حالة فشل كل هذه الطرق الممكنة لإبطال الصفقة العمومية للغير صاحب العلاقة أن يثير المسؤولية التقصيرية للإدارة وذلك بعد أن يقوم المدعى بإثبات الخطأ وكذلك وجود الضرر مع العلم أن هذا الطريق صعب الإثبات لأنه توجد نزعة في فرنسا للتضييق من مجال التعويض ليشمل فقط المصاريف التي دفعت للاشتراك في الإجراءات التعاقدية (الخسارة) دون أن يمتد ليشمل ما فات هذا المدعي من كسب، وقد برر الفقيه أجيز ذلك بأن المدعى ليس له حق مكتسب في أن تتعاقد الإدارة معه، لأنه لا يمكن إثارة المسؤولية العقدية قبل إبرام الصفقة العمومية ولكن نكون بصدد خطأ غير عقدي، إذ يطلق عليها البعض المسؤولية قبل العقدية للإدارة، و تكون في حالتين أساسيتين وهما:

الحالة الأولى: إبرام الصفقة العمومية من غير السلطة المختصة.

حددت المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السلطة المختصة بإبرام الصفقة العمومية مع العلم بإمكانية تفويض اختصاصاتهم في هذا المجال، إذ يتعين تقرير مسؤوليتها عن الأضرار التي أصابت من كانت تزعم التعاقد معه.

الحالة الثانية: الإلغاء غير المشروع للصفقة العمومية.

عدم مشروعية الإلغاء يشكل خطأ تقصيريا من الإدارة، تكون بموجبه مسئولة عن تعويض المتعامل الذي أصيب بضرر من جرائه، حيث كان على المصلحة المتعاقدة أن تسبب قرارا لإلغاء الصفقة العمومية.

ومما سبق يتبين أن الفقه الإداري يعتبر خطأ الإدارة في مرحلة تكوين العقد خطأ تقصيريا وليس عقديا، فطالما لم ينعقد العقد لا يمكن التحدث عن الخطأ العقدي، وإنما نكون بصدد خطأ تقصيري يتمثل في القرار الإداري غير المشروع الذي يمكن الطعن فيه بصفة مستقلة عن الصفقة العمومية بموجب نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، وكما هو ملاحظ، فإن هذه الحالة لا تنطبق إلا على الإجراءات المقيدة، لأنها تقتضي تقديم ترشيح من متعهد معين للاشتراك في إجراءات الصفقة، وقبول هذا الترشيح من جانب الإدارة ثم الامتناع عن تقديم العرض لأسباب ترجع إلى مخالفات قانونية مرتكبة في إجراءات التعاقد.

ولكن هل يؤدي الامتناع عن المشاركة في الإجراءات بشكل مطلق إلى عدم وجود مصلحة وصفة لإثارة دعوى الإلغاء ضد أحد القرارات المنفصلة؟

الجواب لابد أن يكون بالإيجاب، إلا أنه توجد حالة واحدة تقبل فيها دعوى الإلغاء من جانب مدعي لم يشترك إطلاقا في الإجراءات، حين يعبر هذا الأخير عن قصده بالاشتراك ولكن يستحيل عليه ذلك بسبب أوجه اللامشروعية المرتكبة في عملية التعبير عن الإرادة، ومعنى ذلك يجب توافر عنصرين لأجل تحقق هذه الحالة:

أ. وجود قصد ثابت بالاشتراك: l'intention persistante de concourir :

وهذا الشرط ضروري، حيث رفض م. د. ف دعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار ناجم عن مداولة المجلس العام بالتعاقد مع شركة R.C.I.M لأن الشركة المدعية لم تعبر عن نيتها بالاشتراك في الإجراءات التعاقدية، مما ينفي كل مصلحة لها في الدعوى ضد القرار المذكور.

وهذا القصد المسبق بالاشتراك يجب أن يكون ثابتا، بمعنى أن المدعى يجب أن لا يتخلى عن نيته في الاشتراك في المنافسة على الرغم من وجود مخالفة مقترفة من جانب الإدارة في معرض تسييرها للإجراءات.

ب. المنع من الاشتراك: Empêchement de concourir:

يجب أن يصدر عن الإدارة إجراء أو تصرف يؤدي إلى استحالة اشتراك المدعى في إجراءات التعاقد، وقد يكون هذا الإجراء يتعلق بخلل في الإعلان، أو تعديل خاطئ في دفتر الشروط أدى إلى منع اشتراك المدعى، لأن شروط ومواصفات الأداء لم تعد تنطبق على عرضه.

المطلب الثاني: دور القاضي الإداري في حل منازعات القضاء الإستعجالي الموضوعي قبل إبرام العقد:

مع نهاية القرن العشرين بدأت الأصوات تتعالى، و تطالب بضرورة تعميم الوضوح والشفافية في الحياة الإدارية لتصبح هذه الأخيرة إدارة من زجاج " L'administration de verre" [1] بحيث تقوم هذه الأخيرة بمجموعة من النشاطات الإدارية أهمها العقود والصفقات العمومية التي تكون عرضة لوقائع الفساد مما يؤدي إلى تشويه مبدأ الرضا الذي تقوم عليه هذه العقود، لذلك فإن المشرع الفرنسي قديما والمشرع الجزائري حديثا قد أوجد مجموعة من التدابير والأساليب القانونية التي من شأنها أن تضمن احترام قواعد المنافسة و العلانية من جهة، و تحول دون ارتكاب المخالفات للقواعد والإجراءات القانونية الواجب إتباعها من قبل المتعاملين وتساعد على اكتشافها واستجلائها من جهة أخرى، وهذه الأساليب منها ما هو قضائي الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إبرام العقود والصفقات العمومية، ومنها ما هو غير قضائي تشرف عليه مجموعة من التنظيمات الإدارية من بينها

1: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 839.

مجلس المحاسبة الذي يسهر على الرقابة البعدية لأموال الدولة، والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية.

وسنتطرق في هذا المطلب للتعرف على سلطات القاضي الإداري في هذه الدعوى وذلك في فرعين أساسيين نتعرض في الفرع الأول لأسس الدعوى وقواعد قبولها، أما الفرع الثاني النظام القضائي لهذه الدعوى.

الفرع الأول: أسس وقواعد قبول الدعوى الاستعجالية:

إن القضاء الاستعجالي الموضوعي هو إجراء قضائي خاص الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة قبل إبرام الصفقات العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العادية، إذ نعمل على دراسة هذا النوع من الإجراءات في هذا الفرع من خلال التعرض للأسس التي تقوم عليها هذه الدعوى وأحكام قبولها التالية:

أولا: أسس الدعوى الاستعجالية:

I. مصادر الدعوى الاستعجالية:

إن المشرع الأوروبي عمل على إيجاد دعوى قضائية فعالة تضمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاقي المنافسة والعلانية فقام بإصدار هذا الأخير القانون رقم 92-10 بتاريخ 04 يناير 1992 تطبيقا لتعليمة الاتحاد الأوروبي تحت عنوان" طعن و رقابة" المؤرخة في 21 ديسمبر 1989 المتعلق بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين الدول الأعضاء، حيث تهدف هذه التعليمة بالرقابة الدقيقة للمقتضيات الخاصة بقانون المجموعة الأوروبية في مجال إبرام العقود والصفقات العمومية، وبعد ذلك أضاف قانون 1992 المعدل بقانون يناير 1993 المادة 22 إلى قانون المحاكم الإدارية والمجالس الإدارية للاستئناف، والذي يمنح مجموعة من السلطات لرئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه و الذي يفصل

ابتدائيا و نهائيا [1] لكل شخص له مصلحة في إبرام العقد و الذي يتضرر بسبب المخالفات المرتكبة في مجالي العلانية و المنافسة سمي هذا التوجيه بتوجيه الدعوى [2] Directive de recours جاء بها القانون الفرنسي رقم 69/665 مع اختلاف في حجم السلطات الممنوحة للقاضي الإداري، حيث يرجع السبب في الاستقطاب السريع لهذا النمط من الإجراءات القضائية، أنه كان هناك فرغ تشريعي فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقود والصفقات العمومية، لأن دعوى الإلغاء التي توجه كدما سبق أن ذكرنا ضد القرارات المنفصلة والتي تساهم في نفس الوقت في تكوين إرادة الإدارة الموضوعية، ظهرت لفترة طويلة من دون فعالية، لأن القاضي يبث فيه غالبا بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذه، و ذلك فضلا عن عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد نفسه، ما لم يتمسك به طرفاه بهذا الإلغاء أمام قاضي العقد لترتيب البطلان، مما ينبغي عدم وجود أي مصلحة عملية يحققها هذا الإلغاء بالنسبة للغير.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، كان يتميز بالفراغ التشريعي الخاص بضمان الشفافية للمتعاملين، وهذا ما دفع بالمشرع لإيجاد هذا الحل القضائي الاستعجالي الموضوعي قبل التعاقدي في القانون الجديد رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن ق.إ.م.إ بعدما كان لا يوجد أي نص قانوني ينظم هذه المسالة الجوهرية و المهمة، إذ الهدف الأساسي من استحداث المادة 946 و 947 فرض التطبيق الصارم لأحكام المرسوم الرئاسي 250/02، لمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، كما سيكون للمادة 946 بالغ الأثر في تنفيذ أحكام التعديل الأخير للمرسوم الرئاسي السالف الذكر[3]، لاسيما مادتيه 2 مكرر و 109 حيث تنص الأولى:" لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الراشد للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية المساواة في معاملة المرشحين وشفافية

1: حسين بن شيخ اث ملويا، الملتقى في قضاء الاستعجال الإداري، ب ط، دار هومة، الجزائر،2007، ص 268.

2 : Richer l'AURRENT, Droit des contrats administratifs, T2. G.P.j. PARIS,1999, p 142.

3: المرسوم الرئاسي 08-383 مؤرخ في 24 جويلية 2008 المعدل والمتمم.

الإجراءات"، بينما تنص المادة الثانية:" تفتح الأظرفة التقنية والمالية في جلسة علنية، بحضور جميع المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا، وذلك في تاريخ إيداع العروض المحدد في المادة 440 أعلاه تبلغ نتائج التقييم التقني والمالي للعروض في إعلان المنح المؤقت للصفقة[1] ليصدر المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و تنص المادة 03 منه: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات من احترام مبادئ هذا المرسوم " و هو نفس نص المادة 05 من المرسوم الجديد 15-247.

إن الدعوى الإستعجالية التي نصت عليها المادة 225 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية من القانون الفرنسي السالف ذكره والمواد 946 و947 من ق.إ.م.إ الجديد تظهر لنا مجموعة من المميزات والخصائص التالية:

1.تقنية قضائية قبل تعاقدية:

يتم تحريك هذه الدعوى في مرحلة الإبرام، لأنها تهدف إلى الحد من المخالفات التي تمس قواعد العلانية والمنافسة، بحيث لها دور وقائي يحول دون تحريك دعوى الإلغاء بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، وبالتالي بمجرد إبرام العقد تفقد هذه الدعوى قيمتها القانونية.

2.الدعوى الإستعجالية تخول للقاضي الإداري سلطات هامة:

يتمتع القاضي لإداري وهو بصدد الفصل في الدعوى الإستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، تتمثل هذه السلطات في الأمر Injonction والوقف Suspension والإلغاء L'annulation ولكنه لا يمكن له منح التعويض.

1: عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 479.

أ. **دعوى قضاء مستعجل:** يوكل النظر في هذه الدعوى لقاضي فرد بحيث يفصل في هذه الدعوى بأول وآخر درجة وبصفة استعجالية.

ب. **يبت القاضي الإداري في الموضوع:** القاعدة العامة أن القاضي الاستعجالي لا يمس بأصل الحق وإنما يتخذ التدابير الاستعجالية الفورية والضرورية فقط، إلا أنه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة استعجالية موضوعية أي ينظر في الموضوع. [1]

II. مجال تطبيق الدعوى الاستعجالية:

إن الأحكام الخاصة بهذه الدعوى يمكن أن تثار في مادة إبرام العقود أو الصفقات العمومية وهذا ما جاء به الفصل الخامس من ق.إ.م.إ.

1. الصفقات العمومية:

إن القانون الفرنسي السالف ذكره و المؤرخ في 04-01-1992 قد منح إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية على عقود التوريد و الأشغال العامة فقط، وذلك إذا تجاوزت القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية و المنافسة نات الأصل الأوروبي، لكن بعد ذلك نصت المادة 5 من القانون المؤرخ في 25-01-1993 على إمكانية إثارة هذه الدعوى الاستعجالية شاملا لمخالفات العلانية و الشفافية المرتكبة عند إبرام كل الصفقات العمومية و بغض النظر عن قيمتها.[2]

أما بالنسبة للقانون الجزائري و في إطار الجهود الرامية لإضفاء الشفافية على إبرام الصفقات العمومية، فقد تم وضع نصوص تسد هذا الفراغ و تعمل على تدعيم الشفافية، إذ تمنح للقاضي الاستعجالي التدخل قصد تأجيل إبرام الصفقات في الحالات التي لم تحترم فيها الإجراءات المسبقة المتعلقة بإجراءات الإشهار و المنافسة، و قد روعيت المصلحة

1: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 846.

2: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع نفسه، ص 847.

العامة وعدم عرقلة الإدارة في نشاطاتها و ذلك بأن لا يتجاوز هذا التأجيل أكثر من 20 يوما، و يفصل في الدعوى الاستعجالية في نفس الأجل[1]، و هذا ما سبق أن نصت عليه المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم، وما جاءت به المادة 05 من المرسوم الجديد 15-247.

2. إبرام العقود الإدارية:

يقصد بإبرام العقود الإدارية عقود امتياز المرافق العامة، إذ يجب أن تكون مستوفية لجميع الشروط والأركان الضرورية، ويمكن الطعن فيها من خلال الدعوى الاستعجالية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 946 من ق. إ. م. إ والتي 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".

لكن ما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم يحدد أنواع ونماذج لهذه العقود الإدارية، وإنما اكتفى بإدخالها في نطاق تطبيق هذه الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية.

ثانيا: شروط قبول الدعوى الاستعجالية:

1-صفة المدعي Qualité de requérant: تكتسب صفة المدعي في الدعوى الاستعجالية بناءا على المصلحة الخاصة بالمدعي أو بحكم القانون الذي يكسب هذه الصفة لصاحبها.

أ-اكتساب الصفة بناءا على المصلحة: حيث يتم اكتساب هذه الصفة لجميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقود والصفقات العمومية، وذلك بسبب إخلال الإدارة بقواعد العلانية والمنافسة وهذا ما نصت عليه المادتين 22 و23 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف في فرنسا.

1: عبد السلام ديب ق. ا. م الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، ب ط، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص406.

كما أن المشرع الجزائري بدوره تحدث عن وجوب توافر المصلحة في تحريك الدعوى الاستعجالية وهذا ما نصت عليه المادة 2/946 من ق. إ. م. إ: يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال.....".

بحيث أنه بإمكان صاحب المصلحة (المتضرر) مما قد يصدر من أي طرف من الاخلال بالالتزامات المتعلقة بالإشهار أو المنافسة، التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية أثناء القيام بهذه الإجراءات، أن يلجأ إلى المحكمة الإدارية بموجب عريضة لعرض ذلك الإخلال عليها لوضع حل له.[1]

أما فيما يتعلق بالضرر فليس من الضروري إثبات وجوده، بل يكفي أن تكون هناك إمكانية كبيرة للظفر بالصفقة محل الإبرام لولا عدم خرق قواعد العلانية والمنافسة.

وقد تم تطبيق القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصرامة، بحيث حكمت المحكمة الإدارية Rennes بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزا مات المنافسة والعلانية من جانب البلدية بسبب انعدام المصلحة.[2]

ب-اكتساب الصفة بناءا على القانون: في هذه الحالة لا يكون المدعين أحد المتنافسين المتقدمين بالعروض بل يكون أحد الأشخاص العامة الرسمية بحيث يمنح له القانون صراحة حق تحريك الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية في حالة خرق قواعد العلانية والمنافسة من أجل المحافظة على المصلحة العامة، وهذا ما جاء في نص المادة 946 من ق. ا. م. ا، والتي أجازت للطرف المعني صاحب المصلحة رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية في حال إخلال أحد الإدارات المتعاقدة بقواعد الاشهار والمنافسة، ويجوز كذلك للوالي رفع ذات الدعوى إن تعلق الأمر بمؤسسة محلية.

1: سائح سنقوقة، شرح قانون، الاجراءات المدنية والادارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، الجزء الثاني طبعة 2011 ص1144.

2 :Richer L'AURENT, La contractualisation de gestion des affaires publics, A.J.P.A, N°19, 2003 ,p 144.

وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر الإدارة المتسببة في الإخلال بالامتثال والتقيد بالنصوص الجاري بها العمل ضمن أجل تحدده المحكمة ويمكن لها أن تأمر بدفع غرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح، كما يمكنها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية إتمام الإجراءات، وتفصل المحكمة الإدارية في الدعوى المعروضة عليها في مدة لا تتجاوز 20 يوما ابتداء من تاريخ رفعها، بما يؤكد الطابع الاستعجالي للمنازعة.

وهذه الإمكانية المخولة لممثل الدولة هي من أجل ضبط المخالفات والتجاوزات في مجال العلانية والمنافسة في المرحلة السابقة على إبرام العقود والصفقات العمومية، تتكامل مع الاختصاص الممنوح له برقابة أوجه المشروعية في المرحلة اللاحقة على إبرامها.

2- قاعدة القرار السابق:

القاعدة العامة في فرنسا أن الدعوى القضائية لا يمكن أن توجه إلا ضد قرار إداري، فإذا لم تتخذ الإدارة قرار بشأن نزاعها مع المتعاقد يجب على المدعي استصدار قرار في شكل طلب يتقدم به إلى الإدارة المعنية، مما يترتب على عدم القيام بهذا الإجراء عدم قبول الدعوى القضائية[1]، وتطبق هذه القاعدة في مجال القضاء الكامل التعاقدي وغير التعاقدي، ففي نطاق المطالبة بتعويضات قبل إثارة الدعوى يعتبر إجراء جوهريا يترتب على عدم القيام به عدم قبول الدعوى، بحيث يعتبر الطلب المسبق من النظام العام يمكن للقاضي الإداري إثارته من تلقاء نفسه، إلا أنه و نظرا لضرورة السرعة في تحريك هذه الدعوى فإن بعض المحاكم الإدارية الفرنسية تبدي بعض المرونة في تطبيق هذا الشرط الجوهري.

- أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نصت عليه المادة 946 من ق.إ.م.إ: يجوز إخطار المحكمة بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

1: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص848.

- فالمشرع لم يشر إلى وجوب استصدار قرار إداري سابق من المصلحة المتعاقدة، وإنما يكفي تحرير عريضة افتتاحية تتضمن أوجه الإخلال بالالتزامات الواجب توافرها في إبرام الصفقات العمومية.

3-الإطار الزمني لرفع الدعوى الاستعجالية:

إن القانون الفرنسي لم يحدد مدة معينة لإمكانية إثارة هذه الدعوى، وكذلك القانون الجزائري بما جاء في نص المادة 946، "..... يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد....." وما جاء في نص المادة 220 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف "..... يمكن لرئيس المحكمة الإدارية أن يبث في الدعوى قبل إبرام العقد...."

ويبقى الطابع الوقائي لهذه الدعوى الذي تتمتع به هذه الدعوى هو الذي جعل منها ترفع قبل إبرام العقد من أجل إصلاح المخالفات المرتكبة فيما يتعلق بقواعد العلانية والشفافية والإشهار، حيث أقر م. د. ف بأن ترفع هذه الدعوى قبل إتمام إبرام العقد، إذ يمكن للقاضي الإداري ممارسة سلطاته بفعالية. [1]

ويترتب على مبدأ عدم جواز إثارة الدعوى الاستعجالية قبل إبرام العقد عدم إمكانية توجيه هذه الدعوى ضد قرار توقيع الصفقة ذاتها، وهذا واقعي لأنّه بذلك يصبح تداخل بين دور القاضي الإداري في مجال قضاء الإلغاء ومجال القاضي الاستعجالي وبالتالي هي تعمل على وضع الحدود بين كلا الاختصاصيين.

الفرع الثاني: النظام القضائي للدعوى الاستعجالية:

سنتطرق إلى النظام القضائي للدعوى الاستعجالية، نتعرض في أولهما الى ضمانات الدعوى الاستعجالية وأسباب رفعها، وفي ثانيهما لقواعد الحكم في الدعوى الاستعجالية بما في ذلك سلطات القاضي الإداري في هذه الدعوى، والإجراءات التي يتخذها هذا الأخير من أجل ضمان تنفيذ الالتزامات الخاصة بالعلانية والشفافية في إبرام الصفقات العمومية.

1: حسين بن شيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق ص 270.

أولا: ضمانات الدعوى الاستعجالية وأسباب تدخل القاضي الإداري:

سنتطرق للضمانات القانونية التي تتحصن بها الدعوى الاستعجالية وأسباب تدخل القاضي الإداري بناءا على طلب المتعاقد مع الإدارة وفقا لما يقره القانون.

1- ضمانات الدعوى الاستعجالية:

إن القاضي الذي يختص بالفصل في الدعوى الاستعجالية هو قاضي فرد، و هذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي، إذ الهدف من ذلك هو إيجاد مرونة متجاوبة مع طبيعة الإجراء، لأن ذلك يتلاءم مع طبيعة الشؤون المستعجلة أما بالنسبة للمشرع الجزائري فانه يؤخذ بالتشكيلة الجماعية من أجل الفصل في هذا النزاع، كما هو الحال بالنسبة للبث في دعوى الموضوع وبما أن القاضي يبث بصيغة الاستعجال، فإن ذلك يعني أن يبث فيها بالإسناد إلى الحد الأدنى من الشكليات، وفقا للقواعد العامة الخاصة بالقضايا الاستعجالية، فمثلا مبدأ الوجاهية يطبق بصورة مرنة، و هذا ما نصت عليه المادة 923 من (ق.إ.م.إ): يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية كتابية و شفوية، ولا تختلف الإجراءات أمام قاضي الاستعجال عن تلك المتداولة أمام قاضي الموضوع في المادة الإدارية، وذلك بمواكبة الخصوم لكافة الإجراءات، بدءا من التكليف بالحضور إلى غاية صدور الحكم، وكذا تبادل المذكرات وتقديم الطلبات، مع إمكانية تقديم الخصوم لملاحظاتهم بشأن أي إجراء يخص القضية.

2- أسباب تدخل القاضي الإداري بناءا على الدعوى الاستعجالية:

يقصد حماية مبادئ العلانية والشفافية والمساواة بين المتعاملين، وأي خرق لقواعد المنافسة عند إبرام العقود والصفقات العمومية، ابتكر المشرع الأوروبي هذه الدعوى كما سبق ذكره وإضافة لحماية هذه المبادئ الأساسية بصفة خاصة، إلّا أنّه توجد نزعة لدى

القضاء الإداري الفرنسي من أجل توسيع هذه الأغراض لتشمل مجموعة من الحالات الأخرى وهي كالآتي: [1]

أ-القواعد المتعلقة بالعلانية والمدد:

يترتب على الإخلال بالقواعد المتعلقة بالعلانية في الشكليات الجوهرية والإلزامية إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية، وبالتالي فان عدم تضمين الإعلان لمختلف البيانات الجوهرية والتي يفرضها القانون، يعتبر خرقا لقواعد العلانية، إضافة لذلك عدم مراعاة نشر الإعلانات لدى الجهات الرسمية والمحددة بموجب القانون وهي الجرائد اليومية، وكذلك إذا تعلق الأمر بتجاوز المدة المحددة بموجب القانون من أجل استلام العروض.

ب-اختيار إجراء وطريقة إبرام الصفقات العمومية:

لقد وضع تنظيم الصفقات العمومية قيود على حرية الإدارة في إبرام الصفقة العمومية والهدف من ذلك هو تحقيق المصلحة العامة، ومن بين هذه القيود تحديد الأسلوب الذي تختاره الإدارة مع من يتعاقد معها، وذلك لان التعاقد في المجال الإداري تحكمه أساليب محددة لا يجوز الحياد عنها، وهذه الأساليب هي طلب العروض والتراضي متى توافرت موجبات كل أسلوب، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 لمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:" تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو فق إجراء التراضي"، واستخدام إحدى ها تين الطريقتين أو الأسلوبين في غير موضعهما، كأن تستخدم الإدارة طريقة التراضي في غير الحالات المحددة على سبيل الحصر يؤدي ذلك إلى خرق التزامات المنافسة.

ج- المواصفات والخاصيات التقنية:

يجب أن لا تكون إحدى المواصفات أو خصوصيات التقنية تنطوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب المتعاملين العموميين الآخرين تطبيقا واحتراما لمبدأ

1: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 869.

المساواة في معاملة المرشحين المنصوص عليه في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، واستنادا لذلك قرر م. د. ف أن وضع مواصفات أكثر تعقيدا من المواصفات المنصوص عليها في القانون وحصر المنافسة بين متعاملين معينين و إقصاء الآخرين من المنافسة. من شأنه أن يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة بين المتعاملين.

د- عدم احترام الإدارة للشروط المنصوص عليها في الصفقات العمومية:

يشكل ذلك خرقا وتجاوزا واضحا لالتزا مات المنافسة بين المتعاملين.

هـ-التماطل في سريان العروض دون رضا المرشحين:

بحيث يؤدي إلى تشويه المعطيات الاقتصادية لهذه العروض مما يبين أنه خرق بقواعد المنافسة.

و-قبول الإدارة العروض رغم عدم احترامها لبعض الأوضاع القانونية:

إذا كان تغاضي الإدارة عن هذه الأوضاع لا يمس بالتزامات المنافسة، فهي لا تشكل خرقا يؤدي لتحريك الدعوى الاستعجالية، أما إذا كانت تؤثر في صحة الصفقات العمومية فإنه يعتبر خرقا يستدعي تدخل القاضي الإداري بناءا على إرادة المتعاملين، وبالمقابل فإن المخالفات التي تؤثر على مشروعية عملية الإبرام لكن لا تؤثر على مبدأ العلانية و المنافسة، لا تدخل ضمن نطاق المخالفات التي تكون محلا للدعوى الاستعجالية، أي لا يمكن الطعن فيها عن طريق هذه الدعوى، بل على المدعى أن يتجه نحو طريق الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة.

ثانيا: الحكم في الدعوى الاستعجالية.

يتمتع القاضي الإداري بمجموعة من السلطات العامة التي تؤهله للفصل في الدعوى الاستعجالية، نتطرق لها فيما يلي:

I. سلطات القاضي الإداري في الدعوى الإستعجالية:

بالرجوع إلى نص المادة 946 من ق.إ.م.إ نجدها تنص على أنه: يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه، وتتدرج هذه السلطات الممنوحة للقاضي للبث في الدعوى الاستعجالية ضمن قسمين:

1.الإجراءات التحفظية Les Mesures Provisoires :

طبقا للمادتين 220 و230 من القانون الفرنسي والمادة 946 من ق. إ. م. إ نجد أن القاضي الإداري يملك سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية ووقف **كل** القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام، نشرح هذه السلطات فيما يلي:

أ.سلطة الأمر L'injonction:

هي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، وهو ما جاءت به الفقرة الرابعة من نص المادة 946 من ق.ا.م.و.ا بحيث يمكن للإدارة المتسببة في الإخلال بالامتثال والتقيد بالنصوص الجاري بها العمل ضمن أجل تحدده المحكمة[1] وتجدر الإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي أكد في حكمه الصادر في 1970/01/29 و الذي جاء فيه: "... حيث أنه ليس لمجلس الدولة أن يوجه أوامر للإدارة[2] " إذ يرجع الأصل التاريخي للفلسفة التي قام عليها نشاط القضاء الإداري الفرنسي والقائمة أساسا على مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة الذي يحظر على القاضي الإداري تماما كل تدخل في شؤونها وأنّ أي تدخل منه يعتبر خرقا لهذا المبدأ، إلّا أنّ هذا المبدأ

1: عمار بوضياف شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، ص 313.

2: سعيد سليماني، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق، دراسات قانونية، العدد 4، جامعة تلمسان الجزائر، 2007، ص 227.

لم يكن مطبقا على إطلاقه في فرنسا كون أن المشرع الفرنسي تدارك هذا الوضع بعد ذلك ليتدخل في 1995/02/08 حيث أصدر قانون 1995/01/04 الذي أجاز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة و لكن ضمن حدود، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلاّ إذا اقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من جانبها، كأن يأمر الإدارة بإعادة نشر الإعلان إذا كان غير مشروع.[1]

وبالنسبة للقاضي الإداري الجزائري لا يستطيع توجيه أوامر للإدارة لحملها على تنفيذ أحكامه، رغم عدم وجود أي نص قانوني يمنعه من ذلك، وهذا ما أكده مجلس الدولة في قراره الصادر في 1999/03/08 والذي جاء فيه: "... حيث أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة..." [2]

ولكن بصدور ق. إ. م. إ الجديد الذي جاء بأحكام تؤكد على إمكانية لجوء القاضي الإداري لتوجيه أوامر للإدارة من خلال المادة 946 منه:" يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه".

وبالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال لالتزاماتها فيما يخص المنافسة والشفافية في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

ب. سلطة الوقف Suspension:

يمتع القاضي الإداري في هذه الدعوى بسلطة وقف إبرام الصفقات العمومية و وقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، و هي سلطة مهمة و خطيرة في نفس الوقت لأنها تعمل على شّل العملية العقدية، أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لتقرير هذا الوقف هو و جود

1: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 874.

2: حسين بن شيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق، ص 268.

أسباب جدية تبيح له اتخاذ هذا القرار و هذا ما نصت عليه المادة 946 الفقرة الأخيرة من ق.إ.م.إ: بقولها ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما، بحيث يخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الإداري الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف لعدم وجود أسباب جدية لدى المدعي.

ج. سلطة القاضي الإداري في الحكم بالغرامة التهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ أوامرها:

الغرامة التهديدية هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث أن القاضي يستطيع بناءا على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينيا خلال مدة معينة، فإذا تأخر كان ملزما بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من الإخلال بالالتزام ولقد نصت المادة 946 من ق.إ. م. إ الجديد صراحة على إمكانية اللجوء للغرامة التهديدية في مجال الصفقات العمومية وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة من قبل المصلحة المتعاقدة.

2. الإجراءات القطعية Les mesures définitive :

تتضمن الإجراءات القطعية سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد، وإبطال بعض الشروط التعاقدية، نتعرض لهما فيما يلي:

I. سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد:

بمناسبة إبرام الإدارة لعقودها، تقوم بإصدار مجموعة من القرارات، وهذه القرارات تشكل جوهر عملية الإبرام بحيث يتمتع القاضي الإداري بسلطة إلغاء هذه القرارات إذا كانت منطوية على مخالفات لالتزامات العلانية والمنافسة، كما هو الحال غالبا في قرارات استبعاد بعض المتعاملين دون وجه حق، وفي الحقيقة إن سلطة الإلغاء التي منحت للقاضي الإداري من شأنها أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة، وذلك بعدما كان أثر هذا الإلغاء نظريا بحتا وفقا لنظرية القرارات الإدارية

المنفصلة، لأن القاضي في هذه الدعوى لا يمكن أن يلغي قرار توقيع العقد كما هو الحال بالنسبة لقاضي الإلغاء عندما يتصدى للقرارات المنفصلة ولا إلغاء العقد ذاته، وذلك يرجع إلى أنه بمجرد صدور قرار التوقيع من جانب السلطة المختصة فإن العقد يصبح مبرما، ومع خروج العقد إلى حيز الوجود القانوني وإن كان معيبا فإن قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يستنفذ سلطاته.

ب. سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية [1]:

يمكن للقاضي الإداري أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتم إبرامه، إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تفضيلي، إذ أن السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري في اتخاذ الإجراءات القطعية من شانها أن تعطيه سلطة للبث في الموضوع وهذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى الاستعجالية العادية، و أهم شروطها أن القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد بإجراء تحقيق أو انتداب خبرة أو إثبات حالة، يجب عليه أن لا يعيق القرار الإداري كما يجب أن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية التي تظل سليمة حتى تفصل فيه محكمة الموضوع ، الهدف منه إيجاد دعوى فعالة يتم بواسطتها فصل الموضوع في نزاع محاط بحالة من الاستعجال مما ينتج عنه أن هذا القضاء ليس قضاء استعجالي بالمعنى القانوني للمصطلح، وإنما هو أسلوب خاص من القضاء أعده المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب والقبول في معرض الصفقات العمومية.

إن هذا الاتساع في سلطات القاضي الإداري قد دفع بالبعض إلى طرح إشكالية جوهرية، تتمثل فيما إذا كان بمستطاع قاضي الدعوى المستعجلة أن يبت بما لم يطلبه الخصوم، إذا كان يشكل هذا الطلب نتيجة منطقية لما طلبوه؟ نعم يمكنه ذلك، كأن يطلب

1 : patrecia Grellier Bessmann.Le mémento des marché publics des travaux. Op cit. P 113.

مثلا وقف إبرام العقد فيقوم القاضي الإداري بوقف كل القرارات المتصلة بإبرام هذا الأخير، باعتباره يشكل نتيجة منطقية لعملية الوقف.

أما فيما يخص إجبار السلطة المختصة بإبرام الصفقات العمومية أن تلتزم بالإجراءات التي أمر بها القاضي في مجالي العلانية والمنافسة، إذ يمكن أن تكون مقترنة باحتمال فرض غرامة تهديدية على الإدارة، وإلا فإن إجراء الأمر لن يكون له أي فعالية.

II.المدّة المحدّدة للحكم وكيفية الطعن فيها:

إن المدة المحددة للحكم في هذه الدعوى هي عشرون يوما، وذلك أيا كانت الطلبات النى تقدم فيها، إلا أن هذه المدة ليست إلا مدة دلالية Indicatif وليست مدة سقوط، بمعنى انقضاء هذه المدة دون البت في الدعوى لا يكف يد القاضي عن النظر فيها [1]، وهذا ما نصت عليه المادة 947 من ق.إ.م.إ: تفصل المحكمة الإدارية في أجل (20) عشرين يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذه المدة قصيرة بالمقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن يثيرها إبرام بعض العقود والصفقات العمومية.

1 : Richer L'AURENT, La contractualisation de gestion des affaires publics, op.cit , p. 144.

المبحث الثاني: دور القاضي الإداري في حل منازعات الصفقات العمومية أثناء مرحلة التنفيذ.

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها، إذ يترتب عليها مجموعة من الحقوق والالتزامات، سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أو للمتعاقد معها، ولكن في بعض الأحيان يعتبر هذا التنفيذ إما بسبب تخلف ركن من أركان الصفقة العمومية، أو عدم مشروعيتها، مما يؤدي إلى الطعن فيها بالبطلان من قبل أحد المتعاقدين أمام القاضي الإداري، أو عدم تنفيذ المصلحة المتعاقدة للالتزامات المحددة بموجب العقد، أو في النصوص القانونية، مما يؤدي إلى طلب فسخ الصفقة العمومية بناءا على طلب المتعاقد معها، ليقوم القاضي الإداري المختص بالفصل في هذا النزاع الذي نتساءل عن السلطات التي يتمتع بها من أجل إقرار هذا البطلان سواء كان نسبيا أو مطلقا؟ وكذلك عن الآثار المترتبة عن هذا البطلان بالنسبة للمتعاقدين؟ إضافة إلى السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري من أجل فسخ الصفقات العمومية؟ والحالات التي يعتمد عليها هذا الأخير من أجل الحكم بالفسخ؟

وهذا ما سنحاول التعرض له في المطلبين التاليين من خلال التعرف على سلطات القاضي الإداري في تقرير بطلان الصفقة العمومية وفسخها والآثار المترتبة عليهما، ثم سلطته في إعادة التوازن المالي للعقد من جهة، وسلطته في التعويض سواء على أساس الخطأ [1] وبدون خطا [2] من جهة أخرى.

1: حسين بن شيخ اث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الأول، المسؤولية على أساس الخطأ، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص07.

2: حسين بن شيخ اث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني، المسؤولية بدون خطأ، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص07.

المطلب الأول: سلطة القاضي الإداري في الحكم ببطلان الصفقات العمومية وفسخها:

إن الهدف من الصفقات العمومية هو تحقيق المصلحة العامة، بحيث تبرم من أجل تحقيق الحاجيات من خلال الأشغال العامة وتقديم الخدمات[1]، ولتحقيق هذه الغاية كان لزاما على الإدارة أن تبرمها وفقا للمبادئ والقوانين التي تفرض إجراءات وشروطا جوهرية يجب مراعاتها، إذ تعتبر من أهم العقود الإدارية، وهي لا تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث ضرورة توافر أركان العقد والمتمثلة أساسا في ركن الرضا، المحل والسبب، إضافة إلى حتمية تحقق شروط الصحة وسلامة انعقاده، وإلى جانب كل هذا فإن الإدارة تخضع في عقودها إلى تلك الشروط الموضوعية والإجرائية التي نص عليها المشرع، فإذا تخلف أحد هذه الأركان أو ورد عيب يؤثر على سلامته جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبة القاضي الإداري الحكم ببطلانه.

كما يمكن للمتعاقد مع المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التنفيذ طلب فسخ الرابطة التعاقدية، إما على أساس القوة القاهرة، أو على أساس الإخلال في تنفيذ الالتزامات، أو تجاوز الحدود القانونية المتعلقة بسلطة الإدارة في التعديل، ولهذا نتساءل عن سلطات القاضي الإداري في الحكم بالفسخ القضائي وقبل ذلك نطرح إشكالية جوهرية تتعلق بسلطات القاضي الإداري في تفحص الصفقة العمومية من حيث توافرها على الأركان، وهل يملك سلطة تقديرية أم مقيدة كما هو الحال بالنسبة لسلطة قاضي الإلغاء في نظرية القرارات المنفصلة؟ وفي حالة إبطالها كيف يكون هذا البطلان وما هي مراتبه؟

1: Jean François Brisson, Les Fondement Juridique De Droit Des Marche 78Publics, Imprimerie Nationale, Paris, 2004,P7.

للإجابة على هذه الإشكاليات نتعرض في المطلب الأول لسلطة القاضي الإداري في تقرير بطلان الصفقات العمومية، والآثار المترتبة على إبطال هذه الرابطة التعاقدية، أما المطب الثاني نوضح سلطة القاضي الإداري في الحكم بفسخ الصفقات العمومية.

الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في الحكم ببطلان الصفقات العمومية.

نتطرق في هذا الفرع لتبيان العيوب المتعلقة بالصفقات العمومية، ثم نتطرق للجزاء المترتب عليها في مخالفة شروط الانعقاد والصحة في الصفقات العمومية.

أولا: العيوب المتعلقة بالصفقات العمومية:

حتى تكون الصفقات العمومية سليمة من الناحية القانونية، وتنتج جميع آثارها القانونية، يجب أن تكون بمنأى عن العيوب التي تفسدها بصفة عامة، وهي تتشابه إلى حد ما مع العيوب التي يمكن أن تؤدي إلى إبطال العقد المدني، وعلى هذا الأساس تم تقسيم هذه العيوب إلى نوعين: عيوب خارجية وعيوب داخلية.

I.العيوب الخارجية:

تقوم العيوب الخارجية على اعتبار موضوعي يتعلق بمدى احترام قواعد الاختصاص، واعتبار ذاتي يتعلق بسلامة الرضا، وعليه نتطرق أولا لأهلية الأطرف، وسلامة إرادتهم من العيوب التي قد تشوبها. ثم بعد ذلك نتطرق لمدى احترام المصلحة المتعاقدة لقواعد الشكل والإجراءات.

1. أهلية أطراف الصفقة العمومية وسلامة الإرادة من العيوب:

ينعقد العقد الإداري بوجود شخصين أحدهما الشخص المعنوي، وفقا لنص المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا طبقا للمعيار العضوي، على أن يكون هذا الأخير الدولة أو الولاية أو البلدية أو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري.

غير أن اشتراط وجود شخص معنوي عام كطرف في الصفقة ليضفي عليه الطابع الإداري ليست قاعدة مطلقة، إذ يمكن أن يكون العقد بين أشخاص طبيعية، إلاّ أنّه يأخذ حكم العقد الإداري، وذلك في الحالات التالية:

– يعتبر العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص عقدا إداريا إذا تصرف أحدهم باسم ولحساب شخص معنوي عام بناءا على تفويض من جانب هذا الأخير، وهذا ما أكده قرار محكمة التنازع الفرنسية لسنة 1983، في قضية شركة النقل التولوزية ضد Semvat.

– يعتبر العقد المبرم بين شخصين من القانون الخاص عقدا إداريا ليس بالنظر إلى أطرف العقد بل بالنظر إلى موضوعه، وذلك إذا تعلق بأشغال هي بطبيعتها تخص الدولة كالأشغال العمومية. [1]

– وهذا ما أكدته المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15–247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في فقرتها الأخيرة: "المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

كما تبرم الصفقة بإيجاب صادر من راغب التعاقد مع الإدارة ويتحقق بتقديمه لعطائه في المناقصة (طلب العروض في التعديل الجديد لسنة 2015) الذي أعلنت عنه الإدارة، فإذا صادف هذا الإيجاب قيودا من جهة الإدارة بأن أرست عليه المناقصة (طلب العروض) ووصل إليه العلم بهذا الإرساء انعقد العقد، ويترتب لصحة هذا الأخير أن يكون صادر عن ذي أهلية، وخاليا من عيوب الإرادة المتمثلة فيما يلي:

1 : Marceau LONG, GA.J.A , 2eme , Édi DALLOUZ, Paris.1999, P 602.

أ. الغلط:

❖ **تعريف الغلط.**

الغلط هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، حيث يكون هذا الأخير إما واقعة صحيحة يتوهم الإنسان عدم صحتها، أو واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، يشترط في الغلط لإحداث تلك النتيجة أن يكون جوهريا وفقا لنص المادة 82 من القانون المدني الجزائري: يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه للمتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، إذ يجب أن يكون هذا الغلط جوهريا، ويكون كذلك إذا ما كان تأثيره قويا على إرادة المتعاقد مع الإدارة.

❖ **حالات الغلط:** يكون الغلط جوهريا في حالتين هما:

- إذا وقع في صفة الشيء. [1]
- إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وكانت هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

❖ **شروط الغلط:** يشترط في الغلط حتى يؤدي إلى إبطال الصفقة العمومية، أن يكون جوهريا وأن يتصل بعلم المتعاقد الآخر "الإدارة".

- **أن يكون الغلط جوهريا:** يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام الصفقة لو لم يقع في هذا الغلط، ولا يجوز إبطال العقد للغلط، كالخطأ في الكتابة أو الحساب، لأنه لا يعدو أن يكون إلا غلطا ماديا يتم تصحيحه دون تأثيره على صحة الصفقات العمومية. [2]

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 83.

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،الأسس العامة للعقود الإدارية. المرجع السابق. ص 312.

- **اتصال علم المتعاقد الآخر بالغلط:** لكي يؤدي الغلط إلى إبطال الصفقات العمومية، فإنه يتعين أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في ذات الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وفقا لما جاء في نص المادة 82 من القانون المدني ومما لا شك فيه أن قصد المشرع لهذا الشرط الهدف منه هو حماية الطرف الآخر حسن النية، وتطبيقا للقواعد العامة في الإثبات، فإن عبء إثبات الوقوع في الغلط يقع على عاتق الطرف الذي يدعيه، ويجب عليه إثبات أن ثمة غلطا جوهريا وقع فيه دفعه للتعاقد، وأن هذا الغلط اتصل بعلم الطرف الآخر، أو كان يسهل عليه العلم به، ونظرا لأن هذه الوقائع مادية فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

ب. التدليس:

❖ **تعريف التدليس:**

تبطل الصفقة العمومية إذا ما شاب إرادة أحد طرفيها غلط أو وقعه فيه الطرف الآخر مستعملا طرقا احتيالية، إلا أنّه من غير المعقول أن تدلس الإدارة على المتعاقد معها لحمله على التعاقد، حيث يفترض أن المتعاقد مع الإدارة هو الذي يقوم بالتدليس عليها لدفعها للتعاقد معه، ويلحق أضرارا بالإدارة وبالتالي من حقها وواجبها إبطال الصفقة، لأن التدليس كسبب للإبطال يجب أن يكون صادرا من أحد طرفيه ليكون بمثابة جزاء، ولا يجوز توقيع هذا الجزاء على أحد طرفي الصفقة إذا لم يكن سببا في ذلك كما في حالة قيام شخص أجنبي بالتدليس، وبالتالي يشترط فيه أن يكون مستعمل هذه الحيل أحد الطرفين، أو يكون هذا الطرف على علم به أو من المفروض أن يعلم به.

❖ **عناصر التدليس:** يتكون التدليس من عنصرين أساسيين وهما:

- **العنصر المادي:** يتمثل في استعمال طرق احتيالية من طرف أحد المتعاقدين أو نائبيهما تبلغ درجة من الجسامة تدفع بالطرف الآخر لإبرام الصفقة العمومية.

- **العنصر المعنوي:** يتحقق بتوافر القصد لدى مستخدم الطرق الاحتيالية في دفع الطرف الآخر للتعاقد معه أي توافر نية التضليل. [1]

التدليس نوعان: التدليس الدافع incitatif وهو وحده الذي يعيب الرضا، وبالتالي يستوجب إبطال الصفقات العمومية، أما العارض incident لا يعد سببا للإبطال وإنما هو سبب للتعويض.

ج. الإكراه:

❖ **تعريف الإكراه:**

هو الضغط الذي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع للتعاقد، ويكون هذا الأخير مبطلا للصفقات العمومية إذا ما تعاقد الشخص تحت سلطان الرهبة التي يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق، بحيث يحس بخطر جسيم يهدده هو أو عائلته في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال [2]، ويشترط في الإكراه أن يكون صادرا من أحد المتعاقدين، فإذا صدر من غيرهما، ليبس للمتعاقد المكره المطالبة بإبطال الصفقة العمومية، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه.

❖ **عناصر الإكراه:** يقوم الإكراه على عنصرين يتمثلان فيما يلي:

- **العنصر المادي:** يتمثل في الوسائل المستخدمة في الإكراه، والتي من شأنها تهديد الطرف المكره.

1: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة – ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 641.

1: محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 906.

- **العنصر المعنوي:** ويتمثل في الرهبة المتولدة عن الوسائل المادية المستخدمة، والتي تؤثر في نفس المتعاقد المكره بدفعه إلى التعاقد، ويقع عبء إثبات إبرام الصفقات العمومية تحت تأثير الإكراه على عاتق من يدعيه.

د.الغبن:

هناك موقف يستبعد هذا الأخير من أن يشوب عقد الصفقة، لأنها تتم في ظروف تنافسية دون تدخلات من الإدارة إلا في الأمور التنظيمية لها فقط ويضع الراغب في التعاقد الأسعار التي يرى أنها تمكنه من الحصول على ربح في إطار موضوعي دون تغرير من الإدارة.

وقد يتحقق الغبن في الصفقات العمومية إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مع ما حصل عليه أحدهما من فائدة مالية، ويجوز للقاضي الإداري بناءا على طلب المتعاقد الذي تعرض للغبن إبطال الصفقة ما لم يكن هذا الغبن عاديا نظريا، لأن الصفقات العمومية هي نوع من أنواع العقود الإدارية والتي تعتبر من عقود الإذعان والمتضمنة لالتزامات غير متساوية، إنما متفاوتة يرجع السبب في ذلك إلى المركز القانوني لكلا طرفي الصفقة العمومية.

2. مخالفة قواعد الشكل والإجراءات في الصفقات العمومية:

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتبع بعض الشكليات الجوهرية والتي يترتب على مخالفتها بطلان الصفقة العمومية بطلانا مطلقا وهي:

أ- مبدأ الشكل الكتابي للصفقة:

وهذا ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:" 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، ويجب أن تتضمن وثيقة الصفقة العمومية جميع البيانات المذكورة في نص المادة 67 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ب- دفتر الشروط:

يجب على المصلحة المتعاقدة عند شروعها في إبرام الصفقات العمومية أن تحرر دفتر الشروط، ويقصد بدفتر الشروط بأنه وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفيات اختيار المتعاقد معها .فالإدارة حين إعداد دفتر الشروط في كل صفقة عمومية تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة وتجند كل إطاراتها المعنيين من اجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة [1]، وطبقا لنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247 توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص ما يأتي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.
- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.
- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية.
- فإذا لم تحترم المصلحة المتعاقدة هذه الشروط والالتزامات القانونية كانت الصفقة باطلة، أما فيما يتعلق بقواعد الإجراءات، فإنها ملزمة بإتباع إجراءات قانونية، وعدم التقيد بها يؤدي إلى إبطال الصفقات العمومية حسب ما يقدره القاضي الإداري.

1: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 143.

وأول إجراء من هذه الإجراءات الجوهرية هو الإعلان عن الصفقة وكذا الإعلان عن المنح المؤقت والمنح النهائي للصفقات العمومية، وذلك من أجل ضمان احترام المبادئ الأساسية التي تحكم عملية إبرا م الصفقات العمومية وهي:

- مبدأ المحافظة على المالية العمومية.
- مبدأ اختيار المتعاقدين الأكثر كفاءة.

ولتجسيد هذه القاعدة في مجال البناء والأشغال العمومية وقطاع المياه والري، قد أصدر المشرع الجزائري للمرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 1993/11/28 الذي يوجب على جميع المقاولات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري امتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهني.

ونظرا لأهمية هذه الصفقات العمومية بجب على الإدارة عدم التعسف وضمان احترامها وإلا كانت عرضة للبطلان من قبل القاضي الإداري الذي له سلطات مقيدة بموجب النصوص القانونية والتنظيمية المعمول بها.[1]

II.العيوب الداخلية:

يقصد بالعيوب الداخلية للصفقات العمومية تلك التي تتعلق بجوهر التصرف القانوني تستمد من محل العقد الذي يشكل موضوعه وسبب مشروع التزامه، وهذا ما سنتعرض له فيما يلي:

1- العيوب المتعلقة بمحل الصفقة العمومية:

المحل هو العملية القانونية التي قصد الطرفان تحقيقها، لأن محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين للقيام به، و لقد طبق القضاء الإداري المبادئ المدنية المتعلقة بالمحل والتي تتمثل في أن يكون موجودا ممكنا، معينا أو قابلا للتعيين وقابلا للتعامل، على العقود

1: ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط 2، الجزائر، 2007، ص ص 288، 289.

الإدارية فيما عدا ما تستلزمه طبيعة هذه العقود وبالتالي فانه يجوز إبطال عقد الصفقة العمومية إذا كان محلها متعارضا مع النظام العام[1] لأنه سيكون عقد غير مشروع، وعليه فانه لا يجوز مثلا لإدارتين عموميتين التقدم بعطاءات أو عروض فيما بينهما تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 7 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

2-العيوب المتعلقة بسبب الصفقة العمومية.

السبب هو الدافع الذي يدفع بالمصلحة المتعاقدة إلى إبرام الصفقات العمومية، إذ يعتبر السبب ركنا من أركانها لا تقوم بدونه ويشترط في ركن السبب أن يكون موجودا ومشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا عد العقد باطلا وتزول كل أثاره أيضا، ويعود الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، لكن يمكن أن ينشأ رغم ذلك حق لأحد طرفي العقد باقتضاء تعويض من الطرف الأخر تأسيسا على المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب والمثال على ذلك هو أنه في حالة اتفاق الإدارة على التعاقد مع أحد الطرفين للقيام بعمل لكنها أصدرت قرار بإلغاء هذا التعاقد لانعدام جدواه رغم ما قام به هذا الطرف الآخر من أعمال لم ترفضها الإدارة بل استفادت منها، فالسبب أصبح هنا غير موجود وبالتالي أصبح العقد باطلا، لكن الطرف الآخر افتقر وأثرت على حسابه الجهة الإدارية وعليه فانه يصبح له حق طلب التعويض.

ثانيا: الجزاء المترتب على مخالفة شروط الانعقاد والصحة في الصفقات العمومية

إن الجزاء المترتب على مخالفة شروط الانعقاد هو البطلان، ويكون هذا الجزاء لكافة العقود سواء كانت مدنية أو إدارية، حيث يعرف القانون الخاص ثلاث مراتب من البطلان، وهي الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي، غير أنه في القانون العام وقع خلاف

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 221.

حول مراتب هذا البطلان، فما هي أحكام البطلان في العقود الإدارية؟ وما هي الآثار المترتبة على هذا البطلان؟

I.أحكام البطلان:

لقد أخذ الفقه الإداري أيضا بالتقسيم الثلاثي لمراتب البطلان والمتمثلة في الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي، وسنتعرض لكل نوع فيما يلي:

1. الانعدام:

أول من أخذ بفكرة الإنعدام هما الأستاذان "JEZE" و "PEQUINOT" إذ اعتبر العقد منعدما في الحالات التالية: إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية من قبل موظف غير مختص، ويقرر القاضي الإداري هذا الجزاء عندما لا تحترم قواعد الاختصاص في مجال التعبير عن إرادة الإدارة.

إلا أن الفقه الفرنسي اختلف حول تقدير الجزاء المترتب على خرق قواعد الاختصاص في التعبير عن إرادة الإدارة وهذا بسبب لجوء مجلس الدولة الفرنسي إلى إصدار مجموعة من القرارات تتضمن جزاءات غير معروفة فهناك من فسرها بأنها انعدام وهناك من كيفها على أنها بطلان مطلق، وان كان يقرر الحكم بالانعدام في العديد من أحكامه إلا انه كان يقصد بذلك ترتيب البطلان المطلق وليس الانعدام بمعناه الفني.[1]

وإذا كان الإخفاق قد ألّم بالفكرة على مستوى العقد الإداري، فإنّ النجاح كان حليفها على مستوى القرار الإداري، حيث حققت فكرة الانعدام تفردا وتميزا عن القانون الخاص.

2. البطلان المطلق:

يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، إذا لم يستكمل عناصره وشروط صحته، إذ أن مجال البطلان المطلق في القانون الإداري أوسع منه بالنسبة إلى مجاله في عقود القانون الخاص،

1: هند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 382.

وهذا لأن القواعد المقررة بالنسبة إلى إبرام العقود الإدارية تتعلق بالمصلحة العامة، ومن ثم يترتب على مخالفتها البطلان المطلق.

حيث يحق لكلا طرفي العقد طلب الحكم بالبطلان، والواقع أن غالبية القواعد التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية تتعلق بالمصلحة العامة، وبالتالي فإن تخلفها يؤدي إلى البطلان المطلق، غير أن الاتجاه القضائي في نهاية القرن الماضي وبداية القرن الحالي كان يقرر أن هذه القواعد والإجراءات مقررة فقط لمصلحة الإدارة و أن لها وحدها طلب الحكم بالبطلان، ولكنه سرعان ما عدل عن هذه النظرية مقررا أن هذه القواعد لم تشرع إلا لحماية المصلحة العامة، وبمفهوم المخالفة فإن الجزاء المترتب عن تخلفها هو البطلان المطلق مما يحق معه لطرفي العقد التمسك به لعدم إتباعها للضوابط والإجراءات المقررة قانونا. [1]

3. البطلان النسبي:

إذا كان البطلان المطلق يقرر لحماية المصلحة العامة، فإن البطلان النسبي يقرر لمصلحة أحد المتعاقدين، وفي هذه الحالة فإن الطرف الذي تقررت له الحماية هو الذي يطلب الحكم ببطلان الصفقة، وإذا كان الأصل أن البطلان النسبي يتعلق بناقصي الأهلية أو إذا شاب الرضا عيب من العيوب المذكورة سابقا، فما هو الحل في حالة وقوع إرادة المصلحة المتعاقدة في عيب من هذه العيوب، فهل يحق لها أن تطلب البطلان أم يجوز للغير القيام بذلك؟

لقد سبق في هذا الصدد أن قضى م. د. ف في حكم وحيد له بقبول الدعوى المقامة من طرف الغير ضد قرار إداري منفصل عن العقد لما شاب إرادة المصلحة المتعاقدة من

1: عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، بدون طبعة، دار الكتب الحديثة، القاهرة 1994، ص563.

عيب وقعت فيه، وهنا نضيف أنه ليس من المعقول أن تتنازل الإدارة عن حقها بسبب أن البطلان مقرر لمصلحتها فقط.

II.آثار البطلان في الصفقات العمومية:

يترتب على بطلان الصفقات العمومية تلاشي كافة آثاره، ولا يقتصر هذا التلاشي على زوال أثر الصفقة بالنسبة للمستقبل، بل يزول كافة ما رتبه من آثار بالنسبة للماضي، وهو ما يعرف بالصفة الرجعية للبطلان (Le caractère rétroactif de lannulation l'annulation) وعلى ذلك لا يرتّب أيّ التزام على عاتق طرفيه، ولا يصلح كأساس لاستعادة أي من طرفيه بحق عقدي، حيث متى كانت الصفقة باطلة تعين إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

وترد على قاعدة انعدام آثار الصفقات العمومية بأثر رجعي بعض الاستثناءات تتمثل فيما يلي:

1. **التقادم:** لقد قرر المشرع الجزائري أن دعوى البطلان تتقادم بمضي خمسة عشرة سنة، وهذا للحفاظ على استقرار المعاملات.
2. **البطلان الجزئي للصفقات العمومية:** وفي هذه الحالة يقتصر أثر البطلان على جزء من الصفقة وحده دون باقي الصفقة التي تبقى قائمة.
3. **حسن النية:** لا يجوز التمسك بالبطلان على وجه يتعارض مع المتعاقد حسن النية.
4. **مصلحة ناقص الأهلية:** في حالة إبطال الصفقات العمومية لنقص في أهلية المتعاقد فإنّ هذا الأخير لا يلزم برد إلاّ ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ هذه الصفقة.
5. **العقود الزمنية:** في هذه العقود لا يمكن إعمال قاعدة الأثر الرجعي للبطلان، حيث يستحيل إزالة بعض الآثار المترتبة في الماضي، وهنا يلتزم الطرف المخل بالتزامه بتعويض الطرف الذي نفذ التزامه ويكون أساس هذا التعويض هو نظرية الإثراء بلا سبب.

إن اعتبار الصفقة كأن لم تكن ليس هو الأثر الرئيسي المترتب على البطلان، وإنما قد يكون من حق المقاول أو المتعهد طلب التعويض من المصلحة المتعاقدة على أساس المسؤولية شبه العقدية (La responsabilité extracontractuelle)، إذ ليس للمتعاقد أن يحتج بالمسؤولية العقدية لأن الصفقة أصبحت باطلة ولم ينتج أي أثر، وليس له أيضا أن يحتج بالمسؤولية التقصيرية إلا إذا كان هناك خطأ من جانب الإدارة، وهذا في حالة ما إذا تبين أن إبطال الصفقة يرجع إلى خطأ المصلحة المتعاقدة.[1]

أما عن مسألة التعويض فللمقاول أو المتعاقد مع الإدارة الحق في طلب التعويض المناسب وذلك استنادا لما يطبقه القاضي الإداري من مبادئ مقررة في القانون الخاص ومن الأمثلة الدالة على ذلك إذا أعطت المصلحة المتعاقدة أملا لأحد المتعهدين في إبرام الصفقة معها ودفعته إلى صرف مبالغ كبيرة في سبيل إعداد الدراسات المتعلقة بالمشروع، ففي هذه الحالة هناك خطأ من قبل الإدارة يوجب تعويض هذا المتعهد الذي لحقه الضرر من جراء عدم التعاقد، كما أن القضاء الإداري الفرنسي يعتبر أن قيام المصلحة المتعاقدة بقطع المفاوضات دون مبرر معقول لسبب وجيه للحكم عليها بالتعويض إضافة إلى هذا فإن (م. د. ف) يقضي بأحقية المقاول الذي يبدأ في تنفيذ عقد باطل بالتعويض إذا ترتب على هذا التنفيذ فائدة للمصلحة المتعاقدة معه، ولكن بشرط ألا يكون هناك سوء نية ولا يمس بالآداب العامة، وما عدا هذا فإنه لا يشترط أن تكون هذه الأعمال المنفذة ضرورية بل يكفي أن تستفيد منها المصلحة المتعاقدة، فإذا لم تستفد فلا محل للتعويض. [2]

ويشترط القضاء الإداري الفرنسي أن يكون التنفيذ بموافقة المصلحة المتعاقدة، ولا يشترط أن تكون الموافقة صريحة، بل يكفي أن تكون ضمنية، وتتمثل في عدم اعتراض المصلحة المتعاقدة على هذه الأعمال، أما إذا كان البدء في التنفيذ بناءا على خطأ جسيم

1: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص404.

1: CATHERINE ERGEAL, Frédéric LENICA les contentieux des M. P, Imprimerie nationale, Paris, 2004, P131

من قبل المقاول كأن يبدأ في الأشغال رغم إخطاره من قبل المصلحة المتعاقدة بعدم ذلك وبالتالي لا يجوز له طلب التعويض.

ولقد أسس (م. د. ف) المسؤولية الشبه العقدية صراحة على فكرة الإثراء بلا سبب تطبيقا لقاعدة أنه لا يجب أن يثرى أحد على حساب الغير.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية:

نظرا لما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة، فان هذه الامتيازات قد خولت لها سلطة فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة دون حاجة إذن من القضاء، ويكون ذلك في حالتين أساسيتين:

الحالة الأولى: مراعاة لمبدأ العلانية والتكيف الذي يحكم المرافق العامة إذا ما قدرت المصلحة المتعاقدة أنه يمس بالمصلحة العامة وهذا ما يسمى بالفسخ التقديري La résiliation dixrétionnaire.

الحالة الثانية: وتكون في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية وهذا ما نصت عليه المادة 149من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره، وبالمقابل هناك المتعاقد مع الإدارة الذي ليس له الحق في فسخ الصفقة من تلقاء نفسه، وإنما يجب عليه أن يلجأ للقاضي الإداري المختص من أجل الحكم بذلك.

أولا: تعريف الفسخ القضائي:

يعتبر من أخطر الجزاءات التي تتعرض لها المصلحة المتعاقدة، حيث لا يحكم القاضي الإداري بهذا الجزاء إلّا لخطأ جسيم ترتكبه الإدارة، ويكون ذلك بناءا على طلب المتعامل المتعاقد، و من الأخطاء المبررة لتوقيع هذا الجزاء مثلا عدول الإدارة دون سب معقول عن موضوع الصفقة، أو تأخرها تأخرا كبيرا للبدء في التنفيذ ثم وقف الأعمال أو توقيع جزاءات وفرض عقوبات مالية، إذ يترتب عليه نتيجة مهمة هي التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به إضافة للحكم بفسخ الرابطة التعاقدية ومن

تطبيقات ذلك ما اقره مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 2003/12/16 قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد يعيش. [1]

عدم وجود اعتماد مالي أو عدم كفايته فهنا بوسع المتعاقد أن يطلب فسخ العقد والتعويض المناسب إذا كان لذلك مقتضى وهذا ما أقره مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2005/07/12 قضية بلدية ثنية الأحد ضد (ز. د).[2]

ثانيا: حالات الفسخ القضائي:

يمكن لأي من طرفي الصفقة العمومية رفع دعوى أمام القضاء الإداري للمطالبة بفسخ الرابطة التعاقدية في حالة الإخلال بالالتزامات، مع العلم أنّ المصلحة المتعاقدة بإمكانها فسخ الصفقة دون اللجوء للقضاء وذلك عن طريق إصدار قرار إداري يقضي بفسخ الرابطة التعاقدية، ما يسمى بالفسخ الإداري الانفرادي وهو سلطة تتمتع بها الإدارة في مجال الصفقات العمومية وذلك في مواجهة المتعاقد معها، وهذا ما أقرته المادة 149 فقرة 01، 02، 03 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 بقولها: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة أعذارا ليّفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الأعذار المنصوص عليه أعلاه، فان المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة....."

"ولا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطا المتعاقد معها....."بما جاء في نص المادة 152 من نفس القانون، وسلطة الإدارة بالفسخ تمارس

1: زكريا المصري، أسس الإدارة العامة، ب ط، دار الكتب المصرية، مصر، 2007، ص 632.

2: قرار مجلس الدولة (غرفة أولى) رقم 0011126 فهرس 917 المؤرخ في 2003/12/16 قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد يعيش. غير منشور نقلا عن عمار بوضياف المرجع السابق ص 323.

تحت رقابة القاضي الإداري، والذي يحكم بالتعويض المالي إذا تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق. [1]

أما الحالات التي يعتمد عليها القاضي الإداري للحكم بفسخ الرابطة التعاقدية هي حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية والقوة القاهرة وكذلك الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل الصفقة، نتطرق لكل حالة على حدا فيما يلي:

1- الفسخ للإخلال بالالتزامات التعاقدية.[2]

إن طلب الفسخ بحكم قضائي من قبل الإدارة أو المتعاقد معها لإخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين، إضافة إلى أن الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري استنادا إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض، إلا إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوبا بالتعسف.

أما بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة فله الحق في اللجوء للقاضي الإداري للحصول على حكم قضائي يقضي بفسخ الصفقة العمومية إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها إخلالا جسيما اتجاهه، سواء كان الإخلال بالالتزامات المالية كإخلالها بأداء المقابل المادي، أو الإخلال بالتزاماتها بمكين المتعاقد معها من البدء في التنفيذ، إذ يترتب على ذلك فسخ الصفقة، إضافة إلى التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

1: قرار مجلس الدولة (غرفة أولى) رقم 0011126 فهرس 917 المؤرخ في 2003/12/16 قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد يعيش، غير منشور نقلا عن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 323.

2: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص104.

1-الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة:

تعرف القوة القاهرة بأنها حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه، وهو يحول بصور مطلقة دون تنفيذ الالتزامات التعاقدية، واستنادا لهذا التعريف نستنتج العناصر الأساسية المكونة لهذه النظرية وهي كالتالي:

أ-**الحادث الأجنبي الخارجي l'extériorité** : بحيث يكون خارج ومستقل عن إرادة الأطراف.

ب- عدم إمكانية التوقع أو حادث غير مترقب l'imprévisibilité : إذ يجب تجنب كل الظروف والحوادث التي من شأنها أن تساهم في حدوثها، إذ أكد (م. د. ف) في العديد من أحكامه أن الحادث غير المترقب أو غير المتوقع لا يمكن أن يقوم بمواجهة المتعاقد في وقت إبرامه، واعتبرت قرارات المجلس أن الحرب أو قيام إضراب لا يمكن أن تعتبر جميعها كحادث غير متوقع عندما يثبت الواقع أنه في زمن العقد كانت الظروف مضطربة ويمكن توقع صدور مثل هذه الحوادث. [1]

ج- لا يمكن دفع الحادث l'irrésistibilité: يجب عدم إمكانية صدّه من قبل المتعاقد ومانعا جذريا من تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بحيث تكون استحالة دفع القوة القاهرة استحالة مطلقة، وهذا ما يجعل سلطة القاضي الإداري شديدة التضييق في تقدير وجود القوة القاهرة التي تميز بين نوعين:

- القوة القاهرة التي لا يمكن التغلب عليها، وهي تؤدي بالتالي لعدم التنفيذ.
- القوة القاهرة التي يسهل تجاوزها و لكن من شأنها أن تقلب التوازن المالي للعقد نهائيا وهذا ما يؤدي إلى فسخ العقد قضائيا، مع إمكانية تدخل القاضي الإداري في إطار المصلحة العامة بمحاولة دعوة الأطراف المتعاقدة إلى ترميم الصفقة للمصالحة من أجل

1: طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص122.

إعادة توازنها، وهذا ما يجعل نظرية القوة القاهرة في القانون العام تختلف عن نظيرتها في القانون الخاص كما تختلف في الآثار القانونية، حيث يعتبر التدخل كامتياز للقاضي الإداري من أجل الضغط على الطرفين المتعاقدين لا يؤخذ به بالنسبة للقاضي المدني الذي يتعين عليه الحكم بفسخ العقد ليس إلا. [1]

3-الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل الصفقة العمومية:

على خلاف العقد المدني الذي لا يتمتع أي طرف فيه بسلطة انفرادية اتجاه الطرف الآخر، ولا إمكانية تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل، فإن العقد الإداري وخلافا للقواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن للمصلحة المتعاقدة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، بحيث تعد سلطة التعديل من أهم مظاهر تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص.

ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة وأساس ذلك يعود لاقتضاء المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة، فتستطيع المصلحة المتعاقدة بذلك أن تعدل من التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو بالنقصان، وهذا الحق ثابت للإدارة حتى لو لم يتم النص عليه في العقد، بل هو ثابت للإدارة حتى لو لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة، فإن العقد الإداري وخلافا لذلك يقوم على فكرة تفضيل المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد مع الإدارة. [2]

1: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان 1997، ص22.

2: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، نفس المرجع، ص28.

ولا يمكن للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة وإستوجبته المصلحة العامة، وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدود وضوابط دقيقة تتمثل فيما يلي:

أ. أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد: يجب أن تراعي الإدارة و هي تمارس سلطتها في التعديل موضوع العقد الأصلي وأن لا تتجاوزه، فلا يجوز لها أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة لتغيير موضوع العقد وإرهاق الطرف المتعاقد معها، وإلا كنا أمام عقد جديد، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة قبل التعاقد معها والالتزام بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة، استنادا في ذلك لقدراته المالية والفنية، فلا يناسبه التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد.

ب. أن يكون للتعديل أسباب موضوعية: لا يمكن للإدارة من تلقاء نفسها أن تباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية، بل هناك عوامل تدفعها للتعديل بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور على أحسن وجه، لأن الإدارة تتعاقد في ظل ظروف معينة قد تتغير بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية النى تأخذ وقتا طويلا في تنفيذها كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد، فإذا تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة وبما يراعي العقد الأصلي.

ج. أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية: تعلن الإدارة عن نيتها في تعديل صفقة عمومية عن طريق قرار إداري، الأمر الذي يتطلب وجوب توافر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا، فطالما تميز العقد الإداري بموضوعه وبعلاقته بالمرفق العام والمصلحة العامة، وجب أن يتميز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل وإلا فإن العقد الإداري سيقترب من العقد المدني. [1]

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 وتحديدا من المواد 135 الى139 وردت تحت عنوان الملحق، وهو ما يقابله نص المواد من 102 إلى 106 من المرسوم السابق

1: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط1، جسور النشر والتوزيع، الجزائر2007، ص 146.

10-236 الملغى، فأجازت المادة 135 للمصلحة المتعاقدة إبرام الملاحق وفسرت المادة 136 المقصود بالملحق يأته: "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"، ومن النص أعلاه نستنتج أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي أجازت للإدارة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنودا إما بالزيادة أو النقصان، غير أن هذا التعديل يخضع للشروط التالية:

- أن يكون مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة.
- أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهري بالصفقة، لأن التعديل الجوهري يجعلنا أمام صفقة جديدة.
- أن يتعلق التعديل بالزيادة أو النقصان على أن يراعي فيه السقف المالي المحدد في المادة 139 من المرسوم الرئاسي15-247، وقدره 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، وحتى يبعث المشرع بسلطة ومدونة على إجراء أو سلطة التعديل نص في المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 على عدم إخضاع الملحق لفحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية.

ومن البديهي القول أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري، الذي يسعى إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام و كذلك من مدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عليها تشريعيا، وعلى ضوء ذلك يقرر عما إذا كان هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه[1]، فإذا ثبت للقاضي الإداري ذلك جاز له أن يحكم بفسخ الرابطة التعاقدية بناءا على تجاوز المصلحة

1: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص151.

المتعاقدة لحدودها في تعديل الصفقة العمومية، و يملك المتعاقد المطالبة بالتعويض المالي عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب إضافة إلى فسخ الصفقة.[1]

المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض:

أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، قد تترتب إجراءات أو تقع حوادث من شأنها إلحاق أضرار بالمتعاقد مع الإدارة، فيجوز لهذا الأخير مطالبة القاضي الإداري بالتعويض عن تلك الأضرار شريطة أن لا يكون هو المتسبب فيها، على أن يقيم الدليل على وقوعها حتى يمكن أن يقضى القاضي الإداري له بالتعويض على أساس الخطأ، كأن تقصر الإدارة في تنفيذ التزاماتها، أو تعوضه بدون خطأ منها بحيث تكون مسئولة عن تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر على أساس نظرية الإثراء بلا سبب و إما لاعتبارات العدالة ورغبة الإدارة في الحفاظ على التوازن المالي للصفقة، و هذا ما سنحاول أن نبّينه في الفرعين التاليين بحيث نتعرض لسلطات القاضي الإداري في تقرير التعويض الكامل على أساس الخطأ في الفرع الأول، وكذلك سلطات هذا الأخير في تقرير التعويض بدون خطأ في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئها:

تقوم مسؤولية الإدارة العقدية على أساس الخطأ في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية الواردة في الصفقة العمومية أو في النصوص القانونية المنظمة لها، أو إساءة استعمالها لسلطاتها الاستثنائية التي تتمتع بها وتجعلها تتميز عن غيرها من العقود المدنية والتجارية.[2]

1: عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، ب ط، منشاة المعارف، مصر، 2003، ص151.

2 : محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، المرجع السابق، ص 58.

ونذكر منها سلطة الرقابة والإشراف وسلطة التعديل وتوقيع الجزاءات المختلفة وسلطة فسخ الصفقة، إلا أن المصلحة المتعاقدة قد تتعسف في استعمال هذه السلطات، مما يرتب مجموعة من الأضرار للمتعاقد والتي تكون محلا لطلب التعويض من قبل هذا الأخير، وعلى هذا الأساس نحاول من خلال هذا المطلب تبيان دور القاضي الإداري في التعويض على أساس المسؤولية العقدية في الفرعين الآتيين:

أولا: إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية:

بموجب إبرام الصفقة العمومية يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته التعاقدية، في مقابل التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها وإن إخلال الإدارة بهذه الالتزامات يولد مسؤوليتها المترتبة لحق المتعاقد في الحصول على تعويض عما أصابه من ضرر وما فاته من كسب، وتقوم المسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ الناتج عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته، فإذا انتفى الخطأ انتفت المسؤولية العقدية، والتزامات المصلحة المتعاقدة عديدة ومتنوعة تختلف باختلاف العقد الإداري، وبما أننا بصدد دراسة الصفقات العمومية نتطرق لأهمها، والتي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة، وهي بالمقابل تعتبر حقوقا بالنسبة للمتعاقد معها وهي الالتزام بأداء المقابل المالي والالتزام بتمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ.[1]

I.إخلال الإدارة بالتزاماتها بتمكين المتعاقد معها من البدء في التنفيذ.

الصفقات العمومية هي عقود إدارية زمنية، حيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة فيها بإنهاء الأعمال الموكلة إليه في مدة زمنية محددة بالصفقة، وإلا أصبح عرضة لأن تطبق عليه أحكام الغرامة التأخيرية أو فسخ الصفقة أو تنفيذها بواسطة متعامل آخر على حسابه. حيث يصنف هذا الالتزام إلى عدة صور يمكن تناولها فيما يلي:

1: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص159.

1-عدم تسليم المصلحة المتعاقدة موقع التنفيذ للمتعاقد معها:

تلتزم المصلحة المتعاقدة بتمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزامه التعاقدي وذلك عن طريق تسليمه الموقع المتفق عليه في الصفقة، إذ لا يكفي لإعفاء الإدارة من التزامها بتسليم موقع العمل مجرد القيام بذلك، بل يجب أن يكون هذا الموقع خاليا من الموانع التي تحول دون قيام المتعاقد مع الإدارة من البدء في التنفيذ سواء كانت تلك الموانع قانونية أو مادية.

ويتعين على الإدارة تسليم موقع العمل في الموعد المحدد حتى لا يؤثر على زمن تنفيذها، وترجع السلطة التقديرية في ذلك للقاضي الإداري الذي يعرض عليه النزاع.[1]

وبالتالي فان العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أهمها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في الممل فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يشكل خطأ عقدي في جانبها يخول للمتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد فضلا عن استحقاقه للتعويض لجبر الأضرار التي أصابته، ويكون تقدير القاضي لتأخر الإدارة في الوفاء بالتزامها بتسليم الموقع حسب مقتضيات القضية المعروضة أمامه والمدة المحددة الواجب التنفيذ خلالها من قبل المتعاقد معها.

2-عدم تقديم المصلحة المتعاقدة الدفعة الأولى مقدما: [2]

الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيد جزئي لموضوع الصفقة وفقا لما جاء في نص المادة 109 فقرة 2 من قانون الصفقات العمومية 15-2047، إذ غالبا ما تكون هذه الدفعة شهرية بقدر ما تم إنجازه من عمل، وتمنح هذه الدفعة بشروط، ويبدأ في دفعها عندما تتأكد الإدارة أن المتعاقد جاهز للتنفيذ، ولا يتم إيداعها إلاّ بتقديم المتعاقد لخطاب الكفالة المصرفية من أحد البنوك، أما فيما يخص استرداد قيمة

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص961.

2: محمدي ياسين عكاشة. موسوعة العقود التطبيق العملي، المبادئ والأسس الإدارية والدولية، العقود الإدارية العامة، المرجع السابق، ص264.

الدفعة يكون عندما ينجز المتعاقد نسبة معينة من الأعمال، وبعد استرداد آخر قسط من الدفعة يتم إخراج خطاب الكفالة، ويجب أن يكون ذلك قبل نهاية مدة الصفقة بشهر على الأقل.

3- مسؤولية المصلحة المتعاقدة لعدم تسليمها موقع الصفقة خال من العوائق:

يجب أن يكون الموقع جاهز لمباشرة العمل دون أن يتدخل المتعاقد ويزيل عوائق أخرى، فيبذل جهدا إضافيا خارج بنود الصفقة مستغرقا مدة غير أصلية، وإجمالا تسليم الموقع غير خال من العوائق، بمعنى متضمن لعوائق يعد ذلك خطأ عقديا وإخلالا بأحد التزامات الإدارة، يخول للمتعاقد الحق في طب التعويض عما يمكن أن يلحقه من ضرر سواء كان هذا الضرر نتيجة لجهد إضافي أو تمديد مدة العقد الأصلية.

4-مسؤولية المصلحة المتعاقدة لعدم تقديمها للتراخيص اللازمة:

يتوقف تنفيذ العقد الإداري في بعض الأحيان على جهات أخرى غير طرفي العقد ومحتوى هذه الموافقات هو منح ترخيص، فلا يمكن الشروع في أي عملية دون الحصول على الرخص اللازمة من المصالح المعنية.

ولذلك يدخل ضمن خصوصيات التحضير لصفقة الأشغال العمومية استصدار الرخص العمرانية اللازمة حسب طبيعة الأشغال المزمع الشروع فيها، مثل أشغال الإحاطة، وأشغال البناء، أو الهدم .....الخ[1] وكذلك تحتاج عقود التوريد لموافقة استيرادية وفتح الاعتمادات ولكن هذا ليس بالأمر الهين، إذ تستغرق مدة طويلة نظر لتعذر إصدار الترخيص أصلا، فيما ينعكس سلبا على مدة التنفيذ، ويكون تدخل الإدارة لمساعدة المتعاقد معها بإرادتها الحرة فهي ليست ملزمة بذلك بنص صريح، ولكن في حالة طلب المتعاقد ذلك وتقاعست في تلبية طلبه هذا، يترتب عليها المسؤولية المشتركة بين طرفي العقد وفي هذه

1: خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص53.

الحالة تكون الإدارة ملزمة بتمديد مدة التنفيذ بما يتناسب وخطئها، وإذا كانت هناك أعباء مالية إضافية على المقاول تتحمل الإدارة جزءا منها.

5-عدم تقديم المصلحة المتعاقدة للمواد الضرورية للتنفيذ: [1]

لا يكفي أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتسليم المتعاقد معها مكان التنفيذ المتفق عليه، بل يتعين عليها تقديم كافة المواد الضرورية للتنفيذ، إذ تعتبر تلك المواد الآليات التي لا يتم التنفيذ بدونها، إذ تتكفل بإعدادها وتجهيزها وتسليمها للمتعاقد، فإذا أخلت أو تأخرت في ذلك، ترتب مسؤوليتها والتزامها بالتعويض إذا تحقق الضرر.

II. إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المالية:

1. الإخلال بالتزام أداء المقابل المادي للصفقة:

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلتزم فيه المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها، وتلتزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون.

وبما أن الصفقة لها صلة وثيقة بالمال العام وبحقوق الخزينة العامة وجب التأكد من حسن التنفيذ وأداء الخدمة، إذ يكون مستحق الدفع بمجرد الانتهاء من الأعمال في عقود الأشغال العامة أو تسليم الأصناف المتفق عليها في عقود التوريد فإذا أقدمت المصلحة المتعاقدة على تعديل المقابل المادي للصفقات العمومية بإرادتها المنفردة شكل ذلك خطأ عقدي تقوم معه المسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة.

يأخذ المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل نظير تنفيذه لموضوع الصفقة العديد من الصور (السعر، الثمن، الرسم...) حسب طبيعة ونوع الصفقة، حيث فصلت المواد 108 إلى 112 من المرسوم الرئاسي 15-247 كيفيات الدفع مما يعكس اهتمام المشرع بهذه

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 98.

المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقود الأشغال العامة موضوع الصفقة أين تتعد المهام و يرتفع مبلغ الصفقة، إذن لا عجب أن يخصص المشرع 16 مادة لكيفيات الدفع، فالأمر يتعلق بحقوق الخزينة العامة من جهة و حق المتعامل المتعاقد من جهة أخرى، إذ القاعدة العامة تقتضي بأن لا يتقاضى المقابل المالي إلا بعد الانجاز الفعلي للأشغال العامة، وبينت المادة 108 و109 من المرسوم الرئاسي أن التسوية المالية للصفقة يتم بدفع قسط للمتعامل المتعاقد الذي يأخذ أحد الأشكال التالية:

أ-التسبيق: L'avance:

نص المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 1/109: "هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة" مما يعني أن المتعاقد لم يباشر بعد في تنفيذ موضوع الصفقة وذلك بهدف مساعدته على مباشرة التنفيذ، ويتخذ هذا التسبيق أحد الشكلين التاليين وهذا ما نصت عليه الفقرتين 1 و2 من المادة 111 من نفس المرسوم.

- التسبيق الجزافي L'avance forfaitaire:

يعد التسبيق الجزافي مبلغا يمكن دفعه مسبقا لفائدة المتعامل المتعاقد في حدود 15% من المبلغ الإجمالي للصفق، ولا يمكن دفع التسبيق الجزافية إلى أعلى من هذه النسبة المحددة إلا إذا ثبت أن قواعد دفع على صعيد دولي تجيز ذلك، و إن رفض المصلحة المتعاقدة لطلب مجاوزة هذا الحد من شانه أن يوقع ضررا أكيدا بها.[1]

وسميّ هذا التسبيق جزافيا لكون تحديده لا يتم اعتمادا على معايير معينة، أو بناءا على معطيات قابلة للحساب بالكم وإنما تحدد جزافا نسبة إلى مبلغ الصفقة، وبالنظر إلى أهداف منحه في عمومها، والتي تتمثل في إقامة قاعدة الحياة، وتسييج أرضية المشروع، وتأمين المرور، وتسديد أولي لأجور العمال .....وغيره مما يخرج عن دور التسبيق على حساب التموين.

1 : عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 162.

يمكن أن يدفع التسبيق الجزافي مرة واحدة كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على وتيرة دفعها وتعاقبها.

- التسبيق على حساب التموين l'avance surapprousionnement:

إضافة إلى التسبيق الجزافي، يمكن للمتعامل المتعاقد أن يستفيد من تسبيق آخر يسمى التسبيق على حساب التموين، وقد سمي تسبيقا على حساب التموين لكونه يدفع لأصحاب الصفقات لاقتناء تموينات ضرورية للمشروع (سلع وأدوات)، ويعد من أصحاب الصفقات الممكن استفادتهم من هذا التسبيق، المتعاملون المتعاقدون والمتعاملون الثانويين ومتلقو الطلبات الثانويين، وتقتضي استفادة هؤلاء من هذا التسبيق أن يثبتوا بواسطة عقود أو طلبات مؤكدة المواد والسلع الضرورية المزمع اقتناؤها لفائدة المشروع المكلفين بإنجازه، يخص هذا التسبيق صفقات الأشغال والتموين دون غيرهما من الصفقات الأخرى، فهو لا يخص إذا صفقات الدراسات والخدمات، ذلك أن الفائدة المرجوة من منح هذا التسبيق هي اقتناء سلع ولوازم ومواد ومنتوجات تعد ضرورية لتنفيذ الصفقة.

ولا يحق للمستفيد من هذا التسبيق استعمال السلع المقتناة على حساب هذا التسبيق لفائدة مشروع آخر أو لأي غرض آخر غير الذي اقتنيت من أجله.

ولكي تتحقق المصلحة المتعاقدة من احترام هذا الشرط، يحق لها أن تطلب من المتعامل المتعاقد التزاما صريحا بإيداع المواد والمنتوجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلاءم الرزنامة التعاقدية.

وفي حالة مخالفته لذلك جاز للمصلحة المتعاقدة استرجاع أو المطالبة بإرجاع التسبيق على حساب التموين، وبعد انتهاء التنفيذ يقع على المستفيد أيضا إرجاع فائض السلع المقتناة على حساب هذا التسبيق، والتي بقيت بعد الاستعمال.

وبغض النظر عن شكله فإن التسبيق يعتبر سلفة، مما يقتضي استرداده من طرف الإدارة وتقيده بالشروط التالية:

- يجب أن لا يتعدى 15 % من السعر الأول للصفقة إلاّ في حالة استثنائية واردة في الفقرة 3 من المادة 111من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور أعلاه: "إذا كان يترتب على رفض المصلحة المتعاقدة قواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي ضرر أكيد بهذه المصلحة بمناسبة التفاوض على صفقة، فإنه يمكن هذه المصلحة أن تقدم استثنائيا تسبيقا جزافيا يفوق النسبة المحددة في الفقرة السابقة و ذلك بعد الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسئول الهيئة العمومية أو الوالي حسب الحالة، وتمنح هذه الموافقة بعد استشارة لجنة الصفقات المختصة.

كما لا يمكن ألا يتجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على التموين بأي حال من الأحوال نسبة 50 % من المبلغ الإجمالي للصفقة، بما جاء في نص المادة 115 من نفس المرسوم.

- يجب تقديم كفالة بقيمة التسبيق صادرة عن بنك جزائري أو أجنبي أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.

ب-الدفع على الحساب L'acompte: هو التسديد الذي تقوم به الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها، مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة كقيام المقاول بإنجاز جزء من أشغال بعض المساكن مثلا أو تسليم المورد للإدارة بعض التجهيزات المكتبية في عقد التوريد. ويخضع الدفع على الحساب للشروط التالية:

- القاعدة أن يكون الدفع على الحساب شهريا مع إمكانية النص في العقد على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الصفقة على ألا تتجاوز الشهرين، ويترتب على الإخلال بهذا الشرط من طرف الإدارة، حق المتعاقد في المطال**ب**ة بفوائد التأخير، طبقا للقواعد والإجراءات الواردة بالمادة 118 من المرسوم الرئاسي 15-247، ضرورة تقديم ما يثبت التنفيذ الجزئي وهذا ما نصت عليه المادة 1/117 منه على أنه: يمكن أن يقدم دفع على الحساب لكل صاحب صفقة عمومية، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة.

ج-التسوية على رصيد الحساب Le reglement pour solde:

لقد عرفت المادة 3/109 من المرسوم الرئاسي 15-247 التسوية على رصيد الحساب بأنها: "الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها، وعليه فإن التسوية على رصيد الحساب تأخذ في الواقع صورتين:

- **التسوية على رصيد الحساب المؤقت:** حيث نصت المادة 119 منه على ما يلي: تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها مع خصم ما يأتي:
  - اقتطاع الضمان المحتمل.
  - الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.
  - الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب على اختلاف أنواعها، التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد.
- **التسوية على رصيد الحساب النهائي:** حيث نصت المادة 120 من المرسوم السالف ذكره: يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء.

2- تأخر المصلحة المتعاقدة في الوفاء بالتزامها بأداء المقابل المادي: [1]

لا يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة الالتزام بأداء المقابل المادي فقط بل تلتزم أيضا بعدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام، إذ يشكل هذا التصرف خطأ يرتب مسؤوليتها عن تعويض المتعاقد معها دون حاجة منه لإثبات أن هناك ضرر ترتب على ذلك، وهذا ما أكدته العديد من الأحكام الإدارية في مثل هذه القضايا بالحكم على المصلحة المتعاقدة

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 102.

بأداء المقابل المالي المتبقي إضافة إلى التعويض عن كافة الأضرار اللاحقة من جراء التأخر والتماطل.

3- تأخر الإدارة بالتزامها برد التأمين النهائي:

يلتزم المتعامل المتعاقد وقبل مطالبته أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا، وتثور مسؤولية الإدارة التعاقدية إذ امتنعت عن أداء أو رد التأمين النهائي، رغم وفاء المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية فور انتهائه من تنفيذ الصفقة، كما تثبت المسؤولية الإدارية إذا تأخرت عن أداءه لأن في ذلك تعارض مع مبدأ حسن النية والواجب توافره في مجال العقود الإدارية.

ثانيا: استعمال المصلحة المتعاقدة غير المشروع لسلطاتها الاستثنائية.

للمصلحة المتعاقدة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها تنتج عن مبدأ الشروط الاستثنائية التي تنطوي عليها كافة العقود الإدارية، والتي تعتبر عنصرا مميزا لتلك العقود عما تبرمه الإدارة من عقود مدنية تقوم على مبدأ المساواة والتوازن بين التزامات المتعاقدين.

تتمثل صور السلطات الاستثنائية التي تستمدها الإدارة المتعاقدة من كونها طرفا في الصفقة العمومية بحقها في الرقابة والتوجيه وحقها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، بالإضافة لسلطتها في توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد معها، وعلى الرغم من استثنائية هذه السلطات إلا أنه لا يجب أن يؤدي استعمالها إلى ترتيب مسؤوليتها العقدية، و بالتالي تستخدم على نحو مشروع متقيدة في ذلك بالنصوص القانونية والتنظيمية، لأنه إذا لم تحترمها عد عملها غير مشروع و يكون محل للمطالبة القضائية بالتعويض على أساس الخطأ، إذ سوف نتعرض للممارسة غير المشروعة لسلطات المصلحة المتعاقدة فيما يلي:

1: استعمال الإدارة غير المشروع لسلطتي الرقابة والإشراف:

يقصد بسلطة الإشراف تحقق المصلحة المتعاقدة أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه [1] أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأوامر واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد.

وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام لا النصوص التعاقدية، فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد، وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني، إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد، إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون بينما العقد الإداري يخول للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه وان لم ينص في العقد على ذلك وهذا بهدف ضمان تلبية الحاجات العامة وحسن أداء الخدمة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة.

وتعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها. [2]

فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الإشراف والرقابة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة، وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة حقها في إصدار التعليمات.

ويتجسد ذلك أكثر في عقود الأشغال العامة بالنظر لطبيعته الخاصة وكون أن تنفيذه يستغرق مدة زمنية طويلة، غير إن سلطة الإشراف والرقابة وان كانت ثابتة بالنسبة لجهة الإدارة ومقررة في سائر العقود الإدارية، إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفقة

1: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص200.

2: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص73.

وأخرى فسلطة الإشراف والرقابة تبرز أكثر ويتسع مجالها ومداها في عقود الأشغال وهذا بالنظر لطابعها الخاص كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، ثم إنها تحتاج إلى متابعة مستمرة ومتواصلة تفاديا لأي خروج عن ما تم التعاقد بشأنه من جانب المقاول أو مؤسسة التنفيذ، وعلى ذلك فعقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرف العام عليه و ينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة.

و بهدف إجراء التوازن بين ممارسة الإدارة لسلطتها وضمان حقوق المتعاقد معها يجوز للمقاول المعني اللجوء للقضاء الإداري بهدف إلغاء قرار يتعلق بتعليمة تخص تنفيذ عقد أشغال، أو أن يرفع دعوى تعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن تنفيذ هذه التعليمات، لذلك ذهبت المحكمة العليا في مصر في قرار لها صدر بتاريخ 1978/02/16 إلى القول: "وإن كانت المادتان 11-12 من عقد حفر آبار المبرم بين جهة الإدارة و المقاول تخوّلان الإدارة إصدار الأوامر والتعليمات، إلّا أنّه يشترط لذلك أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل على الوجه الصحيح، فإذا تبين أن هذه التعليمات تتضمن أمورا لا تتفق مع أصول العمل كان من حق المقاول أن يعترض على هذه التعليمات و أن يبين أنها تخالف أصول العمل...." [1]

وهو ما يؤكد لنا أن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة ليست مطلقة، لأن إطلاقها يؤدي إلى تعسف جهة الإدارة ومبالغتها في إصدار التعليمات والأوامر بما قد يضر بالمتعاقد معها خاصة من الناحية المالية.

أما التوريد فطبيعته تفرض أن تتخذ سلطة الإشراف مظهرا آخر أقل شدة من الأول فالأمر يتعلق بمنقولات يلتزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة ومن حق مندوب

1: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص202.

الإدارة رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد. [1]

حيث تتحقق المسؤولية العقدية للإدارة في حالتين هما:

- خروجها عن تحقيق الغرض الحقيقي من منح المصلحة المتعاقدة هذه السلطة وهي تحقيق المصلحة العامة، مما يودي إلى تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به.
- تجاوز حدود حق الرقابة والإشراف، حيث يعد عملها غير مشروع يرتب إيثار مسؤوليتها العقدية على أساس الخطأ.

2- الاستعمال غير المشروع لسلطة التعديل:

تعد سلطة التعديل احد أهم مظاهر تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية اتجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل فان العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة، ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد، بل هو ثابت للإدارة وان لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف، فإن العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة.

1: عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، جامعة حلوان، مصر، 2003، ص 102.

وإذا كان تعديل العقد الإداري من السلطات الممنوحة للإدارة، فإن استعمالها لتلك السلطات لا يجوز أن يكون طليقا من كل قيد، حيث يؤدي ذلك إلى مجموعة من الأضرار غير المبررة لذلك فإن هذا الاستعمال غير المشروع يشكل خطأ عقديا يترتب عليه التعويض. حيث تخضع هذه السلطة لمجموعة من الضوابط نذكرها فيما يلي:

- **عدم استهداف الإدارة بالتعديل تحقيق المصلحة العامة:** إذا لم ينطوي القرار الإداري المتضمن تعديل العقد الإداري على نية تحقيق المصلحة العامة، والذي يعد شرطا لصحة هذا التعديل، فإنه يشكل خطأ لأنها تقصد بهذا القرار مجرد الإضرار بالمتعاقد معها.
- **عدم توافر مبرر التعديل:** المبرر هو تغير الظروف التي أبرمت هذه الصفقة في ظلها، إذ تنظم عملية التعديل بضوابط قانونية وبالتالي لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تعدلها كلما أرادت أن تتملص من بعض الالتزامات التعاقدية.
- **عدم اتصال التعديل بموضوع العقد:** لا ينصب التعديل إلاّ على الالتزامات التعاقدية، فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة بزيادة التزامات أجنبية عن العقد، بحيث لا يجب أن يؤدي التعديل إلى تغيير موضوع العقد الأمر الذي يعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في طلب فسخ الرابطة التعاقدية، كما سبق أن تعرضنا في المطلب الخاص بدور القاضي الإداري بفسخ الصفقات العمومية بناءا على إخلال المصلحة المتعاقدة بحقها في التعديل، إضافة للتعويض الكامل عن كافة الأضرار التي لحقت بالمتعامل المتعاقد.
- **تجاوز التعديل نطاق المشروعية:** حتى لا يشكل حقها في التعديل خطأ عقديا، يجب عليها أن تمارس هذه السلطة في إطار المشروعية وفقا للنصوص القانونية المعمول بها.
- **عدم صدور التعديل من مختص:** إذا كان يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة بإرادتها المنفردة مع تعويض المتعاقد معها، إلّا أنّه لا يعتد بهذا التعديل إذا صدر عن غير مختص[1]

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص11.

- **تجاوز التعديل للقواعد القانونية:** وضع المشرع حدا سبق أن ذكرناه وهي أن لا يتجاوز بالزيادة أو النقصان السقف المالي المقدر بـ 10% من المبلغ الأصلي للصفقة.
- **مساس التعديل بالشروط التعاقدية:** رغم تقرير حق الإدارة في التعديل تحقيقا للمصلحة العامة، إلّ أنّه لا يجب أن يكون هذا التعديل يمس بمصالح المتعاقد معها، ومن ثم لا يجوز أن يمس التعديل الشروط التعاقدية مثل المزايا المالية وغيرها من الشروط التي تم التعاقد على أساسها.

3-الاستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات:

تملك المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات على المتعاقد معها، إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام الصفقة أو عدم مراعاته آجال التنفيذ، ولم يحترم شروط التعاقد أو تنازل عن التنفيذ لشخص آخر وغيرها من صور الإخلال المختلفة.

ويعود أساس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على المتعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتقيد بالآجال وكيفيات التنفيذ دون حاجة للجوء للقضاء، بل دون حاجة للنص عليها قانونا، ويمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى:

أ-عدم مشروعية الجزاءات المالية: تتخذ الجزاءات المالية إما صورة عدم مشروعية الغرامات أو عدم مشروعية مصادرة مبالغ الضمان.

ب-عدم مشروعية غرامة التأخير: تملك الإدارة المتعاقدة طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ممارسة سلطة الجزاءات المالية، وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 147 من المرسوم الرئاسي والتي جاء فيها: يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل

المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

وهذا ما نصتت عليه المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط...."

وبما أن المصلحة المتعاقدة تملك ممارسة سلطة توقيع الجزاءات المالية فإن غرامة التأخير غير المشروعة إذا كان القرار صادر عن غير السلطة المختصة بإبرام العقد، كما تكون غير مشروعة إذا تجاوزت النسبة المحددة وهذا ما لم تنطوي الصفقة على مقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة تأخيره عن الوفاء بالتزامه، كما يجب أن تتناسب غرامة التأخير مع الضرر الذي أصاب الإدارة. [1]

ونذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن م. الد. الج (الغرفة الأولى 012781 بتاريخ 2004/01/20 المؤسسة الوطنية للإنجاز العام أشغال الري بعنابة ضد بلدية برحال فهرس 06 رقم 'لملف 012781 (قرار غير منشور). [2]

ج- عدم مشروعية مصادرة الضمان: لما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العامة من جهة، وبحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة ثانية، وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق من جهة ثالثة وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وجبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في عقد الصفقة، ولقد أوجب تنظيم الصفقات العمومية في المادة 53 أنّ على الإدارة المتعاقدة أن تسند الصفقة لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، وجاء في

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص123.

2: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 230.

المادة 54 على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية، كما أوجب تنظيم الصفقة لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، وجاء في المادة 54 على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية، كما أوجب تنظيم الصفقات بموجب المادة 56 أن تستعلم الإدارة المتعاقدة بكل الوسائل القانونية عن قدرات الصفقة لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، وجاء في المادة 54 على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية، كما أوجب تنظيم الصفقات بموجب المادة 56 أن تستعلم الإدارة المتعاقدة بكل الوسائل القانونية عن قدرات المتعهدين سواء لدى مصالح متعاقدة أخرى وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي، ولدى البنوك والممثليات الجزائرية في الخارج.

وهذا التحقيق كله في مجال سوابق المتعامل إنما أقر بغرض الوصول إلى نتيجة وهي إبرام الصفقة مع متعامل مأمون من جميع الجوانب حتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها.

وحتى تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ما، يتعين أولا وجوده بين يدها أو تحت إمرتها في شكل مبلغ ضمان يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ، وبه تتميز الصفقة العمومية أيضا عن سائر العقود المدنية والتجارية، التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلاّ بغرض ضمانات مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ، وجاء المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 وفقا للمادة 1/130 منه :" يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110، باستثناء بعض أنوع صفقات الدراسات والخدمات التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، حيث تخضع الكفالة للقواعد الأساسية التالية:

1- يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (3) أشهر.

2- يجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد.

ومن ثم يكون قرار الإدارة بمصادرة الضمان لمجرد تأخر المتعاقد في الوفاء بالتزامه في الميعاد غير مشروع، حيث أن الإدارة يمكنها توقيع الغرامة التأخيرية، كما أن عدم وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه التعاقدي مهما بلغت جسامته لا يعطي للإدارة الحق في مصادرة الضمان، ما لم تقم الإدارة بفسخ الصفقة أو تنفيذها على حسابه.[1]

د-عدم مشروعية استعمال وسائل الضغط.

من وسائل الضغط المكرسة قضاءا والمعتمدة فقها أن تعهد الإدارة المتعاقدة تنفيذ العقد في صفقة إقتناء اللوازم مثلا لشخص أخر على حساب المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزامه، وتأسيس ذلك أن لموضوع الصفقة صلة وثيقة باستمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور، فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق، وتأثر حركته ومردوده، بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة، ولضمان أداء الخدمة وعدم توقفها باللجوء لشخص أخر تختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناتجة عن هذا التنفيذ، كما لو أخلّ المتعهد مع إدارة الخدمات الجامعية تزويدها بالمادة محل التعاقد في المدة الزمنية المتفق عليها في العقد، فللإدارة المعنية حق اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية المرفق وأداء الخدمة للطلبة.[2]

وتملك الإدارة أيضا في عقد الأشغال توقيف الأشغال وسحب العمل من المقاول وإسناده لشخص آخر، وهذا بعد استيفاء جملة الإجراءات وتوافر جملة من الشروط.

1: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص76.

2: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص215.

وهكذا ملكت الإدارة عند تنفيذها لصفقة عمومية وسائل التنفيذ العيني فإن لم يقم المتعامل المتعاقد بالوفاء بما تعهد به، تحركت جهة الإدارة المعنية ولجأت لأسلوب الضغط على المتعاقد معها وجبره على التقيد بالتزامه.

غير أن هذه السلطة، وبالنظر لخطورتها وأثارها، فإن الإدارة لا تلجأ إليها إلاّ في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة.

وعليه نستخلص أن المصلحة المتعاقدة تملك مجموعة من وسائل الضغط على المتعاقد معها، بغية دفعه إلى تنفيذ الصفقات العمومية استجابة لمقتضيات المصلحة العامة وتلبية لاحتياجات الجمهور، وتتمثل في الوسائل التالية:

- **توقيف المقاول في عقد الأشغال العامة وسحب العمل منه:** وذلك على حساب المقاول الأول، إذ يخضع هذا القرار لرقابة القاضي الإداري، حيث يترتب على ذلك تعويض يتضمن ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقديره.
- **الشراء على حساب المورد في عقود التوريد:** نظرا لإخلاله بشروط العقد سواء من حيث مواصفات التوريدات أو التأخر عن تسليمها، إذ يخضع هذا القرار أيضا لرقابة القاضي الإداري.

4: استعمال الإدارة غير المشروع لسلطة إنهاء الصفقات العمومية:

يستهدف هذا الامتياز أو السلطة المخولة للإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد، ويفترض في هذه الحالة أن يقدم المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة.

حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي قاعدة وجوب الإعذار قبل توقيع الجزاء في غير حالات الغرامة التهديدية، ما لم تتضمن حكما صريحا يعفي الإدارة من اللجوء للإعذار، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 على وجوب توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة، ويعد قرار الإدارة

بإنهاء الصفقة للمصلحة العامة غير مشروع يرتب مسؤوليتها الإدارية باعتباره خطأ في حالتين:

-إذا فقد قرار الإنهاء أو الفسخ الإداري غايته.

-إذا خرج عن قواعد المشروعية التي يتعين على المصلحة المتعاقدة احترامها ومراعاتها.

فإذا ثبت وجود حالة من هاتين الحالتين وجب تعويض المتعاقد تعويضا يجبر الضرر الذي لحق به بسبب تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال هذه السلطة.

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن إخلالها بالتوازن المالي للصفقة وعن إثرائها بلا سبب:

كون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر رغم عدم نسبة أي خطأ إليها، ويكون أساس التزام الإدارة بالتعويض هنا إما على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، وإما لاعتبارات العدالة ورغبة الإدارة في الحفاظ على التوازن المالي للصفقة، وهذا ما سوف نحاول أن نتعرض له فيما يلي:

أولا: التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب:

تكون المصلحة المتعاقدة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عن إثرائها على حسابه، في كل ما حصلت عليه الإدارة من أعمال نافعة لها قام بها المتعاقد وكانت راضية عن قيامه بها أثناء مرحلة التنفيذ، كما في حالة قيامه بأعمال غير مطابقة أو إضافية بالنسبة للصفقة، إذ يمكن للمتعاقد مع الإدارة مطالبة هذه الأخيرة بالتعويض عما كلفه من مبالغ مالية إضافية عن هذه الأعمال والخدمات الإضافية على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب، حيث تظهر في حالتين وهما:

1- التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال الإضافية:

الأعمال الإضافية هي أعمال لم يرد ذكرها بالصفقة، وهي أعمال مرتبطة بالعمل الأصلي على عكس العمل الجديد الذي يكون بطبيعته غريبا عن موضوع الصفقة، إذ يجب أن يحقق الارتباط بين العمل الأصلي والعمل الإضافي وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر بقولها:" الأعمال الإضافية يتعين أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية، بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ أو المحاسبة المالية مع المتعاقد الأصلي عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية، حيث لا يثور الإشكال في حالة الطلب الكتابي أو الشفوي بالنسبة لتعويض المتعاقد مع الإدارة، حيث يكون في صورة مقابل مادي "، ولكن يختلف الأمر في حالة قيام المتعامل المتعاقد بهذه الأعمال بدون توجيه أي طلب يتضمن ذلك، فهنا يلجأ هذا الأخير إلى القضاء من أجل المطالبة بتعويض عما أنفقه في سبيل هذه الأعمال بشرط أن تكون هذه الأعمال لازمة وضرورية للعمل الأصلي. [1]

2-التعويض على أساس الإثراء بلا سبب عن الأعمال غير المطابقة:

الأعمال غير المطابقة في نطاق العقود الإدارية هي تلك الأعمال التي قام بها المتعاقد مع الإدارة في حين أنها لا تتفق مع الشروط المتفق عليها بالعقد سواء من ناحية المواصفات الفنية أو الكمية، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأداء مقابل الأعمال التي تخرج عن إطار ما اتفق عليه بالعقد، إلاّ أنّه استثناءا من هذا الأصل يمكن للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض على أساس ما قام به من أعمال غير مطابقة بشرطين:

- أن تكون تلك الأعمال قد استفادت منها المصلحة المتعاقدة.
-عدم اعتراضها على أداء المتعاقد لتلك الأعمال.

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 141.

ولا يمكن أن يستند التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها في تلك الحالة إلى المسؤولية العقدية، حيث لا ينسب للإدارة خطأ عقدي، هذا بالإضافة إلى أن الأعمال التي تقدمت تقع خارج إطار العقد لمخالفتها لما اتفق عليه الطرفين. [1]

ثانيا: التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للصفقة العمومية:

قد ينجم عن تنفيذ الصفقة أحداث أو وقائع من شانها إرهاق المتعامل المتعاقد والتأثير البالغ على مركزه المالي بما يعطي له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي، فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية أو متكافئة، فإنه وخلافا لذلك في عقود القانون العام قد يتحمل المتعامل المتعاقد عبئا ماليا لم يكن في الحسبان، بما يفرض مراعاة هذا الطارئ الجديد والاعتراف له بحقوقه المالية تشجيعا له على تنفيذ التزاماته.

وتعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية محضة يعود للقضاء الإداري الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه، إذ كان أولها قضية العربات الكهربائية بتاريخ 1910/03/15، ويعود سر إقرار هذه النظرية أن المتعاقد مع الإدارة يلزم في كل الحالات بالوفاء بالتزاماته وتنفيذ ما تعهد به، ولا يحق له التوقف عن أداء الخدمة بحجة غلاء بعض المواد مثلا. [2]

وعليه فقد استقر الفقه والقضاء الإداريان (فرنسا، مصر) على أنّ هذا الوضع العام يتطلب إيجاد توافق وتوازن ومعادلة بين عاملين:

1-التزام المتعامل المتعاقد بمواصلة تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة واحتياجات الجمهور، ذلك أن توقفه عن تنفيذ الصفقة من شأنه الإخلال بمبدأ استمرارية المرافق العامة من جهة.

1: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أسس المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 139.

2: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 166.

2- ضرورة تدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسد ومنع أي اختلال في التوازن المالي للعقد، من خلال تحمل الأعباء المالية المترتبة عن الأحداث المستجدة نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات من جهة أخرى. [1]

على أن فكرة التوازن المالي للصفقة العمومية، هي الأساس العام ولا يكفي التسليم بها للحكم على مدى التعويض الذي يستحق المتعاقد وأوضاعه، وإنما يجب دراسة تطبيقات حالات التعويض دون ارتكاب أي خطأ، وهذه الحالات هي:

- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
- نظرية عمل الأمير.
- نظرية الظروف الطارئة.

إذ نتطرق لكل حالة من هذه الحالات فيما يلي:

أولا: نظرية الصعوبات المادية: [2]

إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات التي أنشأتها قضايا مجلس الدولة الفرنسي بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لمخاطر تعوق تنفيذ التزاماته التعاقدية.

حيث سوف نتطرق لهذه النظرية من خلال التعريف بها وأساسها وشروط تطبيقها والآثار المترتبة عليها فيما يلي:

1-التعريف بالنظرية وأساسها:

تتضمن هذه النظرية صعوبات مادية تكون لها خصائص استثنائية، من شأنها أن تجعل من تنفيذ العقد مرهقا، جاز له أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار حيث تجد أساسها ونطاق تطبيقها في كافة العقود الإدارية ولكن يتمحور تطبيقها

1: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص88.

2: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق ص47.

بصورة خاصة في مجال عقود الأشغال العامة، وهذا ما ذهب إليه الفقيه "لوبادير" مؤكدا أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق الأشغال العامة، لكنه لم يرى مانعا متى توافرت شروطها من تطبيقها في مجال العقود الإدارية الأخرى وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه رأي الفقيهين " جيز" و"بيكنو"، وقد تردد مجلس الدولة الفرنسي في تشجيع هذا الاتجاه بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة خارج إطار عقود الأشغال العامة فرفض أن يعوض على أساسها المتعهد في حكم صدر بتاريخ 1944/04/21 حيث سمح لهذا المتعهد الاستناد في مطالبته بنفقات الكابلات الممدودة تحت الماء إلى نظرية عدم التوقع. [1]

تتعهد وجهات النظر في الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية فالبعض يؤسس ذلك في البنية المشتركة وآخرون على أساس المسؤولية، أما آخرون فعلى أساس مبدأ التعاون الذي يحكم المتعاقدين بينما يراها فريق رابع في مبدأ العدالة التي يجب أن يسود العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها.

2- شروط تطبيق هذه النظرية:

إن الصعوبات التي يترتب عليها حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل من الإدارة ليست مجرد الصعوبات العادية التي يمكن أن تواجه المتعاقد عند تنفيذ العقد الإداري بل هي صعوبات يجب أن تتوافر على مجموعة من العناصر والخصائص والشروط لإمكانية تطبيقها وهي كالآتي:

- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي واقعة مادية خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة.

1: زكرياء المصري، أسس الإدارة العامة، المرجع السابق، ص659.

- واقعة مادية: تنتج هذه الواقعة المادية ظواهر طبيعية، فنجدها مثلا في عقود الأشغال العامة تتعلق بمواقع العمل حيث تظهر صخور قاسية أو طبقات مياه تحول دون السير الحسن لعملية التنفيذ.
- الواقعة المادية خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة: يجب أن تكون أجنبية عن إرادة الأطراف المتعاقدة، فالقاضي الإداري يرفض طلب التعويض إذا كان الفعل الذي سبب صعوبة في جزء منه، نتج عن إرادة أحد الأطراف المتعاقدة، إضافة إلى ضرورة أن تكون هذه الصعوبة غير المتوقعة هي أجنبية عن الإدارة لا تعطي الحق في التعويض للمتعاقد ولكن في هذه الحالة لا نكون بصدد تطبيق هذه النظرية ولكن نكون بصدد نظرية فعل الأمير.
- لا تكون هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة عند إبرام الصفقة.
- يجب أن تكون هذه الصعوبات المادية غير متوقعة، وهنا يبرز دور القاضي الإداري الهام إذ يتعين عليه أن يبحث ما إذا كان المتعاقد قد بدل في تاريخ إبرام الصفقة الجهد الضروري لمعرفة هذه الصعوبات، ويكون قد تحرى بنفسه عن طبيعة الأعمال ومدى قابليتها للتنفيذ.
- أن تؤدي هذه الصعوبات إلى اختلال التوازن المالي للصفقة: يقدر هذا الاختلال بقيمة المبالغ الإضافية التي أنفقت نتيجة لمواجهة هذه الصعوبات المادية.

3-الآثار المترتبة عن هذه النظرية:

إذا توافرت شروط تطبيق هذه النظرية يترتب عليها النتائج التالية:

- التزام المتعاقد بالتنفيذ: إن ظهور الصعوبات غير المتوقعة لا يبرر وقف تنفيذ العقد، لأن المتعاقد ملزم بالتنفيذ رغم وجود هذه الصعوبات ولكن إذا أدت هذه الصعوبات إلى استحالة التنفيذ فلا تطبق هذه النظرية وإنما نظرية القوة القاهرة.

- حق المتعاقد في الحصول على التعويض الكامل: يكون التعويض في هذه الحالة كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافة إلى المبالغ المتفق عليها، وهي تختلف عن نظرية الظروف الطارقة التي تطبق بسبب ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية يترتب عنها إخلال في التوازن المالي للعقد.[1]

ثانيا: نظرية فعل الأمير:

1 -تعريف نظرية فعل الأمير:

يقصد بفعل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد، بحيث تؤدي إلى زيادة أعباء الالتزامات التعاقدية، وعندئذ تلتزم هذه المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك [2]، وهذه النظرية من منشأ القضاء الفرنسي.

ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه في التشريع الجزائري في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247:" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها."

يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

" إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين .....".

وحسنا فعل المشرع حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، وكذلك عندما رخص للطرفين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد، ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ،

1: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 69.

2: محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص411.

فما كانت الصفقات العمومية يوما مجالا لدفع المتعامل المتعاقد على تحمل خسائر لم تكن متوقعة ساعة إبرام الصفقة، ثم أن المتسبب في إحداثها هي الإدارة المتعاقدة نفسها.

وحتى يطالب المتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي بعنوان نظرية فعل الأمير وجب توافر ثلاثة شروط نبينها فيما يلي:

2-شروطها:

- أن يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعامل المتعاقد عن الإدارة المتعاقدة نفسها، فإذا صدر العمل أو القرار عن جهة إدارية أخرى، فلا يمكن في هذه الحالة إعمال وتطبيق نظرية فعل الأمير، فإذا مارست الإدارة حقها في تعديل العقد ونتج عن ذلك آثار مالية، عاد للمتعاقد حق المطالبة بإعادة التوازن المالي، هذه الفكرة رغم أهميتها إذ تساهم إلى حد بعيد في تحديد الخط الفاصل بين نظريتي فعل الأمير وعدم التوقع، فإنها لم تحظ بالقبول من القضاء الإداري وحتى تاريخ حديث نسبيا قبل مجلس الدولة الفرنسي طلبات التعويض الكامل عن أفعال صدرت عن إدارة أجنبية عن الصفقة، وفي بعض القرارات أبدى صراحة عدم المبالاة بهذه الحالة، إذ حسم مجلس الدولة الفرنسي موقفه وحدد نهجه بدقة حديثا حيث أصبح لا مجال لإعمال نظرية فعل الأمير إلاّ بالنسبة للتدابير والإجراءات المتخذة من جهة المصلحة المتعاقدة نفسها، وخاصة في قراره بتاريخ 1949/03/04 في قضية مدنية طولون.[1]

- أن يكون العمل القانوني الصادر عن المصلحة المتعاقدة مشروعا غير مخالف للنظام العام، فإن صدر العمل عنها وكان غير مشروع جاز للطرف الآخر اللجوء للقضاء ومساءلتها طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

- أن يؤدي العمل المشروع الصادر عن الإدارة المتعاقدة إلى قلب اقتصاديات الصفقة والتأثير عليها بصورة أساسية بما يؤثر على المركز المالي للمتعامل المتعاقد فيسبب له

1: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 87.

ضررا ماليا، فإذا نتج مثلا عن تعديل الصفقة الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعامل المتعاقد جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي، لذا فإن الإدارة عادة وهي تمارس سلطتها في تعديل الصفقة تطلب من المتعامل المتعاقد تقديم كشف مالي عن الأعباء الجديدة وتصل معه على الوضع الغالب لحل توافقي ودي، وهو ما حرص المشرع على إقراره في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

- فإن توفرت هذه الشروط الثلاث جاز للمتعامل المتعاقد المطالبة بالمبالغ الناتجة عن الوضع الجديد الذي خلقه تدخل الإدارة أو قرارها أو عملها، وهو ما أقره القضاء المقارن.

3- النتائج القانونية لفعل الأمير:

ينتج عن تطبيق هذه النظرية نتائج قانونية أساسية، يبدو أن أهم هذه النتائج التزام المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المتعاقد نتيجة هذا الفعل وإضافة إلى التعويض هناك آثار أخرى هي:

- حالة ما إذا كان فعل الأمير أذى إلى استحالة تنفيذ الصفقة، حيث يعتبر مبررا لعدم تنفيذ الصفقة من قبل المتعاقد أي يتحرر هذا الأخير من الالتزام بالتنفيذ.
- حالة ما إذا كان فعل الأمير لم يؤد إلى استحالة التنفيذ من قبل المتعاقد بل جعله صعبا مما يشكل عذرا للمتعاقد بأن يطلب إعفاؤه من التنفيذ أو تخفيض العقوبات المفروضة عليه لاسيما غرامة التأخير.
- حالة ما إذا كان فعل الأمير يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية على المتعاقد بصورة تتجاوز حدود إمكانياته مما يفسح المجال بحق طلب فسخ الصفقة من القاضي الإداري.

وبناءا على ما سبق يستطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض هذه النتائج إذا تعددت الأسباب كالحصول على التعويض الكامل والفسخ ولكن النتيجة الأهم هي التعويض الكامل دون أن يكون هناك استحالة في التنفيذ.

أ- **أساس التعويض:** يرجع أساس التعويض إلى فكرتين أساسيتين هما:

- الأساس الذي تقوم عليه هو الخلل في التوازن المالي نتيجة فعل الإدارة وهذا ما أكد عليه قرار (م. د. ف) بتاريخ: 1910/03/21 في Compagnie française de trammyas.
- أما التفسير الثاني إذ تصبح الإدارة مسؤولة عن الآثار الضارة التي ترتبت على فعلها، وهذا ما ظهر واضحا في قضية نظرها م. د. ف «باردي» « Bardy»

ب-نظام التعويض: إن فعل الأمير يفسح المجال للمطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت بالمتعهد، إذ استمر التطبيق، الفعلي لهذا المبدأ وتردد في أحكام كثيرة صادرة من القضاء الإداري الفرنسي. [1]

وبهذا تتميز نظرية فعل الأمير عن نظرية عدم التوقع التي تعطي فقط الحق بالتعويض الجزئي وعلى العكس من ذلك ففي مجال حساب التعويض تقترب من نظرية خطأ الإدارة.

ج- آثار التعويض الكامل: يشتمل مبدأ التعويض الكامل للمتعاقد عن كافة الأضرار التي لحقت به من خسارة وما فاته من كسب، فيعوض المتعاقد أولا على كافة النفقات التي أنفقت وتحملها المتعاقد نتيجة فعل الأمير، والثانية تشمل المبالغ التي كان من حق المتعاقد أن يجنيها لو لم يختل توازن الصفقة نتيجة نظرية فعل الأمير.

د- تقييم الضرر: إن القواعد العامة لتقدير التعويض لا تختلف في شيء عن مثيلاتها المطبقة في حالة المسؤولية الإدارية لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وهنا نشير أن طريقة حساب التعويض قد ينص عليها القانون عندما يكون فعل الأمير بموجب قانون أو عندما يكون منصوص عليه في الصفقة.

وفي بعض الحالات يكون التعويض بسيطا عندما يدفع المتعهد مثلا ضرائب أو رسوم خاصة وضعت أثناء تنفيذ الصفقة، فيتلخص التعويض برد قيمة الضريبة أو الرسوم

1: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 119.

المدفوعة، وقد صدر عن القضاء الإداري في حالات كثيرة بالحكم على المتعهد بدفع الفرق بين سعر الضريبة أو الرسم القديم والجديد. [1]

ثالثا: نظرية الظروف الطارئة.

1- التعريف بالنظرية :

تعتبر نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية، كان للقضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفضل في ظهورها بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو، إذ نتج عن نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفاع أسعار الفحم، بما سبب ضررا للملتزم فلم يعد باستطاعته تحمل الأعباء المالية الجديدة، حيث ارتفع سعر الفحم من 23 فرنك فرنسي سنة 1904 إلى 73 فرنك فرنسي سنة 1916 بما سبب له خللا ماليا كبيرا، وقد لجأ الملتزم للإدارة المتعاقدة أولا لتعيد النظر في الأحكام المالية الواردة في العقد، غير أنها رفضت بما دفعه للجوء إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي اعترف له بحقه في التوازن المالي بعنوان الظروف الطارئة[1][2]، وعلى ذلك تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية فعل الأمير أن العمل المتسبب في الخلل المالي بالنسبة لنظرية فعل الأمير صدر عن الإدارة المتعاقدة كما بينما في نظرية الظروف الطارئة ليس للإدارة المتعاقدة أي يد في الحدث مصدر الخلل المالي. فهو عارض خارجي وليس لإرادة الإدارة أي دخل فيه.

كما تتميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة، فهذه الأخيرة رغم أنها هي الأخرى لا يد لأطراف العقد في حدوثها إلا أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، وهذا خلافا لنظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الصفقة ممكنا ولكنه مرهق، ويبقى من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي.

1: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 87.

2: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 23.

2- الأساس التنظيمي للنظرية:

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في نص المادة 107 من القانون المدني والتي جاء فيها:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك."

وهكذا فإن المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة فليس من العدل في شيء أن يترك المتعامل المتعاقد يتحمل ولوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست المتسببة في هذه الظروف الجديدة.

وتجد نظرية الظروف الطارئة أساسها في التنظيم في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن المالي بما يعني أن قانون الصفقات العمومية راعى الظروف الطارئة والوضع الجديد، والإرهاق المالي للمتعامل المتعاقد ،فأجاز إعادة الاعتبار المالي له في إطار حل ودي، وفي حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع كما سبق ذكره على لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 لدراسته حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 من نفس القانون والتي تخول للمتعامل المتعاقد وكذا للمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة لدراسة النزاع .

3-شروط تطبيق هذه النظرية:

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وجب توافر الشروط التالية:

أ-وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ:

وتعد من قبيل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة ارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعا غير عادي، ذلك أنّ الارتفاع البسيط و الطبيعي أمر يقدره أطرا ف العقد ويضعونه بعين الاعتبار ساعة التعاقد، أما لوكان الارتفاع يسير بوتيرة متسارعة و مرتفعة كما هو الحال في القضية المعروضة على (م. د. ف) المذكورة سابقا، حيث ارتفع سعر الفحم الفرنسي من 23 فرنك فرنسي إلى 73 فرنك فرنسي، فإن ذلك يعد ظرفا استثنائيا وطارئا موجبا لإعادة الاعتبار المالي شريطة حدوثه أثناء تنفيذ الصفقة و ليس قبل التوقيع أو بعد الانتهاء.

ب-أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين:

لا يستفيد المتعامل من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة إذا تسبب هو بعمله أو تدخله في إحداث السبب أو الطارئ الجديد، كذلك الحال ينبغي أن لا تكون الإدارة هي المتسببة في ظهور هذا الطارئ الجديد، فإذا كانت هي من أحدث بعملها الطارئ الجديد، جاز مساءلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية لا نظرية الظروف الطارئة.

ج - يجب أن ينتج عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة:

ويقصد بالخسائر غير المألوفة أن الظروف الطارئة أدت إلى قلب اقتصاديات الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد، حيث ألحقت به خسائر كبيرة غير طبيعية و غير متوقعة، كأن تقبل السلطة المختصة على زيادة الضرائب أو تقبل على استحداث رسوم جديدة، ونسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع، أو تصدر نصا جديدا يتضمن شبكة للأجور تختلف عن الشبكة القديمة اختلافا جوهريا أو تقبل على رفع الرسوم الجمركية أو المواد المستعملة في المشروع وهكذا ففي مثل هذه الحالات ينتج عن مواصلة تنفيذ المشروع إرهاق المتعاقد مع الإدارة ماليا لذا وجب أن ينصف بإعادة توازنه المالي.

د- يجب أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع:

أي لا يكون بوسع أطراف العقد توقعه، كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها مما يسمح للمتعامل المتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالي لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول: "إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري". [1]

فإذا توافرت هذه الشروط يلزم المتعامل المتعاقد بمواصلة التنفيذ وعدم التوقف تطبيقا لمبدأ الاستمرارية، وبالموازاة يحق له المطالبة وديا بإعادة الاعتبار لوضعه المالي، فإن تحقق غرضه ووصل إلى اتفاق مع الإدارة المتعاقدة، فإن هذا الاتفاق ينفذ، وإلا جاز له المطالبة قضاء بإعادة الاعتبار لوضعه المالي ويقع عليه عبء إثبات توافر الشروط المذكورة سابقا [2] ليتحقق بذلك تعويض مؤقت ولا يمكن أن يستمر بصفة دائمة، لأن التأقّيت من طبيعة الظرف الطارئ، فإن كان مستمرا ودائما يكون للطرفين إمّا أن يبرما صفقة جديدة على أساس المعطيات الجديدة، أو يطلب من القاضي الإداري فسخ الصفقة العمومية، وفيما يتعلق بالوقت الذي يمكن فيه للمتعاقد المطالبة بالتعويض فقد قضت محكمة القضاء الإداري بمصر بأنه :" يستوي أن يطالب المضرور بالتعويض خلال تنفيذ الصفقة أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي". [3]

1: محمود فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المرجع السابق ص 471.

2: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 231.

3: محمود فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المرجع السابق، ص590.

الفصل الثاني

الطرق القضائية الأخرى لتسوية منازعات الصفقات العمومية

الفصل الثاني الطرق القضائية الأخرى لتسوية منازعات الصفقات العمومية .

نظرا لأهمية الصفقات العمومية كوسيلة لتنفيذ السياسة التنموية للدولة، ولتحقيق المصلحة العامة، جعل من الوظيفة العامة محور الاهتمام ضمانا لنزاهتها ومصداقيتها من خلال استقامة وحياد وسلوك من يمثلونها من موظفين عموميين والقائمين على تدبير الشأن العام، إضافة إلى ذلك حجم الأموال العامة الهائل الذي يصرف على هذه العقود، مما يزيد في حجم هذه الأطماع، ويضاعف احتمالات تعرضه لشتى الاعتداءات والسلوكات المنحرفة قصد الاستحواذ عليه، مما يشكل جريمة تستوجب العقاب.

وبذلك لم تعد مهمة تقييم ومراقبة نشاط الإدارة، وسلوك القائمين عليها حكرا على القاضي الإداري في إطار المسؤولية الإدارية التي تعنى بالدرجة الأولى بمراقبة مشروعية تصرفات الإدارة ومدى امتثالها للقوانين والتنظيمات، وإنّما أصبح للقاضي الجزائي حضور ما فتئ يتزايد في هذا الفضاء نظرا لتفاقم جرائم الصفقات العمومية والتي تعتبر خطرا يهدد كيان المجتمع واستقراره.

ولمحاربة هذه الظاهرة أو التقليل من خطورة آفة الفساد تم تعبئة كل الإمكانيات القانونية والإجرائية لمواجهتها ومحاصرة أدرعها الممتدة والمتشابكة والمتشعبة، بتدخل هيئات إدارية للكشف والتحري عن جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية، تضطلع بهذه المهمة عدة هيئات.

ويبقى الإشكال المطروح فيما تتمثل أهم جرائم الصفقات العمومية؟ وفيما يتمثل دور القاضي الجزائي في مواجهة هذه الجرائم؟

ما هو دور الهيئات الرقابية في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، نعالج الفصل في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: جرائم الصفقات العمومية.

إن انتشار ظاهرة الفساد تعد من العوائق التي تقف في مواجهة تطور الاقتصاد الوطني الذي تهدف الدولة الوصول إليه، وذلك لما يشكله من أخطار تهدد كافة المؤسسات في مختلف القطاعات خاصة قطاع الصفقات العمومية.[1]

نشير بداية أن صور الفساد المتفشية في الصفقات العمومية متعددة، وهي مصاحبة لجميع مراحل إبرام الصفقة العمومية إبتداءا من اختيار طريقة إبرامها ومرورا بإجراءاتها وشكلياتها وانتهاء باختيار المتعامل المتعاقد ثم تنفيذ الصفقة.

فكل هذه المراحل فهي عرضة لمخاطر الفساد، والشيء الملاحظ أنّ مرحلة الإبرام هي أكثر المراحل عرضة لتفشي الفساد، لأنها تشهد تنافسا كبيرا بين مختلف المتعاملين كما أنه في ظلها يتم إرساء الصفقة واعتمادها، أما مرحلة التنفيذ فهي وإن كانت تثير بعض المنازعات بين الإدارة والمتعاقد، إلاّ أنّها لا تبلغ في كثير من الأحيان إلى درجة الوقوع في الفساد.

وما يمكن الإشارة إليه أن المرسوم الرئاسي15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد تضمن بعض التدابير والآليات المتعلقة بمكافحة الفساد في الصفقات العمومية، حيث خصص القسم الثامن من الفصل الثالث لمكافحة الفساد وهذا في المواد من 88 إلى 94، كما أولى المشرع ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 المعدل والمتمم أهمية خاصة لمسألة مكافحة الفساد في الصفقات العمومية من خلال تجريمه لكافة السلوكات والأفعال الماسة بنزاهتها وشفافيتها. [2]

1: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 102.

2: القانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011 يعدل ويتمم القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 أوت 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر عدد 44 لسنة 2011.

المطلب الأول: جنحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

تعتبر جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية من أهم الجرائم المتعلقة بالشراء العمومي، تم النص عليها في المادة 26 فقرة 1 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية ومكافحة الفساد، وقد تضمنتها في صورتين: تتعلق أولهما بما سمي في الفقه الجنائي بالمحاباة، والثانية تتمثل في استغلال نفوذ الأعوان العموميين في الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة.

وتبقى الغاية من هذه الجنحة أنها جاءت لحماية وضمان عدم إخلال المسؤولين العموميين بواجب النزاهة والحياد، لمنع تفضيل أحد المترشحين، بطريقة غير مشروعة للحصول على صفقة عمومية، ومن ثم ضمان المنافسة الفعلية في منح الصفقة عن طريق ضمان حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، ما يجبر المسؤوليين العموميين عند تدبير الشراء العمومي على تمحيص اختياراتهم.

الفرع الأول: نماذج من القضاء الفرنسي للأعمال المكونة لجنحة المحاباة.

تعددت وتنوعت الوسائل المستعملة للإخلال بقواعد الوضع في المنافسة والمساواة في معاملة المترشحين، وقد استعملت هذه الوسائل سواء قبل الشروع في الاستشارة، أو أثناء إجراءات المناقصة (طلب العروض)، أو بعد تخصيص الصفقة.

أولا: قبل الشروع في الاستشارة avant lancement de la consultation:

أخذت الجريمة الصور الآتي بيانها:

1-اللجوء غير المبرر للشراء بالفواتير: أي الصفقات التي لا تتطلب شكليات أولية، وذلك عن طريق تجزئة الصفقات fractionnement أو ما يسمى في فرنسا saucissonnage: [1] ويلجأ إلى هذه الوسيلة لتفادي إجراءات الوضع في المنافسة عندما لا يفوق الحد الأقصى

1: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال-جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، 2012، ص155.

للطلبات مستوى معينا (6.000.000 دج في القانون الجزائري عندما يتعلق الأمر باقتناء خدمات أو إنجاز دراسات)، وذلك عن طريق تجزئة الصفقة.

غالبا ما تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة، تكون هذه الفواتير عموما من فعل شركات تابعة sociétés filiales أو صديقة للشركات المستفيدة من الصفقة وتحتوي على بيانات مزورة في المبلغ أو في التاريخ أو في طبيعة أداء الخدمة، وذلك من أجل إظهار أن الحد الأقصى للمبلغ الذي يتطلب إجراء مناقصة (طلب العروض) لم يتم بلوغه في حين أن الأشغال المنجزة تفوق ذلك المبلغ.

2-عدم إجراء الوضع في المنافسة أو حصرها: ويتم ذلك عن طريق ما يأتي:

- اللجوء إلى إجراء التراضي بدعوى أن المشروع يتطلب مهارة خاصة.
- اللجوء المتعسف فيه إلى مناقصة محدودة (طلب عروض محدود) في حين أن خصائص المشروع والتقنيات التي يتطلبها انجازه لا يبرران حصر عدد المؤسسات المقبولة لتقديم عرض.
- التحديد التعسفي للمبلغ الأقصى للصفقة وذلك للتمكن من الإعلان بأن طلب العروض غير مجدي.

1-تسريب معلومات امتيازيه لبعض المترشحين: لتمكينهم من ترتيب عرضهم وفق ما هو مطلوب، سواء بحكم انتمائهم للجمعيات التي تصوت على المشروع أو بحكم كونهم أعضاء في لجان المناقصة (طلب العروض) أو بحكم مشاركتهم في تحرير دفتر الشروط.

ثانيا: أثناء فحص العروض lors de l'examen des offres :

أخذت الجريمة المظاهر الآتية:

1- تعديل العروض: كرس قانون الصفقات العمومية مبدأ عدم المساس بالعروض (المادة 64 في القانون الجزائري، المرسوم الرئاسي 15-247)، وذلك لتفادي ترتيب المؤسسات

لعروضها تبعا للعناصر التي لم تكن في عملها طلب العروض، خاصة عروض المترشحين الآخرين، والفوز هكذا بالصفقة.

ويهدف هذا المبدأ إلى ضمان المساواة في الحظوظ بين المترشحين، فيتعين على كل منهم تقديم عرضه بالنظر إلى المعايير المتعلقة بالصفقات ليس إلا، ودون الأخذ بعين الاعتبار العرض الذي قدمه منافسوه.

وهكذا يرتكب جنحة المحاباة من تفاوض مع بعض المترشحين بعد فتح العروض وحملهم على تعديل عرضهم حتى يضعوا أنفسهم موضع من يقترح أحسن عرض position de moins disant ، وذلك بتقديم كشف جديد.

2- **تعديل موضوع الصفقة:** ينص قانون الصفقات العمومية على أنه لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح العروض وأثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد.

يستخلص من أحكام القضاء الفرنسي أن الجريمة تقوم بحذف أو إلغاء أداء بعض الخدمات أو تعديل مواصفات الصفقة المحددة ابتداء، وذلك بعد فتح العروض، مخالفة لدفتر الشروط، متى كان ذلك يهدف إلى تمكين المؤسسة المميزة عن غيرها من تخفيض عرضها حتى يصبح أحسن عرض، في حين لم يتم استشارة باقي المترشحين لترتيب عروضهم.[1]

3- **الإبعاد التعسفي لبعض المترشحين:** يجب أن تفحص عروض المترشحين بنفس الموضوعية وتختار المؤسسة التي اقترحت أحسن عرض بالنظر إلى العلاقة بين السعر المقترح وجودة أداء الخدمات، فإذا لم يقع الاختيار على من اقترح أحسن عرض وجب تبرير هذا الاختيار، وإلا اعتبر محاباة.

4- **المخالفات المرتكبة بمناسبة انعقاد لجنة طلب العروض(المناقصة):** تهدف القواعد المتعلقة بتشكيلة اللجنة وبإجراءات فحص الترشيحات والعروض إلى ضمان الشفافية وحياد انتقاء المؤسسة التي يقع عليها الاختيار.

1 : Catherine prebissy-schnallk.la pénalisation des marché publics.L.G.D.J.2002, p 83.

وعدم مراعاة هذه القواعد ينم عن تبجيل مؤسسة أي تفضيلها على غيرها [1]، ومن هذا المنطلق قضي بقيام الجريمة في الحالات الآتية:

- عدم احترام في إطار طلب عروض محدود، أحكام المادة التي تقابل نص المادة 39 من قانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 15-247 الساري العمل به)، والعمل على فتح العروض من قبل المجلس البلدي الذي يوجد ضمن تشكيلته المقاولون المعنيون والطلب من أحدهم، بعد فتح العروض، اقتراح عرض بخصوص حصة لم يكن مترشحا لها وذلك من أجل تخصيص الصفقة لمؤسسة محلية.
- تشكيل لجنة صفقات فرعية مخالفة لأحكام قانون الصفقات وذلك حتى ينفرد الأعضاء الذين لهم حق التداول باختيار المؤسسة المرشحة للفوز بالمشروع، ووضع باقي الأعضاء الذين لا يتمتعون بحق التصويت أمام الأمر الواقع.
- عدم مسك سجل إيداع العروض وعدم تحرير التقرير حول سياق الإجراءات، مما يستحيل معه ممارسة الرقابة على الشرعية.
- عدم احترام القواعد المتعلقة بانتخاب أعضاء لجنة المناقصة.
- فتح الظرف الثاني في حين لا تتوفر في المترشحين معايير الانتقاء التي يتضمنها الظرف الأول، فكان المفروض إبعادهم في هذه المرحلة.

ثالثا: بعد تخصيص الصفقة après attribution des marchés:

يتعلق الأمر هنا أساسا بتنظيم صفقات تصحيحية وصفقات التسوية مخالفة للتشريع والتنظيم الساري الجاري العمل به أو في إبرام ملحقات تهدف إلى العودة إلى الثمن الأول للصفقة الذي تم تخفيضه لتفضيل مؤسسة عن باقي المؤسسات المنافسة لها.

1: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص157.

1-الصفقات التصحيحية Marchés Des Régularisation : تخصص بعض الصفقات بدون مراعاة إجراءات الوضع في المنافسة، ويتم تسويتها، كي تظهر في مظهر الشرعية، بتنظيم إجراءات وهمية في الوقت الذي تكون فيه الأشغال قد أنجزت.

وغالبا ما تقام البنية على أنّ الأمر يتعلق بصفقة تصحيحية إثر اكتشاف فواتير تحمل تاريخ سابق للشروع في الاستشارة تتعلق بالأشغال المحددة في طلب العروض الوهمي، أو بفضل اكتشاف كشف الأشغال المحرر من قبل مصالح الأشغال العمومية الذي يستند إليه في الفوترة الإجمالية للصفقة والذي يشهد بأن الأشغال قد تم انجازها قبل الشروع في طلب العروض (المناقصة) الضيق المجال.

كما أقيم الدليل على وجود صفقة تصحيحية إثر اكتشاف تنظيم وضع في المنافسة صوري عن طريق صفقة متفاوض عليها بالرغم من أن مبلغ الصفقة يفوق ما هو مسموح به قانونا، بذريعة غير مبررة مفادها أن مؤسسة واحدة قادرة على تحقيق أداء الخدمات المطلوبة في أن هذه المؤسسة كانت قد أنجزت كل الأشغال التي تتضمنها الصفقة.

2-الملحقات: يتم اللجوء أيضا إلى الملحقات من أجل تخصيص أشغال إضافية لمؤسسة يتم اختيارها بدون اللجوء إلى إجراءات جديدة لعرض الصفقة على المنافسة، وهي الإجراءات المطلوبة إذا كان من شأن الملحق أن يحدث اضطرابا في السوق.

وهكذا قضّي بقيام الجريمة في قضية تتلخص وقائعها كالآتي: بعدما تم تعديل محل الصفقة بصفة غير شرعية، وذلك بإلغاء أداء خدمة من أجل تفضيل مؤسسة، تم بعدها إبرام ملحق مع تلك المؤسسة لإعادة أداء تلك الخدمة بغية العودة إلى الصفقة الأولى.

وبوجه عام، لا تقوم الجريمة إلا إذا كان للمخالفات المرتكبة تأثير على تخصيص الصفقة المبرمة وعلى القرار الصادر بشأنها، ومجمل الأحكام القضائية تستخلص توافر تلك العلاقة مع الوقائع.[1]

1: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص156.

الفرع الثاني: أركان الجريمة.

وتتمثل فيما يلي:

أولا: الركن المادي لجريمة منح الامتيازات غير المبررة.

تتحدد طبيعة نشاط أو الفعل الإجرامي في أن القاضي الجزائي يبحث عند تصديه للمتابعة الجزائية في جريمة المحاباة، فيما إذا كان بالإمكان أن تمنح الصفقة العمومية لمرشح أخر لو احترمت كافة إجراءات المنافسة الحرة.

ولا يتسنى له معرفة ذلك إلا بتحديد ماهية هذه الجريمة عن طريق معرفة ركنها المادي، وذلك بقيام الشخص أو عدم قيامه بأفعال مادية حددها المشرع.

ومن ثم فإن الركن المادي للجريمة تحدده عناصر ثلاث: سلوك (إيجابي أو سلبي)، ونتيجة يحققها هذا السلوك، وعلاقة سببية تربط هذا السلوك بالنتيجة.[1]

ويتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في فعل منح امتيازات غير مبررة بمناسبة إبرام أو التأشير على الصفقة أو العقد أو الاتفاقية أو الملحق عن طريق سلوكات مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الدخول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

وقد جاء موقف القضاء الفرنسي مؤكدا أن الطابع غير المبرر للامتياز يكون عند حصوله بناءا على تصرف مخالف لقواعد حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية، وقد جاء موقف القضاء الفرنسي مؤكدا أن الطابع غير المبرر للامتياز يكون عند حصوله بناءا على تصرف مخالف لقواعد حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية[2]، ومن ثم لا يشترط توفر معيار إضافي لقيام جريمة المحاباة بل يكفي مثلا وجود تعطيل لمبدأ المساواة بين المرشحين لقيام الجنحة، وبالتالي لا أهمية للبحث عن الباعث أو السبب من وراء منح الفاعل للامتياز غير المستحق،

1: محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص483.

2: Catherine prebissy-schnallk.la pénalisation des marché publics, op cit, p 61.

طالما أن الامتياز قد منح للغير خرقا لتنظيم الصفقات العمومية، وعليه لا يمكن تبرير الامتياز بذريعة الحرص على تحقيق فوائد اقتصادية مثلا، أو بحجة الحفاظ على مصالح البلدية كما تم في حالة اختيار مقاولة لمنح الصفقة فقط لأنها محلية وقريبة من موقع العملية، أو لأنها تساهم في القضاء على البطالة.

وبناء عليه فبالنسبة للقاضي الجزائي فإن الطابع غير المبرر للامتياز في مجال الصفقات العمومية يثبت بمجرد خرق القواعد الضامنة للمساواة بين المرشحين.

ولقد لجأ المشرع إلى وضع معالم يمكن للقاضي الجزائي أن يهتدي بها في بحثه عن الأفعال المجرمة في مجال واسع ومعقد وتقني كالصفقات العمومية، بالإضافة إلى تحديد هذه المعالم تم منح القاضي سلطة واسعة في التفسير وتأويل الوقائع وتكييفها مستقلا عن تكييف القاضي الإداري لتحديد السلوك المجرم، كما أن تمحور مهمة القاضي الجزائي حول البحث عن الأفعال المخالفة للمبادئ الثلاث التي وردت في نص تجريم المحاباة (المادة 26-1)، يؤشر إلى أنّ ليست كل أحكام تنظيم الصفقات العمومية مشمولة في نطاق الأفعال المجرمة، وأن هناك قواعد أخرى وضعت فقط لأجل ضمان الحماية القانونية لهذه العقود كتحديد كيفية الدفع مقابل الخدمات، واستلام المنشآت وغيرها التي تبقى من صلاحيات القاضي الإداري.

ولما كانت جنحة المحاباة تقتضي مخالفة الأحكام القانونية والتنظيمية التي تضمن حرية الدخول والمساواة وشفافية الإجراءات، عند إبرام أو تأشير الصفقة العمومية، فإن البحث عن النشاط المجرم المتمثل في الامتياز غير المبرر، يقتضي بالضرورة الرجوع إلى النصوص المنظمة لهذه الأحكام لمعرفة إجراءات الإبرام والتأشير التي رسمها المرسوم الرئاسي 15-247 والمتعلق أساسا بشكل الصفقة وإجراءات وكيفيات إبرام العقود، اختيار المتعامل المتعاقد، تأهيل المرشحين، بيانات الصفقة، أسعار الصفقة، كيفيات الدفع، والضمانات وغيرها، فدور القاضي الجزائي يكمن في تحديد القاعدة التي تم خرقها وبالتالي وجود جريمة منح امتياز غير مبرر.

وما يمكن الإشارة إليه أن الامتياز غير المبرر يمكن أن يمنح في كل مراحل مسار الصفقة العمومية بدءا من:

1-مرحلة التحضير ويتجسد ذلك في:

- تسريب معلومات امتيازيه لأحد المترشحين.
- وضع شروط حسب القياس.
- التحصيص غير المبرر للصفقة العمومية.
- العرض المقدم منخفض الثمن بطريقة غير عادية.
- إضافة معايير لاختيار المتعامل المتعاقد غير مرخص بها.
- تعديل العرض أثناء فتح الأظرفة.
- الغش في تقديم العرض من المرشح.

2-أو في مرحلة الإبرام: ويتجسد ذلك في:

- حالة التراضي خارج الحالات المنصوص عليها في القانون.
- اللجوء غير المبرر للاستعجال.
- إبرام صفقات تسوية.

3-أو في مرحلة التنفيذ: ويتجسد ذلك في:

- إبرام ملحق.
- اللجوء إلى التعامل الثانوي.

ثانيا: الركن المعنوي لجريمة الامتياز غير المبرر:

نلاحظ إبتداءا أن الصياغة الجديدة للمادة 26 من القانون 06-01 بعد تعديلها بموجب القانون11-15 المؤرخ في 2011/08/02 قد حسمت طبيعة الركن المعنوي لجريمة منح الامتياز غير المبرر عندما نصت صراحة على الطابع العمدي لهذه الجريمة بقولها "يمنح عمدا" بخلاف النص القديم قبل تعديله الذي لم ترد فيه كلمة "عمدا" بحيث أسس قيام جريمة المحاباة على إبرام الصفقة مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري

بها العمل في مجال الصفقات العمومية بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، وبذلك يتحول منح امتيازات غير مبررة من غرض في الصياغة القديمة، حيث كان بمثابة القصد الجنائي الخاص الواجب توافره لقيام الجريمة، تحول إلى الركن المادي للجريمة في الصياغة الجديدة، فبانتفاء عنصر الغرض يمكن القول أن النص الجديد لم يعد يشترط إلا توافر القصد العام بعنصريه العلم والإرادة.

وبذلك يكون المشرع قد ساير ما استقر عليه النقاش حول هذه المسألة في القانون الفرنسي والذي تمحور حول تحديد ماهية جريمة منح الامتيازات غير المبررة من حيث كونها جريمة عمدية أم أنّ لها طابع مادي محض، لأن قانون العقوبات الفرنسي لم يشترط العمد لقيام جريمة المحاباة في مادته 14/432 بل اكتفى بمنح الامتياز غير المبرر، وهو العنصر الموضوعي الذي جعل جانبا من الفقه يذهب إلى أنها جريمة مادية محضة، يمكن لفاعلها أن يسال جزائيا بمعزل عن وجود خطأ عمدي من عدمه، حيث يعاقب على مجرد خرق قواعد قانون الصفقات العمومية حتى ولو كانت نتيجة سهو أو بلاهة أو سوء تطبيق لقواعد قانونية دون حاجة لإثبات وجود سوء نية أو تواطؤ بين الفاعل والمتحصل على الصفقة، وقد حذا القضاء نفس الاتجاه عندما اعتبر أنّه ليس من الضروري اشتراط وجود نيّة لتمييز وتفضيل مقاولة مرشحة، بل يكفي علم الفاعل بخرقه للقواعد ليتوفر الركن المعنوي.[1]

واستنادا إلى نص تجريم فعل منح امتيازات غير مبررة في المادة 26 من القانون 06-01 بعد تعديلها، نستخلص أن علم الجاني بعناصر ركنها الشرعي، وانصراف علمه إلى أن السلوك الذي يقدم عليه يعتبر جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات، يشكل الركن المعنوي للجريمة أي أنّ علم الموظف العمومي بأن معاقبة القانون على فعل منح امتيازات غير مبررة للغير بمناسبة إبرام صفقة عمومية خرقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة

1: أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار هومة 2004، ص 632.

بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، وإقدامه على ارتكابه، يجعل من عنصر العمد أو القصد العام متوفرا وللتأكيد على قصدية جريمة المحاباة، بمعنى توافر شرط العلم فيها، جاء نص المادة 26 المعدلة متضمنا بصريح اللفظ عبارة " منح عمدا ".

كما أنّه من منظور مبدأ "عدم جواز الاعتذار بجهل القانون " فإن علم الموظّف باقترافه لفعل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين لفعل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وعلمه كذلك بأن هذا الفعل نتج عنه امتياز غير مبرر للغير، يعتبر علم مفترض لا حاجة لإثباته.

وفي جريمة المحاباة تزداد مهمة القاضي صعوبة في إثبات علم الفاعل بالنصوص القانونية والتنظيمية المؤطرة للصفقات العمومية، كون عملية إبرام الصفقات عملية معقدة وتتداخل فيها نصوص قانونية عديدة ومتنوعة، مما يجعل عدم الإحاطة والتحكم بها ممكن، وبالتالي إمكانية مخالفتها أمرا محتملا وواردا حتى في غياب أية نية صريحة في منح مزية غير مستحقة للغير.

وبالتالي فقد يتخذ القصد الجنائي في جريمة المحاباة إما صورة العمد عن طريق الإرادة الصريحة في مخالفة النصوص القانونية والتنظيمية وذلك بتمكين متعامل من الظفر بصفقة بتواطؤ من المتدخلين في إبرام الصفقة، أو في حالة ما إذا قصد المكلف تفادي عبء الإجراءات ومستلزمات الرقابة دون وجود نية لتفضيل مقاولة معينة، وفي كلتا الحالتين يفترض في الفاعلين المعرفة والخبرة الجديدة بالنصوص القانونية، ولا يمكن لهم التذرع بجهل الإجراءات، ولا بحداثة تعيينهم كأعضاء في لجنة الصفقات، وفي هذا الصدد نثير المسألة التالية:

- **مسألة الأفعال المبررة:** في كثير من القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي يحاول الجناة التستر وراء أفعال مبررة لتجنب المساءلة والإفلات من العقاب، نذكر منها:

1. **التذرع بأن القرار يتخذ بصفة جماعية:** غالبا ما يدعي رئيس لجنة المناقصة (طلب العروض) أنه لا يتحمل المسؤولية بمفرده على أساس أنّ قرار تخصيص الصفقة قد اتخّذ بالتصويت في لجنة مشكلة من عدة أعضاء، غير أن القضاء لم يأخذ بهذه الحجة.
2. **إسناد المسؤولية لأشخاص شاركوا في القرار بصفة غير مباشرة:** وفي هذا الصّدد كان موقف القضاء كالتالي:

- استبعد وجه الدفاع الذي أثاره رئيس لجنة المناقصة (طلب العروض) المأخوذ من خطأ مصالحه، على أساس أنّه يتعين عليه مراقبة الأعوان الذين موجدين تحت مسؤوليته.
- كما استبعد أيضا ما أثاره رئيس البلدية الذي ادعى بأنه غير مسئول إذ اقتصر دوره على التوقيع على عمل اتخذ نائبه القرار بشّأنه، على أساس أنه يتعين على رئيس البلدية مراقبة كل مايو قع عليه.[1]

ثالثا: الجزاء المقرر لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

لردع مرتكبي هذه الجريمة فقد تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عقوبات أصلية سالبة للحرية مدعمة بعقوبات تكميلية حتى تنسجم مع خصوصية هذه الجريمة من حيث صفة الجاني وطبيعة الوقائع المادية المكونة للنشاط الإجرامي.

1- العقوبات الأصلية:

وهي المقررة للفاعل شخصا طبيعيا، أو للشخص المعنوي حسب الحالة، يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى.

1: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص154.

أ-العقوبات الأصلية لجريمة المحاباة المقررة للشخص الطبيعي:

تم النص على هذه العقوبات في المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بقولها " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 إلى 1000.000 دج كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الدخول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات."

ومما لا شك فيه أن إقدام المشرع على تشديد العقاب لهذه الجريمة مفاده الحفاظ على الثروة الوطنية والخزينة العمومية، ودرء كل المخاطر التي تهدد الاقتصاد الوطني.

ب-العقوبات المقررة في جريمة المحاباة للشخص المعنوي:

على غرار باقي التشريعات العقابية المعاصرة، أقر قانون العقوبات الجزائري مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا في جرائم الصفقات العمومية، وحدد الأشخاص المعنوية الخاضعة للعقوبة الجزائية.

حيث قضت المادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري والمعدلة بالقانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر2004 بأنه باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك، كما أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال.

وتشمل المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية ومكافحة الفساد بما فيها تلك الخاصة بالصفقات العمومية.

أما من حيث طبيعة العقوبة فتعتبر الغرامة هي العقوبة الأصلية المسلطة على الشخص المعنوي والتي تتراوح ما بين 1000.000 دج إلى 5000.000 دج ويرجع سبب

تشديد عقوبة الغرامة سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي، إلى كون أغلبية جرائم الفساد ترتكب بدافع الطمع والحصول على المال بطريقة غير مشروعة، وبالتالي وجوب أن يكون العقاب يمّس بالجانب المالي لمرتكبي الفعل فيتحقق الردّع إذا أصيب الجانّي في ذمتّه المالية.

ولذلك شكلت الغرامة كعقوبة أصلية إحدى أهم أدوات الردّع في جرائم الصفقات العمومية، ويخضع تقدير مبلغ الغرامة للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي.

ولإضفاء فعالية العقاب في مجال الصفقات العمومية وفي جرائم الفساد عموما تحتاج إلى عقوبات مدعمة تصيب الجاني في مجال وظيفته ونشاطه، وهو ما يستدعي الحديث أيضا عن العقوبات التكميلية.

2- العقوبات التكميلية لقمع جريمة المحاباة.

إلى جانب العقوبات الأصلية المقررة لجرائم الفساد التي جاء ذكرها في القانون 06-01 خول قانون العقوبات الجهة القضائية إمكانية معاقبة الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات طبقا لما جاء في نص المادة 50 من القانون 06-01.

وتتنوع العقوبات التكميلية حسب طبيعة الجاني باعتباره شخص طبيعي أو شخص معنوي، وتتمثل هذه العقوبات التكميلية حسب المادة 09 من قانون العقوبات في الإقصاء من الصفقات العمومية، المصادرة الجزئية للأموال، إغلاق المؤسسة، الحظر من إصدار شيكات أو استعمال بطاقات الدفع، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، سحب جواز السفر، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها أو المنع من استصدار رخصة جديدة، المنع من الإقامة وتحديدها، الحجز القانوني ونشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة مع الإشارة إلى وجوب التقيد بالعقوبات التكميلية ومحدداتها كما وردت في المادة 18 مكرر عندما يتعلق الأمر بالشخص الاعتباري، وسوف نتعرض لبعض هذه العقوبات التكميلية ذات الصلة المباشرة بمجال الصفقات العمومية بعد إلغاء العقوبات التبعية.

أ-الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

تم استحداث عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية كعقوبة تكميلية عن طريق القانون رقم 06-23 المعدل لقانون العقوبات، عندما نص في مادته 16 فقرة الثانية على أنّه: "يترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أية صفقة عمومية، إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد عن عشر (10) سنوات في حالة الإدانة بارتكاب جناية، وخمس (5) سنوات في حالة الإدانة بارتكاب جنحة وهو ما ينطبق على جنحة المحاباة.

كما يمكن أن يتخذ قرار الإقصاء أيضا كعقوبة إدارية في شكل إجراء تتخذه الإدارة في حق المتعامل المعني في إطار عملية اختيار المتعامل المتعاقد معها، وهو ما ورد في نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي حددت حالات الإقصاء المؤقت أو النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، ومن بينها التأكيد على ما جاء في المادة 16 أعلاه، حيث شملت الذين كانوا محل حكم قضائي حائز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية، وكذلك بالنسبة للأشخاص المسجلين في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش وأصحاب المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم المتعلق بالجباية والجمارك والتجارة ومن أدين بمخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي، فالتبني المزدوج لعقوبة الإقصاء في الصفقات العمومية كعقوبة إدارية وجزائية وإن كان يعبر عن نية التشدد في ردع كل مخالف للقانون، فإنه قد يطرح إشكال قانوني حول مدى التزام الإدارة بمدة الإقصاء التي يمكن أن يقررها القاضي الجنائي والمحددة بخمس (05) سنوات طبقا للمادة 16 مكرر 2 السالفة الذكر[1]، بمعنى هل يمكن للإدارة أن تحدد مدة أطول من هذه المدة أو هي مقيدة بالمدة التي حددها الحكم

1: لا تقتصر عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية على قانون العقوبات، بل اعتمدت في قوانين عقابية خاصة كالأمر رقم 96-22 المتضمن قانون القرض والنقد، حيث أجازت المادة الخامسة منه للجهة القضائية المختصة بأن تحكم لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات بإحدى العقوبات ومنها: المنع من مزاولة عمليات الصرف والتجارة الخارجية، الإقصاء من الصفقات العمومية، المنع من الدعوة العلنية للادخار.

الجزائي؟ مع العلم أن إجراء الإقصاء هو إجراء إداري في الأصل وجاء نص التجريم لتأكيده جزائيا دعما لعنصر الردع حماية لقطاع الصفقات العمومية.

ب-عقوبة المصادرة:

تعرف المصادرة كعقوبة مالية تصيب الذمة المالية للجاني على أنها نزع ملكية المال جبرا من صاحبه، وبغير مقابل وإضافته إلى ملك الدولة سواء كان المال ملكا له أو لغيره إذا ما استعمل في ارتكاب الجريمة.[1]

ومن الناحية القانونية فقد حددت المادة 15 فقرة أولى من قانون العقوبات مدلول المصادرة على أنها: " الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء"، كما عرفها قانون مكافحة الفساد بأنها: " التجريد الدائم من الممتلكات بأمر من هيئة قضائية [2] وأكدت عليها كذلك المادة 51 من ذات القانون حيث نصت على أنه:" يمكن تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بقرار قضائي أو بأمر من سلطة مختصة".

وباعتبار أن كل من عقوبة المصادرة وعقوبة الغرامة عقوبتان ماليتان، فإن عقوبة المصادرة تمثل نقل أشياء من المحكوم عليه إلى الدولة، أما الغرامة فهي تحميل ذمة المحكوم عليه بدين للدولة، وقد اعتبرها المشرع في المادة 51 فقرة 2 كعقوبة تكميلية إجبارية بالنسبة للقاضي الجزائي عندما نصت على أنه: " في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية، وتحكم أيضا برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الشخص

1: أحمد محجودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، الجزء الثاني، ط 2، دار هومة، 2004، ص 655.

2: المادة 2 فقرة (ط) من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى".

ومن خلال نص المادة 51 فقرة 2 المذكورة أعلاه نستخلص ورود قيود أهمها: ألا تشمل إلا الأموال التي جاء ذكرها في نص المادة المذكورة، ثم يحتفظ بالأشياء والحقوق المملوكة للغير حسن النيّة وأخيرا أن يصدر بشأنها حكم قضائي.

ج-بطلان الصفقة:

يشكل الظفر بالصفقة أو العقد أو الاتفاقية أو الملحق محور اهتمام الجاني ومركز مصالحه في جريمة المحاباة، ولأجل ذلك يتعمد خرق قواعد تنظيم الصفقات العمومية ومبادئ الشراء العمومي بحسب المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 وكذلك المادة 9 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

ولذلك رتّب المشرع على مخالفة تلك القواعد الجوهرية البطلان المطلق للصفقة وتصبح كأنها لم تكن.

وقد تناول المشرع حالة بطلان الصفقة العمومية في المادة 55 من القانون 06-01 واعتبرها من أثار الفساد حيث جاء فيها " كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النيّة".

ونلاحظ من هذا النص منح المشرع للقاضي الجزائي الذي ينظر الدعوى صلاحية التصريح ببطلان العقد، وأن القاضي الجزائي أصبح يتمتع بصلاحيات كاملة في مجال الصفقات العمومية وتقييم التصرفات الإدارية المرتبطة بمسار إبرامها وتنفيذها.

إلاّ أنّ الإشكال يبقى مطروح في حالة ما إذا صرح القاضي الجزائي ببطلان الصفقة، كيف يكون التعامل مع هذه الصفقة فهل يطبق بشأنها القواعد العامة وبالتالي إرجاع الطرفين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد؟، علما بأن الأمر يتعلق بمصلحة عامة، وترصد له مبالغ

ضخمة ويستدعي مدة زمنية لعدة سنوات، كلها عناصر تجعل من مسألة إبطال العقد أمرا معقدا.

وبخصوص أثار إبطال الصفقة العمومية نفرق بين وضعيتين أولهما في الحالة التي لم تكن الالتزامات المترتبة عن العقد قد بعد، وهنا لا يثير الأمر صعوبة كبيرة بحيث لا ترتب الصفقة آثارها كلية وتزول بأثر رجعي لأن أثر البطلان يكون مانعا يحول دون تحقيق آثار العقد، وثانيهما إذا كانت الصفقة العمومية الباطلة قد نفذت كلها أو بعضها فإن لكل من الطرفين استرداد ما نفذ، ويكون هذا الاسترداد استنادا لدفع غير المستحق، فإذا كان ما تسلمه أحد المتعاقدين منفعة لا يستطيع ردها فإنّه يلتزم برد التعويض المعادل لها، والمسألة برمتها لا تخلوا من التعقيد.

الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع لتوضيح عقوبة التصريح ببطلان الصفقة المنصوص عليها في المادة 55 السالفة الذكر من خلال تبيان الجهة القضائية المختصة بإقرارها وكذلك تحديد طريقة التعامل معها في حالة إصدار مثل هذا الحكم.[1]

3- معاقبة الشروع في جرائم الصفقات.

لمواجهة الفساد وقمعه سعى المشرع إلى توسيع دائرة التجريم والعقاب ليشمل المحاولة أو الشروع أو الاعتداء الناقص، وهو ما ورد بصريح النص ليشمل جميع جرائم الفساد بما فيها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية عندما نصت المادة 52 فقرة ثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على: "..... يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بمثل الجريمة نفسها".

إلا أنّنا نلاحظ أن المشرع لم ينص على معاقبة الشروع في كل جريمة من جرائم الفساد على حده طبقا للقواعد العامة حسب ما تقتضيه المادة 31 قانون عقوبات من أن المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلاّ بناءا على نص صريح في القانون، وإنّما أجملها

1: بوصوار عبد النبي، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2014-2015، ص 249.

قانون مكافحة الفساد في المادة 52 الفقرة الثانية بالنسبة لكل جرائم الفساد الموصوفة بالجنح، ما عدا في جريمة الرشوة عندما نص في المادة 27 من قانون مكافحة الفساد على أنه: "يعاقب بالحبس من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة.....".

من خلال ما سبق يتضح أن جريمة المحاباة تشكل أهم جريمة في محال الصفقات العمومية نظرا لطبيعة هذه الجريمة وخصوصيتها المعقدة والتقنية، كلها عناصر ساهمت في جعل مهمة القاضي الجزائي صعبة عند تصديه للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية رغم الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها في تفسير وتكييف تصرفات الإدارة بحثا على النشاط المجرم المكون للركن المادي للجريمة.

المطلب الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

تصنف جريمة الرشوة على أنها أخطر مظاهر وصور الاعتداء على نزاهة الوظيفة العامة، كما وصفت بأنها أخطر المعضلات، التي تصيب النظام الاقتصادي والاجتماعي للدولة، وتعبر جريمة الرشوة في قطاع الصفقات العمومية على أنها اتفاق بين الراشي والمرتشي، هذا الاتفاق يأخذ شكل دفع عمولات من أجل تسريع أو تجاوز إجراء من شأنه تسهيل التمكين من الحصول على الصفقة. [1]

وقد حددت المادة 27 من القانون 06-01 عناصر هذه الجريمة بقولها: " يعاقب بالحبس من عشر (10) إلى (20) سنة وبغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق.

1: pdvedjian , Le temps des juges, Flammarion, 1996.chapitre VLL :la corruption des hommes politiques, p164.

ونظرا لأهمية قطاع الصفقات العمومية في تلبية متطلبات الناس في التنمية وترقية الخدمة العمومية وتحقيق المصلحة العامة، فقد قام المشرع بتشديد قمع جريمة الرشوة فيما جاء في نص المادة 27 السابق ذكرها.

الفرع الأول: أركان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

لجريمة الرشوة كبقية الجرائم الأخرى أركان تتمثل فيما يلي:

أولا: صفة الجاني.

تعتبر صفة الموظف العمومي في الجاني بمثابة الركن المفترض لقيام الجريمة كإحدى صور الاعتداء على نزاهة الوظيفة العمومية، ويستوجب توفره في جريمة قبض عمولات بمعنى أن يكون موظفا عموميا بالمفهوم الواسع الوارد في المادة 2 فقرة (ب) من القانون 06-01. [1]

ويجرم طلب أو أخذ الموظف العمومي لعطية أو فائدة أو قبول وعد بشيء ولو كان ذلك مقابل أداء عمل وظيفته التي يختص بها وفقا لمقتضيات واجبات وظيفته، بحيث يجب عليه ممارسة وظيفته بأمانة ونزاهة واستقامة في تنفيذ ما أوكّل له من مهام، ويبقى مناط التجريم والتشدد في هذه الجريمة هو تخصص الموظف في مجال الصفقات العمومية، بحيث يملك سلطة التأثير والتدخل في مسار انجاز هذه العقود من حيث الإبرام أو التأشير أو التنفيذ.

ثانيا: الركن المادي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

بحسب نص المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، فإن الركن المادي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية يتحقق بسلوك إجرامي من طرف الموظف العمومي المتدخل والمتخصص في قطاع الصفقات العمومية بأية صفة كانت، ويتحدد هذا السلوك في قبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو

1 : بوصوار عبد النبي، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 257.

غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق.

وبالنظر إلى النص التجريمي لهذه الجنحة نخلص إلى أنّ ركنها المادي يتكون من عنصرين أساسيين هما النشاط الإجرامي والمناسبة.

1-النشاط الإجرامي: يتمثل النشاط الإجرامي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في الآتي:

أ-الطلب: يعتبر الطلب سلوك يصدر بالإرادة المنفردة للموظف العمومي ومن في حكمه القائم على العمل الوظيفي المتمثل في انجاز عقود الصفقات العمومية، يتضمن التزام من جانبه ببيع عمله الوظيفي لقاء فائدة مادية كانت أو معنوية، وهي في هذه الحالة الأجرة أو المنفعة، ولا يشترط أن يتم قبض الأجرة أو المنفعة، فمجرد طلبها أو المحاولة يكفي لتحقق جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

ولم يشترط المشرع شكلا معينا ومحددا يتحقق به الطلب أو القبض فقد يكون بأي سلوك إيجابي يدل عليه[1]، وبسبب السرية والشفافية التي تطبع عادة السلوكات المرتبطة بالرشوة، فإن القاضي الجزائي يتمتع بصلاحيات واسعة لاستخلاص ذلك بكافة طرق الإثبات. [2]

ب-القبول: والذي يعكس مدلوله التسليم التام للأجرة أو المنفعة بعدما كانت في شكل عطية مؤجلة أو موعود بها، فمتى قبل أو قبض الموظف العمومي الأجرة أو المنفعة يكون قد انتهك المصلحة الجديرة بالحماية الجنائية وأهدر نزاهة الوظيفة ووافق ببيعها بثمن.

ولا يشترط في القبول شكل معين ولا صريح ولا ضمني طالما أنه صادر عن إرادة حرة، وللقاضي استخلاص ذلك من وقائع وظروف الجريمة.

---

1 : محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 483.

2: منصور رحماني، القانون الجنائي للمال والأعمال، الجزء الأول، دار العلوم، عنابة 2012، ص 100.

ج-الأخذ: يقع على عطية حاضرة، ويمثل الأخذ الصورة الغالبة التي تقع بها الجريمة، وتعتبر كذلك الصورة الأخطر والأشد تهديدا لنزاهة الوظيفة العمومية، حيث يتجسد فيها التبادل ما بين العمل الوظيفي والأجرة أو المنفعة التي تؤخذ مقابل ذلك، وتتميز حالة الأخذ بكونها الأسهل من حيث الإثبات نظرا للحيازة الفعلية للعطية كواقعة مادية.[1]

وإن كان لا يهم نوع الفائدة أو العطية أو طريقة تقديمها، فإن الانتفاع بالمزايا أو الأجرة أو المنفعة يعد أخذا لها، كما يستوي أن تكون مادية أو غير مادية ويدل على ذلك تعبير المادة 27 من القانون 06-01 بقولها: "... أو منفعة مهما كان نوعها..."، ويشترط أن يكون الأخذ قد تم مقابل عمل غير نزيه.

2-طبيعة الفائدة أو المزية:

تتمثل الفائدة التي يرمي الموظف العمومي المرتشي في مجال الصفقات العمومية الحصول عليها، حسب ما تضمنه نص التجريم، هي قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها بحيث نستخلص أن نص المادة 27 المتعلقة بجريمة الرشوة في الصفقات العمومية، قد أخذ بالمفهوم الواسع للفائدة التي يتحصل عليها الموظف كمقابل والذي تتحقق به الجريمة، لتشمل بذلك المقابل المادي وغير المادي على حد سواء، وهو ما يفهم من عبارة " قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها".

3-المناسبة:

استعمال عبارة " بمناسبة " جاء بداية لربط السلوك المجرم المتمثل في قبض الأجرة أو المنفعة مع موضوع الصفقات العمومية تحديدا لنطاق تطبيق هذه الجريمة وهو قطاع الشراء العمومي.

إن قبض أو محاولة القبض للأجرة أو المنفعة مهما كان نوعها من طرف الموظف العمومي(المرتشي) سواء وقع في مرحلة التحضير أو التفاوض أو الإبرام أو التنفيذ فإن

1: بوصوار عبد النبي، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 261.

جريمة الرشوة تكون قد تحققت، ومن ثم نستطيع القول بأن عبارة " مناسبة " جاءت شاملة لكل هذه المراحل.

يأتي هذا في الوقت الذي تشترط فيه بعض التشريعات العقابية كالقانون الفرنسي، أن يكون السلوك المجرم المتمثل في القبض سابقا للعمل أو للامتناع أو للإخلال بالعمل الوظيفي، ومن ثم فإذا كان القبض للأجرة أو المنفعة لاحقا فلا يشكل جريمة رشوة، فالطلب اللاحق على أداء العمل لا يشكل جريمة رشوة، بل مكافأة لاحقة لا تخضع للعقاب على الإطلاق طبقا للتشريع الجنائي الفرنسي وإن شكلت جريمة تأديبية تخضع للعقاب الإداري.[1]

وعليه فإن المشرع الجزائري باستعماله لعبارة " بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق، يكون قد شمل القبض سواء كان سابقا للعمل الوظيفي الذي يمثله مسار الصفقة بدءا من التحضير أو المفاوضات ثم الإبرام ثم التنفيذ أو أثناءه أو لاحقا عليهن وبذلك فكلمة بمناسبة تشمل العطية أو الأجرة أو المنفعة حتى ولو وقعت بعد انتهاء تنفيذ الصفقة ما دامت قبضت كمقابل لها.

ثالثا: الركن المعنوي لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية.

جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها توفر الركن المعنوي فيها على القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة. [2]

1-العلم:

يجب أن يعلم الجاني بصفته كموظف عمومي أو من في حكمه، وأن اختصاصه الوظيفي يندرج ضمن تدبير قطاع الصفقات العمومية والإشراف على التحضير والتفاوض بشأن إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات الإقليمية أو الأشخاص العمومية الأخرى المشار إليها في النموذج التجريمي لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية.

1: larguler (jean) et larguler Anne-Marie, Droit pénal spécial, Dalloz,1989, p165.
2: vouin Rober, Droit pénal. 6eme, édition Dalloz, Paris, 1988, p702.

ويعلم أيضا أن ارتكابه الفعل يعتبر متاجرة بالوظيفة، وأن قبضه للأجرة أو المنفعة هو بمثابة مقابل لعمل وواجب وظيفي يدخل ضمن واجباته ومهامه.

2-الإرادة:

لا يكفي العلم وحده لقيام جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، بل يجب أن تتجه إرادة المرتشي (الموظف العمومي) إلى ارتكاب الفعل المجرم المتمثل في قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها بمناسبة تسيير عقود الصفقات العمومية.

ويبقى القصد العام هو القصد اللازم في جريمة المرتشي (الموظف العمومي)، ويتحقق باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب العمل المادي للرشوة أي قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة [1] وهو عالم بأن الغرض منه هو دفعه إلى القيام بعمل من أعمال الوظيفة أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباته الوظيفية بمناسبة تحضير أو تفاوض قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الأشخاص العمومية التي ينتمي إليها ويعمل باسمها ولحسابها.

ويستنتج الركن المعنوي للجريمة من الظروف والملابسات التي تصاحب العمل أو الامتناع أو الإخلال بحسب ما تقتضيه القواعد القانونية والتنظيمية المؤطرة لقطاع الصفقات العمومية، والأمر في ذلك متروك للقاضي وهو في ذلك لا يخضع لرقابة ما دام الاستنتاج مقبول من الوجهة القانونية، وبذلك يثبت القصد بكافة طرق الإثبات بحكم عنصر التكتم والتخفي والتستر الذي يطبع هذه الجرائم.

رابعا: الجزاء المقرر لجنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

أحاط قانون العقوبات جريمة الرشوة أو قبض عمولات في مجال الصفقات العمومية بحلقة من الجزاءات ليحقق العقاب منها أقصى درجة من الردع العام والخاص على حد سواء، حيث فرق بين عقوبات أصلية تطبق على الشخص الطبيعي والمعنوي وأخرى تكميلية والمتمثلة في الغرامة والمصادرة والحرمان من الحقوق المدنية.

1: محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 582.

1-العقوبات الأصلية:

تنقسم العقوبات الأصلية إلى عقوبات أصلية تطبق على الشخص الطبيعي، وأخرى أصلية تطبق على الشخص المعنوي.

أ-العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:

تعاقب المادة 27 من قانون الوقاية ومكافحة الفساد الشخص الطبيعي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بعقوبة سالبة للحرية مشددة وهي الحبس لمدة تتراوح من عشر (10) سنوات إلى (20) سنة، وكذلك بغرامة مالية مرتفعة يتراوح مبلغها من 1.000.000دج إلى 2.000.000 دج.

ب-العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

يعتبر الشخص المعنوي من أشخاص المسؤولية الجنائية، وذلك إذا ارتكب أحد ممثلي الشخص المعنوي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، بحيث يتعرض الشخص المعنوي المدان للعقوبة المقررة طبقا لأحكام المادة 53 من قانون مكافحة الفساد و18 مكرر من قانون العقوبات وهي الغرامة التي تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي، وبذلك تصبح الغرامة تتراوح ما بين 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

2-العقوبات التكميلية:

هناك فئتين من العقوبات التكميلية، عقوبات تكميلية مقررة للشخص الطبيعي، والثانية المطبقة على الشخص المعنوي.

أ-العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي:

نصت عليها المادة 52 فقرة أولى من القانون 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد، بحيث أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بما فيها جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية يمكن للجهة القضائية التي تعاقب الجاني توقيع عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في هذا القانون.

ب-العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي:

حددها قانون العقوبات بحل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من ممارسة ومزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها نشر وتعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة خمس (5) سنوات.

3-الأحكام الأخرى المتعلقة بالتجريم والعقاب في الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

هناك أحكام تتعلق بالمساهمة الجنائية قررها المشرع من خلال الشروع والاشتراك في الرشوة في مجال الصفقات العمومية، بالإضافة لأحكام تتعلق بالعقاب كالتقادم، وتشديد العقاب والأعذار المخففة والمعفية من العقاب، نتعرض إليها فيما يلي:

أ-الشروع والاشتراك في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

يعاقب المشرع الجزائري على المحاولة أو الشروع في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية من خلال عبارة "... أو يحاول أن يقبض..." والعقوبة المقررة للشروع في الرشوة هي ذاتها المقررة للموظف المرتشي المتاجر بوظيفته في مجال الصفقات العمومية بما جاء في نص المادة 52 فقرة 2 من القانون 06-01، أما بالنسبة للاشتراك فقد نصت المادة 27 من نفس القانون على معاقبة الوسيط كشريك من خلال كلمة ".... بصفة مباشرة أو غير مباشرة....." وهنا إشارة إلى الوسيط.

ب-التقادم:

على غرار جريمة الرشوة عموما، فقد خص المشرع الجزائري جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بأحكام خاصة في مجال التقادم بسبب طبيعتها وخطورتها وأثرها، بحيث لا تتقادم الدعوى ولا العقوبة بالنسبة للجريمة في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن.

وبالرجوع إلى نص المادة 8 مكرر المستحدثة بموجب القانون 04-14 المؤرخ في 10-11-2014 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، نجدها تقضي بأن لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات والجنح المتعلقة بالرشوة، وبذلك فالإحالة في قانون مكافحة الفساد إلى قانون الإجراءات الجزائية تؤكد عدم تقادم العقوبات في جريمة الرشوة في قطاع الشراء العمومي.

المبحث الثاني: دور القاضي الجزائي والهيئات الرقابية في التحري والتصدي لجرائم الصفقات العمومية.

الأصل أن يتولى القانون التأديبي للوظيفة العمومية العقاب على الأخطاء والسلوكات التي يرتكبها الموظف العمومي أثناء أو بمناسبة قيامه بتأدية وظيفته في الحدود والصلاحيات المعهودة إليه، إلاّ أنّ بعض الأخطاء والانحرافات تستدعي عدم الاكتفاء بالعقاب التأديبي كونها تهدد النظام العام والمصلحة العامة للمجتمع وتكون نوع من أنواع جرائم الصفقات العمومية السابق تحديدها في المبحث الأول.

وكنتيجة لذلك بات تدخل القضاء الجزائي أحد أهم الوسائل الفعالة في هذه المواجهة، لما يحققه من ضمانة فعلية لحماية مصالح المجتمع المهددة، مع تعبئة كل الإمكانيات القانونية والإجرائية لمواجهة آفة الفساد باستحداث الهيئات الرقابية الإدارية في الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية.

وعليه سنولي دراسة هذا المبحث بالتطرق إلى دور القاضي الجزائي في المطلب الأول، ومساهمة الهيئات الرقابية الإدارية في الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: دور القاضي الجزائي في التصدي لجرائم الصفقات العمومية.

الفرع الأول: نطاق الولاية الكاملة للقاضي الجزائي.

إذا كان القاضي الإداري هو المختص أصلا في منازعات القرارات الإدارية، فإنه أصبح بالإمكان للقاضي الجزائي كذلك إبداء رأيه بخصوص مشروعية القرار الإداري، خاصة إذا كان مؤثرا في تحديد مسار الدعوى العمومية، وفي هذا السياق أقرّت محكمة التنازع الفرنسية مبدأ الولاية الكاملة للقاضي الجزائي في تفسير القرارات الإدارية التنظيمية المعروضة عليه استنادا إلى القول المأثور: "من يستطيع الكل يستطيع الأقل " [1] qui peut le plus peut le moins"

1: catherine prebissy-schnallk. op cit.P287

وفي هذا الشأن رخص المشرع الفرنسي في المادة 111-5 من قانون العقوبات للقاضي الجزائي تفسير القرارات التنظيمية والفردية متى كان حل الدعوى العمومية مرتبطا، ونفس المادة رخصت له كذلك تقدير مدى شرعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال والمتخذة بمناسبة إبرام عقود الصفقات العمومية.

كما أن المشرع الجزائري اتخذ نفس موقف المشرع الفرنسي عندما نص في المادة 55 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أن: " كل عقد أو صفقة أو براءة اختراع أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة التي تنظر الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية"، حيث يتضح أن القاضي الجزائي وهو ينظر إحدى جرائم الصفقات العمومية كجريمة المحاباة أو الرشوة له أنّ يصرح ببطلان العقد أو الصفقة، ويشمل هذا الحكم بالتصريح بالبطلان كذلك القرارات المنفصلة بحكم مبدأ الولاية الكاملة في تفسير القرارات ذات الصلة بالصفقة محل الدعوى العمومية.

الفرع الثاني: اختصاص القاضي الجزائي.

في قطاع الصفقات العمومية يشكل توسيع اختصاص القاضي الجزائي في مجال المسؤولية الجزائية أحد معالم التميز في القواعد الإجرائية في متابعة هذه الجرائم، بحيث أصبح يتمتع باختصاص القضاء الكامل.

ولعدم تأخير توقيع العقوبة اللازمة لردع مرتكبي الجرائم، يجب تمكين القاضي الجزائي من القيام بدوره، بحيث لا تعرقل ولا توقف تدخلاته بسبب مسائل تتعلق بالاختصاص، ومن ثم فقد خول للقاضي الجزائي سلطات وصلاحيات واسعة في مراقبة التصرفات الإدارية، هذه المراقبة التي انصبت في بداية، هذه المراقبة التي انصبت في بداية الأمر على تقدير مشروعية اتخاذ القرارات المنفردة دون العقود الإدارية[1]، أما ممارسة القاضي الجزائي لرقابة

1: محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، المرجع السابق، ص 226.

المشروعية قي العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية لم تأتي إلاّ مع اعتماد ما اصطلح عليه بنظرية التصرفات المنفصلة (أو القابلة للانفصال).

وعليه فإنّ تقدير العناصر المكونة لجريمة المحاباة يتطلب من القاضي الجزائي بداية تكييف العقد على أنّه صفقة عمومية من جهة، ثم تحديد ما إذا كان هناك خرق القواعد الضامنة لحرية الدخول والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات من جهة أخرى. [1]

أولا: تكييف العقد على أنه صفقة عمومية.

توصف جرائم الصفقات العمومية على أنها جنح مرتبطة بتكييف العقد بأنه صفقة عمومية وفي هذا الخصوص يتمتع القاضي الجزائي بكامل الصلاحيات، لأنه غير ملزم بالتكييف الإداري لهذه العقود، وإنما ترتكز على موضوع ومضمون العقد وليس لعنوانه أو لتسميته التي ارتضى الأطراف منحها لهذا العقد.

وبذلك شكلت مسألة الاختصاص الكامل للقاضي الجزائي سدًا مانعًا أمام التذرع بالطبيعة الإدارية أو الخاصة للعقد من أجل التهرب من تطبيق قانون الصفقات العمومية، باستغلال الشروط غير المألوفة تارة أو التفويض بالخدمة العمومية تارة أخرى، ولذلك يمكن إعادة تكييف العقد، ففي جريمة منح امتيازات غير مبررة مثلا لا يتصدى القاضي الجزائي للبحث عن التصرفات المخلة بحرية الدخول أو المساواة بين المرشحين باعتبارهما عنصران مكونان للركن المادي للجريمة إلا بعد أن يحسم مسألة تكييف العقد والنظام القانوني الذي يخضع له.[2]

وفي ذلك يتأكد القاضي من الطابع الإداري للصفقة العمومية باعتبارها عقد إداري من خلال توفر شرطين أساسيين أولهما يستند إلى معيار عضوي وهو أن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عمومي خاضع للقانون العام، وثانيهما أن يكون موضوعه عهد لمتعامل

1: catherine prebissy-schnallk. op cit .P285
2: J. BENOIT ,les rapports d'intérêt entre les élus et l'administration locale, Dalloz, 1997, 2, p 12203.59.n 2011.

اقتصادي بتنفيذ خدمة عمومية أو إذا لم يوجد، يجب أن يتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص، وله أن يرجع في ذلك إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية.

حيث تكفل المشرع بتحديد الأشخاص العمومية التي تخضع في تعاقداتها إلى قانون الصفقات العمومية وهو ما حددته المادة 06 منه عندما اعتمد هذه المعايير مجتمعة، حيث لا تطبق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلاّ على الصفقات محل نفقات الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وقد استثني التعاقد بين الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها، وكذا العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تزاول هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة.[1]

وتكتسي عملية تكييف العقود أهمية محورية في تحديد نطاق تدخل القاضي الجزائي عند تصديه للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، وفي هذا الشأن لا يقتصر الأمر على تكييف العقود وإنما يشمل الصلاحية الكاملة للبحث عن التصرفات التي تشكل خرقا لحرية الدخول والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

ثانيا: تحديد التصرفات المخلة بمبادئ الصفقات العمومية.

إن بحث القاضي الجزائي عن العناصر المكونة لجنحة المحاباة يمكنه من بلورة تقديره وتفسيره حول مشروعية الصفقة العمومية، ويمنحه سلطة أكثر شمولية لفحص مدى قانونية إبرام العقود الإدارية.

ومن ثم فإن البحث عن التصرفات المخلة بحرية الدخول والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات تفترض في الأساس وجود صفقة عمومية كقاعدة للجريمة، ذلك ما أقرته

1: المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

محكمة النقض الفرنسية وإن كانت أوضحت أن صلاحية القاضي الجزائي الموسعة في التفسير وتقدير المشروعية تنحصر في القرارات المنفردة ولا تشمل العقود الإدارية إلّا إذا توقف عليها حل الدعوى العمومية.

كما أن التوسع في التقدير والتفسير في جرائم الصفقات العمومية لا تمّثل مساسا بمبدأ التفسير الضيق لقانون العقوبات، وإنما يراها بعض الفقه بمثابة تخفيف وتبسيط Assouplissement بات ضروريا لمقاربة واقعية تأخذ بعين الاعتبار خصوصية عقود الصفقات العمومية، فإن كان القاضي الجنائي مطالب بالالتزام بضوابط النموذج التجريمي طبقا للركن الشرعي للجريمة، فإن المشرع كذلك حريص على فعالية القانون الذي يصادق عليه، وعليه فإن مبدأ التفسير الضيق لقانون العقوبات لا يعني أن تفسير النص العقابي يجب أن يكون محددا [1] Interprétation restrictive .

ويستخلص القاضي الجزائي النشاط أو السلوك المجرم من ماديات ووقائع وظروف ارتكاب الفعل المجرم، وله في ذلك أن يستعمل كل الوسائل بما فيها القياس والقرائن وغيرها، كأن يعتبر لجوء المصلحة المتعاقدة لأسلوب التراضي البسيط خرقا لقواعد المنافسة ودون وجود حالة الاستعجال الملح، أو العكس وجود حالة تقتضي حالة الاستعجال وتغاضت عنها المصلحة المتعاقدة، كعدم ربط مستشفى(مصلحة الاستعجالات) بشبكة الهاتف بالرغم من وجود حالة الاستعجال، و الأمثلة كثيرة التي تجسد صلاحية القاضي الجزائي الموسعة في تقدير الأفعال والسلوكات في جرائم الصفقات العمومية، وإن كان التفسير الواسع في جرائم الصفقات العمومية لا يخلو من بعض الصعوبات التي تعترض القاضي الجزائي، وذلك يعود في الأساس إلى طبيعة تنظيم الصفقات العمومية.

ثالثا: تحديد الفاعل في حالة التفويض بالإمضاء.

تجدر الإشارة إلى أن صعوبات التفسير لا تقف عند تحديد النشاط الإجرامي المعاقب عليه، وإنما تمتد كذلك إلى تحديد الفاعل بصفته موظف عمومي وكذا حجم تدخله في

1: Catherine prebissy-schnall, op cit, p 276.

ارتكاب الجريمة خاصة في حالة التفويض بالإمضاء délégation de signature، وهي الوضعية التي حاول الفقه والقضاء معالجتها انطلاقا من إشكالية تمحورت حول هذا التفويض بالإمضاء هل يؤدي إلى نقل المسؤولية الجزائية أم لا؟

في هذا الصدّد يجب الإشارة إلى أن القاضي الجزائي في إطار بحثة لتحديد هوية الجاني في مجال جرائم الصفقات العمومية، يتعين عليه فحص كل حلقات سلسلة القرار لتعقب مصدر القرار المجرم traçabilité de la décision، وهذه المهمة معقدة بالنظر لأسلوب التنظيم الهرمي والسلمي المعتمد داخل المؤسسات والهيئات العمومية والذي تنفذ من خلاله نشاطات الوظيفة العامة، وكذا غياب الهياكل التنظيمية لبعض المصالح، مع العلم أنّه في كثير من الأحيان يلجأ المنتخبين والموظفين العموميين إلى أسلوب تفويض الإمضاء كوسيلة لتجنب الخطر الجزائي وذلك بتفويض صلاحياتهم وسلطاتهم لمرؤوسيهم، فكيف يتعامل القاضي الجزائي مع إجراء التفويض؟

من منظور القانون الإداري ومن حيث درجة الصلاحيات المتوفرة، يميز القانون الإداري بين نوعين من التفويض:

أ-تفويض الإمضاء: délégation de signatures.

وفيه يعين المفوض له باسمه، ويبقى المفوض محتفظا دائما لنفسه باتخاذ القرارات في المجالات التي فوض فيها فقط بالإمضاء لأحد مساعديه.

وينظر لهذا النوع على أنه إجراء من التنظيم الداخلي للمصلحة الذي لا يغير في شيء من توزيع الإختصاصات.[1]

ب-تفويض السلطات: délégation de pouvoirs ou de compétences.

على عكس النوع الأول من التفويض، فإنه في تفويض السلطات لا تمنح إلى شخص معين باسمه، وإنما لصاحب وظيفة بحيث تتنازل السلطة المفوضة عن صلاحياتها وتصبح غير مختصة لتقرر في المهام التي فوضت فيها.

1: M. lombard. Droit administratif. Dalloz.3eme, éd 1999.p187.

أما من منظور القانون الجزائي فإن المسؤول جزائيا هو من يملك الوسائل الحقيقية لارتكاب الفعل المجرم أو التحريض على ارتكابه، وبذلك يكون المفوض له هو المسئول بالدرجة الأولى عن ارتكاب الجريمة، دون الأخذ بعين الاعتبار النتائج المترتبة عن التفرقة الإدارية بين تفويض الإمضاء وتفويض السلطة.

ومع ذلك فقد تباينت المواقف والآراء حول هذه المسألة، فنجد من ناحية تقرير مسؤولية المفوض المباشر دون الأخذ بعين الاعتبار وجود تفويض بالسلطة في الحالة التي يسمح هذا التفويض بتحديد طبيعة ومدى سلطات وواجبات العون المفوض له، وثارة أخرى إذا كان التفويض تاما وخاليا من العيوب فإنه يعتبر ناقلا للمسؤولية، ويعفى المفوض من المسؤولية الجزائية.

وقد نادى البعض بضرورة مساءلة المشتري العمومي في حالة تفويض السلطة أو تفويض الإمضاء إذا أخل بواجب المراقبة على أساس خطأ الإهمال كما هو مقرر في هذا الشأن بالنسبة لمديري المؤسسات الذين يفوضون لأحد مرؤوسيهم. [1]

وفي كل الأحوال فإن مسألة تحديد الفاعل في حالة التفويض بالإمضاء تتطلب من القاضي الجزائي الغوص في تفاصيل وخبايا التنظيم الإداري وتوزيع الصلاحيات وتقسيم العمل داخل المصلحة المتعاقدة، وكذلك معرفة دقيقة لمحتوى إجراء التفويض وصلاحية شروطه من الناحية القانونية، علما أن التفويض بغض النظر عن طبيعته، يجب أن يقوم على معايير محددة متمثلة في:

- يجب أن يستند التفويض إلى نص قانوني أو تنظيمي ولا يتعدى حدوده وضوابطه.
- يجب أن يوضح قرار التفويض بالدقة اللازمة لنطاق الصلاحيات المفوض بها.
- يجب أن ينشر حتى يكون حجة اتجاه الغير، كما يمكن سحبه في أي وقت وبنفس الشروط التي منح بها.

1 : بوصوار عبد النبي، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 277، 278.

- لا يمكن أن يكون التفويض إلاّ جزئيا فلا يمكن تفويض كل الصلاحيات إلاّ في حالة غياب أو وجود مانع للسلطة التنفيذية.

رابعا: تنظيم الصفقات العمومية ككابح لفعالية النظام العقابي.

أ-يلتزم القاضي الجزائي بأن يشير في حكمه وبالدقة المطلوبة للنص القانوني الذي استند إليه لتحديد جريمة المحاباة، ولذلك يكون عليه استخلاص وتقدير السلوكات المخلة بنزاهة الوظيفة العامة وبمبادئ الصفقات العمومية من خلال الرجوع إلى فحص بعض الالتزامات ذات الطبيعة الإدارية، وهو في ذلك يختلف عن القاضي الإداري الذي يمكنه معاقبة عدم احترام مبدأ المساواة بين المترشحين حتى في حالة عدم وجود مخالفة لقاعدة في تنظيم الصفقات العمومية.

ب-صعوبة التحكم في قواعد تنظيم الصفقات العمومية بسبب طابعها التقني والذي يتطلب تفسيرها أن تكون المعطيات والقواعد الضامنة للشفافية في مجال الطلب العمومي محددة سلفا وواضحة المعنى والمدلول، وهو ما يتطلب تكوين خاص للقضاة للتحكم في هذا القطاع الهام التقني المعقد.

ولأهمية هذا القطاع وأثره على الاقتصاد الوطني والمال العام، عمدت بعض الأنظمة القضائية إلى خلق أقطاب مالية واقتصادية في بعض الهيئات القضائية[1]، تمكن قضاة النيابة العامة والتحقيق من أن تكون لديهم أفواج دائمة ومتعددة الاختصاصات لمساعدتهم للتصدي للجوانب التقنية والمعقدة بمناسبة متابعة جرائم الصفقات العمومية.

ج-وبسبب طبيعة تنظيم الصفقات العمومية نظرا لتضخم النصوص القانونية والتنظيمية وتعقيداتها وكثرة تفصيلها وتغيرها بحجة تكييفها مع تطور وتحول البيئة العامة للطلب العمومي تزداد صعوبة عملية التفسير بالنسبة للقاضي الجزائي، وصعوبة عند تطبيق النصوص، وكذلك الأمر بالنسبة للإدانة، حيث من غير السهل بالنسبة للقاضي الجزائي

1: المرسوم التنفيذي رقم 06-346 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 يتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق (ج ر عدد 63 بتاريخ 8 أكتوبر 2006) والذي بموجبه استحدث الأقطاب المتخصصة.

اتخاذ قرار إدانة ضد متهم في جرائم الصفقات العمومية على أساس نص قانوني أو تنظيمي مبهم أو غامض، فمكمن هذه الخطورة يتجلى في تأثير هذا الغموض في تحديد الأفعال المجرمة من حيث تغليب مظهر التعسف أكثر من عامل الخطأ عند التصدي لهذه الجرائم، الأمر الذي يزيد من تخوف المشتري العمومي والمتعامل الاقتصادي، ما يجعلهم يواجهون الخطر الجزائي باستمرار الذي يقتل روح المبادرة، ويولد الشعور بالا أمن القانوني لدى الفاعلين في مجال الشراء العمومي خاصة.

وعليه فالوقاية تستدعي ضرورة توضيح نصوص الطلب العمومي لتفادي الأخطاء من جانب الأعوان حسني النية من جهة، ولمنع آخرين من استغلال ذات الغموض للإخلال بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية. وحتى يكون حكم القاضي عادلا فيما يقضي به.

المطلب الثاني: دور الهيئات الرقابية الإدارية في الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية.

نظرا لخطورة آفة الفساد ومحاصرة أدرعها الممتدة والمتشابكة والمتشعبة، استدعت الضرورة تعبئة كل الإمكانيات القانونية والإجرائية لمواجهتها، وذلك بتدخل هيئات إدارية للكشف والتحري عن جرائم الفساد عامة وجرائم الصفقات العمومية على وجه الخصوص، تضطلع بهذه المهمة عدة هيئات منها هيئة مكافحة الفساد، والمفتشية العامة للمالية، ومجلس المحاسبة.

وهذه المهمة قبلية لها بعد وقائي أكثر منه عقابي، لكنه ضروري وفعال ضمن إستراتيجية الردع العام لمكافحة الفساد.

الفرع الأول: دور هيئة مكافحة الفساد في الكشف والتحري.

تزامن صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2006 بإنشاء هيئة وطنية كجهة إدارية تتولى الكشف والتحري عن جرائم الفساد [1]، ومنها جرائم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المواد 26-27-34 من هذا القانون، بالإضافة إلى دورها في تنفيذ سياسة الوقاية من الفساد، وفي سبيل ذلك خول لها صلاحيات وسلطات واسعة تمكنها من الاضطلاع بمهامها مدعمة بأحكام جزائية ضد كل من يعرقل عملها.

أولا: صلاحيات هيئة مكافحة الفساد.

قد حددت المادة 20 من القانون 06-01 مهام الهيئة في مجال الوقاية من الفساد نذكرها فيما يلي:

1-اقتراح سياسة شاملة للوقاية تجسد مبادئ دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية في تسيير الشؤون والأموال العمومية.

2-تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد لكل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة، واقتراح تدابير خاصة منها ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد، وكذا التعاون مع القطاعات المعنية العمومية والخاصة في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة.

3-إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد.

4-جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقاية منها، لا سيما البحث في التشريع والتنظيم والإجراءات والممارسات الإدارية، عن عوامل الفساد لأجل تقديم توصيات لإزالتها.

5-التقديم الدوري للأدوات القانونية والإجراءات الإدارية الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته، والنظر في مدى فعاليتها.

1: أحدثت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64 المؤرخ في 7 فبراير 2012، (ج ر عدد 8 بتاريخ 2012/02/15).

6-تلقي التصريحات بالممتلكات الخاصة بالموظفين العموميين بصفة دورية ودراسة واستغلال المعلومات الواردة فيها والسهر على حفظها...

7-الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد.

8-ضمان تنسيق ومتابعة النشاطات والأعمال المباشرة ميدانيا، على أساس التقارير الدورية والمنتظمة المدعمة بإحصائيات وتحاليل متصلة بمجال الوقاية من الفساد ومكافحته، التي ترد إليها من القطاعات والمتدخلين المعنيين.

9-السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات، وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي.

10- الحث على كل نشاط يتعلق بالبحث عن الأعمال المباشرة في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته، وتقييمها.

زيادة على الصلاحيات التي تتمتع بها الهيئة في مجال الوقاية من الفساد، فإنها تقوم كذلك:

أ- بالمساهمة في الكشف والتحري عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية من خلال طلب معلومات ووثائق من الهيئات والإدارات العمومية، وقد كرست المادة 21 من قانون مكافحة الفساد هذا الحق عندما منحت الهيئة إمكانية أن تطلب من الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص أو من كل شخص طبيعي أو معنوي آخر أية وثائق أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد.

ب-ولها كذلك أن تطلع على الوثائق والمعلومات المتسمة بالطابع السري، استنادا إلى المادة 19 فقرة أولى من القانون 06-01 التي اعتبرته حقا من الحقوق التي تضمن استقلالية الهيئة، حيث نصت على " تضمن استقلالية الهيئة بوجه خاص عن طريق اتخاذ التدابير الآتية:

- قيام الأعضاء والموظفين التابعين للهيئة، المؤهلين للاطلاع على معلومات شخصية وعموما على أية معلومات ذات طابع سري، بتأدية اليمين الخاصة بهم قبل استلام مهامهم...

وقد حددت المادة 20 من المرسوم الرئاسي 06-413 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 المحدد لتشكيلة الهيئة مضمون القسم كما يلي" أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بعملي أحسن قيام وأن أخلص في تأدية مهنتي وأكتم سرها وأسلك في كل الظروف سلوكا شريفا."

- ❖ تدعيم الهيئة في مهمتها في جمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد، حيث أجازت لها المادة 20 فقرة 7 الاستعانة بالنيابة العامة، ولعل ذلك يجد تبريره في صعوبة الحصول على المعلومات لدواعي التستر أو الحفاظ على السر المهني أو غيرها من الذرائع، وبذلك يكون تدخل النيابة العامة من أجل تفعيل دور هذه الهيئة في محاربة الفساد، غير أنّه لم يتم تحديد طبيعة هذه الاستعانة ولا كيفيات إجرائها، وكذا طبيعة المعلومات أو الوثائق التي يجوز للهيئة أن تطلبها، وإن كانت سلطة تقدير أهمية وفائدة هذه المستندات تعود إلى الهيئة المعنية.
- ❖ اقتران الطابع الإلزامي لتزويد الهيئة بالمعلومات والوثائق، بمعاقبة جزائيا لكل رفض متعمد وغير مبرر لتمكين الهيئة من المستندات والمعلومات التي تطلبها في إطار مهمتها، بالكشف والتحري عن جرائم الفساد، ويكيف هذا الرفض على أنه جريمة معاقب عليها طبقا للمادة 21 فقرة 2 من القانون 06-01 حيث نصت على: " كل رفض متعمد وغير مبرر لتزويد الهيئة بالمعلومات، أو الوثائق المطلوبة يشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة في مفهوم هذا القانون " ، وقد حددت المادة 44 من نفس القانون عقوبة هذه الجريمة بقولها: " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج."

ثانيا: علاقة الهيئة بالسلطة القضائية.

تتحدّد علاقة هيئة مكافحة الفساد مع القاضي الجزائي في مجال الفساد عموما وجرائم الصفقات العمومية بالتحديد من خلال ما آلت إليه عملية الكشف والبحث والتحري التي تقوم بها الهيئة بحسب الحالتين الآتيتين:

1- في الحالة التي تكون فيها نتيجة البحث والتحري سلبية بحيث لا يؤدي الاطلاع وفحص المعلومات والمستندات المجموعة إلى ثبوت وجود دلائل على اقتراف أو ارتكاب أفعال يمكن أن تكيف على أنها جرائم معاقب عليها في مجال الصفقات العمومية، فإن المشرع لم يضع طريقة محددة لتعامل الهيئة في هذه الحالة وإن كان منطق الإجراءات يوحي بأنها ستصدر قرارا معللا يكرس ويثبت عدم وجود جريمة.

2- وإذا كانت نتيجة البحث والتحري إيجابية، بحيث ثبت وجود دلائل على ارتكاب جريمة من جرائم الصفقات العمومية، في هذه الحالة يتعين على الهيئة تحويل الملف مباشرة إلى وزير العدل حافظ الأختام الذي يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء عملا بأحكام المادة 22 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

مما سبق نستخلص الدور الفعال لهيئة مكافحة الفساد، وأهمية عملها في مجال الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية وجرائم الفساد، والصلاحيات الممنوحة لها في هذا الشأن على امتداد التراب الوطني، وتخصص أعضائها في هذا النوع من الجرائم التقنية والمعقدة وذلك لتسهيل مهمة القضاء صاحب الاختصاص الأصيل في قمع هذه الجرائم.

ولتفعيل الجانب الوقائي في إستراتيجية مواجهة الفساد، يستدعي الأمر تدخل المشرع بمنحه صراحة لهذه الهيئة صلاحية الإخطار بدلا من إلزامها بتحويل الملف إلى وزير العدل، إضافة إلى إعطاء صفة الضبطية القضائية لأعضائها ويكون عملهم تحت إشراف النائب العام.

الفرع الثاني: دور المفتشية العامة للمالية في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية.

تخضع الصفقات العمومية للضوابط القانونية والمحاسبية التي تحكم النفقات العمومية للدولة والجماعات المحلية والإقليمية والمؤسسات العمومية وغيرها التي تكلف بتسيير

وصرف الأموال العمومية[1]، باعتبار أن هذه الأخيرة تأخذ من الناحية المالية شكل نفقات عمومية.

وتمثل الرقابة المالية بشتى أنواعها ودرجاتها أهم تلك الضوابط ولعل الرقابة المالية البعدية التي تنفذها المفتشية العامة للمالية (IGF) inspection générale des finances تبقى هي الدرجة الأهم في سلم الرقابة المالية على النفقات العمومية وخاصة في مجال الصفقات العمومية لما تملكه من قدرات ومؤهلات في كشف التلاعبات والانحرافات التي يمكن أن تقع تحت طائلة العقاب الجنائي:

أولا: نشأة المفتشية العامة للمالية.

أحدثت هذه الهيئة بموجب المرسوم رقم 80-53 المؤرخ في 01 مارس 1980[2] وهي جهاز دائم للرقابة المالية موضوع تحت وصاية وزارة المالية، وقد عرف نظامها القانوني تطورا متلاحقا تماشيا مع المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتحولات الهيكلية في بنية النظام كنتيجة للانتقال من نمط اشتراكي موجه إلى نظام منفتح سياسيا معتمدا التعددية وليبيرالي اقتصاديا معتمدا نظام السوق، بحيث صدر المرسوم التنفيذي رقم 91-502 المؤرخ في 1991/12/21 المتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية بوزارة الاقتصاد بالجريدة الرسمية عدد 67 بتاريخ 1991/12/23، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-32 المؤرخ في 1992/01/20 المتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية بالجريدة الرسمية عدد 06 سنة 1992، وبعده المرسوم رقم 92-33 المؤرخ في 1992/01/20 الذي يحدد تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويضبط اختصاصها وذلك بالجريدة الرسمية عدد6 بتاريخ 1992/01/26، وصدر المرسوم التنفيذي رقم 92-78 المؤرخ في 1992/02/22 الذي ألغى المرسوم 80-53 وأعاد تحديد اختصاصات المفتشية العامة للمالية بالجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ 1992/02/24، ثم

1 : بوصوار عبد النبي، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 284.

2: المرسوم رقم 80-53 المؤرخ في 1 مارس 1980 يتضمن إنشاء المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد 10 سنة 1980.

صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 2008/09/09 يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية بالجريدة الرسمية عدد 50 بتاريخ 2008/09/07، وفي ذات العدد صدر كل من المرسوم التنفيذي رقم 08-273 والمرسوم التنفيذي رقم 08-274 بنفس التاريخ يتضمنان على التوالي تنظيم الهياكل المركزية، والجهوية للمفتشية العامة للمالية.

ثانيا: صلاحيات المفتشية العامة للمالية في مجال الرقابة.

قد حددت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 نطاق ممارسة الهيئة لرقابتها المالية من حيث التسيير المالي والمحاسبي للأشخاص الآتية:

- مصالح الدولة المركزية كالوزارات والهيئات الوطنية واللامركزية كالمصالح غير الممركزة للدولة أو المديريات التنفيذية سابقا على المستوى الجهوي أو الولائي.
- الجماعات الإقليمية والمقصود بها الولايات والبلديات.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي.
- هيئات الضمان الاجتماعي التابعة للنظام العام والإجباري وكذا كل الهيئات ذات الطابع الاجتماعي والثقافي التي تستفيد من مساعدات الدولة أو الهيئات العمومية.
- كل مؤسسة أخرى مهما كان نظامها القانوني.
- تشمل الرقابة كذلك استعمال الموارد التي جمعتها الهيئات والجماعات مهما كانت أنظمتها القانونية (المادة 3 من المرسوم 08-272).

يتضح من مضمون المواد المذكورة الاختصاص الواسع الذي تتمتع به المفتشية العامة للمالية في مراقبة مالية الأشخاص المعنوية العامة بمختلف أنواعها.

ومن ثم فإن الأشخاص العمومية الخاضعة لقانون الصفقات العمومية والمنصوص عليها في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، معنية كذلك برقابة هذه الهيئة، كما تشمل هذه الرقابة المحاسبين العموميين وأعوانهم وكذلك المحاسبين العسكريين بما جاء في نص المادة 16 من المرسوم التنفيذي 08-272 بنصها على أنه: " عندما تجرى عمليات الفحص على ملفات محاطة

بسر الدفاع الوطني، تقوم الوحدات العملية للمفتشية العامة للمالية بتحريات تبعا لرسالة مهمة مشتركة بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالدفاع الوطني."

وبالتوازي مع هذا التوسع في الأشخاص الخاضعين لرقابة هذه الهيئة، فقد اسندت لها صلاحيات واسعة كذلك من حيث مضمون وموضوع الرقابة لتشمل كافة العمليات المحاسبية التي تنجزها الإدارات والهيئات المشار إليها أعلاه.

❖ **الصلاحيات الموسعة للهيئة:**

نظرا للطابع المالي للمفتشية العامة للمالية، فإن رقابتها تنصب أساسا على التسيير المالي والمحاسبي ومدى مطابقته للقوانين والأنظمة، وتتميز كذلك في كونها رقابة إدارية مفاجئة ترافق عملية تنفيذ الصفقات العمومية.

وتقوم في هذا الخصوص بما يلي: شروط تطبيق التشريع المالي، التسيير المالي المحاسبي، إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها، دقة الحسابات وصدقيتها وانتظامها، ومستوى الإنجازات مقارنة مع الأهداف المسطرة سلفا، شروط تعبئة الموارد المالية، تسيير إعتمادات الميزانية وكيفية استعمال وسائل هذا التسيير، شروط منح المساعدات والإعانات التي تقدمها الدولة والجماعات المحلية، وكذا شروط وكيفية استعمال هذه الإعانات. [1]

أما بخصوص عقود الصفقات العمومية، فإن صلاحيات الهيئة تشمل كل من الجانب الشكلي والموضوعي للصفقة العمومية بإخضاعها لفحص دقيق ومفصل يتناسب وأهمية هذه العقود وحجم النفقات العمومية فيها من أموال.

1. ويتجلى الفحص من الناحية الشكلية للصفقة العمومية في البحث والاستفسار عن الطريقة التي اعتمدت في تحديد الاحتياجات العمومية، وهي المرحلة الأولى والتي تعتبر الأهم في مراحل الصفقة التي يتقرر من خلالها مصير الصفقة ومآلها.

1: المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المذكور سابقا.

والنتيجة في ذلك أنّه كلما كان تحديد الحاجيات بدقة وجدية وانضباط في التحكم كلما زادت فرص نجاح الصفقة تحقيقا وتنفيذا لأهدافها وأغراضها استجابة لمتطلبات المصلحة العامة، ثم مراقبة دفتر الشروط وذلك بالاطلاع على طبيعة الشروط التي وضعتها المصلحة المتعاقدة، ومدى مطابقة هذه الشروط لمبادئ الصفقات العمومية.

إضافة إلى التحري عن طريقة إبرام الصفقة التي تقتضي اللجوء إلى إجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، وفي حالة اللجوء إلى أسلوب التراضي تطلب الهيئة تفسيرات حول الأسباب التي دعت إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقة حسب ما ينص عليه قانون الصفقات العمومية، إضافة إلى معرفة الأهداف التي ترمي الصفقة إلى تحقيقها، ومتابعة عملية الإنفاق بعد التأكد من تاريخ إبرام الصفقة، التأكد والتحقق من عدم وجود أفعال تخل بمبادئ حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، فحص سجل العروض من الناحية الشكلية ومراقبته من حيث كونه مرقم ومؤشر عليه والتأكد من تسجيل كل الأظرفة حسب تاريخ وصولها.

2.أما من ناحية المضمون فيتجلى الفحص أو المراقبة بالتأكد من مطابقة العروض لدفاتر الشروط، وأن اختيار المتعاقد يكون بناءا على شروط ومعايير موضوعية[1]، أهلته دون غيره من المترشحين للحصول على الصفقة، دون أي تمييز بما جاء في إعلان طلب العروض (المناقصة) أو وثائق الاستشارة وفق ما يتطلبه قانون الصفقات العمومية.

إضافة إلى فحص محاضر اللجنة والتأكد من مشروعيتها (قرار التعيين وصلاحية اللجنة) مع مراقبة جميع مراحل الصفقة، ومراقبة عملية التنفيذ من الناحية المالية، الكشف عن المخالفات المرتبطة بتنفيذ الصفقة، فحص عمليات تمديد الآجال والتأكد إن كانت الأشغال قد أنجزت في وقتها أم لا.

1 : بوصوار عبد النبي، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 286.

ولاضطلاع الهيئة بمهمتها لها أن تطلب كافة المعلومات كتابية أو شفاهية، ويمكنها الحصول على جميع الوثائق والمستندات الضرورية بما في ذلك تقرير الهيئات الرقابية الأخرى أو الخبرة الخارجية، ولها كذلك أن تنتقل إلى عين المكان لإجراء بحث وتحقيق ميداني لدى المؤسسة المعنية، ويمكنها الإطلاع على كافة السجلات والمعطيات دون استثناء، والتأكد من صحة هذه المعطيات ومدى مصداقيتها.

وبالرغم من الصلاحيات الواسعة التي تتمتع بها للمفتشية العامة للمالية، فإن رقابة هذه الأخيرة تبقى رقابتها نسبية من حيث فعاليتها في مجال الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية للأسباب التالية:

- لا يمكن للمفتشية أن تقيم سلوك الموظفين العموميين المختصين والتأكد من عدم خرق قواعد نزاهة الوظيفة العمومية، لأن مهمتها تنصب على رقابة المشروعية في التسيير المالي للنفقات المرتبطة بتنفيذ الصفقات العمومية.
- إذ أنه من الناحية العملية قد نجد أن قواعد المشروعية احترمت في إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية ومع ذلك تخفي سلوكات يمكن لها أن تشكل جرائم يعاقب عليها جزائيا كما هو الحال في جريمة المحاباة.
- لا تملك المفتشية العامة للمالية صلاحية توقيع العقاب ولا تحريك الدعوى العمومية التي تبقى من صلاحية وزير المالية، كون أن المفتشية العامة هي تحت وصاية وزارة المالية.
- بالرغم من أهمية المفتشية كهيئة متخصصة لها خبرة طويلة في مجال التدقيق والكشف عن الخروقات المختلفة في مجال التسيير، إلا أن التعاون والتنسيق بينها وبين الجهات القضائية غير واضح المعالم، ومما لا شك فيه فإن مساعدتها للقاضي الجزائي في مجال الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية يشكل مهمة نوعية هامة ومنتجة في حال تكريس التنسيق بين الطرفين المنتظر.

الفرع الثالث: دور مجلس المحاسبة في كشف جرائم الصفقات العمومية.

يعتبر مجلس المحاسبة من أهم الأدوات الرقابية التي سخرتها الدولة في إطار معركة مكافحة الفساد إلى جانب المفتشية العامة للمالية، ويعتبر المؤسسة العليا للرقابة البعدية للأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، حيث يتمتع باختصاص إداري وقضائي في ممارسة المهمة الموكلة إليه، كما يتمتع بالاستقلال الضروري ضمانا للموضوعية والحياد والفعالية في أعماله.

وقد أكد الدستور الجزائري [1] الجديد في مادته 192 أن: "مجلس المحاسبة يتمتع بالاستقلالية ويساهم في تطوير الحكم الراشد والشفافية في تسيير الأموال العمومية،" كما يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية وكذلك رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة.

أولا: نشأة مجلس المحاسبة.

قد تم تأسيسه بموجب دستور 1976[2]، وقد تم تأسيس هذه الهيئة ميدانيا عام 1980، وخضع في تسييره للتغيرات المتتابعة التالية:

- القانون 80-05 المؤرخ في الفاتح مارس 1980 الذي أعطى له الاختصاص الإداري والقضائي لممارسة رقابة شاملة على الجماعات والمرافق والمؤسسات والهيئات التي تسير الأموال العمومية أو تستفيد منها مهما يكن وضعها القانوني.
- القانون 90-32 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 الذي حصر مجال تدخله حيث استثنى من مراقبته المؤسسات العمومية والمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وجرده من صلاحياته القضائية.

1: القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 6 مارس 2006، المتضمن التعديل الدستوري.

2: أنشأ مجلس المحاسبة بموجب المادة 190 من دستور 1976 ونصت عليه المواد 160 من دستور 1989 و170 من دستور 1996.

- الأمر 95-20 المؤرخ في 1995/07/17 الذي يوسع مجال اختصاصه ليشمل رقابة كل الأموال العمومية مهما يكن الوضع القانوني لمسيري هذه الأموال أو مستفيديها[1] المعدل والمتمم بالأمر 10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010 [2] وهو التعديل الذي أعاد للمجلس صلاحياته الكاملة بعدما انتزع بعضها بمناسبة التعديل الذي تضمنه القانون 90-23.[3]
- وقد تم وضع مجلس المحاسبة تحت الوصاية المباشرة لرئيس الجمهورية كمؤسسة عليا للرقابة البعدية على أموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وتسيير الشركات والمؤسسات والهيئات مهما يكن وضعها القانوني التي تملك فيها الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات أو الشركات أو الهيئات العمومية الأخرى بصفة مشتركة أو فردية، مساهمة بأغلبية في رأس المال أو سلطة قرار مهيمنة. [4]

ثانيا: هياكل مجلس المحاسبة.

حتى يتمكن المجلس من أداء مهمته بكل فعالية وتحقيق غايات الرقابة كمهمة وطنية عبر كامل التراب الوطني، فقد تم تزويده بهياكل وأجهزة مناسبة لحجم المسؤولية وبصلاحيات تمكنه من محاصرة جرائم الفساد، ومنها جرائم الصفقات العمومية، فمن حيث الهيكلة التنظيمية يحتوي المجلس على هيئات ذات طبيعة قضائية وأخرى إدارية، سنلخصها فيما يلي:

1: https ://www.scribd.com.doc

2: الأمر95-20 (ج ر عدد39 بتاريخ 1995/7/23، والأمر رقم10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010 (ج رعدد 50 بتاريخ 2010/9/01.

3: القانون 90-23 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 المتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة (ج ر عدد 53 بتاريخ 1990/12/05).

4: المادة 08 مكرر من الأمر 10-02 المعدل للأمر 95-20.

1-الهياكل ذات الطبيعة القضائية: وتتمثل في:

أ-رئاسة المجلس:

رئيس المجلس يعين عن طريق مرسوم لرئيس الجمهورية، ويتولى التنظيم العام للمجلس وينسق أعماله، وينظم عن طريق ديوانه مهمات التفتيش والتحقيق الإداري.

ب-غرف المجلس:

وهي هياكل أساسية لممارسة وظيفة الرقابة، وتتوزع الغرف بحسب الاختصاص الإقليمي إلى ثمانية غرف ذات اختصاص وطني وتسع غرف ذات اختصاص إقليمي (المادة 47 من الأمر 95-20 المشار إليه)، أما الاختصاص الوطني فيقوم على أساس قطاعي كالمالية، السلطة العمومية والمؤسسات الوطنية، الصحة والشؤون الاجتماعية والثقافية، التعليم والتكوين، الفلاحة والري، المنشآت القاعدية والنقل، التجارة والبنوك والتأمينات باستثناء بنك الجزائر من رقابة مجلس المحاسبة [1] أما الغرف الإقليمية فتتولى التسيير المالي للجماعات الإقليمية وتقع في مقر بعض الولايات وهي عنابة، قسنطينة، تيزي وزو، البليدة، الجزائر، وهران، تلمسان، ورقلة، بشار.

وتتولى الغرف والفروع القيام بالصلاحيات القضائية والإدارية المرتبطة بالتحقيقات والأعمال التقييمية ضمن اختصاصات المجلس، ومن أجل ذلك تنظم غرف الانضباط في تشكيلة للتحقيق، وتشكيلة للحكم وتترتب عن تحرياتها الجزاءات القضائية والإدارية.

ج-كتابة الضبط لمجلس المحاسبة:

تتكون من كتاب ضبط رئيس ومساعدين شبيهة بتلك المتواجدة على مستوى الجهات القضائية، كما تشكل كتابة ضبط على مستوى الفرق الإقليمية، ويتولى كاتب الضبط إعداد

1: المادة 3 من الأمر رقم 10-02 المعدلة لأحكام المادة 8 من الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المشار إليه سابقا، حيث نصت على" بغض النظر عن أحكام الفقرة الأولى أعلاه لا يخضع بنك الجزائر لرقابة مجلس المحاسبة."

جدول الأعمال لحسابات المجلس، تدوين القرارات المتخذة، مسك الجداول والسجلات والملفات، تبليغ التقارير والقرارات والمقررات، تسليم النسخ من القرارات، مسك الأرشيف.

د-النظارة:

وتتولى مهمة النيابة العامة في مجلس المحاسبة ويقم الناظر بصفته الرئيس الإداري الأعلى متابعة وممارسة الصلاحيات القضائية للمجلس وممارسة الرقابة على تطبيق القوانين والتنظيمات.

2-الهياكل الإدارية لمجلس المحاسبة:

وتتمثل في الأمانة العامة للمجلس، تتولى التسيير المالي والإداري لمختلف مصالح المجلس والتنسيق بينها بمساعدة مكتبي التنظيم العام والترجمة، تحت سلطة رئيس مجلس المحاسبة، ثم الأقسام التقنية وهي نوعين، قسم تقنيات التحليل والرقابة وقسم الدراسات ومعالجة المعلومات، ثم تأتي المصالح الإدارية المختلفة التي تتكفل بالتسيير المالي والمستخدمين والوسائل العامة.

ثالثا: مهام مجلس المحاسبة.

هذه الثنائية في الهياكل تمكن مجلس المحاسبة من أداء مهمته الأساسية وهذه الرقابة تتمثل فيما يلي:

1. رقابة نوعية التسيير:

والتي تهدف إلى التأكد والتحقق من أن جميع الإجراءات والمهام تتم وفق السياسات المرسومة في إطار السياسة العامة للدولة وأن الأهداف المسطرة تتحقق بصورة فعالة وبكفاءة عالية.

ولما كانت عقود الصفقات العمومية أهم أدوات تجسيد السياسات فقد حدد لها المشرع أهداف عامة جاءت في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي فعالية الطلب العمومي وحسن تدبير المال العام، وهي نفسها المواضيع المحورية لرقابة مجلس المحاسبة، ومن ثم يشكل قطاع الشراء

العمومي أحد مراكز الاهتمام في نشاط مجلس المحاسبة، في شكل مراقبة لعمل الآمرين بالصرف.

2. مراجعة الحسابات:

يقوم مجلس المحاسبة بمراقبة المحاسبين عن طريق مراجعة حسابات المحاسبين العموميين وفحص مدى مطابقتها للأحكام القانونية والتنظيمية ذات الصلة، وله في ذلك تعقب مسار النفقات العمومية، ومن بينها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، من خلال فحص كل الوثائق والمستندات والسجلات المحاسبية والتقارير والمحاضر والتأكد من صحة العمليات المالية|، والتدقيق في الوضعية المالية للمؤسسة المعنية، وتتوج الرقابة بقرار نهائي من هيئة المداولة أو بقرار مؤقت يتضمن بعض الملاحظات يطلب من المحاسب تصحيحها أو تقديم مبررات بخصوصها وله في ذلك أجل شهر للقيام بذلك.

3. رقابة الانضباط في مجال التسيير:

بحسب المادة 88 من الأمر رقم 95-20 وذلك في الحالة التي تفضي فيها النتائج إلى التحقيق إلى دلائل على وجود مخالفة مالية، يقوم رئيس الغرفة المختصة نفسها برفع تقرير للناظر العام، وله في ذلك عملا بمبدأ ملائمة المتابعة، أن يحفظ الملف إذا ما رأى أن لا وجه للمتابعة.

أما إذا قرر عكس ذلك فإن المتابعة تبدأ بإرسال الملف إلى رئيس غرفة الانضباط لأجل فتح تحقيق طبقا للمادة 14 فقرة 3 من الأمر المذكور، بحيث يعين رئيس غرفة الانضباط مقررا يكلف بالتحقيق في الملف ويخطر الشخص المتابع فورا برسالة موصى عليها على أساس أنّ التحقيق يكون حضوريا (المادة 95 من نفس الأمر)، وعند انتهاء التحقيق يحرر تقريرا بذلك يضمنه اقتراحات، وبعدها يرسل الملف كاملا إلى رئيس غرفة الانضباط الذي يبلغه بدوره إلى الناظر العام، حيث يعين قاضيا مقرر لتقديم الملف أمام تشكيلة الحكم، ويحدد رئيس الغرفة تاريخ الجلسة ويعلم كل من رئيس مجلس المحاسبة والناظر العام ويتم استدعاء الشخص المتابع بالطرق القانونية، تعقد غرفة الانضباط جلستها

وبعد اختتام المرافعات يتم التداول، للبث في ملف القضية بأغلبية الأصوات، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس.

يتم النطق بالحكم في جلسة علنية بقرار يحمل الصيغة التنفيذية بعد توقيعه من طرف رئيس الغرفة والمقرر وكاتب الضبط، ويبلغ إلى الناظر العام والشخص المعني، وكذا إلى وزير المالية وإلى السلطات الوصية والرئاسية التي يتبعها الشخص محل المتابعة.

أما العقوبة فتتمثل بالنسبة للمخالفات المشار إليها في المادة 88 آنفا تكون هي الغرامة المالية، التي لا يمكن أن يتعدى مبلغها المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه الشخص المتابع عند تاريخ ارتكاب المخالفة، وحتى في حالة تعدد الغرامات المحكوم بها لا يمكن الجمع بينها إلا في حدود المبلغ الأقصى لهذا المرتب السنوي.

ويتضح من كل ما ذكرناه أن صلاحية الاختصاص القضائي التي يتمتع بها مجلس المحاسبة مع الطابع التنفيذي لقراراته كما في القرارات القضائية الإدارية جعلت من تدخله في كشف مخالفات التسيير المالي يتسم بالصرامة، وبذلك يشكل دعامة لعمل القاضي الجزائي في مكافحة جرائم الفساد والصفقات العمومية بالتحديد، ويقوي عنصر الردع لدى المسؤولين والأعوان المكلفين بهذا القطاع من أجل الحذر واليقظة أكثر في تسيير المال العام وبالتالي تفادي المتابعة.

من خلال ما سبق ذكره في هذا الباب، يمكننا القول أنّ المشّرع الجزائري بالرغم من جميع المجهودات في تطوير منظومة مواجهة الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية، من خلال السلطات الواسعة للقاضي الجزائي، وتعدد الهيئات الرقابية المتدخلة وكذلك في تحديث وتنويع أدوات وأساليب مساهمتها في الكشف عن هذه الجرائم الخطيرة ودورها الفعال في الوقاية من الفساد، إلاّ أنّه لا يمكن التغاضي عن احترافية الجناة في قطاع الصفقات العمومية والفساد عموما بحكم الأساليب الذكية والتقنية المطبقة من أشخاص متمرسين وذو خبرة كبيرة في التعامل مع النصوص المنظمة لعقود الصفقات العمومية واطلاعهم على كافة النقائص والثغرات ومواطن اللبس والغموض، إضافة إلى ذلك عامل التستر أو التخفي

والاتفاق بين المجرمين بالتضامن بينهم مما يصعب فك خيوط العلاقة بين أعضائها وبالتالي يبقى من العسير مواجهتهم، الأمر الذي يستدعي تكثيف الجهود من أجل المراقبة والمتابعة عن طريق نخبة من المختصين إداريا وقضائيا للقضاء، مع وجوب اعتماد أساليب حديثة للكشف عن هذه الجرائم أو الحد منها للحفاظ على المال العام.

خاتمة

خاتمة:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع، يتجلى لنا أنّ الصفقات العمومية في كونها تتطلب عددا كبيرا من المعطيات المختلفة قصد إبرامها وتنفيذها، وتستمر فترة زمنية طويلة منذ الإعلان عنها إلى غاية تنفيذها، ومما لا شك فيه أنه أثناء الإجراءات بين طرفي التعاقد تنشب نزاعات بينهم.

ولتحقيق أفضل الحلول وأحسن الضمانات، فإن كل من الطرق الودية المتمثلة في الطعن الإداري والتحكيم والطريق غير الودي المتمثل في اللجوء إلى القضاء تلعب دورا مهما في تسوية منازعات الصفقات العمومية، بهدف الوصول إلى تحقيق توازن بين المصلحة المتعاقدة وكذا المتعهد أو المتعاقد معها، وهذا وفقا لما يلي:

أولا- فيما يخص اللجوء إلى الطعن والتحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية فإنّه:

1. أن الطعن الإداري المسبق يحوز مكانة متميزة في القواعد العامة وفي تنظيم الصفقات العمومية ويتم اللجوء إليه سواء تعلق الأمر بمرحلة إبرام الصفقة أو مرحلة تنفيذها، وهو جوازي وليس من النظام العام يأخذ طابع محاولة صلح، تفصل فيه لجان الصفقات المختصة استنادا إلى معايير عضوية، جغرافية ومالية وذلك وفقا لتركيبتها البشرية الملائمة لإصدار رأيها فيه، وأن الطعن الإداري يخص:

أ- المنازعات الناشئة عن الإبرام: والذي يقدمه المتعهد قصد الاحتجاج على قرار المنح المؤقت الصادر عن المصلحة المتعاقدة موجها طلبه أمام لجنة الصفقات المختصة لطلب إلغاءه، كما يمكنه رفع طعن ضد مقرر المصلحة المتعاقدة بشأن حرمانه من التعهد في صفقاتها لمدة سنة لدى لجنة الصفقات المختصة ليطلب إلغاءه.

ب- المنازعات الناشئة عن التنفيذ: وهذا الذي يقدمه أمام اللجان المختصة دون تحديد ميعاد لرفعه، وبالتالي يخضع للميعاد المقرر للطعن المنصوص عليه في القواعد العامة.

وهذا ماجات به المادة 82 من المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 التي جاء فيها "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به....." وهذا ما يؤكد لنا ارتباط الطعن المقرر في تنظيم الصفقات العمومية بالطعن المقرر في القواعد العامة.

- وينظر الطعن الإداري لجان صفقات مختصة عضويا وماليا وجغرافيا مشكلة بتركيبة بشرية متميزة من حيث رئيسها وأعضاءها (سواء المعينون أو المنتخبون) إضافة إلى تبعيتهم إلى وزارات مختلفة كالمالية والتجارة..."

- ويترتب على اللجوء إلى الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية جملة من الإجراءات في مقابل سلبيات نلخصها فيما يلي:

عن الايجابيات: تقليل أو تقليص عدد القضايا على مستوى المحاكم الإدارية وإنهاء النزاع في المرحلة الأولى.

- ❖ اختصار الوقت والإجراءات ونقص التكاليف مما يحمي حق وحريات المتعاقدين.
- ❖ صلاحيات لجان الصفقات المختصة بنظر لطعن الإداري أوسع من صلاحيات القاضي الإداري في هذا المجال.
- ❖ عدم إلزامية الطعن من ناحية اللجوء إليه، فهو جوازي يجعل العدالة في متناول الأفراد.
- ❖ القرار الصادر عن اللجان المختصة بنظر الطعن إذا رتب ضررا للمتعاقدين أو المتعهدين فيبقى من حقهم اللجوء إلى القضاء.

أما عن السلبيات: فنخلص أهمها فيما يلي:

- ❖ عدم الاستجابة للطعن من طرف اللجان المختصة نظرا لانتمائها إلى المصالح المتعاقدة والتي تعتبر الطرف الأقوى، ولا يمكنها الاعتراف بخطئها، ومسألة الاختصاص بنظر الطعن أحيانا.
- ❖ العلاقة التي تربط بين رئيس اللجنة المختصة وبين الزملاء تجعلهم يتكاثفون عند ضرورة الدفاع عن التصرفات الخاطئة الصادرة من قبلهم.
- ❖ استفحال جرائم الرشوة والفساد.

❖ لهذا كان الطعن الإداري المسبق من الناحية العملية ليس مغريا لذوي الشأن، لهذا تنبه تنظيم الصفقات العمومية إلى إجراء بديل تمثل في إرساء قاعدة التسوية الودية للنزاع الناتج عن تنفيذ الصفقة، بما جاء في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي الجديد 15-247، واستحداث لجنة التسوية الودية بموجب نص المادة 154 من نفس القانون، والتي يمكن للمتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع عليها، حسب الاختصاص، بما جاء في نص المادة 155 والتي تنص على كيفية الإجراءات المتخذة أمامها بما سبق توضيحه في دراستها في الفصل الأول من المذكرة، والتي يمكن من خلالها إنصاف المتعاقد مع الإدارة ولا يكون داعي للجوئه إلى القضاء.

2. أما فيما يخص التحكيم في مجال الصفقات العمومية: فإنه لم يكن مرغوبا به لكن حاليا زال حظر اللجوء إليه وذلك من الصمت المطلق إلى السماح المطلق في مصر والمغرب، الجزائر، أما بخصوص فرنسا فإنه تطور فقط من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي.

- كما أنه تم إجازة اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية من خلال المواد 975 و976 و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 والتي سمحت صراحة للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية وكذا في علاقاتها الاقتصادية والدولية.
- وعند ربط مقتضيات المواد 4 و 95 و 153 من تنظيم الصفقات العمومية 247/15 الجديد بالمادة 06 منه وكذا مقتضيات المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنّه يستنتج أن أشخاص الصفقة العمومية سواء كانت أشخاص معنوية عامة أو مؤسسات عمومية ذات طابع إداري، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات طابع العلمي والتكنولوجي، وذات الطابع الثقافي والمهني و التقني وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، يمكنها اللجوء لتسوية

منازعاتها تحكيما شرط الحصول على موافقة السلطة المختصة وإدراج شرط تسوية النزاع تحكيما بالصفقة، حتى تكون الصفقة نهائية وصحيحة ويكون اللجوء إلى التحكيم صحيحا ونهائيا بعد التفاوض المباشر بين طرفي الصفقة في منازعات تنفيذها، وهذا واقعه حاليا بعد إن كان إجباريا بخصوص المؤسسات العمومية بموجب الأمر 44/75 المؤرخ في 17 جوان 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات ،وذلك بخصوص المنازعات المتعلقة بالحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات والأشغال والخدمات.

- كما يعد اللجوء إلى التحكيم ذات أهمية كبيرة كونه يقيد الإدارة في مجال نشاطها وهو عدالة خاصة تواجه أشخاص الصفقة العمومية، كما أنه يضفي مرونة أكثر لتجاوز الخلافات المالية المتعلقة بتنفيذ الصفقة، نظرا للمزايا التي يمكن أن يحققها بدل الطريق القضائي.
- وأن اللجوء إلى التحكيم أصبح يتلاءم مع الانفتاح الاقتصادي العالمي، وإعادة هيكلة اقتصاد الدولة الجزائرية، خاصة وأن التعاقد على الصعيد الدولي صار يسعى إلى استبعاد القانون الوطني بخصوص المنازعات التي يمكن أن تنشا عنه، ويفضل اللجوء إلى التحكيم سواء كان شرطا اتفق عليه في دفتر الشروط أو مشارطه.
- ومن حيث أثر الحكم والقرار التحكيمي، فله كافة الآثار التي يرتبها الحكم القضائي كما تلحقه الحجية منذ صدوره، ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه ولا يجوز المجادلة في حجيته حتى بغرض أنه لم يتم تنفيذه.
- وقد أصبح اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية مفضلا بسبب تميز هذه المنازعات بالطابع الفني مما يفرض النظر فيها من زاوية خاصة، ويفضل الحسم فيها خارج دائرة القضاء ربحا للوقت، نظرا لطول أمد النزاع على مستوى القضاء.

- ورغم كل هذه المزايا التي يحوز عليها التحكيم، إلّا أنّه في الواقع مازال في مهده بخصوص منازعات الصفقات العمومية، فلا يمكن أن نحكم عليه من الناحية التطبيقية، لأن اللجوء إليه أمر مستحدث ويمكننا أن نسجل السلبيات التالية:

- عدم وجود تعريف للتحكيم في مجال الصفقات العمومية، سواء كان شرطا أو مشارطه لأنّ كل التعريفات الفقهية والقضائية والقانونية تفتقر إلى أحكام الصياغة اللغوية.
- تعليق صحة ونهائية الصفقة وكذا شرط التحكيم المدرج بها على موافقة السلطة المختصة واللجوء إليه بمبادرة منها، خاصة بعدم وجود نص قانوني يبين حدود موافقة السلطة المختصة أو المبادرة، مما يفتح المجال للإدارة بالانحراف والقضاء على روح التحكيم، وهو مبدأ سلطان الإرادة (أي اتفاق الأطراف).
- كما يمكن للإدارة أن تمتنع عن تنفيذ حكم أو قرار التحكيم الصادر ضدها أو تحاول عرقلة تنفيذه مستعملة سلطتها، وفي حالة تضمن شرط التحكيم لبعض الثغرات فقد يفتح ذلك المجال للإدارة بالمراوغة والمماطلة.

ثالثا: وبخصوص اللجوء إلى القضاء الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية، فإنّه يبقى من حق المتعامل المتعاقد أو المتعهد كاختيار في اللجوء إليّه.

- وينعقد اختصاص القضاء الإداري بتسوية منازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري بتوفر ما يلي:

- المعيار العضوي: والذي استعمل في النصوص القانونية الجزائرية أولهما ضيق في نص المادة 800 من قانون المدنية و الإدارية، والتي حصرته في الأشخاص المعنوية العامة، و ثانيهما واسع في نص المادة 06 من قانون 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام حتى لا تتوزع منازعة من طبيعة واحدة على قضائيين مختلفين تفاديا لقيام تنازع اختصاص بينهما، ويفصل القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية إجمالا إماّ تحت عنوان قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل بشقيها الموضوعي و الإستعجالي، فيتم اللجوء إلى القضاء الإداري في المنازعات الناشئة عن

تنفيذ الصفقات العمومية تحت وجه القضاء الكامل بمختلف صوره (كدعوى فسخ عقد الصفقة، دعوى إبطال أو بطلان عقد الصفقة، أو دعوى الحصول على مبالغ مالية، وعليه يعد القضاء الكامل، القضاء الأصيل في مجال منازعات الصفقات العمومية.)

- وبالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة، فإنه يمكن رفع دعوى الإلغاء بشأنها بصورة مستقلة عن دعوى عقد الصفقة وعلى المدعي أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار الإداري المنفصل (وجه الإلغاء) والذي قد يتمثل في مخالفة قواعد الاختصاص أو الشكل والإجراءات، أو لعيب السبب أو الانحراف بالسلطة ...الخ... من العيوب هذا وقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، وهذا شيء ايجابي يهدف إلى وقف التنفيذ بما يعرف من الناحية العملية استعجالي إداري إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع سواء بالرفض أو القبول، والتي غالبا ما تكون بتعيين خبير في الدعوى.
- وقد يختص القضاء الإداري بتوقيع بعض الجزاءات المتمثلة في إلغاء الصفقة، أو العقد أو الملحق، فضلا عن إمكانية فسخ الصفقة إذا ارتكبت أعمال تخل بمبادئ إبرام الصفقات.
- أما بخصوص الإجراءات المتبعة من قبل المتعامل المتعاقد أو المتعهد أو المصلحة المتعاقدة لحل النزاع فهي نفسها إجراءات رفع الدعاوى الإدارية المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ابتداء من تحرير العريضة الافتتاحية بواسطة محام والذي يعد وجوبي على مستوى المحكمة الإدارية وتبليغها للطرف الأخر لتنعقد الجلسة، وصولا إلى صدور حكم فاصل فيها.

ويكون هذا الحكم قابل للطعن فيه، وتتميز هذه الدعوى بالطابع التحقيقي والسرية والتي يبرز فيها دور المقرر ومحافظ الدولة وذلك بهدف خلق التوازن بين الأطراف، ويعد الحكم الصادر عن القضاء الإداري ضمانة أساسية، خاصة وأنهه أصبح بمقدور القضاء

الإداري فرض غرامات تهديديه على الإدارة لجبرها على التنفيذ، وهذا دليل على أن القاضي في المنازعات الإدارية هو قاضي إداري وليس قاضي إدارة.

وبالرغم من هذه الايجابيات إلا أنه يمكننا تسجيل بعض السلبيات فيما يخص اللجوء إلى القضاء الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية وتتمثل فيما يلي:

وجود إشكال يتعلق بالاختصاص الإقليمي في نص المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تتضمن أحكاما لا تتلاءم مع طبيعته الصفقات العمومية، فالاختصاص المحلي في مادة الأشغال العمومية يؤول إلى الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، وفي ذلك مساس بأكثر من محكمة إدارية.

- ❖ عدم تحديد الجهة القضائية المختصة صراحة.
- ❖ غياب إجراءات خاصة بمنازعات الصفقات العمومية، ومطابقتها في جزء كبير منها مع ما هو معمول به في المنازعات الإدارية أو المدنية (وحدة الإجراءات).
- ❖ غياب مراقبة القاضي الإداري لمبدأ تدرج القواعد القانونية (فهو لا يراقب مثلا تعارض قرار إداري مع دستور أو معاهدة دولية).
- ❖ طول إجراءات التقاضي للفصل في منازعات الصفقات العمومية، إضافة عن موقف الإدارة الموسوم بالامتناع عن التنفيذ، مما يكلف المدعي مشقة مصاريف القضاء.

رابعا: فيما يخص الطرق القضائية الأخرى، قد يحدث أن يرتكب الموظف بمناسبة تأديته لوظيفته فعلا أو أفعالا قد تشكل صورة من صور الجرائم المنصوص عنها، وهنا يتجلى لنا الدور الفعال للقاضي الجزائي بعد تحريك الدعوى العمومية، بحيث أصبح بإمكان هذا الأخير إبداء رأيه بخصوص مشروعية القرار الإداري الذي لم يعد حصرا لاختصاص القضاء الإداري، وهذا ما نستشفه من إقرار محكمة التنازع الفرنسية لمبدأ الولاية الكاملة للقاضي الجزائي في تفسير القرارات الإدارية التنظيمية المعروضة عليه، وحسم ذلك بموجب نص المادة 111-5 من قانون العقوبات ورخص للقاضي الجزائي تفسير القرارات التنظيمية والفردية متى كان حل الدعوى العمومية مرتبطا بها، ونفس المادة رخصت له كذلك تقدير

مدى شرعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال والمتخذة بمناسبة إبرام عقود الصفقات العمومية، وكذا موقف المشرع الجزائري بما جاء في نص المادة 55 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والتي تخول للقاضي الجزائي وهو ينظر إحدى جرائم الصفقات العمومية كجريمة المحاباة أو الرشوة له أن يصرح ببطلان العقد أو الصفقة، وهذه السلطات الواسعة للقاضي الجزائي من شأنها الحفاظ على مشروعية الصفقة بعد تخوف الموظف من المتابعة والمحاكمة أمام القضاء الجزائي.

إلا أنه بالرغم من توسيع سلطات القاضي الجزائي، فهناك من يرى أن تقدير قرار إداري فردي يتطلب بحث معمق للنشاط الإداري، لأن القاضي الجزائي قد يضر بمدى ملائمة القرار.

كما يتجلى الدور الفعال للهيئات الرقابية الإدارية في الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية السابق ذكرها وإن كان لها مهمة قبلية لها بعد وقائي أكثر منه عقابي، لكنه ضروري وفعال ضمن إستراتيجية الردع العام لمكافحة الفساد.

من خلال تحديدنا لإيجابيات وسلبيات كل طريق من طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية، يمكننا القول إنّه لا مجال للمفاضلة بين هذه الطرق بسبب النقائص التي يحتويها كل طريق.

وبالتالي تبقى المصلحة المتعاقدة هي الطرف الممتاز باعتبارها صاحبة السيادة، مما قد يؤثر في التوازن في المراكز القانونية للطرفين سواء استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطاتها اتجاه المتعهد أو المتعاقد معها أو بتأدية التزاماتها المقررة بينهما، وفي هذا الإطار يمكننا طرح جملة من التوصيات فيما يلي:

1. تبسيط الإجراءات أمام لجان الصفقات العمومية المختصة للرقابة من جرائم الفساد وضبط قواعد اختصاص هذه اللجان من الناحية الجغرافية.
2. فرض عقوبات على أعضاء لجان الصفقات العمومية في حالة رفضها للاستجابة للطعن الإداري الموضوع أمامها، أو التستر أو الدفاع عن التصرفات غير المشروعة.

3.إعادة مراجعة نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بطريقة أدق وأوضح تتضمن تقديم حل للمشاكل التي يمكن أن تظهر كتحديد المقصود بالتشريع المعمول به أو تجنب استعمال هذه الصيغة لتفادي إثارة نزاعات عند تطبيق هذا التنظيم.

4.إعطاء تعريف للتحكيم في الصفقات العمومية سواء كان شرطا أو مشارطه.

5.وجوب تعديل شرط التحكيم في الصفقات العمومية وذلك بعدم اشتراط موافقة السلطة المختصة، أو اللجوء إليه بمبادرة منها كون أن أساس التحكيم هو مبدأ سلطان الإرادة، أي اتفاق الأطراف.

6.ضبط إجراءات التحكيم والإعلان عن قوائم المحكمين الأعضاء في مجال الصفقات العمومية وإنشاء هيئات تحكمية في الجزائر تتكون من محامين جزائريين وكفاءات وإطارات.

7.السعي للمطالبة باعتماد القانون الجزائري ويعرض النزاع على المحاكم التحكمية بالجزائر بشأن الصفقات الدولية، وإذا لم تسمح ظروف التفاوض بذلك فإنه من الضروري اعتماد قانون بلد محايد وعرض النزاع على تحكيم غير مؤسساتي أو عرضه على تحكيم مؤسسات تحكمية لبلد محايد بالنسبة لأطراف الصفقة.

8.ويشان اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية فإنه من الضروري تعديل أحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أجل إحداث الملائمة مع نص المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

9.وجوب التدخل لحسم الإشكال الوارد في المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلق بالاختصاص الإقليمي في منازعات صفقات الأشغال واستبدال مكان تنفيذ الأشغال بمكان إبرام عقد الأشغال.

10. إحداث إجراءات خاصة بمنازعات الصفقات العمومية على أن تكون إجراءات سريعة نظرا لأهمية عنصر الزمن في مجال الصفقات العمومية.
11. إخضاع الموظفين والأعوان العموميين القائمين على قطاع الصفقات العمومية لأداء اليمين القانونية عند استلام مهامهم والتي تشكل ظرف مشدد للعقوبة في إطار حركة التجريم في الصفقات العمومية، على غرار بعض الأنشطة الوظيفية الأخرى.
12. تدعيم نظام الحماية للموظفين الأمناء عن طريق توضيح الحدود بين الخطأ الإداري الموجب للمسؤولية الإدارية وبين الخطأ الجزائي الموجب للعقوبة الجزائية، وفي هذا الشأن يشكل وضع قانون إداري عقابي أفضل الحلول لتدعيم مبدأ الأمن القانوني.
13. تحصين الموظفين والأعوان المكلفين بالصفقات العمومية من خطورة الأوامر الرئاسية الشفوية عن طريق اشتراط أن تكون مكتوبة عندما تتعلق وتكون مؤثرة في تسيير أو منح أو تنفيذ الصفقة وهذا لتسهيل مهمة تحديد المسؤوليات، وكذلك الأمر بالنسبة للتفويض بالإمضاء حيث يجب أن يحدد بدقة ووضوح الصلاحيات عندما تتعلق بتسيير الصفقات العمومية، فتكون بذلك المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية قد جمعت بين عنصريها الوقائي والعقابي لأنها بمثابة وجهين لعملة واحدة وذراعيها في مواجهة آفة الفساد عموما والجرائم الواقعة على عقود الصفقات العمومية خاصة.
14. تدخل المشرع صراحة بمنح الاختصاص والصلاحية لهيئة مكافحة الفساد في إخطار النائب العام مباشرة عند توصلها لأدلة عن ارتكاب جرائم الفساد والصفقات العمومية، بدلا من إلزامها بتحويل الملف أولا إلى وزير العدل، وإعطاء صفة الضبطية القضائية لأعضائها، ويكون عملهم تحت إشراف النائب العام، وبذلك يتم تفعيل الجانب الوقائي في إستراتيجية مواجهة ومكافحة الفساد.
15. تدخل المشرع بتوسيع صلاحيات المفتشية العامة للمالية بتقييم سلوك الموظفين العموميين المختصين والتأكد من عدم خرق قواعد نزاهة الوظيفة العمومية، مع منحها صلاحية تحريك الدعوى العمومية التي تسند حاليا لوزير المالية.

16. توضيح معالم التعاون والتنسيق بين الهيئات الرقابية والجهات القضائية لمساعدة القاضي الجزائي في مجال الكشف عن جرائم الصفقات العمومية.
17. وجوب اعتماد أساليب حديثة للكشف عن جرائم الصفقات العمومية أو الحد منها للحفاظ على المال العام.

هذا عن أهم التوصيات التي يمكن للمشرع الجزائري بخصوص تعديله لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الصفقات العمومية والقوانين العقابية مراعاتها لسد كل فراغ قانوني من شأنه إلحاق الضرر بالمتعاقدين والتأثير على عقد الصفقة وبالتبعية على الاقتصاد الوطني والمصلحة العامة، وللحفاظ على المال العام ومكافحة الفساد، ويبقى مجال البحث مفتوحا.

وأحسن ما أختم به هذه الأطروحة هو قول الله سُبْحَانَه وَتَعَالَى في الآية ﴿286﴾ من سورة البقرة:

بسم الله الرحمن الرحيم ﴿... رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا...﴾ صدق الله العظيم

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا: قائمة النصوص القانونية.

أ. الدساتير:

1. دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1976.
2. دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989.
3. دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996.
4. دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 2016

ب. القوانين العضوية بالقوانين والأوامر:

1.الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 49 الصادرة في 11 جوان 1966.
2.الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 52.
3.القانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/01/12، المتضمن القوانين التوجيهية للمؤسسات العمومية الاقتصادية الصادر بالجريدة الرسمية رقم 02 بتاريخ 1988/01/13.
4.القانون 23/90 المؤرخ في 18اوت 1990 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد 36 الصادرة في 22 أوت 1990.
5.القانون 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحة الجريمة، العدد 14 الصادرة في: 2006/03/08.
6.القانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المعدل والمتمم لأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 31.

7.القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 2008/04/23.

8.القانون 12/08 المؤرخ في 2008/06/25 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 2008/07/19 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 36، الصادرة في 2008/07/02.

9.القانون 05/10 المؤرخ في 2010/08/15 المعدل للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة في 2010/08/18.

ج. النصوص التنظيمية:

1.المرسوم التنفيذي رقم 145/82 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة في 23 أفريل 1982.

2.المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 57.

3.المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993.

4.المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52.

5.المرسوم الرئاسي رقم 301/03 المؤرخ في11 سبتمبر 2003 المتضمن تنظيم الصفقات المعدل والمتمم.

6.المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في26 اكتوبر 2008 المتضمن تنظيم الصفقات المعدل والمتمم.

7.المرسوم الرئاسي رقم 236/10ا المؤرخ في2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية عدد 58.

8.المرسوم الرئاسي رقم 38/11 المؤرخ في2011/03/01 المعدل والمتمم.

9.المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في2010/10/07، الجريدة الرسمية عدد 14.

10. المرسوم الرئاسي رقم 12/ 23المؤرخ في01/18/ 2012 المعدل والمتمم.

11. المرسوم الرئاسي رقم03/13المؤرخ في2013/01/13المعدل والمتمم.

12. المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجريدة الرسمية عدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

ثانيا: قائمة الكتب.

أ- باللغة العربية:

1.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثالثة، 2000.

2.أبو الوفاء حسن، الأسس العامة في التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1987.

3.أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف الإسكندرية 1985.

4.أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال- جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، 2012.

5.أحمد فتح الله أبو سكينة، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري، بدون طبعة، دار أبو المجد للطباعة، مصر1997.

6.أحمد محجودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، الجزء الثاني، ط 2، دار هومة، 2004.

7.أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1998.

8.بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون رقم 08/09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 الطبعة الثانية، منشورات بغدادي الطبعة، 2009.

9.جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال العقود الإدارية المكتب العربي الإسكندرية، 2006.

10. حسن هند محمد، التحكيم في المنازعة الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2004.

11. حسين بن شيح آت ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2007.

12. حسين بن شيخ آت ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الأول، المسؤولية على أساس الخطأ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

13. حسين بن شيخ آت ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، التعويض في المسؤولية الإدارية الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2007

14. حسين بن شيخ آت ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني، المسؤولية بدون خطأ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

15. حسين بن شيخ آت ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007.

16. حسين مصطفى حسين، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر،1987.

17. حمدي باشا عمر، زروقي ليلى، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003.

18. حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2002.

19. خالد عبد الفتاح محمد، الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2008، المركز القومي للإصدارات القانونية، جمهورية مصر العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 2009.

20. خرشي النوى، تسير المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، الجزائر، 2005.

21. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر 2005.

22. رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر.

23. زكريا المصري، أسس الإدارة العامة، بدون طبعة، دار الكتب المصرية، مصر، 2007.

24. زيدان علي الدين السيد محمد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، إجراءات رفع الدعوى الإدارية، مجلد 2، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005.

25. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، الجزء الثاني، الطبعة 2010.

26. سعيد أبوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، سلسلة ميادين في القانون بلقيس للنشر، الجزائر، طبعة 2015.

27. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

28. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

29. شادية إبراهيم المحروقي، الإجراءات في الدعوى الإدارية دارسة مقارنة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.

30. شيهوب مسعود، المبادئ العامة المنازعات الإدارية، الاختصاص الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.

31. شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.

32. طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، 2007.

33. طاهري حسين، شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية الجزائر، 2005.

34. طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها و قضاءا مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن، دار الخلدونية، 2005.

35. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2003.

36. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

37. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة المحاكمة العادلة، بدون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2009.

38. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، بدون طبعة، منشأة المعارف مصر، 2004.

39. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية طبعة 2007.

40. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي مصر، 2007.

41. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقود الإدارية، وتسوية منازعاتها قضاءا وتحكيما، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2009.

42. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، بدون طبعة، دار الكتب الحديثة، القاهرة، 1994.

43. عبد القادر نريمان، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996.

44. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، جامعة حلوان مصر، 2003.

45. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

46. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط1، جسور النشر والتوزيع، تبسة الجزائر، 2007.

47. عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

48. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور النشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011.

49. عمار عوابدي، النشاط الإداري، الجزء الثاني، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

50. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.

51. عمار عوابدي، دعوى تقرير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007.

52. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية طبعة 2004.

53. محمد جعفر الهاشمي رشا، الرقابة القضائية على السلطة الإدارية في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

54. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

55. محمد بن سعيد بن محمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية طبعة 2011.

56. محمد حشيش أحمد، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2011.

57. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، بدون طبعة، منشورات حلب الحقوقية لبنان، 2005.

58. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2005.

59. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2005.

60. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقود الإدارية، ب ط، دار الكتب المصرية، مصر، 2003.

61. محمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، التطبيق العملي، المبادئ والأسس الإدارية والدولية، العقود الإدارية العامة، بدون طبعة، منشأة المعارف مصر، 1998.

62. محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2003.

63. محمود سمير الشرقاوي، منظمة التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية طبعة 1999.

64. محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1997.

65. محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثالثة، 2007.

66. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.

67. د/مفتاح خليفة عبد المجيد ود/حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2008.

68. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010.

69. منصور رحماني، القانون الجنائي للمال والأعمال، الجزء الأول، دار العلوم، عنابة 2012.

70. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، الطبعة الأولى، 2005.

71. ناصر لباد، القانون الإداري، التنظيم الإداري، الجزء الأول، ط 3، الجزائر، 2003.

72. ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الجزائر، 2005.

73. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري ط2، الجزائر، 2007.

74. نعيم مغبغب، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة الطبعة العامة، منشورات حلب الحقوقية، لبنان، 2001.

ب. باللغة الفرنسية والانجليزية.

1. André de l’aubader. Traité de droit administratif, L.G.D, paris,1999.

قائمة المراجع:

2. Auby (j m), Aider (R.D) traité de contentieux administratif, T2-3éme édition , paris, 1984.
3. Berbia (lovice) je vice de forme et contrôle de la légalité des actes administratif, RDP,1941.
4. Bergeal (Catherine), Lenica (Fréderic). Contentieux des marchés publics. Imprimerie nationale, édition paris, 2004.
5. Catherine prebissy- schnallk, la pénalisation des marché publics, L.G.D.J .2002.
6. Davidat rené, L'arbitrage dans le commerce international, Édition 01, économie, paris, 1982.
7. Debbash (charles) institution de droit adminstratif T2 collection Athemis, PUF.paris 1978.
8. Debbash (Charles) contentieux administratif 2eme édition , paris ,Dallaoz.
9. Delaubadere (André) et autres, Traité de droit adminstratif général, T1, 17éme édition, LGDJ, paris, 2002.
10. Douglas (A) Stephenson practice in construction contracts. third édition.
11. Fauchard (H), Gaillard (E) Goldman (B) traité de l'arbitrage commercial international ,litec,1996.
12. Gérard (Marcou) et Amold (Noury). Les alternatives au règlement par juridiction des litiges intéressants, L'administration, Ed roneo, paris, 2006.
13. Jean François Brisson les fondements juridiques de droit des marchés publics, Imprimerie nationale, Paris, 2004.
14. Jean Robert, Làrbitrage, droit international privé, Dalloz, 1993.
15. Lajoye (Christophe), Droit des marchés public, copy right crualino, edition E.J.A ,paris, 2005,copy right Berty édition Alger ,2007.
16. Mohamed Saïd la nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international. Revu de l'arbitrage, Année 2008 n 3
17. Moulin Marcel arrêts fondamentaux de droit administratif. Ellipses. Paris 1995.
18. Nael (G) bussini, the fedic form of contact, 2éme edition of Reed Book 1997.
19. Pastoral) jean Paul) l'expertise dans le contentieux administratif. Édition. LGDJ. Paris 1994.
20. Patricia GRELIER BESSMENN, Le mémento des marchés publics des travaux, Editions Eurolles, PARIS, 2002.
21. Patrick Schultz, Les marchés publics, L.G.D.J ,France, 2003.
22. Peisir (Gustave), Droit générale administratif,7eme édition, Dalloz, paris 1999.

23. Traritani (Mostafa), droit Algérien de l àrbitrage,1er édition berty.édition .Metidja impression, Alger 2007.
24. Vedel (George), Droit administrative, 3eme, edition ED, 1964
25. Velly (s), droit administrative .4eme edition Paris 2003.
26. Vincent (j) chins hard (s), Procedures civils, 25, edition Dalloz.

ثالثا: قائمة الأطروحات

أ. باللغة العربية:

1.أبو الصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، دكتوراه علوم، جامعة منتوري، كلية الحقوق، قسنطينة، 2011-2010.
2.بلخيرة سعيد عبد الرزاق، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2007.
3.بوصنوبرة خليل، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007-2008.
4.بوصوار عبد النبي، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2014-2015.
5.عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة 2010-2009.

ب- باللغة الفرنسية:

1. Benagi (chrif): l'évolution de la réglementation des marchés public en Algérie, T1, thèse de doctorat d'état en droit, Université d'Algérie 1991.

رابعا: المقالات.

أ-باللغة العربية:

1.بلعيز الطيب، السيد وزير العدل حافظ الأختام، مناقشة مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 09/08 بالجلسة العلنية المنعقدة يوم 2008/01/06، دورة عادية أولى، مجلة المجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى رقم 48 الصادرة في 2008/01/30.

2.جنادي عبد المجيد، مدى سلامة تطبيق القانون في مجال المنازعات الإدارية، المجلة القضائية عدد خاص بملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.

3.حسين فريحة، الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري، العدد 26، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2003.

4.سعيد سليماني، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق، دراسات قانونية، العدد4، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007.

5.عبد العالي حاحة، منازعات الصفقات العمومية، مجلة المنتدى القانوني العدد 03، جامعة بسكرة، الجزائر، 2006.

6.غنادي رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد9، 2009.

7.كمال عبد العزيز، الإجراءات أمام المحاكم الإدارية، منشور بالمجلة القضائية، عدد خاص بملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.

8.لعروسي محمد، دعوى الإلغاء أو الطعن بالبطلان، المجلة القضائية، عدد خاص بملتقى قضاء الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.

9.محجوبي أحمد، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية على ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص سنة 2010.

10. مساوي رشيدة، نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: http: messaoui.jeerar.com

11. نويري عبد العزيز، المنازعة الإدارية في الجزائر، تطورها وخصائصها، منشور بمجلة مجلس الدولة عدد 8، 2006.

ب. باللغة الفرنسية.

1. Moussa ZOHRA vers le durcissent de la réglementation des marchés publics en Algérie. Revue le ; moniteur N107.février.2011.
2. Richer L'AURENT, La contractualisation de gestion des affaires publics, A.J.P.A, N°19, 2003.

خامسا: المواقع الالكترونية.

1. Droit Marco.blogspot.
2. www.Ahewer.org.
3. www.conseil état.fr.
4. www.Hard aision.com
5. www.marches public.fr
6. http.//messaoui.gear.com
7. www.rivan.com.
8. www.premier ministre.gov.dz

الفهرس

فهرس:

كلمة شكر وتقدير .....
إهداء. .....
مقدمة: 1
الباب الأول: أولوية الطرق الودية في تسوية منازعات الصفقات العمومية.....11
الفصل الأول: الطعن الإداري كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية. 14
المبحث الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري. 15
المطلب الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري المقرر في القواعد العامة.....15
الفرع الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق في قانون الإجراءات المدنية.....15
الفرع الثاني: الطابع القانوني للطعن الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. 22
المطلب الثاني: الطابع القانوني للطعن الإداري المقرر في تنظيم الصفقات العمومية.....24
الفرع الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري قبل صدور المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية: 24
الفرع الثاني: الطابع القانوني للطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والمرسوم 12-23 المعدل له 36
الفرع الثالث: الطابع القانوني للطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: 39
المبحث الثاني: اختصاص لجان الصفقات العمومية بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية..43
المطلب الأول: تحديد لجان الصفقات العمومية المختصة بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية: 44
الفرع الأول: لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة.....45
الفرع الثاني: اللجنة القطاعية للصفقات العمومية بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية. 58
الفرع الثالث: لجنة التسوية الودية للنزاعات. 61
المطلب الثاني: الإجراءات أمام لجان الصفقات العمومية المختصة بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية: 63
الفرع الأول: شروط رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات المختصة.....64
الفرع الثاني: نتائج وجدوى رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية المختصة: 69
الفصل الثاني:التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية.....80
المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية. 82
المطلب الأول: مفهوم نظام التحكيم. 82
الفرع الأول: تعريف التحكيم وبيان أساسه. 83
الفرع الثاني: مزايا نظام التحكيم وعيوبه. 90
الفرع الثالث: تقسيمات وأنواع التحكيم. 95
المطلب الثاني: مدى مشروعية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية. 99

فهرس:

الفرع الأول: عدم جواز لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم. 99
الفرع الثاني: جوازية اللجوء إلى التحكيم. 100
المطلب الثالث: الاتفاق على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية. 109
الفرع الأول: شرط التحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية. 110
الفرع الثاني: الاتفاق على التحكيم (مشارطة التحكيم) عند تنفيذ الصفقة العمومية. 119
الفرع الثالث: استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفقة العمومية. 123
المبحث الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية. 125
المطلب الأول: هيئة التحكيم والإجراءات التحكيمية أمامها 126
الفرع الأول: محكمة التحكيم. 126
الفرع الثاني: الإجراءات التحكيمية. 132
المطلب الثاني: صدور الحكم أو القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه. 138
الفرع الأول: صدور الحكم أو القرار التحكيمي. 138
الفرع الثاني: طرق الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي 142

الباب الثاني: الطرق القضائية لتسوية منازعات الصفقات العمومية. 153

الفصل الأول: دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية. 157
المبحث الأول: دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام. 158
المطلب الأول: سلطة القاضي الإداري في إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة: 158
الفرع الأول: مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة. 159
الفرع الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء والآثار المترتبة عليها. 166
المطلب الثاني: دور القاضي الإداري في حل منازعات القضاء الإستعجالي الموضوعي قبل إبرام العقد: 188
الفرع الأول: أسس وقواعد قبول الدعوى الإستعجالية: 189
الفرع الثاني: النظام القضائي للدعوى الإستعجالية: 196
المبحث الثاني: دور القاضي الإداري في حل منازعات الصفقات العمومية أثناء مرحلة التنفيذ 205
المطلب الأول: سلطة القاضي الإداري في الحكم ببطلان الصفقات العمومية وفسخها: 206
الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في الحكم ببطلان الصفقات العمومية. 207
الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية: 220
المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض: 227
الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئها: 227
الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن إخلالها بالتوازن المالي للصفقة وعن إثرائها بلا سبب: 246
الفصل الثاني الطرق القضائية الأخرى لتسوية منازعات الصفقات العمومية 261
المبحث الأول: جرائم الصفقات العمومية. 262
المطلب الأول: جنحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية 263
الفرع الأول: نماذج من القضاء الفرنسي للأعمال المكونة لجنحة المحاباة. 263
الفرع الثاني: أركان الجريمة 268

فهرس:

المطلب الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية. 280
الفرع الأول: أركان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية. 281
المبحث الثاني: دور القاضي الجزائي والهيئات الرقابية في التحري والتصدي لجرائم الصفقات العمومية. 289
المطلب الأول: دور القاضي الجزائي في التصدي لجرائم الصفقات العمومية. 289
الفرع الأول: نطاق الولاية الكاملة للقاضي الجزائي. 289
الفرع الثاني: اختصاص القاضي الجزائي. 290
المطلب الثاني: دور الهيئات الرقابية الإدارية في الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية..... 297
الفرع الأول: دور هيئة مكافحة الفساد في الكشف والتحري. 298
الفرع الثاني: دور المفتشية العامة للمالية في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية. 301
الفرع الثالث: دور مجلس المحاسبة في كشف جرائم الصفقات العمومية. 307
خاتمة: 315
قائمة المراجع: 327
فهرس: 341
الملخص: .....

ملخص:

سعيا لتحقيق أفضل الحلول وأحسن الضمانات، يلعب كل من الطعن الإداري، التحكيم والقضاء دورا مهما في تسوية منازعات الصفقات العمومية، بغية الوصول إلى تحقيق توازن بين المصلحة المتعاقدة وكذا المتعهد أو المتعاقد معها.

وحتى تبدي الطرق الودية أو القضائية دورها في تسوية منازعات الصفقات العمومية فإنه لابد من أن تهدف عند اللجوء إليها إلى تحقيق المحافظة على المال والوقت وإنجاز مشاريع في أوقاتها لأجل إحداث توازن في العلاقات بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها.

Résumé :

Agissant dans le but d'obtenir de meilleures garanties et d'excellentes solutions : des voies amicales ou judicaires vont chacune jouer un rôle considérable et nécessaire dans la résolution des litiges concernant les marchés publics afin d'obtenir un équilibre des relations entre les parties contractantes.

Et afin que les voies à l'amiable ou judicaire accomplissent leur rôle dans la résolution des litiges des marchés publics, Il est indispensable quand on les choisies de viser la préservation d'argent et du temps et la réalisation des projets dans leurs délais, Pour obtenir l'équilibre des relations entre les parties contractantes.

Abstract:

In order to obtain better solutions and guarantees. each of the amicable and judicial ways play a very important part in the settlement of disputes of public deals in order to maintain the balance of relations between the contracting parties and the contractor.

And to ensure that the amicable or the légal action ways do their role in settling publics deals disputes it is essential when they are chosen to aim the preservation of money and time and the achievement of projects in time to maintain the balance of relations between the contracting parties and the contractor.